

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

ALINE APARECIDA DE FREITAS SOUZA RAMOS

SIGILO BANCÁRIO

São Paulo

2013

ALINE APARECIDA DE FREITAS SOUZA

SIGILO BANCÁRIO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Pós Graduação *Latu Sensu* para obtenção do título de Especialista em Direito, na área de concentração de Direito Constitucional, sob orientação do Professor Ms. Renato Gugliano Herani.

São Paulo

2013

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Ms. Renato Gugliano Herani, pela valorosa orientação.

RESUMO

Destina-se o presente estudo ao desenvolvimento do tema relativo à quebra do sigilo bancário, com a problemática da definição dos legitimados aptos a requerer tal medida. Para realização do trabalho foi utilizada principalmente a análise da Constituição Federal de 1988, notadamente em seu artigo 5º incisos X e XII, bem como a Lei Complementar 105/2001, que tem como foco principal a quebra desse sigilo, que, em determinadas situações, fere os direitos fundamentais constitucionalmente adquiridos. Como matéria constitucional, mais precisamente, de colisão de princípios fundamentais, comparando tais princípios, prevalece aquele que salvaguardar mais direitos.

Palavra-chave: sigilo bancário; Constituição; Lei Complementar n.º 105/2001.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 O SIGILO BANCÁRIO	07
1.1 CONCEITO.....	07
2 O SIGILO BANCÁRIO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	09
3 O SIGILO BANCÁRIO E SUA RELATIVIZAÇÃO	13
3.1 A REGRA DA PROPORCIONALIDADE.....	14
4 COMPETÊNCIA PARA DETERMINAÇÃO DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO	19
4.1 PODER JUDICIÁRIO.....	19
4.2 COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO.....	23
4.3 MINISTÉRIO PÚBLICO.....	25
4.4 A QUEBRA DE SIGILO PELO FISCO.....	28
4.5 BANCO CENTRAL DO BRASIL – BC OU BACEN E COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM.....	33
CONCLUSÃO	35
REFERÊNCIAS	36

INTRODUÇÃO

O tema enfoca o direito a intimidade e a vida privada como um bem protegido constitucionalmente.

A questão do sigilo bancário desperta discussões acaloradas e divergências, tanto na doutrina como na jurisprudência.

Diante das leis que versam sobre o tema, a quebra de sigilo bancária é examinada, principalmente a partir do sistema de direitos e garantias tratados pela Constituição Federal de 1988, identificando os problemas e implicações de sua quebra às autoridades executivas e parlamentares frente aos direitos e garantias consagrados constitucionalmente.

A relevância do tema quebra de sigilo bancário ganha contornos nítidos em razão do cenário de conflito da lei constitucional que regula a matéria, havendo os que alegam inconstitucionalidade por ofensa a Constituição e os que não enxergam tal mácula no referido diploma legal.

A ocorrência da existência de três Ações Diretas de Inconstitucionalidade questionando a lei complementar 105/2001, pendentes de julgamento reforça a atualidade e importância do tema.

Inicialmente, apresentaremos o conceito de sigilo bancário.

Posteriormente, tecemos considerações acerca da sua relativização, colisão de direitos, diferença entre regras e princípios e a regra da proporcionalidade.

Por fim, enfrentamos o tema levando-se em consideração as hipóteses em que a legislação brasileira admite a quebra do sigilo bancário, explicitando os órgãos e autoridades legitimados – ou não – pela lei complementar a realizar a quebra.

Por ser perturbador, o tema, embora positivado em nosso ordenamento jurídico, ainda encontra opiniões e argumentos contrários, o que o torna ainda mais prazeroso o estudo. Não fosse assim, obviamente razão não existia para o seu estudo.

1 O SIGILO BANCÁRIO

1.1 CONCEITO

O significado da palavra sigilo está invariavelmente ligado ao da palavra segredo, conforme se pode notar da definição de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira: “**sigilo** *sm.* 1. Obrigação de guardar um segredo. 2. Segredo.”¹ Entretanto, no campo jurídico o sigilo ganha contornos mais nítidos, como se observa na definição de Pedro Nunes: “**SIGILO** – Segredo inviolável, segundo a lei, e cuja transgressão ou quebra é punível: *sigilo* profissional, *sigilo* da correspondência, etc.”²

O sigilo bancário, de acordo com disposição legal, corresponde à obrigação imposta às instituições financeiras de conservar sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados, sendo certo que a quebra de sigilo fora das hipóteses previstas em Lei constituir crime.

O conceito de sigilo bancário é algo controverso tanto na doutrina como na jurisprudência. O maior debate se dá entre os que defendem tratar-se de um “direito” e aqueles que afirmam ser uma “obrigação”.

Destaca-se no primeiro caso a decisão do STF – como afirma, por exemplo, o Min. Sepúlveda Pertence “(...) não posso conceder a violação do direito ao sigilo bancário, por mais relativo que ele seja (...)”³, enquanto no segundo destaca-se a doutrina, como afirma Sergio Covello, “sigilo bancário é obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional.”⁴

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000, p. 635.

² NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994, p. 779.

³ STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 31

⁴ COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2001, p. 89.

Ainda neste sentido o sigilo bancário “consiste na obrigação imposta aos bancos [...], a respeito de negócios, presentes e passados, de pessoas com que lideram, abrangendo dados sobre abertura de contas e sua movimentação.”⁵

Não se trata de uma divergência quanto ao conceito, mas sim, quanto ao foco, ou seja, o sigilo bancário envolve uma relação jurídica, onde figuram como sujeitos (ativo e passivo, respectivamente) o indivíduo e a Instituição Financeira⁶. Neste sentido, afirmar que o sigilo bancário é um direito ou uma obrigação é questão de foco, com destaca Anna Luiza Fonseca ⁷, ao afirmar que “A correta conceituação do sigilo bancário é a de que sua representatividade não é a mesma para o indivíduo e para o banco, posto que, para o primeiro, trata-se de um direito, e para o segundo, de uma obrigação.”

Assim, entende-se sigilo bancário como sendo um direito, que visa proteger a individualidade dos cidadãos no que diz respeito a sua intimidade, vez que protege os dados financeiros da pessoa, bem como as relações destes com a sociedade, obrigação esta que fica a cargo das instituições financeiras.

Por fim, conclui-se que do direito ao sigilo bancário, deriva, em contrapartida, o dever de sigilo bancário da instituição financeira.

No próximo capítulo, passaremos a analisar a inserção do sigilo bancário na ordem constitucional vigente.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 375.

⁶ Conforme consta do art. 17 da Lei 4595/64, consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

⁷ FONSECA, Anna Luiza Ramos. **Sigilo Bancário em Portugal e no mundo** – da flexibilização ao potencialismo. Coimbra: 2010, p 4.

2 O SIGILO BANCÁRIO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal não se referiu diretamente ao sigilo bancário, porém, seu fundamento jurídico respalda-se em seu art. 5º, inciso X, que prevê o resguardo da intimidade e da vida privada, senão, veja-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a **intimidade**, a **vida privada**, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Após análise de acórdãos do STF⁸, conclui-se que o posicionamento que se preconiza estar o sigilo bancário protegido constitucionalmente relaciona-o com o direito à privacidade e à intimidade, admitindo sua quebra somente mediante ordem judicial, ou, excepcionalmente, por determinação das comissões parlamentares de inquérito, (esta última com respaldo no art. 58, § 3º da CF/88). A exemplo, o entendimento do Min. Carlos Velloso, no julgado da Pet. Nº 577 QO – DF:

O sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie do direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (...)

(...) Faço residir, portanto, no inciso X, do art. 5º, da Constituição, o sigilo bancário, que tenho como espécie de direito à privacidade.⁹

⁸ Cf. trecho da Min. Carmen Lúcia (STF: Inq 2250, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 02/11/2010, p. 46): “(...) de que teria havido prova ilícita, no sentido de que teria sido obtido mediante quebra do princípio constitucional do sigilo bancário, da garantia constitucional do sigilo bancário”. Do Min. Ricardo Lewandowski (STF: RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006, p. 1293-1294): “Pode ter havido, em tese, uma lesão ao art. 5º, inciso X, que impede a violação da intimidade ou da privacidade da pessoa. (...) A cláusula constitucional abrigada no art. 5º, inciso X, não confere imunidade absoluta ao sigilo bancário, (...)”. Do Min. Carlos Britto (STF: RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006, p. 1303): “Quanto ao inciso X, de que fala o Min. Ricardo Lewandowski, a matéria toda está imbricada (...)”. Do Min. Marco Aurélio (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 75): “Em última análise, tenho que o sigilo bancário está sob a proteção do disposto nos incisos X e XII do art. 5º da CF”. Do Min. Celso de Mello (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 103): “A relevância do direito ao sigilo bancário – que traduz uma das projeções realizadoras do direito à intimidade – (...) que o ordenamento jurídico, em norma de salvaguarda, pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional (CF, art. 5º, X)”. Da Min. Ellen Gracie (STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 62): “A CF não afirma direta e expressamente o sigilo bancário. Assegura, isto sim, nos termos do ser art. 5º, incisos X e XII, a inviolabilidade da vida privada, bem como o sigilo de dados, (...). São garantias fundamentais aplicáveis não apenas às pessoas físicas, mas também às pessoas jurídicas (...)”.

⁹ TF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 16.

Outrossim, apontou o Ministro Celso de Mello:

A tutela jurídica da intimidade constitui – qualquer que seja a dimensão que se projete – uma das expressões mais significativas em que se pluralizam os direitos da personalidade. Trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, X), cuja proteção normativa busca erigir, e reservar, em favor do indivíduo- e contra a ação expansiva do arbítrio do Estado – uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade persecutória do Poder Público, apta a inibir e a vedar o próprio acesso dos agentes governamentais.

(...)

A quebra de sigilo bancário – ato que, por si só, revela extrema gravidade jurídica – situa-se nesse contexto, em que valores contratantes – como o e princípio da autoridade, de um lado, e o postulado das liberdades públicas, de outro – guardam, entre si, nítidas relações de tensão dialética.

Impõem-se, portanto, que os agentes da *persecutio criminis* submetam-se à atuação moderada e arbitral do Poder Judiciário, cujos órgãos, ponderando interesses que se antagonizam, permitam ou não, o acesso das autoridades policiais às informações concernentes às operações, ativas e passivas, realizadas pelas pessoas sob investigação com as instituições financeiras.

A relevância do direito ao sigilo bancário – que traduz, na concepção do seu alcance, uma das projeções realizadoras do direito à intimidade – impõe, por isso mesmo, ao Poder Judiciário, cautela e prudência na determinação de ruptura da esfera de privacidade individual, que o ordenamento jurídico, em norma de salvaguarda, pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva.

Sem elementos fundados de suspeita, como a existência de indícios idôneos e reveladores de possível autoria de prática delituosa, não há como autorizar a disclosure das informações bancárias reservadas.

É pertinente dizer que a proteção à intimidade é de propriedade constitucional. E também, um direito da personalidade, e a Constituição Federal de 1988, nesse caso, optou por patrocinar o direito individual e desqualificar o poder Estatal expansionista. Nobre é a constituinte que evitou que o próprio Estado devassasse a intimidade do indivíduo.

Importante salientar que, no julgado da Pet. N° 577 QO – DF, os Ministros Célio Borja, Néri da Silveira e Marco Aurélio fundamentaram o sigilo bancário também no inciso XII, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, ou seja, no “sigilo de dados”, contudo, tal afirmação afigura-se, equivocada.

Há que se ressaltar que não existe qualquer referência explícita no inciso XII, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, ao sigilo bancário. Os defensores de tal corrente sustentam que o sigilo bancário tem como fundamento jurídico tal dispositivo constitucional apegando-se à expressão “sigilo de dados” para fins de inclusão do sigilo bancário.

Ocorre, pois, que os “dados” mencionados no artigo de lei são os informáticos, o qual não existia nas constituições anteriores, e somente foi inserto em decorrência do desenvolvimento da informática e da transmissão de dados por estes meios.

Cabe citar o pensamento de Alexandre de Moraes¹⁰:

(...) O preceito que garante o sigilo de dados engloba o uso de informações decorrentes da informática. Essa nova garantia necessária em virtude da existência de uma nova forma de armazenamento e transmissão de informações deve coadunar-se com as garantias de intimidade, honra e dignidade humanas, de forma a impedir-se as interceptações ou divulgações por meios ilícitos. (...).

Ademais, reforçando a ideia de ausência de qualquer previsão quanto ao sigilo bancário no inciso XII, do artigo 5º, da Magna Carta, a frase do dispositivo constitucional (“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”) só admitiria a quebra da inviolabilidade do sigilo em relação às comunicações telefônicas porquanto a referência à ordem judicial relaciona-se apenas ao “último caso” citado no dispositivo, ou seja, justamente as comunicações telefônicas. De tal modo, se realmente a comunicação de dados abarcasse o sigilo bancário, nem ao menos por ordem judicial poderia ele ser afastado.

Portanto, o art. 5º, em seu inciso XII, não versa sobre “sigilo de dados”, mas sim “sigilo das comunicações de dados”, remetendo à forma de comunicação entre os indivíduos, seja via carta, telex, computador (*intranet ou internet*) ou telefone, de modo que inviolável é o “sigilo da comunicação que se dá mediante o processamento de dados”. Por conseguinte, tem-se que o a norma proibitiva aplica-se à intervenção de terceiro na ação comunicativa. Outrossim, o termo “dados” deve ser interpretada em consonância com os demais sujeitos da frase e estes se referem a meios de comunicação: correspondência, comunicações telegráficas e comunicações telefônicas, o que nos leva, por congruência, à comunicação mediante o chamando processamento de dados.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 146.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹¹, em artigo sobre sigilo de dados, leciona:

[...] a questão de saber quais elementos de uma mensagem podem ser fiscalizados e requisitados não se confunde com a questão de saber se e quando uma autoridade pode entrar no processo comunicativo entre dois sujeitos. São coisas distintas que devem ser examinadas distintamente. Assim, por exemplo, solicitar ao juiz que permita à autoridade acesso à movimentação bancária de alguém não significa pedir para interceptar suas ordens ao banco (sigilo da comunicação), mas acesso a dados armazenados (sigilo da mensagem informada).

Dessa forma, entende-se que o sigilo de dados tem como bem jurídico tutelado a própria relação comunicacional privativa via processamento de dados, a ela não se aplicando a parte final do disposto no inciso XII do art. 5º da CF de 1988. Tal sigilo da comunicação de dados não se confunde, portanto, com o sigilo bancário, garantia constitucional conexas ao direito à intimidade e à vida privada e proveniente da liberdade de ocultar informações, encontrando respaldo constitucional no art. 5º caput, inciso X e parágrafo 2º.

Ou seja, o sigilo bancário reflete questões da privacidade e da intimidade das pessoas, estando dentro do campo de incidência do direito a intimidade e privacidade, possuindo dessa forma, *status* constitucional.

¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo Bancário**. Disponível em <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/98>.

3 O SIGILO BANCÁRIO E SUA RELATIVIZAÇÃO

Como já exposto, embora não esteja constitucionalmente previsto, o sigilo bancário relacionando-se com o direito à privacidade e à intimidade, sendo entendido como um direito fundamental, decorrente do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

A par disso, como todo direito fundamental, o sigilo bancário quando apresenta esta natureza, não é absoluto, podendo entrar em conflito com outros direitos e valores de nível constitucional.

Maria José Oliveira Lima Roque sustenta que “apesar de consagrado mundialmente, o sigilo bancário não é absoluto. Nenhum direito é absoluto. Todos os direitos, mesmos os mais elementares, comportam limitações.”¹²

Diante disso, é possível restringir direitos constitucionais individuais a fim de ajustá-los com outros direitos individuais.

Porém, a relativização de um direito fundamental não se dá em abstrato. Os defensores da teoria da colisão pressupõe que todos os direitos fundamentais possuem um âmbito de proteção amplo (*prima facie*); por isso, têm uma potencialidade de colisão.

Sobre o caráter expansivo das normas de direitos fundamentais, notadamente a quebra do sigilo bancário, é o entendimento da Min. Ellen Gracie:

São garantias fundamentais (...). Mas, por certo, não têm caráter absoluto, como nenhum direito ou princípio tem. Preservam, contra a ingerência ou a exposição indevidas. Têm um caráter *prima facie*, que deve ser contrastado, nos casos concretos, com eventuais fatores invocados como justificadores do acesso ao que, a princípio, seria privado ou sigiloso.¹³

Nessa toada, necessário se faz definir a conceituação de regras e princípios, explanados adiante.

Podemos conceituar princípios como “normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas

¹² ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo Bancário & direito à intimidade**, 8º reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 95.

¹³ STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 62-63.

reais existentes.”¹⁴ São mandamentos de otimização, dependendo da realidade fática e jurídica concernente ao caso concreto.

De outro lado, a regra garante um direito definitivo, oferecendo ao intérprete, no momento de sua verificação no caso concreto, todas as possibilidades alcançáveis por seu conteúdo. Ou seja, a regra garante um direito definitivo, enquanto o princípio garante um direito *prima facie*.

A proteção feita pelo princípio, embora almeje ser máxima, não prevalecerá em todas as ocasiões, cedendo ao colidir com outro direito que seja preponderante do ponto de vista axiológico.

A partir de um caso concreto que se estabelece o conteúdo jurídico dos princípios, ou seja, somente com elementos fáticos e jurídicos do caso concreto, podendo, o mesmo princípio ser construído com conteúdo diverso para casos diversos, pois traduzem as condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

Além do mais, a referência ao caso concreto é imprescindível, pois futuramente poderá haver um caso a ser decidido pelos mesmos princípios e com desfecho distinto.

Diante de um confronto de interesses, é preciso realizar o denominado pela jurisprudência do STF e por diversas obras doutrinárias como **sopesamento** ou ainda **princípio da proporcionalidade** como modo de resolver tais colisões.

3.1 A REGRA DA PROPORCIONALIDADE

A regra da proporcionalidade é um relevante instrumento de solução de conflitos na medida em que se apresenta como critério de sopesamento de princípios colocando-se a serviço da efetivação da justiça material no caso concreto.

Para definição da regra da proporcionalidade, utilizaremos a lição do professor André Ramos Tavares, que destaca três necessários elementos, quais

¹⁴ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites da sua utilização a partir da análise de dois casos**. Revista *Diálogo Jurídico*, Salvador, n.º. 17, 2008. Disponível em: <[HTTP://:direitopublico.com.br](http://direitopublico.com.br)>. Acesso em 01 de fevereiro de 2013.

sejam: 1) a conformidade ou adequação dos meios empregados; 2) a necessidade ou exigibilidade da medida adotada e 3) a proporcionalidade em sentido estrito.

No primeiro elemento verifica-se a relação meio-fim entre a medida adotada e o fim pretendido, ou seja, os meios selecionados devem ser aptos a atingir o fim determinado.

Pela necessidade é preciso avaliar, entre as várias soluções possíveis, qual será a menos gravosa para o titular dos direitos envolvidos. Nas palavras do professor André Ramos Tavares, (...) “o operador do Direito terá de buscar, abstratamente, medidas alternativas, para fins de comparação e conclusão.”¹⁵ Por fim, pela proporcionalidade em sentido estrito serão aferidas as vantagens e as desvantagens de cada solução que se apresenta, sendo certo que só estará autorizada a adoção daquela que traga mais bônus do que ônus aos envolvidos.

No âmbito da jurisprudência, é pacífico o entendimento acerca da relatividade dos direitos e garantias individuais, consequência de uma colisão de direitos, onde outro valor ou interesse preponderante esteja envolvido. Neste sentido, o Min. Maurício Corrêa se manifestou da seguinte forma:

Quando dois direitos unguídos em lei da mesma hierarquia entram em conflito, a prevalência de um sobre o outro é decidida segundo uma escala axiológica; mas este padrão de valores não é fornecido pela Constituição, cabendo ao intérprete da lei, orientado pelas regras de hermenêutica e de exegese e levando em conta o estágio sócio-cultural contemporâneo aos fatos, dizer sobre esta prevalência.¹⁶

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é repleta, nunca deixando de entender que o sigilo bancário é um direito individual não absoluto, podendo ser devassado onde há prevalência do interesse público.

A ocorrência de colisões em situações concretas também é enfatizada pelo Min. Celso de Mello:

Impõem-se observar que a ampliação da esfera de incidência das franquias individuais e coletivas, de *um lado* e a intensificação da proteção jurídica dispensada às liberdades fundamentais *de outro*, tornaram inevitável a ocorrência de situações caracterizadoras de *colisão de direitos* assegurados pelo ordenamento constitucional. Com a evolução do sistema de tutela constitucional das liberdades públicas, dilataram-se os *espaços de conflito* em cujo âmbito antagonizam-se, em função de situações *concretas*

¹⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p 774.

¹⁶ STF: MS 21.729, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 95.

emergentes, posições jurídicas revestidas de *igual* carga de positividade normativa.¹⁷

Cita-se o excerto oriundo da ementa do acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello em decisão plenária do STF, no julgamento do Mandado de Segurança n.º 23.452-RJ:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARATER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerando o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.¹⁸

Notadamente a relativização do sigilo bancário, destaca-se, outrossim, o posicionamento do Ministro José Delgado:

O sigilo bancário constitui garantia constitucional (art. 5.º, X) contra eventuais abusos na esfera privada do cidadão. Todavia, deflui do sistema jurídico que tal proteção é relativa, devendo ceder ante a imperativos de ordem pública sobre os de natureza particular.

Bem por isso, dispõe o artigo 38, § 5.º da Lei 4595/64, que as instituições financeiras devem conservar o sigilo em suas operações passivas e ativas e serviços prestados, podendo os agentes fiscais procederem a exames de documentos quando houver processo administrativo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.¹⁹

Dessa forma, quando é defendida a relatividade do sigilo bancário, a justificativa mais recorrente é de que em determinadas circunstâncias, concretas, pode ocorrer a colisão do direito à privacidade e à intimidade – que protege o sigilo bancário – com outro direito. É possível que o manto protetor do sigilo bancário encubra, por exemplo, prova material de algum crime. Neste caso, o sigilo bancário pode ser afastado ao se chocar com o interesse público na repressão dos delitos.

¹⁷ STF: MS 21.729, Rel. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 104-105.

¹⁸ STF: MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/199, p. 20.

¹⁹ Medida Cautelar n.º 3060/PR (200/0083229/4).

Em que pese a conservação do sigilo bancário ser a norma, em razão do dever de sigilo bancário da instituição financeira e da proteção à intimidade, esse segredo não possui caráter absoluto, devendo ceder diante do interesse público.

Covello²⁰ trata de forma exemplar a questão, que no conflito entre interesse privado e interesse público, prevalece o último.

Embora o sigilo bancário se destine a proteger a intimidade das pessoas, apresentando-se como a manifestação de um dos direitos essenciais do ser humano, não é um direito absoluto como de resto não é absoluto o próprio direito à vida privada.

[...]

De fato, a vida em grupo, tem de restringir direitos para evitar inconveniências a outros direitos notadamente de origem geral, e não seria lógico que a lei protegesse o interesse particular com prejuízo para a sociedade.

[...]

Sem dúvida, em diversas ocasiões, surge um conflito de interesses: de um lado, a intimidade (interesse eminentemente particular do indivíduo), de outro, o conhecimento da notícia, que pode constituir interesse do Estado ou de outros cidadãos. Toda vez que o interesse do conhecimento da notícia é considerado relevante, em face da ordem social, deve prevalecer sobre aquele da intimidade, porque a divulgação da circunstância coberta pelo sigilo se justifica por representar interesse superior. Tem-se então, a supremacia do bem maior de interesse geral.

Ainda neste sentido:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das liberdades públicas, uma vez respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.²¹

Do exposto, pode-se afirmar que todos os direitos permitem limitações, frente às exigências sociais zelando o bem comum. A proteção constitucional desses direitos há de ser compatibilizada com outros valores.

Diante disso, notório é o caráter não absoluto do sigilo bancário e que, a decretação do afastamento do sigilo deve ser feita caso a caso, em cada requerimento, no qual deve vir demonstrada, na busca da efetiva prestação jurisdicional.

²⁰ COVELLO, Sergio Carlos. Op cit., pp. 165-166.

²¹ STF: MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/199, p. 117. No mesmo sentido, a Min. Ellen Gracie (STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010): "Mas, por certo, não têm caráter absoluto, como nenhum direito ou princípio tem".

Finalmente, se dará desfecho ao assunto, objetivando quais os órgãos e autoridades estão legitimadas a efetuar a quebra de sigilo bancário. É ao que se propõe o próximo capítulo.

4 COMPETÊNCIA PARA DETERMINAÇÃO DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO

As normas legais devem ser respeitadas de acordo com a Constituição Federal, de modo que para ser afastado o sigilo bancário, necessário se faz a observância ao respeito aos direitos fundamentais e à própria Constituição.

Em sendo o sigilo bancário consagrado como direito individual constitucionalmente protegido, somente poderá ser excepcionado por ordem judicial fundamentada ou de Comissões Parlamentares de Inquérito. Tal fato decorre da própria Constituição, e não de legislação infraconstitucional.

Neste capítulo serão discutidas as normas legais que conferem a órgão ou autoridade a faculdade para determinar a quebra de sigilo bancário, analisando doutrina e jurisprudência.

4.1 PODER JUDICIÁRIO

Faz-se menção neste início, ao princípio da separação de poderes, onde o foco principal além da independência de funções é o equilíbrio entre os poderes do estado, Executivo, Legislativo e Judiciário, impedindo dessa forma a dominação institucional de qualquer dos poderes da República sobre os demais órgãos desta.

Esse equilíbrio é demonstrado com o exercício regulamentado de funções típicas e atípicas e com os controles existentes entre os Poderes.

Dessa forma, compete ao Poder Judiciário, a proteção dos direitos fundamentais, prezando pela harmonização entre os valores eleitos pelo constituinte.

Entre os poderes do Estado, o Judiciário é o responsável pelas decisões valoradas e fundamentadas protegendo o individuo, sujeito de direitos e à solução dos conflitos que surgem na ordem fática e jurídica. Caso não existisse esta

independência, desequilibraria as forças do Estado, em desfavor do indivíduo, e da organização social.

Preconiza o inciso XXXV, do artigo 5º da Magna Carta, que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direitos, resguardando assim o Estado Democrático de Direito ao qual vivemos.

Compete ao Poder Judiciário a função jurisdicional do Estado, ou seja, cabe a ele a aplicação da lei ao caso concreto.

A ida ao Judiciário é um requisito, ou seja, a análise judicial há se ser prévia, e não a *posteriori*. Trata-se de *reserva de jurisdição*, e não garantia de exercício de recurso ao Poder Judiciário.

Não é outro o entendimento dos nossos Tribunais.

O posicionamento inicial foi formado no julgado na ação PET-QO 577, da qual destacamos o voto do Ministro Celso de Mello:

A quebra de sigilo bancário – ato que por si só, revela extrema gravidade jurídica – situa-se nesse contexto, em que valores contrastantes – como o princípio da autoridade, de um lado, e o postulado das liberdades públicas, de outro – guardam, entre si, nítidas relações de tensão dialética.

Impõem-se, portanto, que os agentes da *persecutio criminis* submetam-se à atuação moderada e arbitral do Poder Judiciário, cujos órgãos, ponderando os interesses que se antagonizam, permitem, ou não, o acesso das autoridades policiais às informações concernentes às operações, ativas e passivas, realizadas pelas pessoas sob investigação com as instituições financeiras.

A relevância do direito ao sigilo bancário – que traduz, na concreção do seu alcance, uma das projeções realizadoras do direito a intimidade – impõe, por isso mesmo, ao Poder Judiciário, a cautela e prudência na determinação de ruptura da esfera de privacidade individual, que o ordenamento jurídico, em nome da salvaguarda, pretendeu submeter à clausula tutelar de reserva.²²

A qualidade de independência, e imparcialidade do poder judiciário é sempre colocada quando se discute novos legitimados a decretar a quebra. Esse caráter é fulgente na fala do Min. Carlos Velloso:

[...] esta quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente pode ser realizada pela autoridade judiciária, dado que esta procederá sempre com cautela, com prudência, com moderação, porque estas são virtudes inerentes à magistratura, ou virtudes que os magistrados devem possuir. Mencionar o acórdão.

²² Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 23-4-1993.

Relativamente ao postulado da reserva de jurisdição, temos que se trata de um princípio atribuído na concepção da Constituição de 1988, exclusivamente aos órgãos jurisdicionais, o conhecimento e exame de determinadas matérias, notadamente aquelas relacionadas com os direitos e garantias fundamentais, subtraindo de outros órgãos estatais sua apreciação.

De acordo com o postulado da reserva de jurisdição, ao exercício de determinados atos, por imposição expressa da Constituição, cabe exclusivamente a magistrados, restando afastada a possibilidade do exercício de iguais atribuições por quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. Traduz a noção de que em certos litígios, por força do texto constitucional, o juiz detém não só o monopólio da última e decisiva palavra, mas também o da primeira palavra quanto à definição do direito aplicável.

O monopólio da última palavra consiste no direito de qualquer indivíduo ter acesso a processo justo para a defesa de suas posições jurídico-subjetivas, que pode ser exercido tanto em face de atos estatais, quanto nos casos em que houver litígios entre particulares.

Esse entendimento foi expresso pelo Min. Celso de Mello, no julgamento do MS 23.452, transcrito abaixo:

O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de 'poderes de investigação próprios das autoridades judiciais'.

A clausula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias como a busca domiciliar (CF. art. 5º XI), a interceptação telefônica (CF. art. 5, XII) e a decretação de prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância – traduz a noção de que nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer órgãos ou autoridade do Estado.

Afora os poderes conferidos pela Lei Maior às Comissões Parlamentares de Inquérito, cabe ao Poder Judiciário ordenar a quebra do sigilo bancário.

A Lei Complementar n.º 105/2001, dispõe sobre o sigilo das operações financeiras, e confere atribuição a autoridades administrativas para a requisição de informações sigilosas às instituições financeiras.

Essa inovação sofreu crítica dos juristas e advogados Arnold Wald e Ives Gandra Martins²³:

Trata-se de mais uma tentativa de fazer prevalecer considerações pragmáticas, que são as mais discutíveis, sobre o texto claro e inequívoco da Constituição Federal e de lei complementar. Há mais de meio século que constitucionalistas e penalistas reconhecem que o sigilo bancário só deve poder ser levantado opor decisão judicial ou nos casos e dentro dos limites em que determinados outros órgãos, como as Comissões Parlamentares de Inquérito, são equiparadas ao Poder Judiciário. Em texto que se tornou clássico, o Min, Nelson Hungria considerou o sigilo bancário como 'condição imprescindível, não só para a segurança dos interesses dos clientes do banco como para o próprio êxito da atividade bancária', acrescentando que no caso, o segredo constitui verdadeira condição do negócio.

A constituição Federal de 1988 foi muito clara ao proteger todos os direitos da personalidade e ao considerar inviolável o sigilo dos dados pessoais, que abrangem os extratos e demais informações bancárias, resalvando tão-somente a possibilidade de serem obtidos os mesmos em virtude de ordem judicial para fins de investigação criminal.

Por outro lado, o art. 192 da Constituição exige que a reformulação do sistema financeiro, abrangendo as normas referentes ao sigilo bancário, seja realizada mediante uma única lei complementar, que deverá tratar exhaustivamente o assunto. Consequentemente, tanto a jurisprudência quanto a doutrina atribuíram a condição de norma complementar à Lei 4.595 que trata do sigilo bancário nos precisos termos estabelecidos pelos textos constitucionais.

Ainda constitui proteção dos chamados dados bancários a garantia constitucional referente ao devido processo legal, que assegura aos acusados o contraditório e a ampla defesa 'com os meios e recursos a ela inerentes'.

Consequentemente, a legislação específica referente tanto ao Ministério Público como à Receita Federal, concedendo-lhes o direito a obter determinadas informações, tem sido considerada como devendo ser interpretada no sentido de lhes atribuir a legitimidade para requerer ao Poder Judiciário as medidas necessárias para este fim, pois qualquer outro entendimento importaria em violação da forma fundamental.

Neste sentido, Juliana Belloque²⁴ sustenta que:

Qualquer limitação à liberdade individual, incluindo-se a quebra de sigilo financeiro depende do prévio desenvolvimento do devido processo legal, o qual abraça a garantia do juiz natural, que faz depender a decisão sobre um conflito entre direitos subjetivos de fundamentada apreciação do juiz constitucionalmente competente. Outra conclusão não se extrai do mandamento contido no art. 5.º, LIV, da Constituição da República, segundo

²³ WALD, Arnold. **A Constituição e o sigilo bancário**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, v. 6, n.º 23, p. 23-24, abr./jun. 1998.

²⁴ BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário**: Análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1

o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

E ainda:

A independência do Poder Judiciário, uma de suas garantias estruturantes, que manifestou o controle do Poder pelo próprio Poder, idealizado no modelo de repartição de competências das democracias modernas, não corresponde apenas à construção orgânica de um poder judicial separado dos demais Poderes do Estado, com garantias individuais de seus membros e funcionais [...]

E finaliza:

Pela presença de todos os elementos ora descritos, a quebra de sigilo financeiro condiciona-se à regra da reserva de jurisdição. A proximidade de devassa dos dados íntimos conservados pelas instituições financeiras em outras situações de restrição ao direito a intimidade, como as violações do domicílio e das comunicações telefônicas, conduz a esta afirmação.

Do exposto, considera-se que os juízes possuem a imparcialidade necessária ao sopesamento dos interesses envolvidos em determinado caso concreto de pedido de quebra de sigilo bancário.

4.2 COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

Na PET QE 577 os Ministros do STF foram tão enfáticos em dizer que apenas o Judiciário poderia autorizar a quebra do sigilo, que dúvidas surgiram quanto à autorização dada pela Constituição Federal, no seu art. 58 § 3º, na qual equiparou os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito com poderes de investigação da autoridade judiciária, senão veja-se:

Art. 58

§3º As comissões parlamentares de inquérito que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

O STF reconheceu ao Poder Legislativo através de CPIs, o direito de quebrar sigilo bancário, independentemente de análise judicial.

Citamos novamente o MS 23.452, acórdão este da lavra do Ministro Celso de Mello:

A quebra do sigilo constitui poder inerente à competência investigatória das Comissões Parlamentares de Inquérito.

- O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) – ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5., X da Carta Política não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação Parlamentar.

As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, devem demonstrar a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instrução do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referencia (CF, art. 5., XXXV).

- As deliberações de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, à semelhança do que também ocorre nas decisões judiciais (RTJ 140/154), quando destituídas de motivação, mostram-se írritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal. (incluir dados do acórdão)

Essa posição, é acompanhada na doutrina, entre outros, por Alexandre de Moraes “dessa forma, não resta dúvidas de que as Comissões Parlamentares de Inquérito poderão decretar o afastamento do sigilo bancário de seus investigados [...]”²⁵.

Não é outro o entendimento do professor André Ramos Tavares²⁶:

As Comissões Parlamentares de Inquérito têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, neste caso por expressa previsão constitucional (§ 3º do art. 58).

[...]

Já que lhe foi atribuída essa capacidade, deverá também a CPI observar os limites e as condições pertinentes às decisões judiciais, como v.g., o dever de fundamentar a decisão (art. 93, IX da CF) ou de guardar sigilo quando necessário.

²⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

²⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1230.

Outra interpretação não faria sentido, pois a própria Constituição fixou finalidades às CPIs, e não teria nexos a atribuição de investigar fatos determinados sem os poderes adequados para alcançar esse fim, ou seja, poderes investigatórios próprios das autoridades judiciais, ressalvados aqueles expressamente submetidos à cláusula da reserva jurisdicional expressa.

Ademais, podemos afirmar que as CPIs têm poderes amplos, porém, não são ilimitados, ou seja, eventual abuso cometido deve ser submetido e contido pelo Poder Judiciário.

4.3 MINISTÉRIO PÚBLICO

Aduz o *caput* do artigo 127 da Carta Magna que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, encarregado da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A par disso, a Constituição Federal coferiu ao Ministério Público “a defesa da sociedade na luta pela prevalência dos mais importantes interesses ou valores constitucionais”²⁷

Ventilou-se a possibilidade de o Ministério Público ter poder de quebrar o sigilo bancário, partindo-se do que preceitua o inciso VIII, do art. 129 da Constituição da República, bem como da Lei complementar 75/93, que no art. 8º, IV, menciona que “para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: IV requisitar informações e documentos a entidades privadas.”

Porém, não se pode ler estes preceitos de forma isolada, pois o Direito não se interpreta por fatias, mas em conjunto com os demais dispositivos normativos.

Logo, os artigos e legislação supracitados merecem análise buscando-se sua interpretação jurídica conforme a Constituição, através da qual não se interpreta a Constituição a partir das leis em geral (de baixo para cima), sendo proibida a interpretação da Constituição conforme as leis.

²⁷ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Sigilo Bancário**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 221.

O julgamento do mandado de segurança (MS 21.729-DF) impetrado pelo Banco do Brasil contra requisição de informações sobre empréstimos concedidos a usineiros, formulada pelo Procurador-Geral da República, com base no art. 8º, § 2º, da LC 75/93, onde Tribunal entendeu ser inoponível, na espécie, a exceção de sigilo bancário da instituição financeira, justamente em razão da origem pública de parte do numerário das operações questionadas.

Ao iniciar o julgamento, três Ministros votaram-se posicionando pelo deferimento do MS, sob o fundamento de que apenas o Poder Judiciário teria essa prerrogativa, além da falta de imparcialidade do MP, conforme voto do Min. Maurício Corrêa:

A Constituição outorgou ao Ministério Público novos e amplos poderes para o desempenho de suas elevadas funções, mas não foi tão longe ao ponto de lhe dar competência para exercer jurisdição extraordinária, como fez com as CPIs. Para tanto, é importante considerar que a atividade típica do MP se desenvolve perante o Poder Judiciário, onde deve postular pelas providências que entender necessárias. (...) Ressalvo, contudo, que se ao MP não é dado quebrar o sigilo bancário, nem o fiscal, isto não quer dizer que, no interesse da justiça e para a consecução das suas atribuições institucionais, não possa formular tal requerimento perante o Órgão competente do Poder Judiciário para que este decida em cada caso (...).²⁸

A divergência se iniciou com o Min. Francisco Rezek:

(...) a Lei Complementar do Ministério Público (LC 75/93) não arranhou de modo algum a integridade do art. 5º da Constituição. Deu seqüência curial e necessária ao artigo 129, VI do texto maior e o fez, admita-se ainda, de modo exemplar.²⁹

Integraram o grupo daqueles que negaram esse poder ao MP o Min. Ilmar Galvão e o Min. Carlos Velloso. Logo após, o Min. Mauricio Corrêa ainda afirmou ser arriscado conferir essa prerrogativa ao MP, em face da existência de “ajustamentos políticos” entre promotores em diversos locais, especialmente no interior do país.

Até então, a Corte tendenciada pela manutenção de seu precedente através do qual somente o Poder Judiciário poderia decretar a quebra, ou quando muito, uma CPI do Congresso Nacional. A votação se encontrava em cinco votos a um.

Entretanto, a divergência iniciada pelo Min. Francisco Rezek se intensificou a partir voto do Min. Octávio Galloti, que fundamentou de modo diverso seu voto, partindo de outra premissa:

²⁸ STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 97.

²⁹ STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 122.

(...) verifica-se que as operações, que se pretende investigar, residem no empréstimo a empresas do setor sucroalcooleiro, bancados pelo Governo Federal, por intermédio do Banco do Brasil, ou seja, entrega subsidiada pelos cofres públicos.³⁰

Referindo-se ao sigilo bancário, o Min. Octávio Gallotti assinalou:

(...) deste se acha imune por sua natureza, a operação realizada com dinheiros públicos, cujo dispêndio, ao revés, está sujeito, pelo art. 37121 da CF, pelo menos ao princípio da publicidade.³¹

Ou seja, as operações bancárias continham recursos públicos. Dessa forma, o princípio aplicável a esses recursos não era o princípio da inviolabilidade da vida privada, mas sim o da publicidade, razão pela qual, a manutenção do sigilo não se aplicaria no caso. O Banco do Brasil foi apenas o meio utilizado para o empréstimo de dinheiro público.

Destarte, a solução dada pelo Min. Octávio Gallotti Portanto, não foi a de conceder uma autorização genérica ao MP no que tange à quebra do sigilo bancário, sendo certo que não haveria quebra de sigilo, mas a revelação de algo que não só não estava sujeito ao sigilo, como para o qual se recomendava a publicidade. Por esta razão, ele votou pelo indeferimento do mandado de segurança.

Esse argumento modificou o julgamento, pois todos os Ministros que ainda não haviam votado neste MS votaram neste sentido: Néri da Silveira, Sydney Sanches, Moreira Alves e Sepúlveda Pertence.

A tese aparentemente fixada pelo STF é o de que envolvido dinheiro público, não se aplica a regra do sigilo bancário, mas sim o princípio da publicidade.

Não obstante, a larga jurisprudência do STF afirmar que o sigilo bancário está inserido no direito de intimidade (art. 5º, X, da CF), o que tem proporcionado decisões baseadas na premissa de que no interesse público ou da justiça, só o Poder Judiciário e às Comissões Parlamentares de Inquérito (conforme - art. 58, §3º, da CF) têm a prerrogativa de quebrar o sigilo bancário. Ao Ministério Público, a Constituição atribuiu a faculdade de requisitar informações e documentos, com o fim de instruir procedimentos administrativos de sua competência, na forma da lei complementar respectiva (art. 129, VI, da CF). Porém, o direito ao afastamento de sigilo bancário, a Lei Maior, confiou à lei complementar para regulamentação da

³⁰ STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 145.

³¹ STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 145,

atuação do Ministério Público.

De todo modo, uma vez que a Lei Complementar nº 105/01 dispôs sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e não contemplou capacidade requisitória do Ministério Público, perdeu-se, talvez, uma ótima oportunidade para pacificar de vez o tema.

A par disso, em razão dos julgados acerca do tema, e no intuito de não haver possibilidade de ser julgada inconstitucional e ilegal eventual prova no curso de um processo, o mais adequado e seguro é o Ministério Público requerer a quebra do sigilo bancário ao Poder Judiciário.

4.4 A QUEBRA DE SIGILO PELO FISCO

A questão mais polêmica que envolve o tema sigilo bancário é, sem dúvidas, saber se a Administração Fazendária tem, sem sujeitar-se ao Poder Judiciário, a prerrogativa de afastar o dever das Instituições Financeiras de manter o sigilo sobre a movimentação bancária de seus clientes.

A problemática toda se dá em torno da colisão de preceitos constitucionais atualmente existentes: de um lado, a Constituição Protege a privacidade e a intimidade e de outro, atribui aos entes tributantes o poder de fiscalização, a fim de promover a adequada tributação.

Não obstante possível colisão dos preceitos constitucionais, a legislação infraconstitucional expressamente confere este poder, conforme dispõe a Lei Complementar 105/2001 em seus artigos 5º e 6º:

Os artigos supracitados construíram dois sistemas de transferência direta das informações financeiras as autoridades de fiscalização, independente do pronunciamento do Poder Judiciário, em decisão judicial fundamentada.

À primeira vista, nota-se dois fundamentos e inconstitucionalidade nos artigos em tela: parcialidade do agente tributário (FISCO) que no procedimento fiscal tem pleno interesse na obtenção das informações, e o afastamento do sigilo passar de exceção a regra, o que se tornaria no mínimo duvidoso, pois, desrespeitaria o art.

60, § 4.º, IV, da CF, que veda a votação de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Tendo como premissa que as decisões acerca do afastamento do sigilo bancário devem revestir-se de imparcialidade - salvo nos casos das CPIs como exposto no tópico anterior -, como atribuir à Receita Federal, parte integrante e interessada, o poder de violar os direitos subjetivos de outra parte visando garantir a concretização dos seus interesses sem antes submeter-se ao crivo do Poder Judiciário?

Respondendo este questionamento, trazemos à baila o entendimento de Juliana Belloque³²:

Na análise material de inconstitucionalidade de uma lei restritiva de direitos fundamentais, deve-se atentar se a restrição não se encontra além das possibilidades previstas na Constituição, e se a mesma não se mostra exagerada, provocando indevida diminuição do alcance essencial destes direitos.

[...]

Desta forma, o sigilo financeiro perde o seu efeito em relação ao Poder Público, o que lhe subtrai o caráter de liberdade pública, de direito fundamental positivado pelo Estado, prevalecendo diante das violações perpetradas não só pelos particulares, como também por esse mesmo Estado, que o declarou e assegurou na ordem jurídica. Assim, retira-se a sua característica mais essencial.

O STF enfrentou essa questão em dois acórdãos: a AC 33³³ e o RE 398.808³⁴. As ações tratavam-se dos mesmos fatos, porém, no primeiro caso julgamento da cautelar com pedido de liminar e no segundo caso o mérito.

No julgamento da AC 33, o Min. Relator Marco Aurélio deferiu a liminar, pois em seu entendimento:

[...] atentar para a posição do contribuinte, para esse bem maior que é a privacidade, tanto que inserida na Carta da República, afastável de regra pela deliberação de órgão equidistante, e o Fisco não é órgão equidistante, ele é sujeito da relação jurídica tributária, é parte interessada [...]

O Ministro Cezar Pelluso igualmente concedeu a liminar, e em seu voto, considerou:

Em tema de ruptura do sigilo bancário, somente os órgãos do Poder Judiciário dispõem do poder de decretar essa medida extraordinária, sob

³² BELLOQUE, Juliana Garcia. Op. cit., p. 135.

³³ STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010

³⁴ STF: RE 389.808, Rel. Mn. Marco Aurélio, j. 15/12/2010

pena de a autoridade administrativa interferir indevidamente, na esfera de privacidade constitucionalmente assegurada às pessoas. Apenas o Judiciário, ressalvada competência das Comissões Parlamentares de Inquérito (CF, art. 58, § 3º), pode eximir as instituições financeiras do dever que lhes incumbe em tema de sigilo bancário.

[...]

A efetividade da ordem jurídica, a eficácia da atuação do aparelho estatal e a reação social a comportamentos qualificados pela nota de seu desvalor ético-jurídico não ficarão comprometidos nem afetados se se reconhecer aos órgãos do Poder Judiciário, com fundamento e apoio nos estritos limites de sua competência institucional, a prerrogativa de ordenar a quebra do sigilo bancário. Na realidade, a intervenção jurisdicional constitui fator de preservação do regime das franquias individuais e impede, pela atuação moderadora do Poder Judiciário, que se rompa injustamente, a esfera de privacidade das pessoas, pois, a quebra de sigilo bancário não pode nem deve ser utilizada, ausente a concreta indicação de uma causa provável, como instrumento de devassa indiscriminada das contas mantidas em instituições financeiras.

No entendimento da Ministra Ellen Gracie:

A LC 105/2001 permitiu o acesso da Administração Tributária aos dados bancários dos contribuintes por decisão da autoridade fiscal em processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, sem a necessidade de autorização judicial, indispensável, assim, o enfrentamento da questão relativa à chamada "reserva de jurisdição", segundo a qual, todo e qualquer acesso a dados sigilosos dependeria de ordem judicial.

[...]

Havendo irregularidades formais ou desproporcionalidade da medida, o Judiciário, provocado pelo contribuinte, poderá impedir o acesso aos dados, vedar o uso das informações obtidas, anular eventual lançamento equivocado ou abusivo e, inclusive, determinar indenização por danos materiais ou morais que efetivamente tenham decorrido da violação, sem prejuízo da responsabilização administrativa e penal dos agentes, se for o caso.

Concluído o julgamento, o STF, por maioria, deixou de referendar a medida liminar concedida pelo relator, o que equivale dizer, ter sido deferido o acesso direto da Administração Tributária sem a intervenção votando nesse sentido, os Ministros Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Carmen Lúcia e Ellen Gracie, ficando vencidos os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cezar Pelluso, que votaram pelo deferimento da liminar.

O julgamento do mérito dessa ação, menos de um mês após o exame da cautelar, mostrou que o tema ainda causava controvérsia, fazendo jus a maiores ponderações.

Ao iniciar o seu voto no RE, o Min. Relator Marco Aurélio fez uma digressão acerca da jurisprudência do STF sobre tema sigilo bancário, ressalvando que as

questões envolvidas iriam além da decisão de o Fisco ter ou não essa prerrogativa, afirmou que a CF assegura a inviolabilidade do sigilo das pessoas, só excepcionando a quebra emanada do Poder Judiciário, como ato fundamentado e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, finalizando que “a inviolabilidade de se estender essa exceção resguarda o cidadão de atos extravagantes do Poder Público, atos que pode violar a dignidade do cidadão.”

Em seguida, argumentou que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e que a vida em sociedade pressupõe a segurança e a estabilidade.

O ministro Celso de Mello seguiu o entendimento do relator, afirmando que a função tutelar do Poder Judiciário em neutralizar eventuais abusos do Poder Público.

O julgamento de mérito parecia seguir a mesma conclusão do julgamento da cautelar, devido à recorrência dos votos, porém, o voto do Min. Gilmar Mendes mudou o rumo do julgamento, pois na cautelar, o ministro havia negado provimento, permitindo a quebra de sigilo pela Receita, e no julgamento do mérito, afirmou que no caso em exame deveria ser observada a reserva de jurisdição.

De acordo com o ministro, sua opinião mudou após refletir sobre os votos dos ministros Marco Aurélio e Celso de Mello:

[...] eu me fiz a pergunta que, de alguma forma, todos nós podemos nos fazer: Por que há de ser tão difícil, numa matéria que é relevante e suscetível a abusos, obter-se essa declaração do próprio Judiciário, diante uma medida cautelar?

[...]

No que diz respeito ao acesso à conta com todas as suas consequências, não se trata de negar esse acesso, mas simplesmente de exigir – essa é a premissa do voto do Relator e também do Ministro Celso de Mello proferido na cautelar – que, tendo em vista o valor de que se cuida dos direitos fundamentais, haja a observância do princípio da reserva de jurisdição.

A votação final do RE foi de cinco votos a quatro pelo provimento do recurso, de forma que, o resultado final do julgamento de mérito foi o oposto da ação cautelar.

Do exposto, é possível concluir que a jurisprudência do STF, no tocante à possibilidade de a Administração Tributária decretar a quebra de sigilo bancário sem requerer ao Poder Judiciário, ainda é incerta, embora o Tribunal tenha dado resposta negativa na última ação que julgou, não obstante, saibamos da limitação

dos efeitos dessa última decisão ao caso concreto, não vinculando as instancias inferiores, mas, por se tratar de acórdão emanado da mais alta corte do País, provavelmente será o precedente seguido pela grande maioria dos juízes e tribunais, ao menos enquanto não modificado esse entendimento.

Desde a edição da LC 105/2001, o STF vem, reiteradamente sendo instando a discutir a questão do acesso às movimentações bancárias dos contribuintes pelo Fisco. Não obstante a importância do tema para o país, não houve, até o momento um posicionamento patente e definitivo daquela corte³⁵, sem a previsão de inclusão de nenhuma delas em pauta de julgamento.

O Decreto n.º 3.724/2001, que regulamentou o art. 6.º da LC 105/2001, e permitiu à Receita Federal quebrar o sigilo bancário, por ser um ato normativo primário, de competência exclusiva do Congresso Nacional, não sujeito a sanção ou veto, discutido por maioria simples, “passou” por cima Carta Magna.

Juliana Belloque³⁶, mencionando a falta de aparato instrumental adequado ao combate à sonegação fiscal assevera:

[...] é importante consignar que palavras de ordem, superficiais, que intentam atribuir a pecha de insensibilidade social à construção jurídica ora realizada, sob o argumento de que falta o instrumental adequado ao combate da sonegação fiscal, não merece crédito. Deveras, presentes indícios suficientes da prática de ilícitos tributários, haverá justa causa à decretação judicial da quebra de sigilo financeiro, cujo procedimento perante a autoridade competente, não oferece delongas ou obstáculos despropositados.

Assim, o desfecho a ser dado pela Corte Constitucional, que deverá levar em consideração, dentre outros aspectos, se o contido no artigo 145, § 1º, da CF, especificamente quanto à expressão “respeitados os direitos individuais”, significa a manutenção do sigilo bancário que pode ser transferido para a Administração Fiscal ou a observância do direito fundamental da intimidade, dentro do qual está abrangido o sigilo bancário. Ou seja, na primeira hipótese o Fisco poderá ter acesso às informações bancárias em questão, enquanto na segunda, evidentemente, não poderá ocorrer a quebra do sigilo bancário pelo Poder Executivo.

O Fisco, na hipótese de o STF admitir como inconstitucional o art. 6º da LC 105/01, poderá, se for o caso, fundamentadamente e com os elementos probatórios

³⁵ Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 2.386, 2.389, 2.390, 2.397, 2.406 e 4.006.

³⁶ BELLOQUE, Juliana Garcia. Op. cit., p. 136.

suficientes, provocar a intervenção do titular (Ministério Público) da ação penal e este, se convencido da necessidade deste procedimento, providenciará a medida de quebra. De qualquer forma, mesmo que o STF permita o acesso às informações bancárias pela Fiscalização na forma daquela LC, existirão situações em que é conveniente para ela, até por cautela e para não incidir em abuso de direito, uma imediata e prévia investigação conjunta com o Ministério Público, que culminará com o pedido de quebra pelo Órgão Ministerial perante o Judiciário, com o repasse posterior ao órgão fazendário dos elementos colhidos da sonegação fiscal.

4.5 BANCO CENTRAL DO BRASIL – BC OU BACEN e COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM

Trata-se, o Banco Central do Brasil de “entidade criada para atuar como órgão executivo central do sistema financeiro, cabendo-lhe a responsabilidade de cumprir e fazer cumprir as disposições que regulam o funcionamento do sistema e as normas expedidas pelo CNM.”³⁷

Destacam-se entre as atribuições do Banco Central do Brasil, além do controle e fiscalização do sistema financeiro para lavagem de dinheiro a fiscalização das instituições financeiras e aplicação das penalidades previstas constantes do art. 10, inc. IX, da Lei 4.595/64.³⁸

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM é entidade de apoio, criada pela Lei 6.385/76, e é “o órgão normativo do sistema financeiro, voltado para o desenvolvimento, a disciplina e a fiscalização do mercado de valores mobiliários não emitidos pelo sistema financeiro e pelo Tesouro Nacional.”³⁹

O Legislador tem apresentado ao Bacen e a CVM instrumentos visando promover a completa informação sobre as atividades das instituições financeiras exatamente para efetivar o exercício de suas funções de supervisão financeira.

Essa fiscalização financeira corresponde a fiscalização das instituições

³⁷ FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro produtos e serviços**. 18ª ed. Rio de Janeiro: QualyMark; 2011, p. 20.

³⁸ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. Op. cit., p. 244.

³⁹ FORTUNA, Eduardo. Op. cit., p. 22.

financeiras, e não de seus clientes, com acesso apenas a totalidade das importâncias relativas às operações efetuadas, não alcançando informações sobre movimentações financeiras privadas de clientes.

Cabe citar o ensinamento da professora Márcia Haydée Porto de Carvalho:

Estando entidades financeiras submetidas ao regime especial, a Lei Complementar 105/2001, em seu art. 2º, § 2º, confere expressamente às comissões do Bacen encarregadas dos inquéritos pertinentes a faculdade de examinar quaisquer documentos relativos a bens, direitos e obrigações das instituições investigadas, de seus controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos, inclusive contas correntes e operações com outras instituições financeiras.⁴⁰

Dessa forma, as atividades de controle e fiscalização atribuída a tais órgãos garantem um sistema financeiro nacional adequadamente estruturado, alcançando os objetivos fixados na Lei Maior, assegurando estabilidade e segurança nas operações dos particulares, e também para a economia do país.

⁴⁰ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. Op. cit., p. 245.

CONCLUSÃO

Sigilo bancário é um direito, que visa proteger a individualidade dos cidadãos no que diz respeito a sua intimidade, pois protege os dados financeiros da pessoa, bem como as relações destes com a sociedade, obrigação esta que fica a cargo das instituições financeiras.

Do direito ao sigilo bancário, deriva, em contrapartida, o dever de sigilo bancário da instituição financeira.

O sigilo bancário reflete questões da privacidade e da intimidade das pessoas, estando dentro do campo de incidência do direito a intimidade e privacidade, possuindo dessa forma, **status constitucional**.

Diante de um confronto de interesses, é preciso realizar o chamado **sopesamento**, ou ainda o que a doutrina denomina **princípio da proporcionalidade** como modo de resolver tais colisões.

Por fim, apenas o Poder Judiciário e as Comissões Parlamentares de Inquérito (conforme - art. 58, § 3º, da CF) têm a prerrogativa de quebrar o sigilo bancário, e tal fato decorre da própria Constituição, e não de legislação infraconstitucional.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Sigilo Bancário e Privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário: Análise crítica da LC 105/2001**. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.

BRASIL. Código Tributário Nacional (1966). **Código Tributário Nacional**. Colaboração Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 31. ed.. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização Guilherme Peña de Moraes. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

_____. **Decreto n.º 3.724, de 10 de janeiro de 2001**. Regulamenta o artigo 6.º da Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2001. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27/08/2012.

_____. **Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001**. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2001. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03/07/2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 21.7294DF**. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 out. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n.º 23.452RJ**. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 dez. 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. **PetQO 577/DF**. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 23 abr. 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AC 33**. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 24 nov. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 389.808. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 15 dez 2010.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Sigilo Bancário**. Curitiba: Juruá, 2011.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites da sua utilização a partir da análise de dois casos. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n.º. 17, 2008. Disponível em <[HTTP://:direitopublico.com.br](http://direitopublico.com.br)>. Acesso em 01 de fevereiro de 2013.

COVELLO, Sergio Carlos. **O Sigilo Bancário**. 2ª ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo Bancário**. Disponível em <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/98>. Acesso em 01 de fevereiro de 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FONSECA, Anna Luiza Ramos. **Sigilo Bancário em Portugal e no mundo – da flexibilização ao protecionismo**. Coimbra, 2010.

FORTUNA, Eduardo. **Mercado Financeiro: Produtos e serviços**. 18º ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Qualimark, 2010.

HENRIQUES, Antonio. **Monografia no curso de direito: como elaborar o trabalho de conclusão de curso (TCC)**, 5º Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000.

NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo Bancário e Direito à Intimidade**. 8º reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. Sigilo Fiscal e Reserva de Jurisdição, **Revista de Direito Tributário**, n. 71, pp. 60-71, 2001.

SILVA, Roberto Dias da. **Manual de Direito Constitucional**. Barueri, SP: Manole, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8° ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

WALD, Arnold. **A Constituição e o sigilo bancário**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, v. 6, n.º 23, p. 23-24, abr./jun. 1998.