

Uma Leitura Constitucional da Proteção ao Sigilo Bancário

I – Introdução

- O Capítulo IV do Título VII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estipulou que o Sistema Financeiro Nacional seria objeto de regulação mediante lei complementar. Nesse passo, a Lei nº 4.595/64, que instituiu o Sistema Financeiro Nacional, foi recepcionada com força de lei complementar pela vigente constituição.

O artigo 38 deste regramento trouxe a previsão da necessária observância do sigilo bancário, ao determinar que as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

- Durante muito tempo a doutrina se ocupou da matéria em relevo dando ênfase à importância da preservação do sigilo nas operações bancárias como uma condição de sobrevivência das instituições de crédito, o que era um reflexo da visão sustentada pelas idéias liberais. Ou seja, o que se estaria preservando, acima de tudo, era a livre iniciativa nas operações envolvendo os particulares e as instituições financeiras, as quais dependeriam desse mecanismo como condição mínima da manutenção de suas atividades-fim com seus clientes.

Não deixava de ser uma das expressões da idéia de priorização das atividades e negociações privadas. Essa idéia fica bem nítida nas palavras de Arnoldo Wald: “historicamente o sigilo bancário tornou-se uma condição ‘sine qua non’ da própria existência dos bancos e do exercício de suas funções... sendo sua existência indispensável para a manutenção e o desenvolvimento do sistema bancário. Chegou-se até a afirmar que o sigilo bancário constitui as pilastras do crédito e a garantia de uma economia sadia”¹.

¹ O sigilo bancário no projeto de lei complementar nº 70. In: Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. São Paulo: RT, nº 1, p. 1999.

Com a passagem para uma visão mais ‘socializadora’ do Estado, e a noção de sua importância e indispensabilidade na preservação dos direitos fundamentais do indivíduo, com alguma, ao menos aparente, mitigação dos dogmas liberais-capitalistas ao longo do século XX; somando-se isso à popularização da atividade bancária e à massificação das operações dessa natureza, a ponto de Celso Ribeiro Bastos afirmar que “a vida do homem pode ser escrita a partir de seu talão de cheques e, nas sociedades mais avançadas, dos cartões de crédito e magnéticos”², o ângulo de estudo do tema passou a ser outro, dando-se ênfase então ao papel do sigilo bancário na proteção da intimidade e da vida privada dos cidadãos.

Essa mudança no trato da questão do sigilo bancário não é apenas formal ou aparente. O fato é que se colocou o tema, ou melhor, o seu enfoque, pois sua natureza não se alterou, apenas foi melhor relevada, na seara dos direitos fundamentais. Isso é de suma importância para se entender o posicionamento jurisprudencial no trato da questão da preservação desse sigilo, e dos critérios e requisitos a serem observados quando se cogitar da sua ruptura.

A verdade é que não há como se negar que a função primordial do sigilo bancário é a preservação do direito fundamental do cliente à privacidade; em segundo plano é que se cogita da garantia do sistema bancário e de crédito.

- Assim, tem-se por objetivo nesse trabalho a apresentação sucinta da visão jurisprudencial acerca do tema, sob o enfoque lastreado nos direitos fundamentais; tendo-se por norte a posição do Supremo Tribunal Federal, que é o Órgão com a atribuição de fechar o sistema judicial, tendo em vista que a matéria tem origem e limites constitucionais.

Será apresentado o embasamento jurisprudencial para a inserção do tema da preservação do sigilo bancário como direito fundamental. Em seguida, a doutrina utilizada pelos Tribunais para admitir a sua relativização. E então, os requisitos a serem observados, no caso concreto, para que se possa concluir pelo afastamento da garantia fundamental de regência.

² As tendências do direito público no limiar de um novo milênio. Saraiva. Pág.386.

II – O embasamento jurisprudencial para a inserção do tema da preservação do sigilo bancário como Direito Fundamental

- Sérgio Carlos Covello define o sigilo bancário como “a obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que obtenham em virtude de sua atividade profissional”³.

Embora esta conceituação não esteja equivocada, até mesmo pela sua adoção por diversos autores que se ocuparam do tema (vide: Maria Thereza Rocha de Assis Moura, in *Direito Penal Empresarial*. Editora Dialética, pág.166), o fato é que se trata de uma definição mais aproximada do dispositivo previsto na Lei nº 4.595/64, explicitando o preceito contido na norma do artigo 38 da Lei do Sistema Financeiro, o que é tecnicamente correto, mas um pouco afastado do objetivo do trabalho, que é a afirmação do sigilo bancário como uma expressão de um direito individual constitucionalmente assegurado.

Sendo assim, a conceituação mais assente com o ordenamento jurídico vigente, que se fundamenta na Carta Magna, será a definição do sigilo bancário a partir da norma constitucional, e não da legislação ordinária.

- O inciso X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 estipulou que “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”.

Conforme já mencionado, o sigilo bancário, sedimentado em longa tradição jurídica, tem motivação que transcende o aspecto da previsão em legislação ordinária, fundamentando-se, diretamente, na garantia constitucional da preservação da intimidade, que é uma das manifestações do núcleo do ser humano, uma irradiação dos direitos da personalidade.

³ O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade. RT nº 648, outubro de 1989. p. 27.

É verdade que a Constituição de 1988 não estabeleceu proteção específica ao sigilo bancário, também não se pode negar que a sua inferência surge, modo direto, do corolário do princípio da proteção à intimidade. Este é o posicionamento da doutrina, de maneira praticamente unânime, conforme constatado por Paulo César Corrêa Borges⁴.

A proteção jurídica da intimidade – que inclui esta dimensão do sigilo bancário – é valor fundamental e inafastável no quadro das liberdades públicas. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello ensinou que: “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 inatingível e indevassável pela atividade persecutória do Poder Público, apta a inibir e a vedar o próprio acesso dos agentes governamentais” (Petição nº 577/DF, 03/1992. RTJ nº 148, fl.371).

Nessa linha, o egrégio Supremo Tribunal Federal já consolidou seu entendimento no sentido de que o sigilo bancário é uma das expressões do direito fundamental à intimidade.

No acórdão acima mencionado, julgado na seção de 25.03.1992, o Ministro relator Carlos Velloso afirmou que:

“O sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (CF, art.5º, X), além de atender a ‘uma finalidade de ordem pública, qual seja a de proteção do sistema de crédito’, registra Carlos Alberto Hagstrom, forte no magistério de G. Ruta.”

Nesse mesmo julgamento, o Ministro Carlos Velloso, em passagem utilizada posteriormente por Francisco Rezek no AgRg em Inq. nº 897-5/DF, in RT nº 715/550, disse que:

“A relevância do direito ao sigilo bancário – que traduz, na concreção de seu alcance, uma das projeções realizadoras do direito à intimidade

⁴ In Direito Penal Empresarial. Editora Dialética, p.228.

– impõe, por isso mesmo, cautela e prudência ao Poder Judiciário na determinação da ruptura da esfera de privacidade individual, que o ordenamento jurídico, em norma de salvaguarda pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional (CF, art. 5º, X)”.

A posição do Supremo Tribunal Federal ficou mais firmada no MS nº 23.669-DF (medida liminar) de 12.04.2000. rel. Ministro Celso de Mello, publicada no DJU de 17.04.2000, que afirmou:

“Isso não significa, contudo, que o estatuto constitucional das liberdades públicas - nele compreendida a garantia fundamental da intimidade - possa ser arbitrariamente desrespeitado por qualquer órgão do Poder Público. Nesse contexto, põe-se em evidência a questão pertinente ao sigilo bancário, que, ao dar expressão concreta a uma das dimensões em que se projeta, especificamente, a garantia constitucional da privacidade, protege a esfera de intimidade financeira das pessoas. Embora o sigilo bancário, também ele, não tenha caráter absoluto (RTJ 148/366, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - MS 23.452-RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), deixando de prevalecer, por isso mesmo, em casos excepcionais, diante de exigências impostas pelo interesse público (SERGIO CARLOS COVELLO, "O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade", in Revista dos Tribunais, vol. 648/27), não se pode desconsiderar, no exame dessa questão, *que o sigilo bancário reflete uma expressiva projeção da garantia fundamental da intimidade - da intimidade financeira das pessoas, em particular -, não se expondo, em consequência, enquanto valor constitucional que é (VÂNIA SICILIANO AIETA, "A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental", p. 143-147, 1999, Lumen Juris), a intervenções estatais ou a intrusões do Poder Público desvestidas de causa provável ou destituídas de base jurídica idônea.* (grifo meu) (Transcrições extraídas do informativo nº 185).

- Dentro desse contexto extraído da ordem constitucional vigente desde 1988, não há como se deixar de *conceituar* o sigilo bancário partindo-se desta premissa de que ele se insere em uma das manifestações do princípio constitucional da preservação da intimidade (art.5º, X), ou seja:

“como sendo a garantia constitucional da inviolabilidade dos dados e informações referentes ao cidadão advindas do sistema bancário ou, de forma mais ampla, originadas das relações do cliente (particular) com o sistema financeiro nacional”.

Tal definição tem mais consistência dogmática, pois parte da Norma Fundamental que dá origem e fundamentação ao sistema jurídico vigente, como também guarda mais pertinência com a valoração erigida pela própria Constituição, uma vez que a preservação do sigilo bancário não se encontra no capítulo do Sistema Financeiro Nacional, e sim no título dos Direitos e Garantias Fundamentais.

III – A doutrina utilizada pela jurisprudência para admitir a relativização do sigilo bancário

- Com fundamento primordial na doutrina de Robert Alexy, a ciência constitucional reconheceu uma multifuncionalidade das espécies de normas constitucionais conformadoras da base do sistema jurídico. Tem-se, assim, a divisão inicial e básica que são as duas espécies de normas: as regras e os princípios.

Sem pretender adentrar nos critérios utilizados pela constitucionalística para a distinção entre estas espécies de normas, o que releva no momento é o reconhecimento de sua existência, e a apresentação de algumas características peculiares aos princípios, pois, na tipologia de princípios apresentados por José Joaquim Gomes Canotilho⁵, os direitos fundamentais do cidadão, tidos como direitos de 1ª geração (direitos liberdades), estão definidos como princípios-garantia, o que incluiria o direito fundamental à intimidade, e a sua projeção caracterizada no sigilo bancário. Isso porque já se viu que o sigilo bancário opera como um *excludendi*

⁵ Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4ª edição. Editora Almedina. Pág.1128

alios, pelo qual o indivíduo põe barreira em torno de sua vida privada contra eventuais ingerências de outros particulares e, de forma precípua, do poder público.

- Com essa rápida e singela explanação, já será possível compreender o entendimento cristalizado na jurisprudência (o que também é feito de forma quase unânime na doutrina) de que o direito ao sigilo bancário não é um direito absoluto, podendo sofrer restrições:

“Esta Corte, em inúmeros julgados, vem dizendo reiteradamente e com sabedoria que o direito ao sigilo bancário é um direito limitado, não absoluto, e que pode ceder a interesses públicos em determinadas e restritas situações, sempre orientadas para a busca da verdade no interesse da justiça” (STF. MS nº 21.729-4. 05.10.1995. DJ de 19.10.2001. Voto Ministro Maurício Corrêa).

“O DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO - QUE TAMBÉM NÃO TEM CARÁTER ABSOLUTO - CONSTITUI EXPRESSÃO DA GARANTIA DA INTIMIDADE. - O sigilo bancário reflete expressiva projeção da garantia fundamental da intimidade das pessoas, não se expondo, em conseqüência, enquanto valor constitucional que é, a intervenções de terceiros ou a intrusões do Poder Público desvestidas de causa provável ou destituídas de base jurídica idônea. O sigilo bancário não tem caráter absoluto, deixando de prevalecer, por isso mesmo, em casos excepcionais, diante da exigência imposta pelo interesse público” (STF. MS nº 23.669-DF. 12.04.2000. DJ de 17.04.2000. Ministro relator Celso de Mello).

Paulo César Corrêa Borges afirma que o Superior Tribunal de Justiça vem assentando que o sigilo bancário não é absoluto e, por isso mesmo, havendo relevante interesse social pode ser quebrado. Cita diversos precedentes do STJ, dentre os quais: HC nº 1290/MG, RSTJ 36/113; HC nº 2352-RJ, DJ 09.05.1994, pág. 10882; Resp nº 79.026-DF, DJ 03.05.1999, pág.182⁶.

⁶ Direito Penal Empresarial. Ob. Cit. P.229.

O posicionamento doutrinário não dissente. Carlos Covello diz que: *“Certo que o sigilo bancário não é absoluto. Ele possui limites legais e naturais que lhe estabelecem contornos”*⁷.

- Esta possibilidade de restrição dos direitos fundamentais surge da distinção qualitativa existente entre normas-regras e normas-princípios. Ocorre que os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos, o que permite a convivência conflitual deles, diferente das regras, que prescrevem uma exigência, o que impede a validade simultânea de regras contraditórias.⁸

O sigilo bancário, como direito fundamental que se irradia do princípio da intimidade, se insere nessa convivência de conflito com os demais princípios insertos no sistema constitucional. Isso acarretará, em casos concretos, o fenômeno da tensão com outros interesses tutelados, o que exigirá um juízo de ponderação para a harmonização dos valores em jogo. Será nesse ponto que o direito fundamental sofrerá sua restrição, não sendo, portanto, absoluto.

- O Supremo Tribunal Federal já afirmou que 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 (MS nº 23.669-DF. 12.04.2000. DJ de 17.04.2000. Ministro relator Celso de Mello).

Não há como se entender de forma diferente, na medida em que se deve assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades. Nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (MS nº 23.452-1/RJ. 16.09.1999. DJ de 12.05.2000).

- Firmada a premissa de que, posto que se esteja diante de um direito fundamental, a proteção ao sigilo bancário poder ser relativizada em

⁷ Ob. Cit., p.229.

⁸ Canotilho. Ob. Cit., p.1125.

casos concretos, quando presente a supremacia do interesse público, e para permitir a sua convivência harmônica com os demais direitos e liberdades fundamentais, passa-se a apresentar os critérios que devem orientar a interpretação e aplicação da legislação disciplinadora dos casos e formas de quebra do sigilo bancário.

Tendo em vista que se trata de uma doutrina genérica, conformada para ter aplicação em todos os casos nos quais esteja em discussão a limitação de uma liberdade pública, não se adentrará no exame específico de cada dispositivo da legislação pátria que trata do tema. Até porque, no atual estágio de propagação desmedida de leis, onde impera a ausência de sistematicidade e de cientificidade; se não houver o balizamento do ordenamento jurídico lastreado em princípios gerais e básicos de hermenêutica Constitucional, o Direito deixará de ser uma ciência para se tornar um instrumento destinado a abarcar os interesses momentâneos de grupos e correntes ideológicas. Ou então vamos adotar a idéia de *Ferdinand Lassale*, de que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas, e que a Constituição jurídica não passa de um pedaço de papel.⁹

- O Direito Constitucional Alemão – Konrad Hesse – admitindo que a Constituição aspira a inteira eficácia e aplicação simultânea dos valores nela positivados – o que, pelo que foi dito acima, é impossível, ante a inevitável existência de tensão entre eles, reconhece a necessidade de tais valores constitucionais serem sopesados, ponderados, para que não só se conclua qual deles merece restrição na espécie, como também para encontrar a melhor solução possível, no sentido de manter a orientação extraída do princípio Constitucional consistente no mandado de otimização de todos os direitos fundamentais constitucionais, ou ainda, no princípio da máxima efetividade das liberdades públicas.

O princípio da concordância prática ou da harmonização visa a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros¹⁰. Konrad Hesse sustenta que bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser, na solução de

⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Sérgio Antônio Fabris editor. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes, p.09.

¹⁰ J. J. Gomes Canotilho. Ob cit. p. 1188.

problemas, justapostos de tal maneira que cada um deles se torne realidade. Onde surgirem colisões, não é permitido realizar um bem em apressada ponderação valorativa às custas de outro. O princípio da unidade da Constituição põe muito mais a *tarefa de otimização*: para ambos os bens devem ser estabelecidas limitações, para que ambos possam adquirir eficácia plena. Por isso, as limitações devem ser proporcionais; elas não podem ir além do que seja necessário, para estabelecer uma concordância de ambos os bens jurídicos¹¹.

- O princípio da proporcionalidade, no âmbito das restrições a direitos fundamentais, significa que qualquer limitação feita por lei ou com base na lei, deve ser *adequada, necessária e proporcional*. Pela adequação, aponta-se para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da necessidade pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos que não sejam necessárias para se obterem os fins de proteção visados pela Constituição. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote cargas coativas de direitos desmedidas, desajustadas, desproporcionadas em relação aos resultados obtidos. (Canotilho, ob. cit., pág. 447).

Este princípio foi adotado expressamente pelo STF. No MS 21.729-4/DF, o Ministro Celso de Mello explicitou que “*vários podem ser, dentro desse contexto excepcional de conflituosidade, os critérios hermenêuticos destinados à solução das colisões de direitos, que vão desde o estabelecimento de uma ordem hierárquica pertinente aos valores constitucionais tutelados, passando pelo reconhecimento do maior ou menor grau de fundamentalidade dos bens jurídicos em posição de antagonismo, até a consagração de um processo que, **privilegiando a unidade e a supremacia da Constituição** viabilize – a partir da adoção ‘de um critério de **proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito**’ (José Carlos Vieira de Andrade, op. loc. Cit.) – a harmoniosa composição dos direitos em situação de colidência”.*

¹¹ Extraído de Direitos Fundamentais do Contribuinte. Editora RT. Douglas Yamashita. Pág. 723

Domingos Franciulli Neto, transcreve Ives Gandra Martins, quando esse apresenta a posição do STF na questão do critério a ser utilizado na restrição a direitos fundamentais:

“O princípio da proporcionalidade acima referido tem plena aplicação entre nós. O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de assinalar que não basta a existência de lei para que se considere legítima determinada restrição a direito. Tal restrição deve ‘atender ao critério da razoabilidade’, cabendo ao Poder Judiciário, em última instância, apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não’ (Cf. Representação 930, Relator Ministro Rodrigues Alckmin, transcrita in: RTJ 110, p. 967; Representação 1.054, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 110, p. 967; Representação 1.077, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 112, p.34).”¹²

- O interesse público que estará em tensão com o direito fundamental ao sigilo bancário é o interesse da busca da verdade pelo interesse da Justiça, seja em matéria penal, seja administrativa (fiscal) – busca da 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.

O Ministro Celso de Mello diz que o direito individual à preservação do sigilo bancário se opõe a um bem jurídico de valor coletivo, que seria exatamente a primazia do interesse público subjacente à tutela dos direitos metaindividuais, ou a investigação, a persecução criminal e a repressão aos delitos em geral. E o deferimento da quebra do sigilo bancário somente seria admitido *sempre que essa medida se qualificar como providência essencial e indispensável à satisfação das finalidades inderrogáveis da investigação estatal, desde que não exista nenhum meio menos gravoso para a consecução de tais objetivos.*¹³

¹² Direitos Fundamentais do Contribuinte. Editora RT. Pág. 140.

¹³ MS 21.729-4/DF.DJ de 19.10.2001, p.106.

Essa conclusão se insere no princípio de solução das tensões entre os valores constitucionais, adotado pelo Ministro ao afirmar que: *“no que concerne à superação do conflito entre direitos fundamentais, a adoção de critério que, fundado em juízo de ponderação e de valoração (J. J. Gomes Canotilho, “Direito Constitucional”, p. 660/661, 5ª ed., 1991, Livraria Almedina, Coimbra; José Carlos Vieira de Andrade, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 220/224, 1987, Livraria Almedina, Coimbra), faça prevalecer, em face das circunstâncias concretas, o direito vocacionado à plena elucidação da verdade real e da pesquisa referente aos fatos qualificados pela nota da ilicitude jurídica”*

IV – Requisitos a serem observados para que se possa concluir pelo afastamento do sigilo bancário

IV.1. Intervenção Judicial

A primeira questão que se cogita, até porque terá influência sobre a própria existência efetiva da proteção ao sigilo bancário – ao menos em sede Jurisprudencial, que é a instância que deve assegurar a aplicação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, na qual já se viu que, *em norma de salvaguarda, pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional (CF, art. 5º, X)¹⁴* – é da necessidade de a restrição ao segredo bancário decorrer unicamente de decisão do Poder Judiciário.

Em alguns trechos do MS nº 21.729-4, é possível definir a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal. Veja-se a manifestação de alguns Ministros:

Ministro relator Marco Aurélio: *“A preservação de dados ocorre considerada a órbita daquele que a detém, somente sendo afastável, repita-se, via ato emanado, em processo próprio, de órgão investido do ofício judicante. Em última análise, tenho que o sigilo bancário está sob a proteção do disposto nos incisos X e XII do artigo 5º da*

¹⁴ MS 21.729-4/DF. DJ de 19.10.2001, p.106.

Constituição federal. Entendo que somente é possível afastá-lo por ordem judicial”. (sem grifo no original)

Ministro Maurício Corrêa: *“Tratando-se de direito individual constitucionalmente assegurado, a quebra do sigilo bancário ou fiscal exige absoluta independência de quem deve assim decidir, além de ser necessário ter sempre presente que, em se tratando de situação excepcional, devem ser restritas as possibilidades da sua ocorrência. E esta é uma das tarefas típicas do Poder Judiciário ou de órgãos que exercem jurisdição extraordinária, como é o caso das comissões parlamentares de inquérito, às quais a constituição concedeu expressamente tais poderes.”*

“os 17 (dezessete) precedentes aqui examinados ou apenas mencionados permitem extrair com segurança a doutrina desta Corte firmada no transcorrer de quase cinqüenta anos, sendo de se notar que ela está calcada em dois princípios fundamentais: o primeiro diz que o direito ao sigilo bancário é um direito individual, mas não absoluto, porque cede diante do interesse público; o segundo princípio informa que a violação do sigilo bancário só é permitida no interesse da justiça e por determinação judicial” (sem grifo no original)

O Ministro Celso de Mello foi ainda mais expresso ao afirmar que: *“Em tema de ruptura do sigilo bancário, somente os órgãos do Poder Judiciário dispõem do poder de decretar essa medida extraordinária, sob pena de a autoridade administrativa interferir indevidamente na esfera de privacidade constitucionalmente assegurada às pessoas. Apenas o judiciário pode eximir as instituições financeiras do dever que lhes incumbe em tema de sigilo bancário”*.

A posição da Suprema Corte fica claramente exteriorizada pela passagem de voto do Ministro Maurício Corrêa, abaixo transcrita¹⁵:

¹⁵ Revista Dialética n. 1, São Paulo, p. 22 e seguintes; *apud* Direitos Fundamentais do Contribuinte. Ives Gandra da Silva Martins. Pág. 67.

“A jurisprudência desta Corte, consolidada e cristalizada a partir do julgamento dos citados MS n. 1.047-SP e n. 1.959-DF é rica em precedentes que nunca deixaram de entender que sigilo bancário é um direito individual não absoluto, podendo ser rompido somente em casos especiais onde há prevalência do interesse público e, mesmo assim, por determinação judicial. Além dos dois citados, anoto os seguintes precedentes que, de alguma forma, abordaram o tema: RHC n. 31.611, rel. designado Min. Afrânio Costa, j. em 25.07.1951, DJU de 28.09.1953, p. 2.880 (apenso ao n. 222); MS n. 2.172, rel. Min. Nélson Hungria, j. em 10.07.1953, DJU de 05.01.1954; RMS n. 2.574-MG, rel. Min. Villas Boas, j. em 10.07.1957, RTJ 2/429; RMS n. 9.057-MG, rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. em 13.09.1961, RTJ 20/84; RMS n. 1.5925-GB, rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. em 20.05.1966, RTJ 37/373; AG 40.883-GB, rel. Min. Hermes Lima, j. em 10.11.1967, DJU de 06.03.1968; RE n. 71.640-BA, rel. Min. Djaci Falcão, j. em 17.09.1971, RTJ 59/571; RE n. 82.700-SP, rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. em 11.11.1975, RTJ 76/655; MS n. 21.172-AM, rel. Min. Soares Nuños, j. em 27.09.1978, DJU de 20.10.1978; RE 94.608-SP, rel. Min. Cordeiro Guerra, j. em 06.04.1984, RTJ 110/196; AG (AgRg) n. 115.469-1/SP, rel. Min. Rafael Mayer, j. em 28.11.1986, DJU de 12.12.1986; HC n. 66.284-MG, rel. Min. Carlos Madeira, j. em 24.05.1988, RTJ 127~/891; HC 67.913-SP, rel. p/o ac. Min. Carlos Velloso, j. em 16.10.1990, RTJ 134/309; PET n. 577 (Questão de Ordem)-SP, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 25.03.1992, RTJ 148/366; AGRINQ n. 897, rel. Min. Francisco Rezek, j. em 23.11.1994, DJU de 24.10.1995”

Apenas para ilustrar, o posicionamento do egrégio Superior Tribunal de Justiça é o mesmo:

“Tributário. Sigilo Bancário. Quebra com base em procedimento administrativo-fiscal. Impossibilidade. O sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada

pela Constituição federal (artigo 5º, inciso X). (...) Apenas o poder judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei.” (Resp 37.566/RS. Rel. Min. Demócrito Reinaldo. 1ª Turma. DJU de 28.03.1994, p. 06.294).

IV.2. Ministério Público

- Definida a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a quebra do sigilo bancário depende de autorização de órgão investido de jurisdição, tem-se, por consequência, que o Ministério Público não pode, sem intervenção judicial, requisitar informações bancárias diretamente às instituições financeiras. Nesse sentido:

“Constitucional. Ministério público. Sigilo bancário: quebra. c.f., art. 129, viii. I. - a norma inscrita no inc. Viii, do art. 129, da c.f., não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a C.F. consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa. II. - R.E. não conhecido.” (RECR 215301-CE. Rel. Min. Carlos Velloso. DJU de 28.05.1999, pág. 24).

- Embora se tenha transcrito acima votos dos Ministros da Suprema Corte proferidos no Mandado de Segurança nº 21.729-4/DF, dando conta que o sigilo bancário é uma das manifestações da intimidade do cidadão, logo está abrangido na norma protetiva do inciso X do artigo 5º da Constituição da República, necessitando de autorização judicial para a sua quebra, o fato é que, neste precedente mencionado, o Supremo negou a ordem pleiteada, autorizando o fornecimento de informações bancárias sem intervenção judicial.

Tem-se, neste caso, uma hipótese em que o Supremo admite a requisição de informações bancárias diretamente pelo Ministério Público, sem a necessidade de atuação judicial. Ocorre quando se tratar de inquérito instaurado para apuração do destino de verbas públicas.

As operações financeiras efetuadas pelas Administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios são públicas, não estando abrangidas pela proteção do sigilo bancário. Ou seja, nem se trata da quebra de um sigilo. As operações efetuadas com dinheiro público estão sujeitas, em face do artigo 37 da Constituição da República, ao Princípio da Publicidade.

O Ministro Octavio Gallotti disse que: *“não estou, pelo menos neste caso concreto, considerando que haja autorização de quebra de sigilo para o Ministério Público Federal. Considero, apenas, estarmos diante de um ato de autoridade, agente do Poder Público, repassando recursos públicos. E pelo próprio art. 37 da Constituição impõe-se todo tipo de publicidade a essa operação. Não há, portanto, a meu ver, quebra de sigilo, mas a revelação de algo que não só não estava sujeito ao sigilo, como para o qual se recomendava a publicidade”*.

O redator para o acórdão, Ministro Néri da Silveira, considerou que *“se se trata de operação em que há dinheiro público, a publicidade deve ser nota característica dessa operação... O sigilo bancário não pode englobar essa tipo de informação, em se cuidando da aplicação de recursos públicos”*.

IV.3. Comissão Parlamentar de Inquérito

- Com base na regra prevista no parágrafo 3º do artigo 58 da Constituição, que confere às Comissões Parlamentares de Inquérito poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, a Suprema Corte estendeu a estes órgãos das casas legislativas a possibilidade de requisitar informações acerca de dados que estão tutelados pelo sigilo bancário, sem a atuação do poder judiciário:

A Suprema Corte impõe algumas condições para que as CPIs exercitem esta prerrogativa, tais como a necessidade de fundamentação e a observância do princípio da colegialidade:

“O princípio da colegialidade condiciona a eficácia das deliberações de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, especialmente em tema de quebra de sigilo bancário. (...) A quebra do sigilo bancário, que compreende a ruptura da esfera de intimidade financeira da pessoa, quando determinada por ato de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, depende, para revestir-se de validade jurídica, da aprovação da maioria absoluta dos membros que compõem o órgão de investigação legislativa. (...) além de supor a plena adequação de tal medida ao que prescreve a Constituição, deriva da necessidade de a providência em causa respeitar, quanto à sua adoção e efetivação, o princípio da colegialidade, sob pena de essa deliberação reputar-se nula”. (MS nº 23.668-DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJU de 17.04.2000).

IV.4. Órgãos Fiscalizadores Fazendários

- Pelo que já foi até aqui exposto, com base no posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido da necessidade de autorização judicial para a quebra do sigilo bancário do cidadão, infere-se que a fiscalização das Receitas federal, estadual e municipal estão limitadas na sua atuação. Não podem adentrar livremente na esfera da liberdade pública do indivíduo sem a prévia legitimação do Poder Judiciário.

Partindo-se novamente da Constituição da República, o parágrafo 1º do artigo 145 confere à administração tributária a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, *respeitados os direitos individuais*.

Nesse sentido:

*“Veja-se que nem sequer ao fisco, a quem incumbe prevenir a sonegação de impostos, notadamente os que recaem sobre rendimentos auferidos pelos contribuintes, outorgou a Constituição o poder de devassa das contas bancárias, havendo, ao revés, no art. 145, § 1º, da CF, ao facultar-lhe o poder de identificar o patrimônio, os rendimentos e atividades econômicas do contribuinte, consignado a ressalva – “respeitados os direitos individuais --, cláusula que vale pela indicação de que o poder investigatório, próprio, do fisco, encontra limite na intimidade, na vida privada, na casa, na correspondência e nas comunicações em geral, mesmo de dados, valores que se encontram ao abrigo da garantia constitucional da inviolabilidade. (...) Assim, se antes da Constituição de 1988 havia dúvidas sobre se a quebra do sigilo, nos casos dos parágrafos do art. 38 da Lei nº 4.595/64, exigia decisão em processo judicial, ou, se, ao revés, bastava a instauração de processo administrativo, v.g., de natureza fiscal, para obrigar a instituição financeira a prestar informações sobre conta de determinado correntista, essa dúvida não subsiste diante do dispositivo retromencionado, onde foram ressaltados os direitos individuais, que, no caso, correspondem aos dos referidos incs. X, XII e XIV do art. 5º da CF”.*¹⁶

IV.5. Outros Requisitos

- A definição da competência/atribuição para determinação pela quebra do sigilo bancário é a questão principal, mas não a única que deve ser focalizada dentre os requisitos para a definição da *disclosure* das contas bancárias. A Suprema Corte já teve a oportunidade de definir os lindes a serem observados quando da ingerência na esfera da intimidade do cidadão.

Foi mencionado acima a indispensável observância do princípio da colegialidade em relação às comissões parlamentares de inquérito.

¹⁶ MS n. 21.729-4/DF. Voto Ministro Ilmar Galvão.

Também a necessária fundamentação de suas deliberações, o que, por óbvio, é exigência que se estende ao Poder Judiciário (Inc. IX do artigo 93 da CF).

Releva mencionar ainda que a motivação deve se basear em fatos concretos indicativos da necessidade da medida, e não em meras conjecturas ou remissões genéricas a máximas como “supremacia do interesse público”. Deve ser demonstrada também a pertinência entre aquilo que se pretende esclarecer – dados bancários – e o objeto das investigações em curso.

- A Suprema Corte exige ainda que a fundamentação pela quebra do sigilo faça a aferição da existência de “causa provável” do fato supostamente ilícito e de, ao menos, indícios em relação à autoria. Trata-se da necessária “fundada suspeita” da ocorrência do fato objeto da investigação, e de sua ligação concreta com o suspeito.

- Embora alguns Ministros já tenham se posicionado pela necessidade de existência de um procedimento formalizado – processo ou inquérito – para a determinação da quebra do sigilo, o que é idéia quase unânime na doutrina, já foi afirmado também que não se trataria de um requisito indispensável¹⁷.

No Inq. 901-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU de 23.02.1995, consta que:

“Do mesmo julgado se extrai, contudo, segundo penso, que não cabe autorizar a ruptura do sigilo bancário, senão quando necessária, por sua pertinência, à informação de procedimento investigatório em curso sobre suspeita razoavelmente determinada de infração penal, incumbindo a demonstração de tais pressupostos ao requerente da autorização respectiva”.

- Em suma, os condicionamentos impostos pela jurisprudência para a relativização do sigilo bancário decorrem dos postulados orientadores do princípio para a solução (harmonização) de direitos colidentes – proporcionalidade.

¹⁷ Pet. 577 (Questão de Ordem). Voto Min. Sepúlveda Pertence. RTJ 148, pág372.

A exigência de fundamentação circunstanciada, baseada em fatos concretos indicadores da indispensabilidade da medida, bem como da “fundada suspeita” = causa provável, não só impõe que o julgador demonstre a efetiva existência de conflituosidade entre os direitos, como também é a aplicação do sub-princípio da ‘necessidade’: – impossibilidade de se estabelecer, no caso concreto, um modo de convivência simultânea dos direitos fundamentais; e a inexistência de meio menos gravoso para a solução da tensão.

A relação de pertinência entre a prova pretendida e o objetivo de investigação revela a ‘adequação’ em se adotar aquela medida restritiva para o alcance dos fins pretendidos. Decorre daí também a observância do princípio da menor restrição possível – proporcionalidade em sentido estrito. A restrição a direito fundamental não pode ir além do limite mínimo indispensável à harmonização pretendida.

V – Conclusões

A conclusão é o momento de se apresentar uma síntese do objeto desenvolvido ou então avocar a pretensão de expor algumas soluções a serem adotadas no tratamento dos problemas enfrentados ao longo do texto. No entanto, pela necessária prevalência de alguns valores no quadro jurídico e político-social atual, passa-se a uma tentativa deliberada de influenciar o conteúdo da futura conclusão dessa obra, a qual, pela indispensável fidelidade com o seu propósito, já tem sua moldura traçada pela jurisprudência constitucional.

- A temática foi abordada tendo como referência de enfoque o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no que pertine ao sigilo bancário. Ocorre que em 11.01.2001 foi publicada no DOU a *Lei Complementar n° 105*, a qual previu a possibilidade de quebra do sigilo bancário pela administração tributária, sem a autorização do Poder Judiciário.

Em face desta normatização, foram impetradas ações diretas de inconstitucionalidade na Suprema Corte¹⁸, inclusive com requerimento de antecipação da tutela, o que não foi, até o momento, objeto de deliberação pelos Ministros relatores. Enquanto isso, tem-se notícia que a administração pública já teria, conforme dados por ela próprios divulgados, procedido à desconsideração do sigilo bancário de milhares de pessoas em todo o Brasil.

- Já se viu que os direitos fundamentais consagrados no artigo 5º da Constituição da República são postulados inafastáveis das liberdades públicas¹⁹ – direitos liberdades. Encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista do século XVIII, que afirmou, de forma mais elaborada, que a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, procurando demarcar uma zona de não-intervenção do Estado, com a consagração de uma esfera de autonomia-individual.

Esta visão calcada na necessidade de abstenção de uma conduta por parte do ente estatal para a plena realização da dignidade da pessoa, enquanto valor de salvaguarda da liberdade humana, somente ganhou efetividade quando a constitucionalística a reconheceu, trazendo essa afirmação para a esfera de um núcleo intangível da Constituição.

A partir disso, não é mais o Estado o garante dos direitos individuais, e sim é a *Constituição* que estabelece os limites à ação deste em face do indivíduo, seja no âmbito administrativo seja legislativo. Evoluiu-se para a concepção de um Estado Constitucional de Direito.

- Partindo dessas premissas irrefutáveis, é preciso recordar que o direito ao *sigilo bancário* está inserido no catálogo dos Direitos Fundamentais, como um anteparo constitucional à ação expansiva do arbítrio do Estado, sendo uma expressão do direito à intimidade. Tal conclusão já conduziria à observância de outra norma protetiva fundamental: “ninguém será privado de sua

¹⁸ ADINS nºs: 2406-0; 2397-7; 2390-0; 2389-6 e 2386-1. Todas estão conclusas ao relator aguardando a decisão acerca de pedido de liminar.

¹⁹ Trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CF, art.5º,X), cuja proteção normativa busca erigir e reservar, sempre em favor do indivíduo – e contra a ação expansiva do arbítrio do Poder Público – uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade desenvolvida pelo aparelho de Estado. (MS 21.729-4/DF, voto Min. Celso de Mello.

liberdade e de seu bens sem o devido processo legal". Os direitos de primeira geração se originaram para tornar efetivos os dogmas que moldaram o Estado liberal: a Liberdade e a Propriedade. Assim, não há como se admitir que o Estado ingresse na esfera da liberdade individual, na sua expressão representada pelo direito à intimidade, sem a observância do devido processo legal, o que, por certo, não é o procedimento administrativo tributário previsto na Lei Complementar nº 105/2001.

- Foi visto que a latente relação conflitual, verificada em casos concretos, entre o sigilo bancário e outros direitos e valores consagrados pela Constituição, é que admite a afirmação de que não se está diante de um direito absoluto, passando-se então a um juízo de ponderação dos bens em questão e a adoção de um critério que relativize um deles em prol do outro.

É inerente, portanto, à inserção na esfera desse direito personalíssimo, a existência de um conflito entre a pretensão do cidadão em manter a sua intimidade inviolada e a pretensão do Estado em alcançar dados e informações bancárias detalhadas – são interesses conflitantes.

A pergunta é a seguinte: *quem deve decidir qual é o interesse a preponderar no caso concreto?* (...)

A resposta parece tão óbvia como a sua fundamentação. E creio que não se trata tão-somente da exigência de um órgão imparcial na solução dos conflitos²⁰, senão pelo postulado básico, mas fundamental, da tripartição de poderes.

- Tanto o Poder Judiciário como a Administração têm, como função precípua, a de aplicar a lei, que é a base de atuação e o seu limite no Estado de Direito. A grande e singela diferença é que, havendo litígio²¹, a aplicação da lei passa a ser tarefa inerente ao Poder Judiciário, e não ao Poder-Executivo. Mesmo quando ele não seja um dos interessados na solução do conflito, o que, no caso, é.

²⁰ Nunca pode a quebra de um sigilo ser deferida pelo próprio interessado. (...) Sendo um direito fundamental, para haver quebra desse sigilo torna-se impostergável o respeito ao devido processo legal (até porque, ninguém pode ser privado dos seus bens ou da sua liberdade, sem o cumprimento desse devido processo legal – CF, art. 5º, inc. LIV). (Luiz Flávio Gomes in., Direito Penal Empresarial. Págs.154/156).

²¹ (...) a determinação de quebra do sigilo bancário provenha de ato emanado de órgão do Poder Judiciário, cuja intervenção moderadora na resolução dos litígios revela-se garantia de respeito tanto ao regime das liberdades públicas quanto à supremacia do interesse público. (ib. idem)

A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição.

Sem a valorização e afirmação constante do regime de tripartição funcional dos poderes, permitir-se-á que o Estado-Administração imponha a sua pretensão sobre a dos cidadãos, sempre que entre elas houver conflito²², em um processo de desmerecimento das liberdades públicas, as quais somente existem para tutelar o cidadão frente à atuação estatal. São os limites do Estado-Administração. Conferir ao executivo a prerrogativa de definir qual o seu limite de ingerência sobre as liberdades públicas será o mesmo que proclamar a inexistência destes limites. Autorizar o Estado-Administração a decidir em que casos o sigilo bancário não precisa ser observado, será o mesmo que proclamar a inexistência deste direito, por um óbvio desmerecimento de seu núcleo essencial

- Tendo em vista a necessária fidelidade com a temática proposta, aguarda-se a decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade dos dispositivos que conferiram ao fisco a possibilidade de quebrar o sigilo bancário sem a interferência do Poder Judiciário, para então ser possível a elaboração da parte conclusiva nos moldes propostos.

- Enquanto isso, espera-se, com esses singelos argumentos, ter influído de alguma forma para evitar que a parte conclusiva do texto venha a ser feita legitimando as afirmações de *Ferdinand Lassale*, o que Konrad Hesse se ocupou de fazer de forma brilhante, tendo o sugestivo prazer de concluir que:

“todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição. (...) Aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso,

²² Ora, ocorrendo um conflito entre o fisco e o contribuinte, evidentemente não é a autoridade fiscal que vai dizer se os documentos bancários sigilosos são ou não indispensáveis. Um terceiro, imparcial, é quem pode solucionar o conflito ocorrente entre o interesse do Fisco e o direito de privacidade do indivíduo. Esse terceiro é o Juiz.(Artigo de Vittorio Cassone, citando trecho de voto do Juiz Tourinho Neto proferido na MAS 96.01.15919-3. In Direitos Fundamentais do Contribuinte. Fl.405.

tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas (...) se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio”²³.

Frederico Valdez Pereira,
*Juiz federal, ex-promotor de justiça,
Especializando em Direito Penal
Econômico pela Universidade do Vale
do Rio dos Sinos – UNISINOS.*

²³ A Força Normativa... págs. 21,22,25.