

O SIGILO BANCÁRIO E A AUTORIDADE FISCAL – CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105, DE 10 DE JANEIRO DE 2001

OLAVO AUGUSTO VIANNA ALVES FERREIRA¹

1. INTRODUÇÃO

Discute-se na doutrina e no Supremo Tribunal Federal² a constitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que prevêem o acesso às informações bancárias, por parte de autoridades administrativas da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, desde que observados determinados requisitos³.

O objetivo deste breve estudo é abordar a questão da compatibilidade dos dispositivos infraconstitucionais citados com o Texto Constitucional vigente, citando algumas posições existentes, externando ao final nosso entendimento.

Embora o precitado diploma legislativo tenha mais de dois anos de vigência, sua constitucionalidade não foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, até o encerramento deste estudo.

Trata-se de tema tormentoso, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

“O tema sigilo bancário, como outros temas relativos a segredos, é um tema humano muito forte, portanto nós não podemos afastá-lo com tranqüilidade”⁴.

Cabe ressaltar que o ponto central deste trabalho consiste em definir se o sigilo bancário constitui direito absoluto previsto no Texto Supremo, e se foi adotado ou não, pelo ordenamento constitucional, o princípio⁵ da reserva jurisdisdicional quanto a esta matéria .

¹ Procurador do estado de São Paulo, foi membro eleito do Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (biênio 2001/2002), membro do Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da PGE-SP, mestre e Doutorando em Direito do Estado pela PUC-SP (Sub-área Direito Constitucional), professor universitário de Direito Constitucional da Universidade Paulista, do curso preparatório para concursos Prima – Instituto Luiz Flávio Gomes (www.ielf.com.br – via satélite) e das Faculdades COC.

² Alguns dispositivos foram objeto de ações diretas de inconstitucionalidade, como a de número 2.386, apensa a outras ações com identidade parcial de objeto, dentre elas: nº 2.386, 2.389, nº 2.390, nº 2.110, nº 2397, nº 2.406.

³ A Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, prevê no Art. 6º: “As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária”. Outros requisitos estão previstos na Lei, mas fogem do objeto deste, motivo pelo qual não serão apreciados.

⁴ Texto não revisado pelo palestrante, conferência realizada no “SIMPÓSIO INTERNACIONAL SOBRE SIGILO BANCÁRIO”, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal, em Brasília, no dia 15 de fevereiro de 2001, publicado na Revista da Advocacia-Geral da União, Ano II, nº 09, abril de 2001, http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/default_arquivos.asp.

⁵ Adota-se neste estudo a lição de J. J. Gomes Canotilho, que trata as regras e princípios como duas espécies de normas, *Direito Constitucional*, 4. ed., Coimbra: Livraria Almedina, p. 1124. Roque Antonio Carrazza afirma: “Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que por sua

O princípio 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 aqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’ ”⁶.

Não pretendemos dar a última palavra sobre o tema, apenas fomentar o estudo deste relevante assunto, citando as correntes doutrinárias existentes, e externar nosso entendimento ao final, lembrando que no Direito “inexiste a valência verdadeiro/falso, pertencente às ciências exatas”⁷. O intérprete faz uma escolha dentre várias opções, todas válidas perante o Direito⁸, o que justifica a existência de entendimentos diversos.

2. INCONSTITUCIONALIDADE

Os defensores desta corrente argumentam que o sigilo bancário constitui expressão do direito à intimidade, tratando-se de matéria sujeita à reserva de jurisdição.

Miguel Reale e Ives Gandra da Silva Martins asseveram:

“Exceção às CPIs, para as quais são inerentes poderes próprios de investigação judicial por outorga constitucional, não podem outros órgãos, poderes ou entidades não autorizados pela Lei Maior quebrar o sigilo bancário e, pois, afastar o direito à privacidade independentemente de autorização judicial, a pretexto de fazer prevalecer o interesse público, máxime quando não têm o dever de imparcialidade por serem PARTE na relação mantida com o particular”⁹.

Os precitados professores concordam com os argumentos expendidos pelo ministro Marco Aurélio de Mello, no sentido de que a Receita não é um órgão equidistante, pelo contrário, é parte da relação jurídica substancial em jogo¹⁰.

André Ramos Tavares assevera que somente o Poder Judiciário poderá requisitar às instituições financeiras a quebra do sigilo, impondo-se o reconhecimento de tal prerrogativa como cláusula pétrea, complementando que os agentes do Fisco não estão autorizados constitucionalmente a invadir¹¹ os dados bancários.

Em estudo específico sobre o assunto, diversos doutrinadores, antes do advento da Lei Complementar nº 105/2001, manifestaram-se pela inconstitucionalidade.

Américo Masset Lacombe ponderava:

“O sigilo bancário constitui um direito e garantia individual, uma espécie do conceito genérico da intimidade, amparado constitucionalmente por norma de eficácia plena e imediata (§ 1º do art. 5º da CF). Por conseguinte, nenhuma lei complementar poderá limitar o alcance desta garantia constitucional para permitir a sua quebra por determinação do Ministério Público ou de autoridade administrativa. A quebra de sigilo bancário só poderá ser feita por autorização judicial, em razão da supremacia do interesse público. É portanto, cláusula pétrea”¹².

grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula de modo inexorável o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 31.

⁶ Supremo Tribunal Federal, ministro Celso de Mello, MS 23.452-RJ.

⁷ André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 69.

⁸ Neste sentido Celso Ribeiro Bastos, *Hermenêutica e interpretação constitucional*, p. 163.

⁹ Neste sentido é o Parecer de Miguel Reale e Ives Gandra Martins, consultados pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, publicado no site Consultor Jurídico em 11 de dezembro de 2002, www.conjur.com.br.

¹⁰ *Jornal O Estado de S. Paulo*, Caderno de Economia, 03/12/2002, p. B-4.

¹¹ Afirma o autor que a palavra “invadir” é a constitucionalmente correta para a hipótese de que se trata. III Colóquio Internacional de Direito Tributário, IOB/La Ley, 2001. coord. Ives Gandra Martins, p. 320 e 326.

¹² *Direitos fundamentais do contribuinte*, coordenador Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 218.

Nesta esteira, Cecília Maria Marcondes Hamati :

"De acordo com a forma colocada pela Constituição Federal, a quebra de sigilo bancário é vedada, não podendo, desta feita, a autoridade administrativa requisitar informações desta natureza, ainda que para investigação de prática de sonegação que enseja crime tributário"¹³.

No mesmo sentido, antes do advento da Lei em estudo, é o entendimento de José Eduardo Soares de Melo¹⁴, Wagner Balera¹⁵ e José Augusto Delgado¹⁶, todos na mesma obra.

Já na vigência da precitada norma, Sacha Calmon Navarro Coelho manifestou-se pela inconstitucionalidade do acesso aos dados bancários pela autoridade fiscal, sem intervenção judicial¹⁷.

Pedro Lenza perfilha deste entendimento, aduzindo que se trata de matéria não estabelecida pelo poder constituinte originário¹⁸.

Em síntese, de acordo com os ensinamentos dos professores citados, há irremissível inconstitucionalidade na previsão do acesso aos dados bancários pela autoridade fazendária, já que a intimidade e a privacidade constituem direitos fundamentais, veiculados por norma constitucional de eficácia plena, afigurando-se como cláusula pétrea.

3. CONSTITUCIONALIDADE

Para os defensores desta corrente, o Legislador pode validamente prever a possibilidade de acesso pela autoridade fiscal dos dados bancários, sem intervenção do Poder Judiciário, não havendo qualquer incompatibilidade vertical da previsão legal em testilha com a Constituição Federal.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior ressalta que não há previsão expressa no Texto Fundamental do sigilo bancário, que tem relação com o inciso X, do artigo 5º¹⁹, envolvendo questões de intimidade e de vida privada, acrescentando que não há parcialidade do Fisco²⁰:

"A Receita não se enquadra no critério da parcialidade. Acho que é possível entender, portanto, que ela pode, e pode até por que há um certo apoio para ela ostensivo, no artigo 145, parágrafo primeiro da Constituição Federal, que é aquele artigo que fala da capacidade contributiva".

Conclui o citado Professor que:

"Embora não seja um artigo específico para autorizar a fiscalização, está implícito ali. A Constituição Federal percebe isso. O que a Receita faz é fiscalizar"²¹.

No Supremo Tribunal Federal, antes da edição da Lei Complementar em comento, o ministro Francisco Rezek decidiu:

"Parece-me, antes de qualquer outra coisa, que a questão jurídica trazida à Corte neste mandado de segurança não tem estrutura constitucional. Tudo quanto se estampa na própria Carta de 1988 são normas que abrem espaço ao tratamento de determinados temas pela legislação complementar. É neste terreno, pois, e não daquele da Constituição da República, que se

¹³ Direitos fundamentais do contribuinte, coordenador Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 281.

¹⁴ *Ibidem*, p. 312.

¹⁵ *Ibidem*, p. 538.

¹⁶ *Ibidem*, p. 117.

¹⁷ Sacha Calmon Navarro Coelho, Leis complementares 104 e 105/2001. *Dias angustiantes permeiam a tributação no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2227>>. Acesso em: 13 jan. 2003.

¹⁸ Direito Constitucional Esquematizado, 4ª Edição – Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: LTr, 2002, p. 451.

¹⁹ Constituição Federal, artigo 5º, X – “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

²⁰ Na doutrina, Ives Gandra Martins e Miguel Reale afirmam que a ausência de imparcialidade da Receita é um dos argumentos contrários à constitucionalidade do diploma comentado. Sobre o assunto vide o tópico sobre inconstitucionalidade.

²¹ Texto não revisado pelo palestrante, conferência realizada no “SIMPÓSIO INTERNACIONAL SOBRE SIGILO BANCÁRIO”, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal, em Brasília, no dia 15 de fevereiro de 2001, publicado na Revista da Advocacia-Geral da União, Ano II, nº 09, abril de 2001 http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/default_arquivos.asp.

consagra o instituto do sigilo bancário – do qual se repetiu *ad nauseam*, neste país e noutros, que não tem caráter absoluto. Cuida-se de instituto que protege certo domínio – de resto nada transcendental, mas bastante prosaico da vida das pessoas e das empresas, contra curiosidade gratuita, acaso malévola, de outros particulares, e sempre até o exato ponto onde alguma forma de interesse público reclame sua justificada prevalência...

E a mesma lei de 31 de dezembro de 1964, sede explícita do sigilo bancário, disciplina no seu art. 38 exceções, no interesse não só da justiça, mas também no do parlamento e mesmo no de repartições do próprio governo...

Numa reflexão extralegal, observo que a vida financeira das empresas e das pessoas naturais não teria mesmo porque enclausurar-se ao conhecimento da autoridade legítima – não a justiça tão-só, mas também o parlamento, o Ministério Público, a administração executiva, já que esta última reclama, pela voz da autoridade fiscal, o inteiro conhecimento do patrimônio, dos rendimentos, dos créditos e débitos até mesmo do mais discreto dos contribuintes assalariados. Não sei a que espécie de interesse serviria a mística do sigilo bancário, a menos que se presumam falsos os dados em registro numa dessas duas órbitas, ou em ambas, e por isso não coincidentes o cadastro fiscal e o cadastro bancário das pessoas e empresas...

Não vejo inconstitucionalidade alguma no § 2º do art. 8º da Lei Complementar nº 75, cujo texto só faz ampliar, dentro da prerrogativa legítima do legislador, o escopo da exceção já aberta ao sigilo bancário no texto da lei originalmente comum que o disciplinou nos anos 60. E o faz em nome de irrecusável interesse público, adotando um mecanismo operacional que em nada arranha direitos, ou sequer constrange a discricção com que se portam os bancos idôneos e as pessoas de bem"²².

Yoshiaki Ichihara, antes do advento da Lei Complementar nº 105/2001, apontava para a possibilidade de norma infraconstitucional autorizar a quebra do sigilo bancário, sendo prescindível autorização judicial, desde que fundamentada e presentes os pressupostos desencadeadores²³.

Douglas Yamashita afirmava em 2000:

“Uma lei pode autorizar o sacrifício de sigilo por decisão exclusiva de autoridade administrativa, independentemente de autorização judicial, mas está sujeita a exigências adicionais, além da observância dos princípios da legalidade e da proporcionalidade ou da proibição do excesso”²⁴.

No Tribunal Regional Federal da Terceira Região há diversos julgados no sentido da compatibilidade vertical dos dispositivos em estudo, os quais pedimos *venia* para transcrever:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. IRRETROATIVIDADE DA LEI. CONSTITUCIONALIDADE.

1.O alegado SIGILO bancário não pode ser interpretado como direito absoluto, desvinculado de outras garantias constitucionais, havendo de compatibilizar-se, pois, com os demais princípios, voltados à consecução do interesse público.

2.É plenamente legítimo que a AUTORIDADE competente (Fisco), uma vez detectados indícios de falhas, incorreções, omissões, ou de cometimento de ilícito FISCAL, requisite as informações e os documentos de que necessita para a consecução de seu dever legal de constituir crédito tributário.

3.Não há que se falar em ofensa ao princípio da irretroatividade da lei tributária, porquanto a Lei Complementar nº 105/01, bem como a Lei nº 10.174/01 não criaram novas hipóteses de incidência, a albergar fatos econômicos pretéritos, mas apenas dotaram a Administração Tributária de instrumentos legais aptos a promover a agilização e o aperfeiçoamento dos procedimentos fiscais.

4.Precedentes desta Turma.

²² MS 21.429-4-DF.

²³ *Direitos fundamentais do contribuinte* – Coordenador Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 501.

²⁴ *Direitos fundamentais do contribuinte* – Coordenador Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 733.

5. Apelação improvida”²⁵.

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5, XII. SIGILO BANCÁRIO. LEI 4.595/64, ART. 38. LEI COMPLEMENTAR 105/2001, ART. 1º, § 3º, ART. 6, § ÚNICO. PROCEDIMENTO FISCAL. DOCUMENTAÇÃO INDISPENSÁVEL À INVESTIGAÇÃO FAZENDÁRIA. SIGILO QUE CEDE PASSO PARA TAL EFEITO. RESGUARDO DOS DADOS COLIGIDOS, ART. 198 CTN. PRECEDENTES. STF. STJ.

I. O SIGILO da correspondência, de comunicações telegráficas, de dados e de comunicações telefônicas está previsto no art. 5, inc.

XII da Carta Política, não se extraindo, da análise do Texto, eventual reserva de jurisdição no que tange ao SIGILO bancário, sequer especificamente mencionado, e previsto no art. 38 de LEI 4.595, de 31/12/64.

II. A questão pertinente ao SIGILO bancário veio de sofrer alteração com o advento da LEI COMPLEMENTAR nº 105, de 10/01/2001, que "dispõe sobre o SIGILO das operações de instituições financeiras e dá outras providências", objeto de regulamentação via do Decreto nº 3.724 da mesma data. Presentemente, tem-se que LEI COMPLEMENTAR à Constituição autoriza expressamente (§ 3º, art. 1º e art. 6º) às autoridades fazendárias o acesso aos dados do contribuinte para os fins de identificação e quantificação do encargo fiscal.

III. Impõe-se, na espécie, a exegese harmônica do Texto Constitucional compatibilizando-se o exercício dos direitos consagrados no art. 5º, XII com a previsão contida no § 1º, do art. 145, pertinente à identificação do patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte para fins de tributação.

IV. A LEI COMPLEMENTAR 105, de 10/01/2001, não padece de inconstitucionalidade de qualquer espécie, operando, na verdade, dicção constitucional.

V. Previsão na LEI COMPLEMENTAR de resguardo dos dados colhidos relativamente ao contribuinte (art. 198, CTN e § único do art. 6º, LC 105/2001).

VI. Precedentes (STF: RE 219.780/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13.4.99; STJ: ROMS 12.131/RR, Rel. Min. José Delgado, DJ 10/9/01; HB 15.753/CE, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 20/8/01; e RESP 286.697/MT, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 11/6/2001).

VII. Apelação improvida”²⁶.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da mesma forma, concluiu pela constitucionalidade:

"Da mesma forma, a Lei Complementar nº 105/2001 autoriza o acesso da autoridade fiscal aos documentos, livros e registros das instituições financeiras, inclusive aos relativos a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso. Portanto, o repasse das informações pela instituição bancária à Receita Federal e sua utilização para fins de fiscalização pelo IR tem amparo legal e não afronta as garantias constitucionais"²⁷.

²⁵ TRIBUNAL – TERCEIRA REGIÃO, Classe: AMS – APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 236767, Processo: 2001.61.00.022952-5 UF: SP Órgão Julgador: SEXTA TURMA, JUÍZA CONSUELO YOSHIDA, v. u., Data da Decisão: 25/09/2002 Documento: TRF300066652, DJU DATA:25/11/2002 PÁGINA: 603.

²⁶ Origem: TRIBUNAL – TERCEIRA REGIÃO, Classe: AMS – APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 235185, Processo: 2001.61.04.002694-7 UF: SP Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Desembargadora SALETTE NASCIMENTO, v. u., Data da Decisão: 25/09/2002 Documento: TRF300066964, DJU DATA:02/12/2002 PÁGINA: 378. No mesmo sentido: Origem: TRIBUNAL – TERCEIRA REGIÃO, Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 129757 Processo: 2001.03.00.012332-0 UF: SP Órgão Julgador: SEXTA TURMA Data da Decisão: 13/06/2001 Documento: TRF300056199, DJU DATA:12/09/2001 PÁGINA: 243, Relatora Desembargadora MARLI FERREIRA; MS – MANDADO DE SEGURANÇA – 230413, Processo: 2001.03.00.036839-0 UF: SP Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO, Relatora Desembargadora SUZANA CAMARGO, v. u., Data da Decisão: 07/08/2002 Documento: TRF300064824, DJU ATA:12/11/2002 PÁGINA: 221; AGRAVO DE INSTRUMENTO – 131881, Processo: 2001.03.00.015953-2 UF: SP Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data da Decisão: 28/08/2002 Documento: TRF300064806, DJU DATA:11/11/2002 PÁGINA: 367; Agravo de instrumento n. 12974, Proc. nº 2001.03.00.012311-2, Relatora Desembargadora Federal Terezinha Cazerta, *Extraído da Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 72, pp. 204 a 206; Processo: 2001.03.00.021253-4, Agravo de Instrumento nº 133889, Publicação: 09/11/2001, ORIG. : 200161000168810/SP, RELATOR: Desembargador BAPTISTA PEREIRA/TERCEIRA TURMA; Sentença do Juiz Federal José Denilson Branco, Mandado de Segurança Autos nº 2002.61.26.012772-1, Santo André-SP; e Sentença do Juiz Federal Roberto Lemos dos Santos Filho, Autos nº 2002.61.04.001928-5, 1ª Vara Justiça Federal, Santos/SP.

²⁷ Agravo de instrumento nº 2001.04.01.045127-8/SC, Juiz João Surreaux Chagas, *Extraído da Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 72, pp. 203 e 204.

Para os adeptos desta corrente a Lei Complementar nº 105/2001 apenas previu instrumento para o exercício do múnus previsto no artigo 145, parágrafo 1º, da Lei Maior, sem afronta a qualquer direito fundamental.

4. NOSSO ENTENDIMENTO: CONSTITUCIONALIDADE

Na Constituição Federal de 1988 não há qualquer norma expressa consagrando o direito ao sigilo bancário, este decorre do direito à privacidade, que:

“É o direito à autonomia pessoal. A Constituição dos Estados Unidos não estabeleceu expressamente o direito à privacidade, mas a Suprema Corte norte-americana vem decidindo reiteradamente que esse direito está subentendido nas ‘zonas de privacidade’, criadas por garantias constitucionais específicas”²⁸.

O sigilo bancário não constitui direito absoluto²⁹. Quiroga Lavié aponta a relatividade dos direitos fundamentais, afirmando que os indivíduos devem operar observando os limites impostos pelo direito³⁰.

Walber de Moura Agra discorre:

“Nenhum direito fundamental é absoluto – eles são limitados pelas demais prerrogativas constantes na Constituição e pelas normas infraconstitucionais que delimitam o seu sentido”³¹.

É cediço que direito fundamental “não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas”³².

Cabe consignar que a Declaração Universal de Direitos Humanos consagra a relatividade dos direitos fundamentais, ao dispor:

“Artigo XXIX – 1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem, e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas”³³.

Como bem ressaltou o desembargador Federal Batista Pereira:

“Com efeito, até mesmo o direito à vida, que se destaca por ocupar o primeiro lugar dentre os direitos fundamentais expressos no 'caput' do Artigo 5º da Constituição, diante da sua superioridade em relação aos demais direitos, não constitui direito absoluto, haja vista a possibilidade de se aplicar pena de morte em caso de guerra declarada (Art. 5º, inc. XLVII, a, CF/88)”³⁴.

²⁸ Bryab Garner, *Black's law dictionary*, 70. ed., St. Paul: West Group, 2.000, p. 1.063.

²⁹ Neste sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário nº 219.780-5, Relator ministro CELSO DE MELLO: “CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. CF, art. 5º, X. I. – Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege – art. 5º, X – não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sobre o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional”; vide, outrossim, AGRPET nº 1.564-5/RJ, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 27.08.99, p. 00058. No mesmo diapasão: Sérgio Carlos Covello, O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade, *Revista dos Tribunais*, 648/27, 29; Ary Brandão de Oliveira, Considerações Acerca do Segredo Bancário, *Revista de Direito Civil*, 23/114, 119; e Miguel Reale, O sigilo bancário no direito brasileiro. In: *Anais do 1º ciclo de estudos de direito econômico*. São Paulo: IBCB, 1993, p. 139.

³⁰ *Derecho constitucional*, 3. ed., Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 123.

³¹ *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 143.

³² Supremo Tribunal Federal, RT 709/418.

³³ Fonte: site da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, biblioteca virtual, INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, www.pge.sp.gov.br.

³⁴ Tribunal Regional Federal da 3ª Região, PROC. : 2001.03.00.021253-4, AG 133889, Publicação: 09/11/2001, ORIG. : 200161000168810/SP, RELATOR : DES.FED. BAPTISTA PEREIRA / TERCEIRA TURMA.

Acerca da relatividade do direito à privacidade, impende ressaltar que o Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade da violação da correspondência de sentenciados, sem qualquer afronta ao Texto Supremo:

"A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas"³⁵.

Verifica-se que os direitos fundamentais são relativos, cedendo diante da prática de atividade contrária à ordem jurídica, e não podem ser empregados como verdadeiro obstáculo para a prática de ilícitos, em detrimento do interesse público primário.

Em consonância com o afirmado são os ensinamentos de Walber de Moura Agra:

"Um dos principais vetores para a limitação dos direitos fundamentais é o interesse público, obedecendo ao princípio do bem comum. A utilização excessiva do direito fundamental não pode afrontar os interesses da coletividade, devendo prevalecer uma interpretação no sentido de que o direito não seja obnubilado nem o interesse público seja prejudicado"³⁶.

Antes de adentrarmos na abordagem da questão da constitucionalidade, é necessário lembrar que o Pretório Excelso admite o acesso aos dados bancários por requisição direta :

- da autoridade judicial³⁷ ;
- da Comissão Parlamentar de Inquérito³⁸; e
- do Ministério Público³⁹, com fundamento no artigo 129, VI, da Constituição Federal⁴⁰, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993⁴¹, nos casos em que envolvam dinheiro ou verbas públicas. Precitadas normas são de aplicação subsidiária aos Ministérios Públicos dos Estados, nos termos do artigo 80, da Lei nº 8.625/93⁴².

Vale consignar a opinião de José Celso de Mello Filho no sentido da possibilidade do Tribunal de Contas requisitar informações sigilosas⁴³, dentre elas as bancárias. Em sentido contrário é a posição de Regis Fernandes de Oliveira e Estevão Hovarth⁴⁴. Para estes, somente o Poder Judiciário poderá requisitar tais informações, nunca antes administrativos.

Registre-se, por oportuno, que em todas as hipóteses a requisição deverá ser fundamentada⁴⁵, sob pena de nulidade.

³⁵ HC 70.814-SP. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 1.3.1994 – 1ª Turma. DJ: 26.06.1994, p. 16649.

³⁶ Op. cit., p. 143.

³⁷ Pela Justiça Penal e Civil, neste sentido: STF, 2ª Turma, Recurso Extraordinário nº 92.377-2/SP, Relator ministro Moreira Alves; e MS N. 2.172, 1ª Turma, Rel. Min. Nelson Hungria.

³⁸ "COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE. SIGILO BANCÁRIO. POSSIBILIDADE DE SUA QUEBRA. CARÁTER RELATIVO DESSE DIREITO INDIVIDUAL", STF, MS N. 23.669-DF (Medida Liminar), RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO, Informativo 185.

³⁹ "A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público – art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição", STF, MS 21729/DF; MANDADO DE SEGURANÇA; Relator Min. MARCO AURÉLIO; Publicação: DJ DATA-19-10-01, PP-00033, EMENT VOL-02048-01, PP-00067, Julgamento: 05/10/1995 – Tribunal Pleno.

⁴⁰ Constituição Federal, Art. 129. "São funções institucionais do Ministério Público:... VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;"

⁴¹ Lei complementar nº 75/93, "Art. 8º – Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: ...II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; ...IV – requisitar informações e documentos a entidades privadas; ... VIII – ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;... § 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido".

⁴² Lei nº 8.625/93, "Art. 80 – Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados subsidiariamente as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União".

⁴³ *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 238.

⁴⁴ *Manual de Direito Financeiro*. 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 151.

⁴⁵ Quanto ao Poder Judiciário, a Constituição Federal prevê no: "Art. 93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às

Entendemos que o sigilo bancário não está sujeito à reserva de jurisdição, ante a ausência de norma expressa no Texto Maior neste sentido.

O postulado constitucional da reserva de jurisdição é um tema ainda pendente de definição pelo Supremo Tribunal Federal. Este, quando tratou do assunto, não mencionou o sigilo bancário:

“A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar – (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – 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 outros órgãos ou autoridades do Estado. Doutrina.

O princípio constitucional da reserva de jurisdição, embora reconhecido por cinco (5) Juízes do Supremo Tribunal Federal – Min. CELSO DE MELLO (Relator), Min. MARCO AURÉLIO, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Min. NÉRI DA SILVEIRA e Min. CARLOS VELLOSO (Presidente) –, não foi objeto de consideração por parte dos demais eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal, que entenderam suficiente, para efeito de concessão do writ mandamental, a falta de motivação do ato impugnado”.⁴⁶

Canotilho denomina o princípio da reserva absoluta de jurisdição de “monopólio da primeira palavra”, aplicável “quando em certos litígios, compete ao juiz não só a última e decisiva palavra mas também a primeira palavra referente à definição do direito aplicável a certas relações jurídicas”⁴⁷, sendo tal princípio aplicável à privação de liberdade nos artigos 27.º/2, e 28.º/1, da Constituição Portuguesa.

Ora não se pode admitir que o titular de competências tributárias tenha que requerer ao Poder Judiciário (então detentor do “monopólio da primeira palavra”) autorização para ter acesso a dados bancários, para, somente após, poder apurar se determinado contribuinte praticou ou não o fato imponible. Tal situação inviabiliza o exercício da arrecadação tributária.

Em matéria de sigilo bancário, o Poder Judiciário detém o “monopólio da última palavra”,⁴⁸ não da primeira palavra, também chamada reserva absoluta de jurisdição.

Vale lembrar que há mandamento constitucional expresso autorizando o legislador a prever a possibilidade da administração tributária identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas, conforme dispõe o art. 145, § 1º, da Constituição Federal:

“§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

Em recente estudo sobre o assunto, Deise Mendroni de Menezes pondera:

“A função fiscalizadora encontra embasamento constitucional, ainda no Art. 145, § 1º, que positiva o princípio da capacidade contributiva conforme o qual os impostos, sempre que possível, devem ter caráter pessoal e ser graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses

próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”. Sobre a Comissão Parlamentar de Inquérito, já decidiu o Pretório Excelso: “EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE DO ATO IMPUGNADO. PRECEDENTES. 1. Se não fundamentado, nulo é o ato da Comissão Parlamentar de Inquérito que determina a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico. 2. Meras ilações e conjecturas, destituídas de qualquer evidência material, não têm o condão de justificar a ruptura das garantias constitucionais preconizadas no artigo 5º, X e XII, da Constituição Federal. Segurança concedida”, MS 24029 / DF, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, Publicação: DJ DATA-22-03-02, PP-00032, EMENT VOL-02062-02, PP-00298, Julgamento: 03/11/2002 – Tribunal Pleno; no mesmo diapasão MS 23.452, relator ministro Celso de Mello, DJU de 19/10/1999. O Ministério Público deve fundamentar, outrossim, suas manifestações, nos termos do artigo 129, VIII, da Constituição Federal, vide, outrossim, RT 559/273, e 566/359, acerca do assunto.

⁴⁶ MS 23.452-RJ

⁴⁷ Op. Cit., p. 653.

⁴⁸ Sobre o monopólio da última palavra, vide Canotilho, op. cit., p. 652.

objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e, nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. O advérbio especialmente significa ‘de modo especial’, particularmente, principalmente, nomeadamente”⁴⁹.

Mencionado artigo deverá ser interpretado em consonância com o princípio da “interpretação efectiva”, ou princípio da “máxima efetividade”:

“A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”⁵⁰.

O acesso às informações bancárias constitui condição imprescindível para a administração tributária apurar o *an* e *quantum debeatur*.

“A investigação se constitui em uma premissa da ação fiscal, uma fase procedimental preliminar, que encontra seu fundamento na própria Carta Política, Art. 145, § 1º, como um momento anterior ao lançamento tributário, em que são feitas verificações no intuito de conferir e comprovar as informações prestadas espontaneamente pelos contribuintes ao Fisco e onde se buscam subsídios para apurar irregularidades e formar o conjunto de provas necessárias à elucidação e demonstração da prática de enriquecimento ilícito, sonegações, infrações ou crimes tributários, as quais poderão vir, em momento oportuno, ser contraposto.

À autoridade fiscal, muito mais do que um ônus ou um poder, incumbe o dever-poder vinculado à lei de investigar, diligenciar, demonstrar e provar a ocorrência do fato jurídico tributário, não sendo cabível a ela discutir ou escolher lançar, ou não lançar.⁵¹

Para cumprir fielmente a competência privativa e vinculada à lei, as autoridades fiscais detêm poderes indeclináveis plenos, que alcançam a possibilidade de elas examinarem quaisquer livros, registros ou documentos referentes a operações ou transações que possam implicar na ocorrência de fatos que estejam submetidos à incidência de tributos, não lhes sendo aplicáveis quaisquer restrições impeditivas do exercício de suas atividades”⁵².

Na interpretação do artigo 145, parágrafo 1º, da Lei Fundamental, é aplicável a lição de Carlos Maximiliano:

“Interpretem-se as disposições de modo que não pareça haver palavras supérfluas e sem força operativa”⁵³.

Em alguns tributos somente após o acesso às informações bancárias do contribuinte é que o Fisco poderá identificar o seu patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas, atendendo ao mandamento constitucional do artigo 145, parágrafo primeiro da Constituição Federal, o qual não poderá ser afastado, já que se trata de norma constitucional originária.

Na interpretação existem limites lógicos, “não se admitindo que o julgador se substitua ao legislador, fugindo da literalidade da lei”⁵⁴.

Concordamos com André Ramos Tavares:

“O magistrado (seja um ministro, um desembargador ou um juiz) tem limitado seu campo ao preceito legal. Não pode ir além dele”⁵⁵.

O Ministro Carlos Velloso do Pretório Excelso, interpretando a norma constitucional em testilha, entendeu que:

“A questão, portanto, da quebra do sigilo, resolve-se com a observância de normas infraconstitucionais, com respeito ao princípio da razoabilidade e que estabeleceriam o procedimento ou o devido processo legal para a quebra do sigilo bancário.”

⁴⁹ *A quebra do sigilo bancário: aspectos tributários*, dissertação de Mestrado PUC-SP, 2002.

⁵⁰ Canotilho, op. cit., p. 1187.

⁵¹ Neste mesmo sentido é PAULO DE BARROS CARVALHO para quem: “É uma imposição inafastável do exercício do dever-poder que a lei atribui aos agentes da Administração Tributária e se reflete nun desdobramento do princípio da supremacia do interesse público ao do particular”. *Curso de Direito Tributário*, p. 363.

⁵² Deise Mendroni de Menezes, op. cit. .

⁵³ *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 7ª ed., São Paulo: Editora Livraria Freitas Bastos S/A, 1961, p. 312.

⁵⁴ André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, p. 227. Canotilho recomenda que tal interpretação deverá ser afastada quando “em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta”, *Curso de Direito Constitucional*, p. 1190.

⁵⁵ *Curso de Direito Constitucional*, p. 237.

"A questão, portanto, não seria puramente constitucional. A quebra do sigilo bancário faz-se com observância, repito, de normas infraconstitucionais, que se subordinam ao preceito constitucional."

(...)

"Na verdade, a Constituição, no art. 145, §1º, estabelece que é 'facultativo à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes'.

"Está-se a ver, da leitura do dispositivo constitucional, que a faculdade concedida ao Fisco, pela Constituição, exerce-se com respeito aos 'direitos individuais e nos termos da lei'.

"Tem-se, novamente, questão infraconstitucional que deveria ser examinada, o que inviabiliza o recurso extraordinário"⁵⁶.

Há precedente do Tribunal Federal de Recursos favorável à tese ora sustentada:

"Sigilo bancário. Informações destinadas à Divisão do Imposto sobre a Renda. O sigilo bancário só tem sentido enquanto protege o contribuinte contra o perigo da divulgação ao público, nunca quando a divulgação é para o fiscal do imposto de renda que, sob pena de responsabilidade, jamais poderá transmitir o que lhe foi dado a conhecer." ...

"O sigilo bancário tem por finalidade a proteção contra a divulgação ao público dos negócios do banco ou dos negócios dos seus clientes.

Na espécie incorre isso, visto que os Agentes Fiscais do Imposto de Renda são, *ex vi legis* (art. 201, Dec. 47.373/59), obrigados ao sigilo, sendo-lhes defeso pena de responsabilidade divulgar conhecimento obtido via de investigação como, aliás, salienta o Egrégio Tribunal *a quo*".

Concluindo:

"Não há perigo de devassa ou quebra de sigilo bancário, porquanto, como assinala o parecer, os Agentes Fiscais do Imposto de Renda são obrigados ao sigilo (art. 201 - D. nº 47.373/59), sob pena de responsabilidade"⁵⁷.

No mesmo sentido é o entendimento do Desembargador Federal Batista Pereira:

"Ademais, a própria Constituição Federal, em seu Art. 145, § 1º, confere à administração tributária, o poder-dever de identificar, nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte; e o Art. 149, do CTN, por sua vez, outorga à administração o poder de revisar o lançamento quando, por exemplo, houver falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento de declaração obrigatória, desde que, é claro, não tenha se verificado ainda o prazo prescricional para a Fazenda Pública"⁵⁸.

Yoshiaki Ichihara apresenta relevante argumento :

"A resistência à quebra do sigilo bancário, na maioria das vezes, parte de pessoas cuja divulgação da movimentação bancária resulta na comprovação da eventual investigação suspeita. Com efeito, se o sistema protege o indivíduo não obrigando-o a confessar, a trazer elementos que o levem à condenação, para tanto permitindo até mentir, presentes os pressupostos, não pode o sistema proteger o indivíduo contra a coletividade e o interesse público, prestigiando o criminoso, o sonegador ou aquele que praticou o ato ilegal"⁵⁹.

Ademais, somente se permite o acesso aos dados bancários caso exista processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tal exame seja considerado indispensável pela autoridade administrativa competente⁶⁰, observando-se, incondicionalmente, o princípio da am-

⁵⁶ STF, RE nº 219.780/PE, DJ de 10.09.99, p. 23.

⁵⁷ RMS 15.925-GB, REL. MIN. GONÇALVES DE OLIVEIRA, DJ de 24/06/66.

⁵⁸ Tribunal Regional Federal da 3ª Região, PROC. : 2001.03.00.021253-4, AG 133889, Publicação: 09/11/2001, ORIG.: 200161000168810/SP, RELATOR : DES.FED. BAPTISTA PEREIRA / TERCEIRA TURMA.

⁵⁹ *Direitos fundamentais do contribuinte*, coordenador Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 501.

⁶⁰ Lei Complementar n. 105/2001, "Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras

pla defesa e do contraditório⁶¹, aplicáveis aos procedimentos administrativos⁶², sendo que tal decisão é passível de controle jurisdicional, que apreciará a razoabilidade e proporcionalidade do caso concreto.

Convém salientar que a autoridade fiscal deverá guardar sigilo sobre os dados obtidos após o acesso às informações bancárias, conforme preceitua o artigo 5º, § 5º⁶³, da Lei Complementar nº 105/2001, “mantendo-se, assim, a segurança jurídica”⁶⁴, sob pena de responsabilidade no âmbito civil⁶⁵, penal⁶⁶ e administrativo⁶⁷.

Ao argumento de que o Fisco é parte na relação jurídica tributária, não caracterizando-se como um órgão equidistante⁶⁸, contrapomos que é aplicável nesta relação o princípio constitucional da impessoalidade⁶⁹. Em poucas palavras, a autoridade fiscal, nos tempos atuais, representa o interesse público primário⁷⁰; o Fisco é um dos sujeitos da relação jurídica, mas um sujeito impessoal, isto é, que deve agir independentemente de qualquer circunstância ou particularidade do caso, não podendo atuar prejudicando ou beneficiando determinadas pessoas⁷¹.

O princípio da prevalência da norma mais favorável à vítima⁷² é inaplicável, considerando-se que não há conflito de normas, pelo contrário, a Lei Complementar atende aos mandamentos do artigo 145, parágrafo primeiro da Constituição Federal.

Segundo o princípio da unidade,⁷³:

“As normas constitucionais devem sempre ser consideradas coesas e mutuamente imbrincadas. Não se poderá jamais tomar determinada norma isoladamente, como suficiente em si mesma”⁷⁴.

Gomes Canotilho leciona:

“O princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade”...
“Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”⁷⁵.

ras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”.

⁶¹ Artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

⁶² Conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 8ª edição, p. 402. No mesmo sentido RTJ 83/385; RJTJSP 14/219.

⁶³ Lei Complementar nº 105/2001, artigo 5º, § 5º “As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor”.

⁶⁴ Desembargador Batista Ferreira, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 3ª Turma, PROC. : 2001.03.00.021253-4, AG 133889, Publicação: 09/11/2001, ORIG. : 200161000168810/SP.

⁶⁵ Lei Complementar nº 105/2001, artigo 11. “O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial”.

⁶⁶ Código Penal, “Violação de sigilo funcional, Art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave”.

⁶⁷ Sobre os servidores da União dispõe o artigo 116, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990: “São deveres do servidor:...VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição”.

⁶⁸ Empregado pelos cultos Miguel Reale, Ives Gandra Martins, e Ministro Marco Aurélio de Mello.

⁶⁹ Constituição Federal, Artigo 37, “caput”: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

⁷⁰ Renato Alessi apresenta a divisão do interesse público entre primário e secundário, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 197-8. O interesse público primário é o interesse da coletividade, pode ser identificado com o interesse da sociedade, é o interesse do bem geral, ou da observância da ordem jurídica a título de bem tratar o interesse da coletividade. Já o interesse público secundário é aquele do Estado enquanto administração, ou seja, o modo como os órgãos governamentais vêem o interesse público. Nem sempre o primeiro coincide com o segundo. Caso haja incompatibilidade entre eles os interesses públicos secundários não são atendíveis, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, sob pena da Administração Pública trair sua missão própria razão de existir, Curso de Direito Administrativo, 1995, 6ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, p. 22.

⁷¹ Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 8ª Edição, 1997, São Paulo: Atlas, p. 64.

⁷² Havendo incompatibilidade aparente entre dois direitos humanos fundamentais aplica-se o critério da prevalência da norma mais favorável à vítima, “Vale dizer, prevalece a norma mais benéfica ao indivíduo, titular do direito”, conforme lição de Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 42.

⁷³ J. J. Gomes Canotilho emprega a expressão princípios de interpretação da Constituição para tratar do que Celso Bastos denomina postulados, acrescentando que trata-se de “um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional”, op. cit., p. 1186. Consoante lição do mestre Celso Bastos: os postulados “são pressupostos para uma válida interpretação”, *Hermenêutica e Interpretação constitucional*, p. 89. São referidos princípios ou postulados, portanto, de aplicação cogente na interpretação constitucional.

⁷⁴ Celso Ribeiro Bastos, op. cit., p. 103.

⁷⁵ *Direito Constitucional*. 4ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, p. 1187.

Não há qualquer vedação constitucional⁷⁶, explícita ou implícita, ao acesso aos dados bancários por parte da autoridade fiscal, pelo contrário, há norma constitucional expressa: o artigo 145, parágrafo primeiro, do Texto Fundamental, que constitui o fundamento de validade das normas da Lei Complementar n. 105/2001, as quais prevêem o acesso aos dados bancários pela autoridade administrativa que, observando os requisitos legais supracitados, deverá exercer seu mister, respeitando, sempre, os princípios da razoabilidade⁷⁷ e proporcionalidade que decorrem do princípio do devido processo legal em sentido material⁷⁸.

Concordamos com o Pretório Excelso:

“O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas”⁷⁹.

Em suma, o sigilo bancário não se revela oponível, em nosso ordenamento constitucional, à autoridade fiscal, já que a Constituição Federal, no artigo 145, parágrafo primeiro, lhe outorgou o dever de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A possibilidade da autoridade tributária requisitar os dados bancários visa a conferir efetividade ao caráter pessoal dos impostos e à capacidade contributiva do contribuinte, desde que sejam respeitados os requisitos anteriormente abordados. Eventual excesso ou desvio encetado pela autoridade fiscal sempre será passível de controle jurisdicional, em caso de violação à norma constitucional ou legal, via mandado de segurança.

⁷⁶ No dizer sempre expressivo de Carlos Maximiliano é afirmado que: “quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente”, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 7ª ed., Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 306-7. Acrescentando o iluminado jurista sobre a regra de hermenêutica: “Cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas”, op. cit., p. 306.

⁷⁷ Consoante decidiu o STF: “A questão, portanto, da quebra do sigilo, resolve-se com a observância de normas infraconstitucionais, com respeito ao princípio da razoabilidade e que estabeleceriam o procedimento ou o devido processo legal para a quebra do sigilo bancário”, RE nº 219.780/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 10.09.99, p. 00023.

⁷⁸ André L. Borges Netto afirma: “Duas são as facetas do devido processo legal, a adjetiva (que garante aos cidadãos um processo justo e que se configura como um direito negativo, porque o conceito dele extraído apenas limita a conduta do governo quando este atua no sentido de restringir a vida, a liberdade ou o patrimônio dos cidadãos) e a substantiva (que, mediante autorização da Constituição, indica a existência de competência a ser exercida pelo Judiciário, no sentido de poder afastar a aplicabilidade de leis ou de atos governamentais na hipótese de os mesmos serem arbitrários, tudo como forma de limitar a conduta daqueles agentes públicos). O entendimento atual do devido processo legal substantivo permite o controle de atos normativos disciplinadores de atividades individuais até mesmo ‘não econômicas’. Este princípio, em sua concepção substantiva, é fonte inesgotável de criatividade hermenêutica, transformando-se numa mistura entre os princípios da ‘legalidade’ e ‘razoabilidade’ para o controle dos atos editados pelo Executivo e pelo Legislativo”, A RAZOABILIDADE CONSTITUCIONAL (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos), Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto nº 12 – MAIO/2000, extraído do site: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_12/razoab_const.htm. A Constituição Federal, inciso LIV do art. 5º, dispõe: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O Supremo Tribunal Federal tem aplicado o devido processo legal em sentido material ou substancial: ADIn 1408-DF, 15.02.96; ADIn 1.358-DF, rel. Min. Sydney Sanches, 07.12.95; ADIn 1.158/AM, Rel. Min. Celso de Mello, 19.12.94, Suspensão de segurança nº 1.320/DF, Relator Min. Celso de Mello, 14.04.1999; Adin 1.407/DF, Adin 1.479/RS, HC nº 77.003/PE; tendo inclusive declarado Lei inconstitucional por violar o princípio citado “na concessão de vantagem pecuniária cuja razão de ser se mostre absolutamente destituída de causa, como a outorga de adicional de férias a inativo”, conforme lembra José Adércio Leite Sampaio, na excelente obra: A constituição reinventada pela jurisdição constitucional, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 827, citando o julgado do STF, prolatado na Adin – Medida cautelar nº 1.158-AM, Relator Ministro Celso de Mello, RTJ v. 160, t. 1, p. 141-145, bem como diversos outros sobre o assunto.

⁷⁹ STF, MS 21729/DF; MANDADO DE SEGURANÇA; Relator Min. MARCO AURÉLIO; Publicação: DJ DATA-19-10-01, PP-00033, EMENT VOL-02048-01, PP-00067, Julgamento: 05/10/1995 - Tribunal Pleno.