Sigilo Bancário: uma Abordagem Atual

Rafael Santiago Costa[1]

> Experimenta-se, na atualidade, a dupla face da abundância de caminhos que permitem, de um lado, o acesso fácil e nem sempre desejável dos dados sobre as pessoas, suas vidas, suas preferências, seus atos, seus patrimônios, o que deixa a descoberto ou põe sob risco o direito à privacidade; de outro lado, tem-se a operosidade dos que transgridem a ordem jurídica em detrimento da sociedade e não desejam dar à luz os seus atos e desatinos sem cujo conhecimento o Estado não pode agir no sentido de conter e punir as irregularidades e ilegalidades havidas em contrariedade ao quanto exigido das pessoas pela ordem jurídica. (ROCHA, 2003, p. 382)

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O preâmbulo acima se mostra pertinente não apenas por resumir de forma didática e completa o principal dilema que gravita em torno da discussão acerca do sigilo bancário, mas por decorrer de estudo elaborado pela Ministra Cármen Lúcia em momento anterior à assunção de uma das cadeiras do Supremo Tribunal Federal (STF), aonde vem tendo a oportunidade de revisitar o tema em diversas ocasiões.

Com efeito, o direito à privacidade e o poder de fiscalização do Poder Público vêm sendo há muito contrapostos e reciprocamente relativizados, sendo que a questão ganhou novas diretrizes com o advento da Constituição Federal de 1988, que erigiu como direitos fundamentais aqueles relacionados à inviolabilidade da intimidade

[1] Graduado em Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). Associado do Instituto de Estudos Fiscais (IEFi).

e da vida privada, bem como do sigilo da correspondência e das mais diversas modalidades de comunicação (artigo 5º, X e XII[2]).

Não se trata de debate novo, mas merece ser enfrentado nessa oportunidade não apenas em face da relevância do tema, mas, principalmente, por ter sido objeto, ao final de 2010, de relevantes reflexões pelo STF, quando do julgamento da Ação Cautelar (AC) nº 33 e do Recurso Extraordinário (RE) nº 389.808 (diretamente relacionados, como se verá).

2. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O DEBATE

Como visto, o enfrentamento do tema do sigilo bancário passa necessariamente pela análise dos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal, que se não fazem expressa menção ao referido sigilo, indicam especial tutela constitucional ao sigilo de correspondência e comunicações, e, de forma mais ampla, à intimidade e à vida privada.

Embora não se trate de questão essencial à evolução da análise, registramos nossa opinião de que a questão pode se restringir ao inciso X, uma vez que o inciso XII se refere à correspondência e à comunicação em diversas de suas formas. Ou seja, não trata dos dados ou informações em si, mas de sua circulação, da passagem da informação do emissor para o receptor, que passará a compartilhar daquela informação.

No caso do sigilo bancário, não se analisa, em regra, a transferência de dados entre o detentor originário e a instituição financeira, mas os dados propriamente ditos, em momento posterior àquela transferência, o que justifica a opinião apresentada acima, com o respaldo de Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 121-122) em comen-

[2] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
[...]
XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

tários ao Acórdão proferido pelo STF no Mandado de Segurança (MS) nº 21.729, que será abordado adiante:

> É possível também perceber algumas dificuldades de fundamentação nos votos que pretendem incluir o sigilo bancário na garantia constitucional do direito à privacidade. Em geral recorrem eles ao inciso XII, e não ao inciso X, do art. 5º da constituição. Isso porque no inciso XII haveria a menção ao "sigilo de dados". O recurso ao inciso XII, a partir de um modelo amplo de suporte fático, seria ao mesmo tempo problemático e desnecessário. *Problemático* porque há fortes argumentos que sustentam que a proteção do inciso XII se refere apenas ao sigilo *da comunicação* de dados. E *desnecessário* porque, a partir do paradigma de um suporte amplo, o sigilo bancário, por proteger – sempre ou excepcionalmente – esferas da vida privada dos indivíduos, deve ser inserido, sem qualquer dúvidas, no âmbito de proteção do direito à privacidade do inciso X. Nesse sentido, o art. 5º, X, seria suficiente para a proteção *prima facie* do sigilo bancário.

Não obstante referida proteção constitucional à privacidade, não há dúvida, como é a regra no que se refere às liberdades individuais, que não se trata de um direito absoluto, que não possa ser superado ou relativizado em determinadas situações, em especial quando considerado presente o interesse público. Nesse sentido, aliás, o seguinte precedente do STF:

> [...]. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. PROCEDIMENTO LEGAL. [...]. 2. O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI nº 655.298 AgR, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, julgado em 04.09.2007)

A celeuma principal existente em torno do sigilo bancário, portanto, não se refere à possibilidade ou não de sua quebra em situações específicas e devidamente justificadas, mas se é imprescindível a intervenção do Poder Judiciário para a decretação da medida.

Referida ponderação antecede em muito o advento da Constituição Federal de 1988, sendo possível identificar precedentes do

STF que abordavam o tema já na década de 50[3], como se constata, por exemplo, do julgamento verificado no MS nº 2.172 (Rel. Min. Nelson Hungria, 1ª Turma, julgado em 10.07.1953), de cujo voto condutor se extrai o seguinte trecho:

> É certo que, atualmente, é pacífico em doutrina e jurisprudência, que os banqueiros são "confidentes necessários" e, como tais, obrigados a sigilo sobre tudo quanto sabem a respeito de seus clientes, em virtude da relação contratual que com estes mantém; mas tal obrigação não pode ser invocada quando se trata de prestar esclarecimentos exigidos pela Justiça.

Era mesmo de se esperar manifestações mais antigas pelo STF, haja vista se tratar de vetusto instituto, cuja origem já foi assim apontada pela doutrina (SALGADO, 2001, p. 149):

> O sigilo bancário caracteriza-se como instituto de adoção necessária, nas operações dessa natureza. Sua origem, entre nós, parece que "remonta ao alvará de 16 de dezembro de 1756, do reino português, no qual se proclama que o 'segredo é a alma do negócio', visto que, na dicção de *Bedárride*, 'é o segredo para o comerciante, a alma de suas operações'." Tratado, inicialmente, no conceito amplo de segredo profissional, o sigilo bancário passou a ser disciplinado especificamente na Lei n. 4.595, de 31.12.64 [...]

De fato, o art. 38 da Lei nº 4.595/64[4] se referia especificamente ao sigilo bancário a ser conservado pelas instituições financeiras

---

[3] No voto proferido no MS nº 21.729, o Ministro Maurício Corrêa afirma que o primeiro precedente da Corte sobre o tema localizado em pesquisa por ele realizada estaria no RMS nº 1.047-SP, julgado em 06.09.1949, com relatoria do Min. Ribeiro da Costa e a seguinte ementa:
SIGILO BANCÁRIO – ACEPÇÃO E EXTENSÃO – MANDADO DE SEGURANÇA.
Os bancos não se podem eximir de ministrar informações, no interesse público, para o esclarecimento da verdade, essenciais e indispensáveis ao julgamento e desenlace das demandas submetidas ao Poder Judiciário.

[4] Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. § 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as

(caput), confirmando a possibilidade de sua quebra pelo Judiciário (§1°) e pela solicitação direta do Legislativo (§2°), inclusive no âmbito das Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI (§3°). O dispositivo sugeria igual possibilidade em relação ao Fisco, indicando a necessidade de processo previamente instaurado (§§5° e 6°), deixando certa dúvida acerca da natureza desse processo (judicial ou administrativo).

Referido dispositivo foi revogado pela Lei Complementar n° 105/01 (LC 105/01), que reavivou a discussão acerca do tema, já que seu art. 6° tornou inequívoca a intenção do legislador de possibilitar a quebra do sigilo bancário mediante solicitação direta da Fiscalização Tributária às instituições financeiras, exigindo-se somente a tramitação de processo administrativo ou procedimento fiscal:

---

partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2° O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3° As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei n° 1579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

§ 4° Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2° e 3°, deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5° Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6° O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7° A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

> *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.

E não foi só. Seu art. 5º estabeleceu possibilidade de quebra de sigilo mais ampla, contínua e genérica, fixando a obrigação das instituições financeiras manterem o Fisco atualizado sobre as movimentações financeiras de todos os seus clientes, indicando apenas os valores globais referentes a cada um, de modo a viabilizar ao Fisco meios para selecionar casos suspeitos e que pudessem justificar a instauração de procedimento fiscal específico em relação a determinado contribuinte e a solicitação prevista no art. 6º.

Leandro Paulsen assim analisa a complementaridade entre os dois dispositivos mencionados (2010, p. 1.257):

> No art. 5º da LC 105/1, está previsto que as instituições financeiras [...] informarão à administração tributária as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços, identificando os titulares e os montantes globais mensalmente movimentados. Criou-se, pois, com isso, uma espécie de monitoramento mensal da atividade financeira dos contribuintes (ainda que sem a identificação da origem e natureza dos gastos) de modo a ensejar a revelação de situações em que seja ela incompatível com as informações pelo mesmo prestadas à Receita e com os tributos por ele recolhidos. O art. 6º da LC 105, por sua vez, estabelece a possibilidade de, num segundo momento, já identificados os contribuintes suspeitos e instaurado o procedimento fiscal, ocorrer o exame de documentos, livros e registros das instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósito e aplicações financeiras, com vista ao indispensável aprofundamento da análise das operações financeiras do contribuinte.

No que se refere ao poder concedido à CPI (reiterado no art. 4º, § 1º da LC nº 105/01), não houve muita dúvida acerca da legitimidade do dispositivo. Afinal, é a própria Constituição de 1988

que, em seu art. 58, § 3º, atribui às referidas comissões legislativas "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais". Sendo possível ao Poder Judiciário a determinação de quebra do sigilo, o mesmo seria verificado em relação à CPI, o que foi confirmado pelo STF[5], como se constata da seguinte decisão exemplificativa:

> [...]. MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS DETERMINADA POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO DE ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. RECUSA DE SEU CUMPRIMENTO PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. Potencial conflito federativo (cf. ACO 730-QO). Federação. Inteligência. Observância obrigatória, pelos estados-membros, de aspectos fundamentais decorrentes do princípio da separação de poderes previsto na Constituição federal de 1988. Função fiscalizadora exercida pelo Poder Legislativo. Mecanismo essencial do sistema de checks-and-counterchecks adotado pela Constituição federal de 1988. Vedação da utilização desse mecanismo de controle pelos órgãos legislativos dos estados-membros. Impossibilidade. Violação do equilíbrio federativo e da separação de Poderes. Poderes de CPI estadual: ainda que seja omissa a Lei Complementar 105/2001, podem essas comissões estaduais requerer quebra de sigilo de dados bancários, com base no art. 58, § 3º, da Constituição. Mandado de segurança conhecido e parcialmente provido. (ACO 730, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 22.09.2004)

O embate maior se firmou em torno da possibilidade de igual solicitação direta da quebra de sigilo bancário por parte do Ministério Público e pela Fiscalização Tributária. Até porque, o Código Tributário Nacional, em seu art. 197, I, indicou expressamente que as instituições financeiras, mediante intimação escrita, estariam obrigadas "a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros".

---

[5] Evidente que o STF não negou a possibilidade do exercício dessa prerrogativa pelas comissões parlamentares ser questionado em casos concretos perante o Poder Judiciário, evitando-se abusos por parte daquele órgão legislativo. Nesse sentido: MS nº 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16.09.1999.

A jurisprudência firmada em torno dessa questão será analisada adiante, sendo que nesse momento apontaremos, ainda que de forma sucinta, posições doutrinárias que emergiram contra e a favor da possibilidade de quebra do sigilo bancário sem intervenção judicial, ao menos no que se refere à Fiscalização Tributária.

Os defensores da medida e, em especial, da constitucionalidade do regramento trazido pela LC nº 105/01, costumam apresentar como esteio de seu posicionamento o art. 145, § 1º da Constituição Federal, *in verbis*:

> § 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.

Referido dispositivo alberga o princípio da capacidade contributiva, sendo invocado pelos defensores da quebra do sigilo pela Autoridade Fiscal justamente por exigir que a tributação ocorra sempre de acordo com a capacidade econômica do contribuinte, que deve ser auferida de forma plena e efetiva. Dessa forma, a Constituição estaria concedendo permissão ao legislador infraconstitucional para assegurar à Fiscalização os meios necessários para identificar "o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte".

Recorremos a um dos grandes estudiosos do tema para representar a corrente que defende essa conclusão (SARAIVA FILHO, 2011, p. 46):

> [...] mostra-se defensável e razoável a tese da constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001, sob o principal argumento de que o § 1º do art. 145 da Constituição Federal de 1988 teria criado outra exceção ao direito à privacidade e à inviolabilidade da comunicação de dados, dando autorização para a transferência direta de dados bancários da instituição financeira para a Administração Tributária.

Igualmente robustos se apresentam outros argumentos apresentados por Saraiva Filho (2011, p. 27; 34; 42):

Todo o conteúdo da vida econômica dos contribuintes, guardado nos bancos, deve ter sido declarado pelos próprios contribuintes, quando do cumprimento de suas próprias obrigações acessórias, estipuladas pela legislação tributária, no interesse da arrecadação e da fiscalização dos tributos, de modo que não se pode, juridicamente, entender que os dados e informes bancários sejam tidos como sigilos para o Fisco, em nome da proteção da vida privada e da comunicação de dados informáticos, embora sejam sigilosos para terceiros que não tenham autorização legal nem justo motivo para ter acesso a eles.

[...]

Posição radical em sentido contrário, exigindo-se prévia autorização judicial, para que a Administração Tributária simplesmente exerça a sua função exclusiva de fiscalizar os tributos, na prática, inviabilizaria a fiscalização eficiente do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza: a cada fiscalização demandaria um pedido específico ao Poder Judiciário, que já exaurido de demandas, certamente atrasaria a investigação e a pesquisa, contribuindo para a decadência do crédito fiscal, ou mesmo inviabilizaria a necessária fiscalização tributária, sendo esta indispensável para o real cumprimento dos princípios constitucionais da legalidade, da eficiência administrativa, da pessoalidade do imposto de renda, da igualdade tributária, da capacidade contributiva e da livre e justa concorrência.

[...]

Na realidade, além do direito/dever de ter a Administração Tributária maior eficiência na sua missão de fiscalização e controle (CF, art. 37, *caput*), está na balança, de outro lado, o direito fundamental dos contribuintes honestos, que são a maioria dos domiciliados no país – os que sofrem tributação na fonte, os que não têm como fugir da tributação -, de ter uma carga tributária suportada com igualdade e justiça por todos os que estão, por lei, sujeitos às mesmas incidências tributárias, o direito que têm o cidadão e o contribuinte de que todos paguem tributo de acordo com a respectiva capacidade contributiva. Estes sim são direitos fundamentais, que devemos estar atentos e dar integral prevalência. Mesmo porque até mesmo o mais ingênuo dos estudantes de direito já dever ter aprendido, certamente, que o Direito não pode ser aplicado para proteger torpeza ou "irregularidades" de quem quer que seja. O Direito não ampara nunca, não dá refúgio a quaisquer ilicitudes.

Não foram poucos os que advogaram de imediato contra a possibilidade de o sigilo bancário ser afastado diretamente pelo Fisco. Hamilton Dias de Souza foi um deles (2011, p. 722-723):

> Oportuna é a lembrança da luta que se confunde com a história do Direito Constitucional para que se assegurem direitos aos indivíduos em face do Estado. Foi para impedir que este, enquanto detentor do poder, dele abusasse, que foram construídas idéias fundamentais, dentre as quais a de Montesquieu, para o qual somente o poder detém o poder. Se a quebra do sigilo bancário é feita pelo mesmo órgão que investiga e que acusa, há uma concentração de poder nas mãos de um, sem que tal seja contrastado por outro poder, como o Judiciário. Quando a um direito do Estado, que se pretende fazer valer pelo Poder Executivo, se opõe outro direito, do indivíduo, deve a questão ser submetida ao Judiciário (outro Poder) que, com imparcialidade, analise e decida. Só assim os lindes que foram expostos quanto à possibilidade de quebra do sigilo poderão ser corretamente definidos, sem que o mero interesse de um – o Estado – implique na retirada de liberdade dos outros- os indivíduos.

Na mesma linha se posicionou Ives Gandra, seguindo abaixo manifestação apresentada em momento anterior ao advento da LC nº 105/01 (2011, p. 736-737):

> Ora, por ser a norma tributária norma de rejeição social, de vez que o Estado retira da sociedade mais do que o necessário para a devolução em serviços públicos, é que a sonegação é, muitas vezes, arma de que o contribuinte se utiliza, sempre que o fardo se torna demasiadamente pesado.
>
> Por esta razão, o combate à sonegação é tanto mais pesado quanto mais injusta a política tributária, por maior a incidência de evasão tributária.
>
> A melhor forma, pois, de combater a sonegação seria adoção de política tributária justa, repartida pela sociedade, que reduzisse, sensivelmente, a sonegação e enquadrasse apenas os casos patológicos e de conduta delituosa configurados.
>
> Para estas hipóteses, a quebra do sigilo bancário poderia até se justificar, mas nunca pelo livre arbítrio do agente fiscal.
>
> É, neste particular, que me parece absolutamente correta a postura do legislador e da jurisprudência em preservar o sigilo bancário do

> arbítrio e admitir sua quebra sempre que houver autorização judicial. A autorização judicial que exterioriza o exame imparcial da licitude do pedido só deve ocorrer na hipótese em que o interesse público assim o esteja exigindo e de que o sigilo esteja acobertando casos de sonegação evidente e não de mero palpite por parte da fiscalização.

Delineado o debate, vejamos agora a evolução do entendimento de nossos Tribunais Superiores acerca do tema.

3. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Indicou-se que nossos Tribunais, em especial o STF, têm dirimido controvérsias em torno do sigilo bancário há muito tempo, não sendo possível e nem justificável revisitar aqui toda a produção jurisprudencial. Entretanto, não podemos nos furtar a apresentar e analisar o julgado do STF considerado paradigmático sobre a questão.

Trata-se do MS nº 21.729, apreciado de forma conclusiva pelo Plenário do STF em 05.10.1995. No caso, o Banco do Brasil impetrara o *writ* em face do Procurador-Geral da República questionando solicitação feita pelo Ministério Público de fornecimento de lista dos beneficiários de recursos públicos liberados ao setor sucroalcooleiro, com indicação da situação de adimplência de cada um deles e a natureza das operações. Invocava o impetrante o sigilo bancário, então preconizado no art. 38 da Lei nº 4.595/64.

O Ministério Público invocou a favor da legitimidade de sua solicitação o art. 129, VI da Constituição Federal[6], além do art. 8º, II e IV, e § 2º da Lei Complementar nº 75/93[7] e, segundo consta do

---

6 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;

7 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;
[...]

relatório elaborado pelo Ministro Marco Aurélio, assim sintetizou a controvérsia a ser definida pelo STF: "a única questão jurídica a ser dirimida consiste em saber se ao Ministério Público é dado negar informações requisitadas no 'estrito cumprimento de suas atribuições constitucionais, opondo-se a exceção do sigilo'".

Assim restou formalizada a ementa desse julgado:

> Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nácional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. 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. 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. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se com-

IV – requisitar informações e documentos a entidades privadas;
[...]
§ 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.

> prometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido.

Não obstante a relevância das manifestações de todos os Ministros nesse julgado (em especial o voto do Ministro Maurício Corrêa, que apresentou detalhada pesquisa sobre a evolução do instituto do sigilo bancário em nosso ordenamento), nossos comentários se restringem aos votos proferidos pelos Ministros Marco Aurélio, Néri da Silveira e Celso de Mello. O primeiro por ser o Relator e por ter influenciado de forma determinante em novo julgamento paradigmático sobre o tema realizado mais de quinze anos depois (RE nº 389.808), como se verá adiante. O segundo por ter capitaneado a corrente vencedora e o terceiro por ainda integrar o STF, também participando da análise do RE nº 389.808.

O voto do Ministro Marco Aurélio foi sucinto e pode ser resumido na seguinte conclusão:

> Em última análise, tenho que o sigilo bancário está sob a proteção do disposto nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal. Entendo que somente é possível afastá-lo por ordem judicial. Assim, tenho o disposto no § 2º do artigo 8º da Lei Complementar nº 75, de 1993, como inconstitucional.

O Ministro Celso de Mello defendeu entendimento semelhante (destaques originais):

> 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.

Após instaurada a divergência pelo Ministro Francisco Rezek, que defendeu entendimento totalmente oposto aos Ministros que o antecederam na manifestação, os Ministros Octavio Galotti e Néri da Silveira chamaram a atenção para o fato de que não estariam diante de uma ação direta de inconstitucionalidade, mas de um caso concreto, de modo que o contexto fático não poderia ser desconsi-

derado, não sendo nem mesmo necessário aprofundar na análise do *status* do sigilo bancário para dirimir aquela demanda específica.

O fato de a autuação do Banco do Brasil no caso não ser considerada como comercial, mas como intermediária de política de investimento do Governo Federal, foi determinante para a conclusão a que chegaram os dois Ministros, sendo que apresentamos os trechos mais relevantes do voto tido por vencedor:

> Pois bem, no caso, não se examina esta matéria no âmbito de uma ação direta de inconstitucionalidade, desvinculada dos fatos concretos, em que apenas é julgada a norma de direito em abstrato. Aprecia-se um mandado de segurança, impetrado pelo Banco do Brasil S.A., que entende ter direito a não completar informações que lhe foram solicitadas pelo Ministério Público Federal.
>
> [...]
>
> Para dirimir a controvérsia, com a devida vênia, não vejo necessidade de examinar, em profundidade, o problema do sigilo bancário e da extensão de sua proteção.
>
> [...]
>
> Ora, entendo que não cabe chegar ao ponto de afirmar que mera referência ao nome de quem teria sido beneficiado ou contratante, em um determinado empréstimo subsidiado pelo erário federal, em razão de um plano de Governo, constituiria matéria encoberta pelo sigilo bancário.
>
> Em primeiro lugar, se se trata de operação em que há dinheiro público, a publicidade deve ser nota característica dessa operação. Não há razão, portanto, para o Banco não dizer quem são os beneficiados por esses empréstimos. Se o Governo Federal está atuando, por intermédio do Banco do Brasil, na execução de um plano de amparo a um setor de produção, compreendo que, acerca dessas operações do Banco, com recursos do Tesouro Nacional, não pode lograr procedência a negativa das informações, com a invocação do sigilo bancário.
>
> Com efeito, o sigilo bancário não pode englobar esse tipo de informação, em se cuidando da aplicação de recursos públicos.

Essa linha foi acompanhada, ainda, pelos Ministros Sidney Sanches, Moreira Alves e Sepúlveda Pertence. Ou seja, por maio-

ria mínima, o STF definiu naquela oportunidade a possibilidade de o Ministério Público obter informações bancárias sem intervenção judicial. Mas é essencial que se frise que, com exceção do Ministro Francisco Rezek, todos os demais que sustentaram a linha prevalecente destacaram o fato de que a aplicação de dinheiro público impediria a invocação do sigilo bancário, dada a necessária publicidade dos atos públicos.

Confirmando essa assertiva, confira-se trecho de voto de desempate proferido pelo então Presidente do STF, Ministro Sepúlveda Pertence:

> Há pois, como objeto das indagações do Procurador-Geral ao Banco do Brasil, não operações bancárias comuns, mas atos de gestão de dinheiros públicos. Ora, em matéria de gestão de dinheiro público, não há sigilo privado, seja ele de status constitucional ou meramente legal, a opor-se ao princípio basilar da publicidade da administração republicana.

Dessa forma, embora se trate de julgamento histórico e paradigmático, não se pode afirmar que o STF analisou de forma definitiva no MS nº 21.729, em todas as suas nuanças, a possibilidade de o *parquet* obter a quebra do sigilo bancário sem a intervenção judicial.

Na verdade, pode-se afirmar que nossa Corte Suprema definiu, *a contrario sensu*, que, ressalvadas as hipóteses de envolvimento de dinheiro público, quando deve prevalecer a publicidade (art. 37 da Constituição), deve a quebra do sigilo bancário ser submetida ao crivo do Poder Judiciário, sendo que alguns Ministros deixaram claro que essa conclusão seria aplicável não apenas em relação ao Ministério Publico, mas também à Fiscalização Tributária.

E essa tendência, ao menos no que se refere ao Ministério Público, foi sendo confirmada pelo STF em outros julgados, como indicam os seguintes exemplos:

> 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Instituições Financeiras. Sigilo bancário. Quebra. Requisição. Ilegitimidade do Ministério Público. Necessidade de autorização judicial. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regi-

mental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. [...]. (RE nº 318.136, AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, julgado em 12.09.2006)

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. (RE nº 215.301, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, julgado em 13.04.1999)

Como era de se esperar, esse entendimento foi estendido a outros órgãos, tais como os Tribunais de Conta e o Banco Central, senão vejamos:

- Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Banco Central do Brasil. Operações financeiras. Sigilo. 1. A Lei Complementar nº 105, de 10/1/01, não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º). 2. Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário. 3. Ordem concedida para afastar as determinações do acórdão nº 72/96 – TCU – 2ª Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no Acórdão nº 54/97 – TCU – Plenário. (MS nº 22.801, Rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2007)

SIGILO DE DADOS – ATUAÇÃO FISCALIZADORA DO BANCO CENTRAL – AFASTAMENTO – INVIABILIDADE. A

> atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil não encerra a possibilidade de, no campo administrativo, alcançar dados bancários de correntistas, afastando o sigilo previsto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. (RE nº 461.366, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 03.08.2007)

No que se refere especificamente à possibilidade de quebra do sigilo bancário a pedido da Fiscalização Tributária sem a intermediação do Judiciário, atualmente prevista na LC 105/01, o STF demorou um pouco mais para firmar posição, vindo a fazê-lo somente ao final de 2010, ao julgar a AC nº 33 e, logo em seguida, o RE nº 389.808.

Vários são os exemplos que confirmam que a matéria continuava em aberto. A começar pela seguinte decisão:

> Agravo regimental em recurso extraordinário. Possibilidade de quebra de sigilo bancário pela autoridade administrativa sem prévia autorização do Judiciário. 2. Recurso extraordinário provido monocraticamente para afastar a Aplicação do art. 8º da Lei nº 8.021/1990 ("Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.") e restabelecer a sentença de primeira instância. 3. Aplicação de dispositivo anterior em detrimento de norma superveniente, por fundamentos extraídos da Constituição, equivale à declaração de sua inconstitucionalidade. Precedentes. 4. Agravo regimental provido, por maioria de votos, para anular a decisão monocrática e remeter o recurso extraordinário para julgamento do Plenário. (RE nº 261.278 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 01.04.2008)

Na oportunidade, tratava-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida pelo Ministro Relator Carlos Velloso dando provimento a recurso de contribuinte que questionava a quebra de sigilo meramente por solicitação da Fiscalização Tributária (em momento anterior do advento da LC nº 105/01, e com base no art. 8º da Lei nº 8.021/90, transcrito na ementa). O Relator considerou ser pacífico na Corte a necessidade do crivo judicial, chegando a fazer a seguinte comparação: "Ora, se se nega ao Ministério Público, instituição de maior respeitabilidade, quebrar, sem a interfe-

rência da autoridade judiciária, o sigilo bancário de alguém, o que dizer-se quando quem deseja efetivar essa quebra é a autoridade administrativa."

Entretanto, prevaleceu o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, para quem a matéria ainda deveria ser mais bem apreciada pelo Plenário, extraindo-se de seu voto o seguinte trecho:

> Com efeito, a questão em apreço é bastante controvertida e pressupõe o exame da constitucionalidade do art. 8º da Lei nº 8.021/1990, sobre a qual o Plenário deste STF ainda não se manifestou.
>
> [...]
>
> Assim, a manifestação do Plenário desta Corte é essencial para pacificar a viabilidade do abrandamento excepcional da reserva de jurisdição para autoridades fiscais quanto ao sigilo bancário, com amparo no art. 145, § 1º, da Constituição Federal.

A análise da demanda pelo Plenário acabou não ocorrendo, haja vista que a parte acabou requerendo a desistência do recurso antes de sua efetiva apreciação.

Por outro lado, diversas foram as ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas, já no ano de 2001, contra dispositivos da LC nº 105/01, dentre as quais as nº's 2.390, 2.859, 2.386 e 2.397. Todas essas ações se encontram conclusas ao Ministro Dias Toffoli, ainda sem apreciação até mesmo das liminares requeridas. Em 2008, a OAB ajuizou a ADI nº 4.010, também questionando a constitucionalidade do art. 5º da LC 105/01, sendo que essa ação igualmente aguarda análise, estando os autos conclusos à Ministra Ellen Gracie.

Há que se destacar, ainda, o RE nº 601.314, no qual foi reconhecida a repercussão geral do tema, por meio de decisão que recebeu a seguinte ementa:

> CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA DE CONTRIBUINTES, PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DIRETAMENTE AO FISCO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (LEI COMPLEMENTAR 105/2001). POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 10.174/2001 PARA

> APURAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A EXERCÍCIOS ANTERIORES AO DE SUA VIGÊNCIA. RELEVÂNCIA JURÍDICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 22.10.2009)

Assim constou do voto do Relator ao defender o reconhecimento da repercussão geral:

> Com efeito, o tema apresenta relevância do ponto de vista jurídico, uma vez que a definição sobre a constitucionalidade do envio de informações sobre movimentações financeiras diretamente ao Fisco, sem autorização judicial, bem como a definição sobre possibilidade de aplicação de normas nesse sentido à fiscalização de tributos referentes a exercícios anteriores à sua vigência, norteará o julgamento de inúmeros processos similares, que tramitam neste e nos demais tribunais brasileiros

Diante do exposto, ainda que o STF possa ter indicado algumas tendências sobre a matéria, principalmente a partir do julgamento do MS nº 21.729, não se pode afirmar que tivesse, até o julgamento da AC nº 33 e do RE nº 389.808, definido categoricamente a possibilidade ou não de o Fisco requerer informações bancárias diretamente às instituições financeiras.

O mesmo não se pode afirmar em relação ao STJ, que proferiu julgamento, em sede de recurso repetitivo, confirmando a legitimidade da sistemática prevista na LC nº 105/01 (mesmo após a decisão de repercussão geral verificada no RE nº 601.314):

> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.
>
> 1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.

2. O § 1°, do artigo 38, da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados.

3. A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8°, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38, da Lei 4.595/64.

4. O § 3°, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente.

5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1°, § 3°, inciso VI, c/c o artigo 5°, caput, da aludida lei complementar, e 1°, do Decreto 4.489/2002).

6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5°, § 2°, da Lei Complementar 105/2001).

7. O artigo 6°, da lei complementar em tela, determina que: "[...]"

8. O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da tributação, regendo-se pela lei então

vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (artigo 144, caput, do CTN).

9. O artigo 144, § 1°, do Codex Tributário, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato imponível, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

10. Conseqüentemente, as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envergarem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos imponíveis a serem apurados lhes sejam anteriores (Precedentes da Primeira Seção: [...]).

11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la.

12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1°).

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto.

[...]

19. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

20. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008." (REsp nº 1.134.665/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, julgado em 25.11.2009, DJe 18.12.2009)

Conforme antecipado, embora tramitem na Corte diversas ADI's sobre o tema, bem como processo no qual foi reconhecida a repercussão geral, o Plenário do STF veio enfrentar a questão, ao final de 2010, no RE nº 389.808, cuja análise foi antecedida pelo julgamento da AC nº 33, na qual se buscava a concessão de efeito suspensivo àquele recurso.

O relator dos feitos, Ministro Marco Aurélio, havia concedido, em meados de 2003, a liminar pleiteada na cautelar, quando destacou que "chega a esta Corte o tema relativo à quebra do sigilo bancário pelo Fisco, a merecer reflexão maior ante o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal". Na oportunidade, o Relator não aprofundou na análise, indicando apenas que a liminar seria necessária para "se preservar campo propício a possível decisão favorável à requerente e, portanto, ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal".

Ao apresentar sua decisão para referendo do Plenário, em 24.09.2003, o Ministro relembrou no relatório que o Plenário havia analisado a questão no MS nº 21.729 diante de contexto fático muito peculiar, conforme analisado nesse trabalho. E sustentou a manutenção da liminar sem novamente realizar qualquer análise mais profunda.

O julgamento foi suspenso em face de pedido de vista formulado pelo Ministro Joaquim Barbosa, que apresentou seu voto divergente ainda no ano de 2003. A divergência se pautou muito mais em questão processual, relacionada à impossibilidade de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto em processo no qual a segurança fora denegada nas duas instâncias anteriores e

pela ausência, na opinião do Ministro, de verossimilhança (aspecto em que destacou a pendência de apreciação da matéria de mérito pelo STF nas diversas ADIN's já mencionadas) e perigo na demora (havia transcorrido quase dois anos entre a prolação da sentença desfavorável ao recorrente e a interposição do recurso extraordinário e da cautelar). Inclusive, consignou-se expressamente que não estava "assumindo qualquer posição acerca do mérito e, por conseqüência, a respeito das ações diretas de inconstitucionalidade que ainda serão apreciadas".

Seu posicionamento foi acompanhado integralmente pelo Ministro Carlos Ayres Britto na mesma sessão, sendo o julgamento suspenso pelo pedido de vista do Ministro Cezar Peluso, que veio a apresentar seu voto em 04.02.2004, acompanhando o Relator por entender presentes os requisitos da tutela de urgência. Assim se manifestou sobre a probabilidade de êxito no recurso extraordinário (destaques presentes no original):

> Esta matéria, embora não diretamente, já foi ventilada por esta Corte, pelo menos, nos seguintes julgamentos: **MS nº 21.729-4, MS nº 23.851, PET nº 2790 AgR e RE nº 215.301**. Em todos, assentou-se que a proteção aos dados bancários configura manifestação do direito à intimidade e ao sigilo de dados, previsto nos incs. X e XII do art. 5º da Constituição Federal, só podendo cair à força de ordem **judicial** ou **decisão** de Comissão Parlamentar de Inquérito, ambas com suficiente fundamentação. A exceção deu-se no julgamento do **MS nº 21.729**, em que se admitiu que o Ministério Público obtivesse diretamente os dados, por tratar-se de empresa com participação do erário (patrimônio e interesse público).
>
> [...]
>
> Tais precedentes demonstram, de forma clara, não a certeza, senão a probabilidade (mais que a verossimilhança) da existência do direito constitucional, apta a fundar a tutela de urgência.

Esse voto foi sucedido pelo do Ministro Gilmar Mendes, apresentado apenas em 18.12.2009 (mais de cinco anos após seu pedido de vista), quando acompanhou a divergência alegando não ser patente ou evidente a inconstitucionalidade dos dispositivos legais questionados, haja vista o teor do art. 145, § 1º da Constituição Federal.

Na mesma sessão, a divergência foi reforçada pela Ministra Carmén Lúcia, ao passo que o Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o Relator, incluindo aos argumentos dessa corrente os seguintes:

> Eu tenho expressado a minha preocupação no sentido de que a cada semana, praticamente, vemos os mais diferentes órgãos desejando a quebra do sigilo de dados cobertos exatamente por essa proteção constitucional sem a intermediação do Poder Judiciário.
>
> Penso que é hora de fortalecermos o Poder Judiciário. O Judiciário, que tem dezesseis mil magistrados em todas as suas instâncias, está disponível, a qualquer momento, se as circunstâncias e o caso assim autorizarem, a determinar a quebra do sigilo.

O Ministro Dias Toffoli também apresentou seu voto na mesma ocasião, seguindo a divergência por entender que os dispositivos analisados não resultam em quebra de sigilo, mas na "transferência de dados sigilosos de um determinado portador desses dados, que tem o dever de sigilo, para um outro, que manterá a obrigação desse sigilo".

Nesse ponto, entendemos pertinente justificar o grau de detalhamento com que estamos analisando os votos proferidos nessa ação cautelar, já que o mérito deveria ser efetivamente enfrentado no julgamento do RE nº 389.808, como de fato o foi. Mas se percebe que vários Ministros anteciparam seu posicionamento, ou ao menos algumas tendências, o que nos permitirá uma análise apenas complementar em relação aos votos proferidos no julgamento do recurso extraordinário.

Trata-se de observação que se apresenta em consonância com alerta feito pela Ministra Ellen Gracie ao apresentar, em 24.11.2010, seu voto vista:

> A matéria vem sendo decidida sob a perspectiva da verossimilhança, porquanto se trata de referendo de liminar. Descabe dar-se à decisão aqui tomada efeitos de repercussão geral. De qualquer modo, o tema é de extrema relevância e acaba por indicar a tendência de posicionamento deste tribunal. Daí o cuidado que devemos ter na sua apreciação.

E sua análise girou em torno do mesmo aspecto frisado pelo Ministro Dias Toffoli: "O que ocorre não é propriamente a que-

bra de sigilo, mas a "transferência de sigilo" dos bancos ao Fisco. Os dados, até então protegidos pelo sigilo bancário, prosseguem protegidos pelo sigilo fiscal". A Ministra fez, ainda, interessante equiparação entre o conhecimento de dados bancários pelo Poder Público e outras formas de limitação das liberdades individuais, como as verificadas em *blitz* policial, revista de malas e pessoas em aeroportos, submissão a portas eletrônicas e outros dispositivos semelhantes etc. Para ela, seriam "circunstâncias da vida em que o bem coletivo, a segurança de todos, a prevenção e a repressão das infrações prevalecem sobre a conveniência individual, guardados critérios de necessidade, moderação e respeito".

E assim confirma seu posicionamento:

> A inviolabilidade da vida privada e o sigilo de dados devem ser preservados, porque constitucionalmente assegurados, mas não como empecilho a uma tributação capaz de concretizar os princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva, tampouco como escudo para o descumprimento do dever, também fundamental e constitucional, de pagar tributos.
>
> A Constituição, em seu art. 145, § 1°, é expressa ao facultar à Administração Tributária a identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas dos contribuintes, especialmente para conferir efetividade a tais objetivos.

Ellen Gracie também chama atenção ao fato de que as movimentações bancárias de uma empresa (caso dos autos) devem espelhar lançamentos e registros já constantes de seus livros fiscais, evidentemente disponíveis ao Fisco. Defendeu, ainda, que o sigilo de dados deve ceder perante a "possibilidade de uma melhor distribuição da carga tributária e à efetiva concretização dos princípios da capacidade contributiva (art. 145, § 1°), da isonomia (art. 150, II) e da livre concorrência (art. 170, IV), que envolvem valores caros a toda a sociedade".

Por fim, asseverou que a Constituição Federal somente determinaria reserva de jurisdição (necessidade de ordem judicial) no que se refere à busca domiciliar (art. 5°, XI), interceptação telefônica (art. 5°, XII) e prisão (art. 5°, LXI), possibilitando acesso pelo Fisco aos dados bancários mediante autorização legal, sem prejuízo de controle jurisdicional sobre eventuais abusos.

E o julgamento da AC nº 33 foi finalmente concluído, na própria sessão de 24.11.2010, com a prolação de extenso e fundamentado voto do Ministro Celso de Mello (muito semelhante ao que apresentara no MS nº 21.729), que acompanhou o Ministro Marco Aurélio afirmando a plausibilidade da tese jurídica sustentada no RE nº 389.808. Especialmente por considerar que cabe ao Judiciário, e não à Fiscalização, a quebra do sigilo bancário. De seu voto é retirado o seguinte trecho (destaques originais):

> **Tenho enfatizado**, por isso mesmo, **que a quebra** do sigilo bancário – **ato que se reveste de extrema gravidade jurídica** – **só** deve ser decretada, **e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade**, quando existentes **fundados** elementos que justifiquem, **a partir** de um critério essencialmente apoiado na prevalência do interesse público, **a necessidade** da revelação dos dados **pertinentes** às operações financeiras ativas e passivas **resultantes** da atividade desenvolvida pelas instituições bancárias.
>
> **A relevância** do direito ao sigilo bancário **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 exigência de preservação** do sigilo bancário – **enquanto** meio expressivo de proteção ao valor constitucional da intimidade – **impõe ao Estado o dever** de respeitar a esfera jurídica de cada pessoa. **A ruptura** desse círculo de imunidade só se **justificará** desde que ordenada por órgão estatal **investido**, nos termos de nosso estatuto constitucional, **de competência jurídica** para suspender, *excepcional e motivadamente*, **a eficácia** do princípio da reserva das informações bancárias.

Dessa forma, por seis votos (Ministros Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Ellen Gracie) a quatro (Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ricardo Lewandwoski e Celso de Mello), o Plenário do STF não referendou liminar que afastava a possibilidade de a Fiscalização Tributária requerer diretamente às instituições bancárias a quebra do sigilo de determinada empresa.

Como se viu, não obstante se tratar de uma ação cautelar, o mérito da demanda principal foi detidamente analisado pela maior parte dos Ministros, o que seria um indicativo de que o mesmo posicionamento seria adotado quando do julgamento do processo principal.

Entretanto, não foi isso que se verificou quando, em 15.12.2010, o RE nº 389.808 foi levado a julgamento no Plenário da Corte e prevaleceu aquele posicionamento sustentado pelo Ministro Marco Aurélio desde, pelo menos, 1995, quando vencido no MS nº 21.729:

> SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

O Relator proferiu voto nos mesmos termos de suas manifestações apresentadas em outros casos correlatos e indicou ressalva, inclusive inserida na ementa, no mínimo polêmica: "Então, apenas se permite o afastamento do sigilo mediante ato do Estado-juiz, que não figura a relação jurídica a envolver interesses, e, mesmo assim, para efeito de persecução criminal".

Ou seja, no entendimento firmado pelo Relator, a quebra do sigilo bancário somente poderia ser determinada pelo Judiciário em face de efetiva investigação criminal, o que inviabilizaria o Fisco até mesmo de solicitar ao Judiciário a quebra com a finalidade de mera instrução de levantamento fiscal[8]. Entretanto, essa questão não chegou ser analisada de forma detida nem mesmo pelos Ministros que acompanharam o Relator, embora alguns tenham suge-

[8] Esse entendimento do Ministro Marco Aurélio ficou claro ao se manifestar durante a prolação do voto do Ministro Gilmar Mendes: "Surge um problema, no tocante à jurisdição, a reserva diz respeito a um objeto, à persecução criminal, e, no caso concreto, o objeto é outro, é a cobrança de tributo".

rido entendimento contrário quanto a esse aspecto, como se verá adiante[9].

O Ministro Dias Toffoli abriu a divergência e manteve o entendimento que sustentara na AC nº 33, reiterando que não ocorreria quebra de sigilo, mas sua transferência ao Fisco, bem como que a lei estaria de acordo com o art. 145, § 1º da Constituição, principalmente pelo fato de reputar como criminosa a disponibilidade dos dados pelo Fisco a terceiros (respeitando os direitos individuais). Chamou atenção ao fato de que a Receita Federal já recebe administrativamente a declaração de bens dos contribuintes anualmente: "Se a Receita Federal tem acesso ao conjunto maior, como ela não pode ter acesso ao conjunto menor?". Concluiu sugerindo que há risco igual ou maior de que um funcionário da instituição financeira quebre o sigilo bancário do que um servidor da Administração.

Na mesma linha, reiterando manifestações anteriores, a Ministra Carmén Lúcia negou provimento ao recurso extraordinário, considerando inexistir afronta ao direito de privacidade. Já o Ministro Ricardo Lewandwoski, também sem maiores comentários, manteve posicionamento manifestado na AC nº 33 e acompanhou o Relator. O Ministro Ayres Britto, embora não tivesse apresentado efetiva manifestação de mérito na AC nº 33, confirmou seu posicionamento contrário ao do Ministro Marco Aurélio. Dessa vez consignou:

> Então me parece que a conjugação do inciso XII com o inciso X da Constituiçãoabona a tese de que o que se proíbe não é o acesso a dados, mas a quebra do sigilo, é o vazamento do conteúdo de dados. É o vazamento, é a divulgação. E, no caso, as leis de regência, ao falar das transferências de dados sigilosos, é evidente

[9] Deve-se registrar que, em 08.06.2011, a Fazenda Nacional opôs Embargos de Declaração em face do Acórdão em questão, não chegando ao nosso conhecimento, até a conclusão desse trabalho, o teor e razões desse recurso. Ademais, em determinado momento dos debates, o Ministro Marco Aurélio assim se manifestou: "Não, não acompanha integralmente, porque não está em discussão a extensão da atuação do Judiciário. Está em jogo apenas a possibilidade de a Receita substituir-se ao Judiciário. Então não há divergência, inclusive quanto ao fundamento. Eu próprio disse que não me comprometia com a limitação em relação à atividade do Judiciário".

> que elas impõem ao órgão destinatário desses dados a cláusula da confidencialidade, cuja quebra implica a tipificação ou o cometimento de crime.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, ao menos em termos genéricos, alterou a conclusão a que chegara na AC nº 33. Se naquela oportunidade sustentou que, diante do art. 145, § 1º da Constituição, não se poderia afirmar ser patente a inconstitucionalidade dos dispositivos da LC nº 105/01, no julgamento do RE nº 389.808 optou por acompanhar o Ministro Marco Aurélio, mas fez importante ressalva, em face de questão para a qual chamamos atenção acima: "Portanto, Presidente, eu me manifesto nesse sentido, já com a ressalva, quer dizer, entendo que aqui está presente a necessidade de reserva de jurisdição, mas não a necessidade de que haja uma investigação de índole criminal".

Questão que merece grande destaque foi a discussão travada em seguida à prolação do voto do Ministro Gilmar Mendes, uma vez que a Ministra Ellen Gracie apresentou pedido de vista com o declarado intuito de permitir a presença do Ministro Joaquim Barbosa para conclusão do julgamento, haja vista sua ausência na sessão de 15.12.2010, e o posicionamento que adotara no julgamento da AC nº 33[10].

Diante da proposta do Ministro Marco Aurélio que sucedeu ao seu pedido de vista, no sentido de que fosse atribuído efeito suspensivo ao recurso enquanto não concluído o julgamento[11], a Ministra

---

[10] Tal assertiva se confirma no seguinte trecho do Acórdão:
Neste momento do julgamento, mesmo computando o voto do Ministro Gilmar Mendes, nós temos três votos, inclusive o do Relator num sentido; o voto do Ministro Tofolli, da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Ayres Britto, outros três, em sentido contrário. De modo que eu não me sinto confortável para prosseguir, ainda mais diante da ausência de um Colega cuja posição é conhecida; Vossa Excelência sabe muito bem que eu peço vista destes autos apenas para permitir a presença do Colega ao Julgamento. Para que o Tribunal não tenha resultados diferentes conforme sua composição eventual.

[11] Assim justificou o Ministro sua proposta:
Reconheço que o Tribunal cassou – e continuo perplexo com essa cassação – a liminar que implementara. Mas, a esta altura, temos um, dois, três votos a favor do provimento do recurso e três contrários, havendo votos sinalizados do Minis-

en Gracie considerou que a questão do efeito suspensivo já ha- sido definitivamente tratada na AC nº 33 e que a proposta, aca- a por alguns de seus pares, representava indevido cerceamento seu direito à vista. Por tal razão, optou por retirar o pedido e ferir seu voto simplesmente com reiteração do que afirmara no gamento da ação cautelar, registrando que a lide estava sendo ucionada com um quórum inadequado.

E como era de se esperar, os Ministros Celso de Mello e Cezar uso mantiveram o posicionamento que adotaram na AC nº 33, do que o primeiro apresentou novamente o detalhado voto uti- ido naquela ocasião, do qual se extrai trecho que confirma que, bora conste da ementa do julgado a restrição da possibilidade quebra do sigilo bancário apenas se motivada pela persecução al (como expressamente defendido pelo Ministro Marco Au- o e questionado pelo Ministro Gilmar Mendes), parece claro se tratar do entendimento da maioria, mesmo que considerados nas os votos que aderiram a corrente vencedora nesse julgado staques constantes do voto):

> **A tutela** do valor **pertinente** ao sigilo bancário **não significa** qualquer restrição ao poder de investigar **e/ou** de fiscalizar do Estado, **eis que** o Ministério Público, as corporações policiais **e os órgãos incumbidos da administração tributária** e previdenciária do Poder Público **sempre poderão requerer aos juízes e Tribunais** que ordenem às instituições financeiras **o fornecimento** das informações reputadas essenciais à apuração dos fatos.

Ressalva semelhante foi feita na sucinta manifestação do Mi- o Peluso:

> Não me parece caso de reeditar os amplos argumentos já brilhante e exaustivamente deduzidos, só lembrando que a postura adotada

---

o Celso de Mello e de Vossa Excelência no sentido do provimento do recurso. or isso, permito-me, sem a menor desconsideração para com a óptica anterior o Colegiado, ante o início do julgamento e para que o recurso extraordinário io perca o objeto – com o cumprimento imediato da decisão do Regional –, opor que o Tribunal, excepcionalmente, implemente uma medida acautelado- para aguardar-se, e não se tornar inócuo o início da apreciação desse recurso traordinário, a conclusão dessa mesma apreciação.

> em nada prejudica a administração pública, que pode, fundamentadamente, requerer ao Poder Judiciário, que lhe franqueará acesso aos dados de que precise.

Dessa forma, diante da alteração do posicionamento do Ministro Gilmar Mendes (devendo ser reconhecido que no primeiro caso ele não chegou a aprofundar na análise de mérito), bem como da ausência do Ministro Joaquim Barbosa na sessão de julgamento, o Plenário do STF acabou por alterar o consignado na AC nº 33, passando a entender como indispensável o crivo do Judiciário na pretensão do Fisco de quebrar o sigilo bancário dos contribuintes.

Importante frisar que decisões monocráticas já têm sido proferidas no STF com reiteração nesse sentido, inclusive de lavra de Ministros que restaram vencidos, como se verifica do RE nº 387.604, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia (julgado em 23.02.2011).

4. CONCLUSÕES A PARTIR DO JULGAMENTO DO RE Nº 389.808

Diante dos debates travados nos julgamentos da AC nº 33 e RE nº 389.808, bem como na jurisprudência pretérita do STF, pode-se chegar a algumas conclusões de relevo:

i) O sigilo bancário se encontra inserido dentre o direito à privacidade e à intimidade, bem como na inviolabilidade de correspondências e dados, insculpidos no artigo 5º, incisos X e XII da Constituição, embora existam argumentos contrários à consideração desse último;
ii) A jurisprudência do STF já se encontra pacificada no que se refere à impossibilidade de quebra de sigilo bancário sem intermediação do Judiciário no que se refere a órgãos como o Ministério Público, Tribunais de Conta e Banco Central;
iii) Nos casos em que a instituição financeira não atua comercialmente, mas como intermediária do Poder Público, participando de investimentos envolvendo dinheiro público, permite-se a prestação de informações diretamente ao Ministério Público, haja vista a prevalência do princípio da

publicidade (art. 37 da Constituição), conforme definido no paradigmático MS nº 21.729;

iv) Embora tramitem há anos no Supremo inúmeras ADI's questionando especificamente dispositivos legais que versam sobre a quebra de sigilo pelo Fisco, em especial alguns constantes da LC nº 105/01, bem como processo no qual foi reconhecida sua repercussão geral (RE nº 601.314), a matéria veio a ser enfrentada somente em 2010, em controle difuso de constitucionalidade, no julgamento da AC nº 33 e do RE nº 389.808;

v) Por incrível que pareça, no intervalo de um mês e em processos conexos, foram proferidas decisões conflitantes, em função da ausência de um dos Ministros da Corte no segundo julgamento e da alteração do posicionamento de outro;

vi) Prevaleceu no RE nº 389.808 o entendimento sustentado pelo Ministro Marco Aurélio ainda em 1995, quando do julgamento do MS 21.729, no sentido de que a quebra do sigilo bancário sempre deve ser antecedida por análise judicial, mesmo quando pretendida pelo Fisco;

vii) Ainda que conste da ementa do julgado, não se apresenta correto afirmar que prevaleceu o posicionamento do Relator segundo o qual a possibilidade de autorização judicial ficaria adstrita a casos envolvendo persecução criminal, sendo verificadas manifestações de três Ministros em sentido contrário e que o acompanharam em linhas gerais (Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Celso de Mello);

viii) Por fim, apresenta-se precipitado afirmar que a questão está solucionada em definitivo no STF, haja vista ainda se encontrarem pendente de apreciação as ADI's mencionadas e o RE nº 601.314, sendo que a participação dos Ministros Joaquim Barbosa e Luiz Fux no julgamento de qualquer desses processos pode provocar nova reviravolta no posicionamento da Corte;

ix) No caso do primeiro, em face da direta divergência que instaurou no julgamento da AC nº 33; no caso do segundo, por ter sido ele o Relator do REsp nº 1.134.665, no qual se demonstrou que o STJ, seguindo o rito de recurso repetitivo,

entendeu legítima a quebra do sigilo bancário pelo Fisco, ocasião em que o Ministro Fux recorreu à razoabilidade, ao art. 145, § 1º, e à afirmação de que a Constituição não encobriria ilícitos (argumentos eminentemente constitucionais);

x) Tal fato indica a insegurança jurídica ainda existente em torno de questão de tamanha relevância e de debate tão antigo, embora já se identifique decisões monocráticas de Ministros vencidos acompanhando a tese prevalecente no RE nº 389.808 (vide decisão proferida, em 23.02.2011, pela Ministra Cármen Lúcia no RE nº 387.604).

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2011.

BRASIL. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2011.

BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo Bancário em Matéria Fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; BRITO, Edvaldo Pereira de (Org.). *Direito Tributário*: outros tributos, temas atuais e direito tributário internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 725-739. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 6).

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário*: Constituição e Código Tributário Nacional à luz da doutrina e da jurisprudência. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Direito à privacidade e sigilo fiscal e bancário. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). *Direito Público moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 323-383.

SALGADO, Plínio. *Comissões Parlamentares de Inquérito*: doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Segredos bancário e fiscal relacionados com a administração tributária e o Ministério Público. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). *Sigilos bancário e fiscal*: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-83.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Hamilton Dias de. Sigilo bancário e o direito à liberdade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; BRITO, Edvaldo Pereira de (Org.). *Direito Tributário*: outros tributos, temas atuais e direito tributário internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 715-723. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 6).