

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO: UMA ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 105/2001

BREACH OF CONFIDENTIALITY ON BANKING ADMINISTRATIVE PROCEDURE: AN ANALYSIS OF THE (UN) CONSTITUTIONALITY OF THE LAW 105/2001

Eloíza Tridapalli Dalri¹
Fernanda do Nascimento¹
Letícia Casagrande¹
Renata Cadorin¹
Elaine Gonçalves Weiss de Souza²

RESUMO: O sigilo bancário é o direito à negativa da divulgação de informações, dados e registros pessoais do contribuinte que se encontram no conhecimento de determinadas instituições bancárias. Acerca da fiscalização tributária, esta é função da administração pública, e tem como competência verificar o cumprimento das obrigações de natureza tributária, seja essa obrigação principal, acessória ou dever instrumental formal. É necessária a análise evolutiva das normas para que se conclua das hipóteses de quebra, quais sejam judicial ou administrativamente cabíveis, do sigilo bancário e da inconstitucionalidade ou não da quebra via administrativa, por parte da fiscalização tributária. A aplicabilidade de tal norma, conforme significativo entendimento doutrinário, pode constituir afronta a princípios constitucionalmente delineados, em especial aquele que se refere à intimidade, consolidado como cláusula pétrea e princípio constitucional. Esta afronta poderia em tese demonstrar a inconstitucionalidade da quebra do sigilo pela via administrativa, sem autorização judicial, já que fere princípios fundamentais, o que vem inclusive sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Quebra. Sigilo. Fiscalização. Constitucional. Princípios.

ABSTRACT: *The bank secrecy is the right to the refusal of divulgation about information, the taxpayer personal details, which they are founded out in some bank institution. About the tax inspection, this is the function of the administration, and it has as competence, to check the fulfillment of obligations by tax litigation, this obligation can be the main or accessory or instrumental formal duty. The evolutiva analysis of the norms so that if it concludes of the breaking hypotheses, which are judicial or administratively, of the secrecy banking and of unconstitutionality or of the breaking it did not see administrative, on the part of the fiscalization tax is necessary. The applicability for this rule, as significant doctrinal understanding, constitute affront to the Federal Constitution, in special the right to intimacy, that treat the clause stony and the constitutional principle. This offense could*

¹ Acadêmicos do Curso de Direito do Centro Universitário de Brusque – Unifebe.

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário de Brusque – Unifebe. E-mail: elainegws@yahoo.com.br

theoretically demonstrate the unconstitutionality of a breach of confidentiality by administrative means, as it hurts principles regarded as immutable clauses, how the Supreme Court decided.

Keywords: *Break. Secrecy. Review. Constitutional. Principles.*

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar a quebra do sigilo bancário frente à fiscalização tributária, utilizando como metodologia um quadro comparativo entre os princípios constitucionalmente reconhecidos, frisando-se a importância destes, a legislação tributária e a jurisprudência, bem como as discussões doutrinárias pertinentes acerca da (in) constitucionalidade da quebra do sigilo administrativo, previstas na Lei 105/2001³. Fazendo a análise evolutiva das normas, utilizam-se as leis de n. 9.311/96⁴ – A Lei da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou transmissão de valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF), 4.595/1964⁵ – que dispõe sobre a política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Internacional e dá outras providências, a de n. 10.174/01⁶ – que altera o artigo 11 da Lei n. 9.311/96 que institui a CPMF, e em especial a Lei complementar n. 105/2001 – que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências, além de utilizar como referência o Código Tributário Nacional e a Constituição Federal. É objetivo constatar a realidade jurídica pertinente às formas de quebra do sigilo bancário, a forma como deve ser realizada, e o que diz respeito à inconstitucionalidade ou não da quebra do sigilo bancário mediante processo administrativo. Cumpre-se o objetivo então começando pela análise da interpretação da norma constitucional, e, posteriormente, analisando a questão do sigilo bancário e da fiscalização tributária, para por fim comparando-se as normas e jurisprudências, partir-se à conclusão.

³ BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Sítio eletrônico internet – planalto.gov.br

⁴ BRASIL. Lei nº 9.311 de 24 de outubro de 1996. Institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e direitos de Natureza Financeira – CPMF, e dá outras providências. Sítio eletrônico internet – planalto.gov.br

⁵ 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. Sítio eletrônico internet – planalto.gov.br

⁶ BRASIL. Lei nº 10.174 de 9 de janeiro de 2001. Altera o artigo 11 da Lei 9.311, de 24 de outubro de 1996, que institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos de Natureza Financeira – CPMF, e dá outras providências. Sítio eletrônico internet – planalto.gov.br

2 METODOLOGIA

Usa-se no presente estudo o método indutivo. Analisa-se a legislação, doutrina e jurisprudência pertinentes, com o objetivo de demonstrar as violações oriundas dessa modalidade de quebra, utilizando-se técnicas de referentes e conceitos operacionais, onde se pesam não só os importantes princípios constitucionais em contraponto com a legalidade da quebra do sigilo pela via judicial em comparação com a via administrativa.

3 INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL

Necessário perscrutar inicialmente a questão do conflito legal entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional para ideal compreensão das questões abordadas. Demonstra-se pertinente a análise dos critérios de interpretação da norma Constitucional trazidos pelo constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho (2002).

Para Luís Roberto Barroso (1999), os princípios constitucionais são

O conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais na ordem jurídica que institui (BARROSO, 1999. p. 147).

Inferese neste contexto a interpretação de Canotilho (2002) acerca do princípio da *unidade da constituição*. Para o autor,

O princípio da unidade da constituição obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. [...] 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 (CANOTILHO, 2002, p.1209).

Em outras palavras, as normas constitucionais, inclusive as que dizem respeito à inviolabilidade da privacidade e à inviolabilidade do sigilo de dados, bem como o direito à dignidade e à liberdade do cidadão, estão inseridas num regramento amplo que cria uma determinada concepção para a sociedade, ou seja, não são normas isoladas, mas sim são normas que foram criadas em harmonia com outros preceitos constitucionais que seriam imediatamente feridos com a violação daqueles. Inferem-se então os dizeres de Barroso (2008),

A ordem jurídica é um sistema, o que pressupõe unidade, equilíbrio e harmonia. Em um sistema, suas diversas partes devem conviver sem confrontos inarredáveis. [...] Conceitos como os de ponderação e concordância prática são instrumentos de

preservação do princípio da unidade, também conhecido como princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição (BARROSO, 2008, p.372).

Com relação ao caso, podem-se destacar ainda os princípios da *força normativa da constituição*, da *máxima efetividade*, do *efeito integrador* e da *conformidade funcional*. Dita o princípio da *força normativa da Constituição* que “deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental” (CANOTILHO, 2002, p.1212).

No mesmo sentido da doutrina divulgada por Canotilho, Anderson Sant`Ana Pedra registra que: “As normas infraconstitucionais devem ser interpretadas a partir da Constituição, com base nela, mas não o contrário, pois nunca o mundo da infraconstitucionalidade poderá superar a força normativa emergente da norma constitucional” (PEDRA, 2003).

Tem-se, dessa forma, mais uma indicação de que as disposições infraconstitucionais, como aquelas expostas na Lei 105/2001, devem antes de ser aplicadas, obedecer a todas as primazias constitucionais.

Para o princípio da *máxima efetividade* também denominado de princípio da eficiência, não se pode atribuir à norma constitucional uma interpretação que diminua sua razão de ser, ou seja, nas palavras de Canotilho, “A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê ”(CANOTILHO, 2002. p.1210). Para Nunes Junior (2002), “O princípio da máxima efetividade significa o abandono da hermenêutica tradicional, ao reconhecer a normatividade dos princípios e valores constitucionais, principalmente em sede de direitos fundamentais” (NUNES JUNIOR, 2002).

Conclui-se da soma do princípio da máxima efetividade ao da força normativa, que não se pode retirar a autoridade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos e aqui demonstrados. Ensina Ives Gandra da Silva Martins (2002), que

O legislador constituinte, ao eleger a privacidade do cidadão como um de seus direitos e garantias fundamentais, assegurou-lhe, em síntese, o direito de não ter sua vida pessoal, ou dados desta, devassados ou revelados a terceiros contra a sua vontade” (MARTINS, 2002, p.1105).

De ver que é clara a violação de um direito basilar do estado democrático de direito, devendo então o jurista dar a máxima efetividade à norma constitucional, nunca suprimindo os princípios envolvidos, prevalecendo esta sobre qualquer outra, sob pena de inconstitucionalidade.

O *princípio do efeito integrador*, segundo Canotilho (2002), representa que, “Na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política” (CANOTILHO, 2002. p.1210). Para Nunes Junior (2002),

“De acordo com esse princípio, na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar prioridade às interpretações ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e possibilitem o reforço da unidade política, porquanto essas são as finalidades precípua da Constituição. Assim, partindo de conflitos entre normas constitucionais, a interpretação deve levar a soluções pluralisticamente integradoras” (NUNES JUNIOR, 2002).

Conforme o *princípio da conformidade funcional*, o constitucionalista Canotilho (2002) adverte que

Tem em vista impedir, em sede de concretização da Constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida. O seu alcance primeiro é este: o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido (CANOTILHO, 2002, p.1210).

Não há dúvidas que em um estado democrático de direito, todos esses princípios devem ser considerados de forma preponderante e com máxima primazia. A violação da intransferibilidade da análise da premissa constitucional denominada inviolabilidade de dados, atribuindo-se ao executivo a competência para resolver acerca da quebra do sigilo bancário, culmina por retirar do judiciário a sua autonomia que tem acerca do tema, alterando-se assim a repartição das funções constitucionalmente estabelecidas.

4 O SIGILO BANCÁRIO E A FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA

Cerne então deste estudo é a quebra do sigilo bancário por parte da administração motivada pela fiscalização tributária. O sigilo bancário é o direito à negativa da divulgação de informações, dados e registros pessoais do contribuinte que se encontram no conhecimento de determinadas instituições bancárias. Neste contexto, assim ensina Arnaldo Wald (2002),

O sigilo bancário se enquadra no conceito mais amplo do segredo profissional, que tem merecido uma proteção muito ampla, ensejando sua violação caracterização como crime (art.154 do Código Penal), [...] chegou-se até a afirmar que o sigilo bancário constitui as pilastras do crédito e a garantia de uma economia sadia” (WALD, 2002).

Também se demonstra pertinente Mendes (2008), ao conceituar que o sigilo, “Consiste na obrigação imposta aos bancos e a seus funcionários de discrição, a respeito de negócios,

presentes e passados, de pessoas com que lidaram abrangendo dados sobre a abertura e o fechamento de contas e a sua movimentação” (MENDES, 2008, p.385).

Acerca da fiscalização tributária, esta é função da administração, e tem como competência, nas palavras de Ichihara (2006), “Verificar o cumprimento das obrigações de natureza tributária, seja essa obrigação principal ou acessória ou dever instrumental formal” (ICHIHARA, 2006, p.209).

É dada tal importância ao sigilo bancário por ser uma garantia constitucionalmente prevista, como será abordado em seguida. Em contrapartida, há a importância do Fisco em fiscalizar o cumprimento das obrigações, como forma de garantia da aplicabilidade da lei tributária.

5 A LEGISLAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA

Sabe-se que o dever de prestar ao Fisco informações não cabe somente ao contribuinte, podendo, por previsão legal, terceiros prestarem tais informações. Dita o artigo 197 do Código Tributário Nacional⁷, que mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que dispõem com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros: [...] III – Os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras.

Entra aqui então o estudo constitucional-legal da quebra do sigilo bancário, que é complexo, e exige, em um primeiro momento, a análise evolutiva das normas. A Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, a Lei do Sistema Financeiro Nacional, trazia na redação de seu artigo 38 o dever de sigilo em relação às operações e serviços prestados pelos bancos, sendo possível a violação deste, somente através de processo judicial.

Para Fabiana Del Padre Tomé “além de configurar direito constitucional do contribuinte, a proteção de informações bancárias era expressamente determinada pela Lei n. 4.595/64, recepcionada pela carta de 1988” (TOMÉ, 2008, p.198).

Com o advento da lei nº 9.311, de 24 de novembro de 1996, que instituiu a antiga CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação ou transmissão de valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira), determinou-se “[...] às instituições financeiras,

⁷ BRASIL. Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Sítio eletrônico internet – planalto.gov.br

responsáveis pela retenção e recolhimento da contribuição, a prestação à Secretaria da Receita Federal de todas as informações necessárias a respeito dos contribuintes e todas as suas movimentações” (DIFINI, 2008, p. 348).

A regulamentação desta norma deu-se pela Portaria n. 106, de 15 de maio de 1997. Para Fabiana Del Padre Tomé, tal imposição configura “dever instrumental necessário à operacionalidade e fiscalização do imposto, não podendo referidas informações serem utilizadas para quaisquer outras finalidades” (TOMÉ, 2008, p.199), neste sentido, o artigo 11, §3º da referida lei vedou que esses dados fossem utilizados para fins de constituição de créditos referentes a outros tributos.

Resultante da Lei 9.311/96 nasceu então uma discussão: se “o eventual fornecimento de relação à Receita Federal desta contribuição atentaria ou não contra a lei do sigilo bancário” (ICHIHARA, 2006. p.210). A conclusão extraída por parte da doutrina é no sentido negativo, porque o controle, além de indispensável, encontraria respaldo no Código Tributário Nacional (art. 197) além do que, “essas informações serem restritas aos agentes públicos ligados ao processo de arrecadação, controle e fiscalização” (ICHIHARA, 2006, p. 210).

Posteriormente, com o advento da Lei n. 10.174, de 9 de janeiro de 2001, modificou-se o disposto no §3º do art. 11 da Lei 9.311/96, registrando-se em seu texto que o sigilo das informações prestadas fosse, enfim, resguardado. Porém, facultava-se a sua utilização na instauração de procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para o lançamento fiscal do crédito tributário possivelmente existente.

Ocorre que a Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001, segundo o que ensina Fabiana Del Padre Tomé, veio

Pretendendo alterar a disciplina jurídica dessa matéria” e, por conseguinte “autorizando a administração tributária a proceder à análise dos registros de instituições financeiras, contas de depósitos e aplicações financeiras dos contribuintes mediante a simples existência de processo ou procedimento administrativo fiscal (TOMÉ, 2008, p.199).

Neste diapasão, a Lei Complementar 105/2001 cuida da quebra de sigilo bancário diante de processo judicial (art. 1º, §4º), e diante de processo administrativo (arts. 5º e 6º⁸).

⁸ Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. 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

No entendimento de Martins (2006), o que a Lei Complementar 105/2001 passou a prever foi a “possibilidade de quebra de sigilo bancário, por mera decisão da administração tributária, em seus artigos 5º e 6º”.

O caput do artigo 5º da referida lei dita que o Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços, considerando como operações financeiras todas as elencadas do inciso I ao XV do artigo 5º, que vão desde depósitos, pagamentos, aplicações, até contratos de mútuo, operações com ouro, com cartão de crédito, de arrendamento mercantil, entre outras.

O artigo 6º dita que 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. Tal dispositivo confirmou-se pelo decreto n. 3.724, de 10 de janeiro de 2001⁹, que regulamentou o artigo 6º da mesma lei. Neste sentido, ensina Difini (2008), que a lei

Autorizou a requisitar tais informações (art. 4º) as autoridades competentes para expedir o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), que são os ocupantes de cargo de Coordenador-Geral, Superintendente, Delegado ou Inspetor da estrutura de cargos e funções da Secretaria da Receita Federal (DIFINI, 2008, p. 349).

Conforme também registra Martins,

Até o advento da Lei complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001, prevalecia no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de quebra de sigilo bancário mediante expressa ordem judicial, expedida em virtude de requerimento e devida comprovação pela autoridade tributária da prática de atividade delituosa do contribuinte investigado (MARTINS, 2006, p.1103).

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.

⁹ BRASIL. Decreto nº 3.724 de 10 de janeiro de 2001. Regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105 de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. Sítio eletrônico internet – planalto.gov.br

Procurava-se então a garantia dos interesses públicos e individuais, resguardando-se o bom contribuinte, e protegendo o estado dos sonegadores de fato.

Para constatar qual disposição é respeitada pelo judiciário hoje, há que se fazer uma análise tanto do ponto de vista jurisprudencial, como doutrinário, utilizando-se das disposições constitucionais e dos princípios que as norteiam já demonstrados acima.

Os incisos X e XII do art. 5º da CF asseguram a inviolabilidade da privacidade e a inviolabilidade do sigilo de dados. Neste sentido, para Roque Carrazza, citado por Difini (2008) “para efetivá-las, entendem os mais conspícuos constitucionalistas que estes incisos garantem o sigilo das informações bancárias, seja das constantes nas próprias instituições financeiras, seja das existentes na Receita” (DIFINI, 2008, p.349).

A aplicabilidade de tal norma (105/2001), conforme significativo entendimento doutrinário, constitui afronta à Constituição Federal, em especial ao direito à intimidade, que se trata de cláusula pétrea e princípio constitucional. É segurança do artigo 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Para Ives Gandra da Silva Martins (2006) “Não restam dúvidas de que os correntistas confiam aos bancos informações pessoais que devem ser protegidas de terceiros, alheios à relação contratual então firmada, uma vez que vinculadas diretamente à sua privacidade” (MARTINS, 2006, p.1106).

No mesmo caminho:

Se a privacidade encontra-se albergada pelo manto constitucional, e se o sigilo bancário está diretamente vinculado à preservação desta, não há de negar que a violação do sigilo bancário configura-se em automática violação à Constituição Federal (MARTINS, 2006, p.1107).

Em igual sentido, decidiu o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos autos do processo n. 577/DF. Assim consta na Ementa:

Constitucional. Penal. Processual Penal. Sigilo Bancário: Quebra. Lei n. 4.595, de 1964, art. 38; I – Inexistentes os elementos de prova mínimos de autoria de delito, em inquérito regularmente instaurado, indefere-se o pedido de requisição de informações que implica quebra do sigilo bancário. Lei n. 4.595, de 1964, art. 38; II- Pedido indeferido, sem prejuízo de sua reiteração”. E consta ainda do voto do Relator, Ministro Carlos Velloso, que “o sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (art. 5º, X), além de atender a uma finalidade de ordem pública, qual seja, a de proteção do sistema de crédito. Destacamos

É este também os temperamentos extraídos do Superior Tribunal de Justiça extraído do voto da Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, nos autos de Recurso em Mandado de Segurança n. 25.174 – RJ (2007/0218197-2) o qual assim assevera:

Cumpre anotar que a quebra de sigilo bancário e fiscal é medida violenta, que não pode servir ao perigoso intuito de devassa injustificada, sob pena de tornar vazia a garantia constitucional da privacidade do cidadão, somente afastada diante da demonstração de motivos suficientemente hábeis e no mínimo de indícios concretos da conduta supostamente delituosa.

Neste diapasão, manifesta-se Martins (2006):

Para ser autorizada a quebra do sigilo bancário, é preciso constatar a existência concreta de indícios idôneos e reveladores, bem como a essencialidade dessa diligência para o êxito da investigação, uma vez que, sem esses requisitos fundamentais, deve-se resguardar a privacidade do cidadão, direito fundamental deste (MARTINS, 2006, p.1114).

Para Morais (2007),

Os sigilos bancário e fiscal, consagrados como direitos individuais constitucionalmente protegidos, somente poderão ser excepcionados por ordem judicial fundamentada ou de comissões Parlamentares de Inquérito, desde que presentes requisitos razoáveis, que demonstrem, em caráter restrito e nos estritos limites legais, a necessidade de dados sigilosos (MORAIS, 2007, p.66).

Coelho (2007) ressalta que o direito fundamental à intimidade “opõe-se, de certa forma, ao público-político, que é dominado pelos princípios da transparência, da publicidade, e da igualdade” (COELHO, 2007, p.876).

No mesmo embate explica que “o social-privado, na acepção atual, rege-se pelos princípios da diferenciação, da exclusividade e da faculdade de resistir ao devassamento, da negação da comunicação”. (COELHO, 2007, p.876). Em outras palavras, o que ocorre é que o particular tem o direito de resistir a tal pretensão de violação de suas informações pessoais. A mesma posição doutrinária nos explica que,

É o judiciário o único órgão do Estado autorizado a sopesar os valores constitucionais da inviolabilidade dos dados e do interesse público, reconhecendo ou não a existência deste no caso concreto, para, momentaneamente, afastar aquelas garantias constitucionais (COELHO, 2007, p.876).

Em plena consonância com o que preceitua o 5º, XXXV da Constituição Federal: “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Para Tomé (1999),

Tais preceitos representam flagrante ofensa à inviolabilidade da vida privada e dos dados particulares, menosprezando que ao Poder Judiciário compete examinar as

questões em que, para garantir o cumprimento da lei tributária, sejam necessárias atitudes invasivas da privacidade do contribuinte (TOMÉ, 2008, p.199).

No entendimento de Difini (2008), “protegendo a Constituição o sigilo de dados (CF, art. 5º, XII), sua quebra só pode se dar por ordem judicial, que decidirá se é caso ou não de quebra de sigilo, não ficando o contribuinte à mercê do fisco” (DIFINI, 2008, p.350).

Difini (2008) ainda defende que,

A interpretação conforme a constituição do art. 6º da Lei complementar n. 105/2001 é que as autoridades fiscais, em entendendo ser caso de quebra de sigilo bancário de contribuinte, deverão em juízo pleitear autorização para tal, todavia, há significativo dissídio na jurisprudência” (DIFINI, 2008, p.350).

Também é configurada a afronta ao devido processo legal, previsto no mesmo artigo (CF, art. 5º) em seu inciso LIV (que nega a privação da liberdade ou de bens sem o devido processo legal), visto que tenta retirar a autoridade do disposto no artigo 5º, inciso XII, que determina que somente seja violado, entre outros, o sigilo de dados em último caso, por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Em outras palavras, a nova disposição determina que o Executivo decida sobre a inviolabilidade, papel que é constitucionalmente atribuído ao Judiciário, violando também o princípio da *reserva de jurisdição*, que implica na intransferibilidade da análise dessa premissa constitucional.

Perlustra Coelho (2007) que o sigilo de dados configura “desdobramento do direito fundamental à intimidade (art.5º, XII), já mencionado anteriormente, o qual integra a Declaração Universal dos direitos do Homem, de 1948 – art. 12 ” (COELHO, 2007. p.876); no referido artigo da declaração está disposto que ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação, e ainda que toda pessoa terá direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

É como se, ao ser aplicada, a norma ferisse tais mandamentos constitucionais, em especial o direito à intimidade. Para Martins (2006),

“Na esteira desse raciocínio, a quebra de sigilo acaba por ferir, também, o direito à dignidade e à liberdade do cidadão, na medida em que este não pode sentir-se livre quando vê sob ameaça sua intimidade ou privacidade”. (MARTINS, 2006. p.1108)

Ainda para Moraes (2007),

A interpretação da maioria do Supremo Tribunal Federal considerando o sigilo bancário individual coloca-o na condição de “cláusula pétreia” (CF, art. 60, §4º, IV),

impedindo, dessa forma, a aprovação de emenda constitucional tendente a aboli-lo ou mesmo modificá-lo estruturalmente (MORAES, 2007, p.72).

Levando-se em conta a evolução da norma, a jurisprudência pertinente e as posições doutrinárias, trata-se então de uma afronta aos preceitos e princípios constitucionais¹⁰ já abordados a quebra do sigilo bancário administrativamente, sem autorização judicial, visto que a aplicabilidade da norma em estudo, Lei Complementar n. 105/2001 ofende a *reserva de jurisdição*, atribuída ao judiciário, a disposição da Declaração dos Direitos do Homem, quando trata do direito ao sigilo de seus dados, e verdadeira é a afronta também à dignidade e à liberdade do cidadão, que ao conferir à instituição bancária sua confiança, não pensa que ocorrerá a divulgação de seus dados pessoais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa, cujos resultados ora são relatados, desenvolveu-se com o objetivo central de realizar uma análise acerca da quebra do sigilo fiscal a partir de procedimentos administrativos próprios, sem qualquer intervenção jurisdicional, em face dos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Inicialmente, abordou-se acerca dos princípios constitucionais pertinentes ao tema, e sua aplicabilidade, ou seja, no que a aplicação da quebra do sigilo bancário administrativamente frente à fiscalização tributária prejudicaria os preceitos constitucionais. Utilizou-se então além dos princípios da *inviolabilidade de dados* e *intimidade*, os princípios apresentados pelo constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho¹¹, os da *unidade da constituição*, da *força normativa da constituição*, da *máxima efetividade*, do *efeito integrador* e da *conformidade funcional*, ambos defendendo a eficácia máxima das disposições constitucionais.

Em um segundo momento, foi possível averiguar a evolução das normas, bem como o entendimento jurisprudencial. Finalmente, demonstraram-se as posições doutrinárias a respeito de aplicabilidade de tais normas.

Dessa forma, foi possível demonstrar que a quebra do sigilo bancário é tema polêmico no ordenamento jurídico brasileiro, dado o inúmero avanço de leis que vieram

¹⁰ Em sentido Inverso ver OLIVERIA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009

¹¹ *In Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

determinando suas hipóteses. A quebra do sigilo bancário está determinada legalmente frente a duas situações, quais sejam judicial ou administrativamente, porém, a aplicabilidade da quebra administrativamente, em razão da fiscalização tributária constitui certa afronta à Carta Magna.

Concluiu-se ainda que não seria possível o presente estudo sem o estudo da matéria constitucional e que a prática da quebra com base na Lei 105/2001 se torna inconstitucional, sendo não somente uma aberração jurídica como também limitando a atividade da administração tributária ao subordiná-la aos direitos individuais previstos na Carta Magna. Ao cabo que se inviabiliza então a idéia segundo a qual ao se confrontar os direitos constitucionalmente amparados, sigilo bancário e fiscalização tributária, o segundo se sobreponha, em razão da relevância dos bens jurídicos envolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966**. Sítio eletrônico internet – planalto.gov.br

BRASIL. **Decreto nº 3.724 de 10 de janeiro de 2001**. Sítio eletrônico internet – planalto.gov.br

BRASIL, **Lei Complementar n. 105 de 10 de janeiro de 2001**. Sítio eletrônico internet – planalto.gov.br

BRASIL. **Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964**. Sítio eletrônico internet – planalto.gov.br

BRASIL. **Lei nº 9.311 de 24 de outubro de 1996**. Sítio eletrônico internet – planalto.gov.br

BRASIL. **Lei nº 10.174 de 9 de janeiro de 2001**. Sítio eletrônico internet – planalto.gov.br

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

COÊLHO, Sascha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: orense, 2007.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de Direito Tributário**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito Tributário**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 9. ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**.22. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **A Moderna Interpretação Constitucional**. Set.2002. Jus Navigandi. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3497>> Acesso em: 10.Mai.2010

OLIVERIA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **Interpretação e Aplicabilidade da Constituição**. Em busca de um direito civil constitucional. Mar.2003. Jus Navigandi. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4266> > Acesso em: 08. Nov. 2009

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2008.

WALD, Arnoldo. O sigilo Bancário no Projeto de Lei complementar de Reforma do sistema Financeiro e na Lei complementar nº70, **Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. nº 11.