

SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO

OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO

1 Introdução

Analisarei, neste artigo, o sigilo bancário e a viabilidade jurídica ou não do acesso direto da Administração Tributária e do Ministério Público da União e dos Estados a dados bancários das pessoas, mormente os gerais ou cadastrais, e da transferência do sigilo fiscal, em especial, referente a dados cadastrais da Administração Tributária, diretamente, para o Ministério Público, tudo com o escopo de fiscalização tributária, investigação criminal e administrativa, recuperação de ativos, inquéritos civis e ações de improbidade administrativa.

A nossa abordagem procurará apresentar e seguir, sempre quando existente, a jurisprudência, que vem se firmando, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre esta matéria.

2 Os sigilos bancário e fiscal como nuances do direito constitucional fundamental à inviolabilidade da vida privada e da comunicação de dados

A Constituição Federal de 1988 estipula, no seu art. 5º, incs. X e XII, como direitos fundamentais a inviolabilidade da intimidade, vida privada, e não de dados informatizados em si, mas da comunicação restringida de dados (liberdade de negação da comunicação).¹

A respeito da interpretação do inc. X do art. 5º da Constituição brasileira e da diferenciação de intimidade e vida privada já escrevi:

¹ CF/1988 – “Art. 5º [...] 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”.

Direito à intimidade é o direito de estar sozinho. Intimidade é aquilo que não se compartilha com ninguém, são os pensamentos mais íntimos e secretos, os sentimentos, desejos e as tendências, às vezes, inconfessáveis.

Direito à vida privada é o direito ao resguardo de fatos ou das relações pessoais, sendo, assim, algo só compartilhado a um grupo restrito de pessoas mais íntimas, cônjuge, familiares, alguns poucos amigos ou profissionais da inteira confiança do indivíduo que faz a descrição (sacerdotes, psiquiatras, psicólogos, advogados).²

Embora os sigilos fiscal e bancário não estejam previstos explicitamente na Carta Política de 1988 como um direito fundamental, o fato é que tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça os enxergam como corolários do direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Outrossim, transcreva-se o que já dissertei sobre a exegese do polêmico inc. XII do art. 5º da Constituição da República, ou seja, sobre a inviolabilidade da comunicação de dados, ou seja, a liberdade do indivíduo de comunicar algo ou de negar a transferência dessa comunicação para terceiros:³

Em verdade, o Excelso Supremo Tribunal Federal tem afirmado, em várias ocasiões, que a inviolabilidade referida do inciso XII do artigo 5º da Carta Magna refere-se à intromissão ou interceptação da comunicação de dados e não ao registro de dados.

Assim, no inciso XII do art. 5º da Lei Fundamental, na linha da lição de Sepúlveda Pertence (MS nº 21.729-4/DF), o que se protege é a comunicação de dados, é a interceptação indevida da comunicação de dados, por quem não tem justo motivo de ter acesso aos mesmos, não os dados em si mesmos, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse, e a própria declaração dos contribuintes para fins do imposto de renda. Nesse diapasão, traga-se à colação o magistério do Ministro Nelson Jobim, em voto proferido no julgamento do RE nº 219.780/PE:

Passa-se, aqui, que o inciso XII não está tornando inviolável o dado da correspondência, da comunicação, do telegrama. Ele está proibindo a interceptação da comunicação dos dados, não dos resultados. Essa é a razão pela qual a única interceptação que se permite é a telefônica, pois é a única a não deixar vestígios, ao passo que nas comunicações por correspondência telegráfica e de dados é proibida a interceptação porque os dados remanescem; eles não são rigorosamente sigilosos, dependem da interpretação infraconstitucional para poderem ser abertos. O que é vedado de forma absoluta é a interceptação da comunicação da correspondência, do telegrama. Por que a Constituição permitiu a interceptação da Comunicação telefônica? Para manter os dados, já que é a única em que, esgotando-se a comunicação, desaparecem os dados. Nas demais, não se permite porque os dados remanescem, ficam no computador, nas correspondências etc. (RE nº 219.780/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 10 set. 1999, p. 23)

Destarte, a inviolabilidade é a intromissão no momento da comunicação ou transmissão de dados informáticos, e não os dados em si mesmos, pois, em caso contrário, o contribuinte, com base na interpretação equivocada do inciso XII, do artigo 5º, da Constituição

² SARAIVA FILHO. O sigilo bancário e a Administração Tributária: LC nº 105/2001; IN-RFB nº 802/2007. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, p. 41-42.

³ No XX Simpósio Nacional de Direito Tributário, prevaleceu a concepção de que o contribuinte, com base no art. 5º, inciso LXIII, poderia ficar calado, negar à Administração Tributária informação ou documento exigido legalmente, para não se incriminar. Isto ocorrendo a solução, para o Fisco, seria apreender livros ou documentos, pelo auditor fiscal localizados, ou tributar por arbitramento, ou requerer ordem judicial para a obtenção do documento ou dado ou correspondência por meio de pedido de busca e apreensão (MARTINS (Coord.). *Crimes contra a ordem tributária*).

da República, poderia até deixar de cumprir a obrigação de entregar a sua declaração para fins do imposto de renda, alegando que a mesma se encontra em formato eletrônico, e, por isso, ele estaria protegido pelo sigilo de dado, pelo direito à privacidade!⁴

Tercio Sampaio Ferraz Junior corrobora, com mais detalhes, a questão da inviolabilidade da interpretação da comunicação de dados do inc. XII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, *in verbis*:

O sigilo de dados é uma hipótese nova, colocada pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XII). A inovação trouxe comigo dúvidas interpretativas que merecem, por isso mesmo, uma reflexão mais detida.

Em primeiro lugar, a expressão “dados”, constante do inc. XII, manifesta uma certa impropriedade (Bastos, Martins, 1993, p. 73). Os citados autores reconhecem que por “dados” não se entende o objeto de comunicação, mas uma modalidade tecnológica de comunicação. Clara, nesse sentido, a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1986, p. 38): “Sigilo de dados. O direito anterior não fazia referência a essa hipótese. Ele veio a ser prevista sem dúvida, em decorrência do desenvolvimento da informática. Os dados aqui são os dados informáticos (v. incs. XII e LXXII)”. A interpretação faz sentido. Como já fiz observar em outro passo (cf. Ferraz Jr., 1993, p. 440 e SS.), o sigilo, no inc. XII do art. 5º, está referindo à *comunicação*, no interesse da defesa da privacidade. Isso é feito, no texto, em, dois blocos: a Constituição fala em sigilo “da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”. Note-se, para a caracterização dos blocos, que a conjunção *e* une correspondência com telegrafia, segue-se uma vírgula e depois, a conjunção de dados com comunicações telefônicas. Há uma simetria nos dois blocos. Obviamente o que se regula é *comunicação* por correspondência e telegrafia, *comunicação* de dados e telefonia. O que fere a inviolabilidade do sigilo é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passar ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Ou seja, a inviolabilidade do sigilo garante, em uma sociedade democrática, os cidadãos contra a intromissão clandestina ou não autorizada por eles na comunicação entre si, por exemplo, a censura de correspondência, realizada por um terceiro, sem o conhecimento dos correspondentes ou a manipulação clandestina de arquivos de computador (*hacher*). Por *outro lado*, se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados. Se esses dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado (banco de dados), também não estará havendo quebra de sigilo. Mas se alguém *entra nessa transmissão*, como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violado o sigilo de dados.

A distinção é decisiva: o objeto protegido pelo inc. XII do art. 5º da CF — ao assegurar a inviolabilidade do sigilo — não são os dados em si, mas a sua comunicação. A troca de informações (comunicação) é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação. De outro modo, se alguém, não por razões profissionais, ficasse sabendo legitimamente de dados incriminadores relativos a uma pessoa, ficaria impedido de cumprir o seu *dever* de denunciá-lo!

Quando, por outro lado, alguém — um outro — intercepta uma mensagem, por exemplo, abre uma carta que não lhe foi endereçada, ocorre violação do sigilo. Não importa o conteúdo da comunicação epistolar, não importa, pois, que na carta, esteja apenas a

⁴ SARAIVA FILHO, *op. cit.*, p. 49-50.

reprodução de um artigo de jornal publicado na véspera. O sigilo terá sido violado de qualquer modo, mesmo se o conteúdo da correspondência é público, pois a proteção não é para o que consta da mensagem (tecnicamente, o chamado *relato* ou *conteúdo* comunicado), mas para a ação de enviá-la e recebê-la.

Visto desse ângulo, toma seu correto sentido o disposto no inc. XII do art. 5º da CF quando ali se admite, *apenas*, para a comunicação telefônica e, assim mesmo, só para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, por ordem judicial, a quebra do sigilo. Antes de mais nada, note-se que, dos quatro meios de comunicação mencionados — correspondência, telegrafia, dados, telefonia —, só o último se caracteriza por sua instantaneidade. Isto é, a comunicação telefônica só é *enquanto ocorre*. Encerrada, não deixa vestígios no que se refere ao relato das mensagens e aos sujeitos comunicadores. É apenas possível, *a posteriori*, verificar qual unidade telefônica ligou para outra. A gravação de conversas telefônicas por meio do chamado “grampeamento” é, pois, necessária para que o conteúdo possa ser conservado.

Como isso é tecnicamente possível, o constituinte autorizou essa única exceção à inviolabilidade do sigilo de comunicação, mas, com essa única ressalva, não permitiu absolutamente a entrada de terceiros na comunicação alheia, ainda que, em nome do interesse público, um juiz viesse a autorizá-la — a Constituição, na verdade (art. 5º, XII), ressalva a investigação criminal ou instrução processual, mas também, excepcionalmente, em caso de estado de defesa (art. 136, §1º, I, *b*) no estado de sítio (art. 139, III), admite possíveis restrições ao sigilo da correspondência e das comunicações.

Essa proibição absoluta, porém, não significa que, no interesse público, não se possa ter acesso — *a posteriori* — à identificação dos sujeitos e ao conteúdo ou relato das mensagens comunicadas. Por exemplo, o que se veda é uma autorização judicial para interceptar correspondência, mas não para requerer busca e apreensão de documentos (cartas, ofícios). Essa observação nos coloca, pois, claramente, que a questão de saber quais *elementos de uma mensagem* podem ser fiscalizados e requisitados não se confunde com a questão de saber se e quando uma autoridade *pode entrar no processo comunicativo* entre dois sujeitos. São coisas distintas que devem ser examinadas distintamente. Assim, pó exemplo, solicitar ao juiz que permita à autoridade acesso à movimentação bancária de alguém não significa pedir para *interceptar* suas ordens ao banco (sigilo de comunicação), mas acesso a dados armazenados (sigilo da mensagem informada).

A primeira solicitação — salvo se o meio for o telefone, porque aí o dado se perde — é inadmissível; já a segunda, é possível. Ou seja, o processo comunicativo, durante sua ocorrência, entre o cliente e o banco, quer por correspondência, por telex, por meios eletrônicos etc., não pode ser interceptado. Mas, depois de encerrado o processo comunicativo, é possível obrigar, por exemplo, por ordem judicial, o receptor de uma mensagem a revelá-la a terceiros, mesmo sem autorização do emissor, ou obrigar este a revelar o conteúdo da mensagem que enviou, sem autorização do receptor. Sempre mediante autorização judicial? Em que circunstâncias, em que limites? É nessa questão que aparece o problema do sigilo bancário.⁵

Em nota de rodapé no mesmo artigo, Ferraz Junior complementa o seu pensamento, entendendo eu que, nas explicitações a seguir, o que está, afinal, sendo amparado é algo da vida privada que fora comunicado, como confessa o festejado jurista no final de sua anotação:

Em seu voto no MS 21.279, Pleno, 05.10.95 (RTJ 179/225, 270), o Ministro Néri da Silveira entendeu que a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da CF, é da comunicação “de dados” e não dos “dados em si”, ainda quando armazenados em computador. Esse posicionamento vem sendo utilizado por alguns para justificar que *e-mail já aberto* não gozaria da

⁵ FERRAZ JUNIOR, *op. cit.*, p. 168-171.

proteção constitucional. Parece-me que não é esse o sentido atribuído àquela proteção. A proteção à *liberdade de comunicar* refere-se a um processo de *interação*. Ocorre do emissor para o receptor e vice versa. Toda mensagem enviada (conteúdo) leva consigo também outra mensagem, referente à *relação* entre emissor e receptor. Quem diz: “Você está triste” também emite uma outra informação: “este é o modo como quero que você veja como eu vejo você” (*cometimento ou relação comunicacional*). Nessa relação é que está a liberdade de comunicar. Ou seja, o e-mail transmitido e recebido (e aberto) contém também a informação sobre a *relação*: “isto é para você e não para terceiros que nada têm a ver com a nossa relação”. Nesse sentido, violar e-mail já aberto é violar a proteção à liberdade de comunicar, pois ainda significa *interceptar a comunicação (relação)*. O mesmo vale para uma correspondência enviada. Como, porém, o conteúdo da comunicação pode, tecnicamente, ser separado da relação comunicativa, o juiz pode autorizar, com restrições, o acesso a ele (respeitados, por exemplo, a intimidade, a inviolabilidade do domicílio, o postulado *nemo tenetur se detegere*: ninguém é obrigado a se auto-incriminar etc.). Por isso o acesso ao “dado em si mesmo” (o e-mail recebido e aberto, a carta aberta pelo destinatário) exige autorização judicial.⁶

Portanto, a *inviolabilidade* da comunicação de dados protege esta comunicação no momento em que ela está ocorrendo, sendo vedada a interceptação nesse instante. O que fica desta comunicação, inclusive dados informatizados, pode estar amparado por outro direito constitucional — o direito à vida privada. Mas se o dado nada tem a ver com a intimidade ou vida privada, não há de se falar em sigilo.

Ainda a este respeito, transcrevam-se trechos dos votos dos senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Moreira Alves, proferidos por ocasião do julgamento do MS nº 21.729-4/DF:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Seja qual for o conteúdo da referência dada no inciso XII, este é absolutamente inviolável. O que, a meu ver, mostra, para não se chegar a uma desabrida absurdidade da Constituição, a ter que concluir que se refere à comunicação de dados. Só, afinal, a telefonia é relativa, porque pode ser quebrada por ordem judicial, o que é fácil de entender, pois a comunicação telefônica é instantânea, ou se colhe enquanto ela se desenvolve, ou se perdeu a prova; já a comunicação de dados, a correspondência, a comunicação telegráfica, não, elas deixam provas que podem ser objeto de busca e apreensão. O que se proíbe é a intervenção de um terceiro num ato de comunicação, em todo o dispositivo, por isso só com relação à comunicação telefônica se teve de estabelecer excepcionalmente a possibilidade de intervenção de terceiros para se obter esta prova, que de outro modo perder-se-ia.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Mas veja V. Exa. que isso reforça ainda a possibilidade de que só a autoridade judiciária pode autorizar, porque mesmo com relação àquelas outras comunicações não se fala em ordem judicial, porque é ordem judicial para efeito de interceptação, mas ninguém nega que pode haver ordem judicial para busca e apreensão. Agora, a Constituição se refere a isso para efeito de interceptação, porque as palavras voam, enquanto que os escritos permanecem, então isso demonstra que esse texto constitucional, que não afasta evidentemente a busca e apreensão judicial, mesmo nesse caso excepcional de comunicação, que é de palavras, e que, portanto, precisa ser feito de imediato, isso mostra que só o Poder Judiciário é que poderia, conseqüentemente naquela outra violação, levando-se em conta o conceito de privacidade, com um certo elástico,

⁶ FERRAZ JUNIOR, *op. cit.*, p. 171.

mesmo assim esse conceito não seria absoluto, seria relativo, e sendo assim aplicar-se-ia o mesmo princípio daqueles outros que também são relativos e que estão no inciso XII, que são a autorização judicial para comunicação realmente, enquanto que nos outros casos é a busca e apreensão, porque nunca ninguém sustentará que busca e apreensão ficaria barrada por inviolabilidade constitucional, senão seria o paraíso do crime.

Assim, os institutos do sigilo bancário e do sigilo fiscal, repita-se, embora não tenham sido expressamente nomeados pela Constituição como direitos fundamentais, são tidos pela jurisprudência pátria como amparados, por igual forma, pelas mesmas razões, pela Constituição brasileira, como corolários da inviolabilidade da vida privada e da interceptação da comunicação de dados. Isto porque eles podem guardar consigo informações e dados pertinentes ao direito à vida privada e à liberdade de comunicação de dados. De modo que só se pode entender que os sigilos bancário e fiscal são espécies do gênero *right of privacy* — direito à privacidade.

3 Os sigilos bancário e fiscal e a Administração Tributária

Em regra, a Constituição brasileira veda a violação, sem ordem judicial, de algo pertinente à intimidade e à vida privada das pessoas. Veda, também, a interceptação sem ordem judicial dessa comunicação de dados informatizados (aqui, não dos dados em si).

Da mesma forma que, na busca e apreensão de correspondência ou quaisquer bens ou documentos, pode-se fazer por meio de prévia ordem judicial, concebe-se, diante de direitos constitucionais envolvido, que haveria, no que tange aos segredos bancário e fiscal, uma reserva constitucional de jurisdição — a transferência do sigilo só poderia suceder após prévia autorização do Poder Judiciário (e não apenas *a posteriori*).

Predomina a tese no sentido de que, como direitos previstos, embora implicitamente, na Constituição brasileira, os sigilos bancário e fiscal só poderiam ser relativizados nos termos de norma constitucional.

Como se considera que os sigilos bancário e fiscal são nuances do direito constitucional à privacidade e à inviolabilidade da comunicação de dados, lei infraconstitucional alguma, nem sequer lei complementar, poderia, fora de parâmetros constitucionais, restringir ou limitar um direito constitucional fundamental.

Além da norma do preceito do inc. XXXIII do art. 5º da Constituição brasileira, os sigilos bancário e fiscal têm relação com o preceito do §1º do art. 145 da mesma Carta Política, que, dispõe que, *especialmente* — ou seja, esta palavra que pode significar especificamente (não exclusivamente), ou principalmente —, para conferir efetividade aos objetivos da pessoalidade de alguns impostos, da igualdade no tratamento tributário e da capacidade contributiva, faculta à Administração Tributária identificar, respeitados os direitos individuais, isto é conservando a privacidade e o sigilo dos dados recebidos, e nos termos da lei razoável, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

O preceptivo do art. 5º, inc. XXXIII, da Constituição Federal de 1988 dispõe que *todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.*

Tenho defendido que no §1º do art. 145 da Constituição da República estaria a autorização de relativização, para a Administração Tributária, da inviolabilidade do direito à vida privada (CF, art. 5º, X) e da comunicação de dados (CF, art. 5º, XII), incluso o sigilo bancário, independentemente de prévia determinação judicial.⁷

Desse modo, a própria Constituição teria autorizado a transferência direta, da instituição financeira para a Administração Tributária, de dados bancários sigilosos, com a comutação de sigilo bancário para o sigilo fiscal, tendo, assim, a Administração Tributária a obrigação legal de manter o sigilo, conservando-se, pois, os sigilos bancário e fiscal perante terceiros.

Parenteticamente, impende ponderar que não tem muito sentido conceber que o contribuinte poderia alegar direito à vida privada para se negar a prestar, em obediência à determinação legal, informações ao Fisco de fatos, que, embora possam, eventualmente, revelar algo da vida privada, sejam indispensável, caso contrário, haveria uma enorme dificuldade de o Fisco tributar corretamente, segundo a lei, com a observância, na realidade, dos princípios constitucionais tributários da pessoalidade do imposto de renda, da igualdade, da capacidade contributiva e da livre concorrência.

Em nível infraconstitucional, a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 (DOU de 11.01.2001), no seu art. 5º, *caput* e §2º, permite que a Administração Tributária da União receba, diretamente dos bancos, informes genéricos acerca de movimentações financeiras, e autoriza ao Poder Executivo disciplinar, 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, restringindo-se tais informes à identificação dos titulares das operações (do número de inscrição no CPF ou CNPJ do usuário que realizou essas movimentações), e aos montantes globais, periodicamente, movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

O *caput* do art. 6º da mesma lei complementar dispõe 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.*

Quanto ao art. 5º da LC nº 105, a autorização, na espécie, de transferência do sigilo de dados bancários gerais ou cadastrais apenas para a Administração Tributária federal deve-se à relevância dessas informações para que o Fisco federal identifique o cumprimento correto das obrigações relativas ao imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza.

Aqui, não se está interceptando a comunicação de dados informatizados, mas o conteúdo da comunicação — os dados informatizados — se apanha, em outro momento, o conteúdo dos dados informatizados, dados estes que não têm o condão de propiciar qualquer revelação a respeito da privacidade das pessoas, já que tais informes não têm relação alguma ou tênue relação com a liberdade e com o direito à privacidade, tendo mais relação com o direito de propriedade, que, como sabido, deve ter função social, nos termos da lei.

⁷ SARAIVA FILHO, *op. cit.*, p. 31-109.

Cumpram-se destacar que as informações recebidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no art. 5º da Lei Complementar nº 105, limitam-se à identificação de montantes globais movimentados e do correspondente número de inscrição no CPF ou CNPJ da pessoa que promoveu essas movimentações financeiras, dados esses que são utilizados para cruzamento com as demais informações constantes dos sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil, nomeadamente, os rendimentos declarados anualmente, por força de lei, pelas pessoas físicas e jurídicas.

Embora esta questão seja ainda mais controversa, impende dizer, em defesa da lei, que a autorização dada ao Poder Executivo para a disciplina da *periodicidade* e dos *limites de valor* para que as instituições financeiras informem à Administração Tributária da União os montantes globais movimentados pelos usuários de seus serviços não significa que somente o Chefe do Poder Executivo, por meio de decreto, poderia disciplinar essas matérias, podendo expedir atos administrativos normativos a autoridade ou o órgão incumbido por lei, conforme assentado por nossa Excelsa Corte Constitucional, nos julgamentos dos Recursos Extraordinários nºs 225.655/PB,⁸ 224.285/CE⁹ e 225.602/CE.¹⁰

Pode-se mencionar que questões de mera regulamentação quanto à periodicidade e ao limite de valores, a serem informados pelas instituições financeiras ao Fisco Federal, como já, explicitamente, autorizado pela lei complementar, devem ser disciplinadas por normas infralegais, pois elas estão sujeitas às constantes mutações de conveniência da fiscalização, pelas próprias variações da economia, ou da inflação, ou de capacidade de análise desses dados por parte da Receita Federal do Brasil.

A propósito, o dever de informar ao Fisco no interesse da arrecadação e fiscalização tributária decorre de obrigação acessória, que, consoante o §2º do art. 113 do Código Tributário Nacional, é matéria da competência da “legislação tributária”, expressão que abrange, além da lei em sentido estrito (LC nº 105/201), os atos normativos expedidos pelo Poder Executivo (Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002, e Instrução Normativa RFB nº 802, de 27 de dezembro de 2007).

No caso em análise, a determinação para que as instituições financeiras encaminhem dados bancários genéricos de seus clientes ao Fisco federal foi estabelecida pelo art. 5º da Lei Complementar nº 105/2001, sendo que o Decreto nº 4.489/2002 e a Instrução Normativa RFB nº 802/2007 simplesmente regulamentaram a obrigação prevista em lei.

Tercio Sampaio Ferraz Junior considera constitucional a transferência direta, sem a intermediação do Poder Judiciário, de dados amparados pelo sigilo bancário, como corolário da inviolabilidade da vida privada e da comunicação de dados, da instituição financeira para a Administração Tributária, mas entende inconstitucional o *caput* do art. 5º da Lei Complementar nº 105/2001, que permite a transferência ao Poder Executivo da atribuição de disciplinar, 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. Transcreva-se a opinião do festejado jurista:

Não resta dúvida que tanto a privacidade quanto a inviolabilidade de sigilo de dados, inseridas no art. 5º da Constituição federal, são uma peça fundante da própria cidadania, ao lado de outros direitos fundamentais ali expressos. O sigilo, nesse sentido, tem a ver

⁸ DJ, 27 abr. 2000.

⁹ DJ, 28 maio 1999.

¹⁰ DJ, 06 abr. 2001.

com a segurança do cidadão, princípio cujo conteúdo valorativo diz respeito à exclusão do arbítrio, não só de parte da sociedade como sobretudo do Estado, que só pode agir submisso à ordem normativa que o constitui...

Por outro lado, o Poder Público não pode ser inibido de exercer suas funções, mormente de fiscalização, por isso que a própria Constituição, no rol mesmo dos direitos fundamentais, prevê o sigilo de dados privativos que protege o cidadão, mas não aquele interesse do cidadão cujo sentido social é primordial, o dever de fiscalização impõe, afinal, ao Fisco, na coleta e no tratamento dos dados, igual sigilo.

O sopesamento necessário entre essas duas premissas nos leva a entender que montantes de operações não fazem parte nem da intimidade nem da vida privada. Não permite a Administração Tributária (que deles tem o dever de sigilo, sendo inconstitucional sua comunicação a outros entes administrativos que não têm o mesmo dever). Mas entendemos também que o art. 5º da Lei Complementar nº 105/2001 contém uma delegação inconstitucional ao Poder executivo, sendo que a própria lei deveria disciplinar os critérios que menciona.¹¹

Cumpra refletir que existe, também, no Direito Tributário, os princípios da legalidade e da tipicidade, mas essa legalidade não precisa ser, totalmente, estrita, nem essa tipicidade totalmente fechada, pelo menos nem sempre precisa ser.

O que se depara, após a explícita permissão de acesso direto de informes bancários por parte da Administração Tributária federal é, em segundo lugar, com uma norma em branco sobre modos ou procedimentos da fiscalização tributária e sobre obrigação tributária acessória de instituições financeiras de encaminhar dados no interesse da fiscalização tributária, matérias que decorrem da competência ampla da *legislação tributária* (expressão que abrange normas infralegais) e não da lei em sentido estritamente técnico (CTN, arts. 113, §2º, e 194).

Aliás, norma em branco é admissível tanto no Direito Tributário, quanto no Direito Penal, sem que se possa falar em prejuízo ao princípio da legalidade, ou dano à reserva de lei complementar.

Leis em branco são as de definição típica ou genérica e, às vezes, contêm *sanctio juris* determinada, prevendo ela mesma a necessidade de sua complementação ou explicitação por outro diploma legal (em sentido amplo).

Insta observar que o §2º do art. 5º da Lei Complementar nº 105 autoriza apenas transferências de informações genéricas ou cadastrais quanto à identificação da pessoa que tem conta bancária com a instituição financeira, os montantes globais periodicamente movimentados, vedada inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

Ora, normalmente, a transferência de tais dados genéricos e cadastrais não chega a ponto de trazer perigo de se desvendar algo da vida privada ou da intimidade de quem quer que seja, mormente, se esses dados se referirem a pessoas jurídicas.

Destarte, esses dados genéricos cadastrais não estão protegidos pelo direito à vida privada e à intimidade em relação ao Fisco, embora, como aludido, se possa até admitir que mesmo essas matérias estariam protegidas pelo sigilo bancário nas relações privadas, para obstar a bisbilhotice de terceiros particulares.

¹¹ FERRAZ JUNIOR, *op. cit.*, p. 187-188.

Ora, o que pode haver de sigiloso, de privativo, com a transferência direta, por parte das instituições financeiras para o Fisco, de informes globais acerca de valores periodicamente movimentados e de números dos respectivos CPFs, com o escopo de controle, com outros elementos que eventualmente possa dispor a Receita Federal do Brasil, se o ordenamento jurídico pátrio determina que até mesmo a mais humilde das pessoas naturais declare ela mesma ao Fisco o total dos seus rendimentos, suas atividades econômicas e a variação do seu patrimônio, via declaração do IRPF?

Presumivelmente, os rendimentos declarados pelas pessoas físicas para a Receita Federal, para fins de fiscalização do imposto de renda, devem ser, normalmente, compatíveis com os totais dos valores movimentados, investidos ou depositados em instituições financeiras.

Da mesma forma, o que tem de sigiloso na transferência dessas informações sobre movimentações globais de pessoas jurídicas e os respectivos CNPJs, se elas próprias estão obrigadas, pela legislação tributária, a declarar ao Fisco os totais de seus rendimentos, suas atividades econômicas e a respectiva variação patrimonial, tudo no interesse da fiscalização e da arrecadação do IRPJ? Se as sociedades anônimas estão obrigadas, por lei comercial, a publicar seus balanços em jornais de alta circulação?

Aliás, nos termos do art. 1º, inc. I, e do art. 2º, inc. I, ambos da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, constitui crime contra a ordem tributária omitir informação ao Fisco ou omitir declaração sobre rendas.

Ademais, as pessoas jurídicas fazem questão de divulgar, por toda mídia, os recordes seguidos dos seus lucros, com vistas à obtenção de mais investimentos e a valorização de suas ações!

Aduza-se que defender que pessoa jurídica tem vida privada e intimidade, algo inerente ao espírito, ao âmbito psicológico das pessoas naturais, e que suas movimentações financeiras ou seus dados bancários estariam protegidos pelo sigilo bancário frente ao Fisco beira ao contrassenso, ainda mais diante dos já antigos dispositivos do art. 195 do Código Tributário Nacional, que dispõe: “Para efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los”, e do art. 197 do mesmo *Codex*, segundo o qual *os bancos, casas bancárias, caixas econômicas e demais instituições financeiras são obrigadas a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros.*

O montante movimentado em uma instituição financeira pode ser proveniente do total de rendimentos do contribuinte, sendo determinado, de forma nada clandestina, mas por lei, que os próprios contribuintes sejam obrigados a declarar à Receita Federal do Brasil a totalidade de seus rendimentos, e as instituições financeiras sejam, também, obrigadas a informar tais dados ao Fisco.

Enfatize-se que os informes bancários genéricos ou cadastrais, relativos a meros números frios, ao número de inscrição do cliente da instituição financeira na Receita Federal do Brasil, estão, normalmente, mais encaixados entre um dos instrumentos de defesa da propriedade (relativos ao *ter*), como proteção contra curiosidade, sem justo motivo, de terceiros ou concorrentes, sujeito, pois, à relativização em face do interesse público predominante e da função social da propriedade.

Quando o pedido de informações aos bancos se insere nos elementos que permitam a identificação da origem e da destinação das movimentações financeiras (quem

recebeu de quem, quem pagou a quem?), ou da natureza dos gastos a partir deles efetuados (o que comprou, em que loja?), informes, documentos, livros e registros de instituições financeiras, que poderão ser obtidos pela Administração Tributária, desde que devidamente motivada a respectiva solicitação, segundo o procedimento estabelecido no §4º do art. 5º, quando dirigida ao próprio contribuinte, e no *caput* do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, quando direcionada à instituição financeira, aí, a coisa muda de figura, embora não tenha o Fisco, de qualquer modo, o menor interesse de se imiscuir na vida privada dos contribuintes.

Contudo, nos casos anteriormente referidos, onde excepcionalmente algo da privacidade poderia ser desvendado, as informações e os documentos, os registros estão protegidos pelo sigilo bancário, pois, repita-se, poderiam revelar alguma relação com a vida privada do contribuinte.

Todavia, o nome da pessoa, o número de inscrição no CPF ou CNPJ, se tem conta bancária em determinada instituição financeira, se a pessoa é de posses ou não, ora, tudo isto não se oculta, é, em geral, percebido pelos outros, no próprio convívio social e profissional, em absoluto, não há, aqui, matéria sigilosa em relação ao órgão do Estado que recebeu da Constituição e da lei complementar autorização para identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes.

Imaginem o *nonsense* e o absurdo paranoico se alguém pensasse: “o conhecimento do meu nome (ou o número do meu CPF) é só para mim e os mais íntimos”, ou coisa parecida!

Assim, pelo menos em relação ao Fisco, diante da autorização constitucional do §1º do art. 145, pode-se dizer que esta matéria, tratada no art. 5º, *caput* e §§1º e 2º, da Lei Complementar nº 105/2001, não traz vedação constitucional alguma de relativização de sua transferência, abrindo, pois, espaço para disciplina infraconstitucional.

Pois bem, o §4º do art. 5º da Lei Complementar nº 105/2001 reza que recebidas as informações bancárias genéricas, *se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, decorrentes do cruzamento de outras informações constantes dos sistemas da Receita Federal do Brasil, em especial, provenientes dos rendimentos declarados anualmente pelas pessoas físicas e jurídicas*, a autoridade administrativa competente poderá instaurar um procedimento investigatório junto aos próprios contribuintes selecionados, *podendo requisitar, com fundamentação específica*, vale dizer, com indicação de fatos concretos e precisos referentes a todos os aspectos do objeto investigado, as informações e os documentos de que necessitar, que deram suporte àqueles montantes globais movimentados, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos, tudo em obediência ao disposto no §4º do art. 5º da supracitada lei, regulamentada no Decreto nº 4.489/2002 e na Instrução Normativa da RFB nº 802/2007.

Reza, ainda, a norma do *caput* do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, 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*.

Assim, somente a partir da detecção de eventuais indícios de irregularidades tributárias decorrentes do já mencionado cruzamento das informações, e observados os critérios de relevância e interesse fiscal, é que a Receita Federal do Brasil instaura

um procedimento de fiscalização junto aos contribuintes selecionados, o que possibilita a requisição e o exame dos documentos, por exemplo, extratos bancários, que deram suporte àqueles montantes globais movimentados, desde que observado o rito previsto no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001.

Em consonância com o parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, *o resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.*

Assim, nessas fases, previstas no §4º do art. 5º e no *caput* do art. 6º da Lei Complementar nº 105, é que poderá haver interseção com algo relacionado com a vida privada e a intimidade.

Contudo, embora não estejam as informações gerais, chamadas de cadastrais, coligidas pela Receita Federal do Brasil, com base no art. 5º, *caput*, §§1º e 2º, da Lei Complementar nº 105/2001, protegidas pelo direito à privacidade, pelo menos, frente à Administração Tributária, mesmo assim, não poderá acontecer, na espécie, quebra de sigilo algum, pois o §5º do mesmo art. 5º assegura que todas as informações bancárias, recebidas com esteio no art. 5º, *caput*, §§1º e 2º, serão conservadas sob o manto protetor do sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Assim também o preceito do §5º do art. 5º, em comento, assegura que estarão amparadas pelo sigilo fiscal as informações sigilosas, recebidas com base no mesmo art. 5º da Lei Complementar nº 105/2001.

Da mesma forma, documentos, livros e registros bancários obtidos pela Receita Federal do Brasil, com supedâneo no art. 6º da Lei Complementar nº 105, tidos como protegidos pelo sigilo bancário, com possibilidade de ter algumas nuances com a vida privada e a intimidade, não levam, em verdade, à quebra de sigilo, mas à transferência de sigilo bancário para o sigilo fiscal.

Assim, reza o parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 que *o resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.*

Pondere-se, pois, que, em quaisquer hipóteses, esses informes, documentos, livros e registros bancários não estão sendo transmitidos para qualquer pessoa, para a curiosidade gratuita de algum particular ou mesmo concorrente, o que poderia justificar alguma limitação, mas para a Administração Tributária, que tem justo motivo e mesmo o dever de ter ciência desses dados, no uso da autoexecutoriedade do seu poder de polícia, para efeito de atender às exigências constitucionais de eficiência administrativa (CF, art. 37, *caput*) quanto à identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas dos contribuintes, especialmente para conferir efetividade aos princípios do caráter pessoal do imposto sobre a renda, da igualdade material e da capacidade contributiva (CF, art. 145, §1º; art. 150, II).

Repise-se que, por força da legislação tributária, os próprios contribuintes são obrigados a apresentar ao Fisco a totalidade de seus rendimentos, a identificação de suas atividades econômicas e profissionais e suas situações patrimoniais.

Ademais, o art. 10 da Lei Complementar nº 105/2001 alerta que *a quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.*

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

Desse modo, e pelo já longo período de vivência da Lei Complementar nº 105/2001 sem que problema algum deponha contra seus preceitos e sua aplicação, não há justificado receio quanto à norma do art. 5º da lei em baila.

Aliás, desde a edição da Lei Complementar nº 105/2001, têm sido exemplar e irrepreensível a seriedade e a discricão com que a Receita Federal do Brasil vem mantendo em sigilo os dados bancários recebidos.

E isto ocorre em face do princípio da moralidade administrativa, sem dúvida (CF, art. 37, *caput*), mas também pela certeza de que os auditores fiscais da Receita Federal do Brasil, simples agentes administrativos, têm de que eles mesmos estão sendo controlados, tanto internamente, no âmbito da própria Receita Federal, como pelos próprios contribuintes, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, de modo que o menor deslize significará a aplicação da pena administrativa de perda do cargo, a obrigação pessoal civil de indenizar a pessoa prejudicada e a pena criminal de privação da liberdade física.

Pelo Poder Judiciário, porque os órgãos desse poder, a qualquer tempo, poderão ter o controle dos requisitos legais da transferência dos informes bancários e da manutenção no âmbito do sigilo fiscal de matéria amparada pelo sigilo bancário.

De modo que, sem ostentarem as garantias de ocupantes de cargos políticos, é razoável que se pense que os ocupantes de cargos meramente administrativos são bastante ciosos de suas responsabilidades na manutenção de dados sigilosos, pois sabem das consequências nefastas que certamente cairão sobre eles, caso ocorra qualquer quebra de sigilo.

Pode-se dizer, então, em quaisquer hipóteses, que não há, a rigor, previsão de quebra de sigilo bancário, mas a mera transferência, com todas as garantias, de sigilo bancário para sigilo fiscal.

Um outro ponto, que merece ser ponderado, diz respeito ao fato de a Receita Federal do Brasil, diferentemente do Ministério Público, não ser um terceiro parcial.

Em verdade, a Receita Federal, em sua ação de identificação de movimentações financeiras, não acusa quem quer que seja, ela está, apenas e tão somente, constatando dados. Ela não é parte acusadora, só faz o seu dever de fiscalização.

Ao realizar tal fiscalização, a Receita Federal parte do pressuposto do que é normal, ou seja, de que há inteira coincidência entre o que está declarado, para fins de imposto de renda, e os montantes movimentados ou depositados nas instituições financeiras.

Insta observar que, na fase de fiscalização, nem sequer a Administração é credora, pois, aí, ainda não existe o crédito tributário parcial ou definitivamente constituído.

Ademais, a Receita Federal do Brasil, ao realizar essa fiscalização, está desempenhando papel de terceiro, devidamente, autorizado pela própria Constituição (art. 145, §1º) e pela Lei Complementar nº 105/2001 (arts. 5º e 6º).

E mais, conforme já ponderado, os informes genéricos encaminhados à Receita Federal do Brasil, em obediência ao art. 5º, *caput*, §§1º e 2º, da lei complementar, nem sequer poderão alcançar algo das relações das pessoas, amparado pelo direito à privacidade,

tendo mais relação com o direito à propriedade, relativo por natureza, devido à função social da mesma e do relevante interesse público prevalecente.

Não se pode olvidar que a administração fiscal tem, também, a obrigação de ser imparcial, em cumprimento ao princípio da moralidade administrativa, prevista no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Eventualmente, passando a existir um crédito, definitivamente constituído, decorrente de dados obtidos de várias origens, não só de procedência bancária, a Fazenda Pública, representada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, passa a ser parte, mas, nessa fase, a execução fiscal, se for o caso, se dará no âmbito e com a intermediação do Poder Judiciário.

Assim, há razoabilidade na exegese no sentido de que o cumprimento do disposto nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105 não representa interceptação clandestina no momento da comunicação de dados entre o correntista e a instituição financeira (CF, art. 5º, XII), mas, sim, a transferência posterior de dados bancários a uma pessoa que não é parte e que está autorizada, de forma ostensiva, pela Constituição (art. 145, §1º), a ter acesso a esses informes.

Por essa linha de interpretação, o §1º do art. 145, c/c o art. 192, ambos da Lei Suprema, como óbvia exceção aos preceitos constitucionais dos incs. X e XII do art. 5º, transformando o sigilo bancário em sigilo fiscal, e com a observância do devido processo legal, atribui competência à lei complementar para disciplinar a forma como a Administração Tributária possa ter acesso aos dados e bancários dos contribuintes, independentemente de prévia intermediação do Poder Judiciário, tudo, principalmente, para conferir maior eficácia ao princípio da pessoalidade dos impostos, quando possível, e aos princípios da igualdade do tratamento fiscal e da capacidade contributiva.

Ademais, a Constituição brasileira de 1988 não coloca o sigilo bancário e o próprio direito à privacidade, em confronto com a Administração Tributária, entre as matérias, obrigatoriamente, resguardadas no âmbito da reserva de jurisdição judicial (Cf. STF, ADIn nº 1.790/DF; RE nº 219.780/PE).

Por outro lado, cumpre ponderar, órgãos ou instituições, como o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União, que, aliás, não receberam autorização constitucional e de lei complementar para receber, diretamente, transferência de sigilo bancário (o que é muito relevante), não têm mesmo necessidade maior de receber a transferência da matéria sigilosa sem prévia intermediação do Poder Judiciário. Isto pela simples razão de que, nesses casos, há, por parte desses órgãos, ciência do objeto investigado e a identificação das pessoas possivelmente envolvidas, diante de fortes indícios contra elas.

Assim, não haveria maiores problemas de se requerer, nesses casos, que o Poder Judiciário examinasse, previamente, o pedido fundamentado de transferência de matéria sigilosa.

A necessidade da Administração Tributária é bem distinta, e esta diferença facilmente pode ser explicada e compreendida.

A Administração Tributária, no mundo de hoje, numa economia globalizada, em que, num simples clique no *mouse* do computador, fortunas são transferidas de uma conta bancária para outra, de um continente para o outro, reclama, para o enfrentamento desta realidade e para o cumprimento das exigências constitucionais, meios mais rápidos e eficiência de fiscalização.

Não é de se esperar, *rogata venia*, que as necessárias rapidez e eficiência, reclamadas pela Constituição à Administração Tributária, possam ser atendidas pelo Poder

Judiciário, não por falta de esforço e de elevado espírito público de seus ilustrados membros, mas em face da sua combatida morosidade, fato imputado a ingente sobrecarga de processos que os senhores magistrados são instados a dar vazão.

Ademais, além da obrigação de atuar dentro da moralidade, buscando ser imparcial, a Constituição da República exige ainda da Administração eficiência (CF, art. 37, *caput*), e para que isto possa se tornar realidade no âmbito da fiscalização tributária, faculta à Administração identificar, mantendo-se o sigilo e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, em especial, para que seja real, e não meramente para “inglês” ver, a maior vivência do caráter pessoal do imposto de renda e dos princípios da igualdade material, não só formal, do tratamento tributário e da capacidade contributiva (CF, art. 145, §1º; art. 150, II).

Os princípios da legalidade e da igualdade, neste incluso o princípio da capacidade contributiva, que nada mais é que informador, do ponto de vista estritamente fiscal, da isonomia tributária, são os princípios maiores e prevalecentes no Estado Democrático de Direito, pois proporcionam o bem maior, a finalidade do Direito e da existência do próprio Estado, que é a realização da justiça, a consecução do bem comum.

Ora, para atender a esses reclamos da própria Constituição brasileira, que, na prática, poderá se materializar com uma fiscalização tributária eficiente, é que a Lei Complementar nº 105/2001, no atacado art. 5º, autoriza a Receita Federal do Brasil ter acesso a esses informes bancários genéricos, independentemente de prévia autorização judicial.

Sem eles, devido à imensidão de fatos geradores que se sucedem, ao imenso número de contribuintes (praticamente incontável), às dificuldades, cada dia mais crescente, da fiscalização tributária, parte devido à necessidade de a Administração ter que tolerar que a maioria dos tributos, inclusive o imposto de renda, seja autoliquidada pelos próprios contribuintes, parte devido à globalização da economia e à facilidade incrível de fugas de dinheiro, inclusive por meio de um simples clique no *mouse* de um computador, quando rendimentos volumosos podem ser, facilmente, escondidos, até em bancos de outros países e em paraísos fiscais, talvez, a Receita Federal não teria como ter conhecimento exato de eventual esquecimento, omissão, ou sonegação, e quem seriam esses relapsos ou sonegadores.

Se, ao final, for definido que a Receita Federal do Brasil não poderia ter acesso direto até mesmo aos dados genéricos, vale dizer, os totais globais movimentados, em determinado período, pelos contribuintes, e os respectivos números dos clientes dos bancos inscritos no CPF ou no CNPJ, dados que não poderão levar ao conhecimento de qualquer coisa, a menor que seja, pertinente à privacidade, como previsto no art. 5º, §1º e 2º, da Lei Complementar nº 105/2001, aí, praticamente, os únicos dados que a Receita Federal poderia obter, por si mesma, seriam as informações que os contribuintes corretos e de boa vontade não se negarem a transmitir a ela.

Que eficiência se pode esperar da Administração Tributária (CF, art. 37, *caput*; art. 145, §1º) nesse quadro, em que a interpretação constitucional concede amplos direitos aos contribuintes, mesmo aos que, usual e patologicamente, cometem “irregularidades” fiscais, e nega quase tudo à Administração Tributária, em detrimento dos contribuintes corretos?

Como os direitos humanos da grande maioria dos contribuintes de legalidade tributária, de igualdade no tratamento fiscal, de graduação da tributação em confronto com a maior ou menor capacidade contributiva poderão, com eficácia e eficiência, ser materializados pela Administração Tributária?

Os tributos devidos facilmente sofreriam evasão, em detrimento dos que não têm como fugir da tributação, em prejuízo da maioria da sociedade brasileira, sobretudo, os mais pobres, e do nosso país, que tem, pela Constituição e pelas leis, direito de arrecadar esses tributos sonegados, em decorrência da eficiência de sua Administração Tributária.

Ademais, insta ressaltar que, no caso do art. 5º, em especial, o *caput*, e os §§1º, 2º e 5º, da Lei Complementar nº 105, não há a menor possibilidade de se relacionar informes acerca da transferência dos valores globais movimentados e sobre o número de inscrição no CPF ou CNPJ dos usuários dos serviços bancários com a proteção de qualquer aspecto do direito à privacidade, de modo que, neste caso, nem sequer é exigível a motivação do ato de transmissão desses dados genéricos cadastrais.

Enfatize-se, que não é adequado se estender decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o sigilo bancário em relação ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas da União, visto que, nesses casos, não existe expressa autorização constitucional, nem há previsão de lei complementar, permitindo a transferência de matéria sigilosa, independentemente de prévia autorização judicial, como, contrariamente, sucede no caso da transferência direta do sigilo bancário para a Administração Tributária.

Portanto, os preceitos do art. 5º, *caput*, §§1º e 2º, da Lei Complementar nº 105/2001 são plenamente razoáveis e proporcionais, sendo mesmo indispensáveis para que as exigências constitucionais dos arts. 37, *caput*, e 145, §1º, possam, enfim, ser atendidas.

Outrossim, as normas do §4º do art. 5º, e do *caput* do art. 6º, ambos da Lei Complementar nº 105/2001, respeitam o devido processo legal material, tendo em vista o apoio dos princípios expostos no *caput* do art. 37 e no §1º do art. 145, ambos da Constituição Federal, sendo de se ressaltar que, nesses casos, o pedido de informes e documentos bancários deverão ser devidamente motivados ou fundamentados, inclusive, na hipótese do *caput* do art. 6º, as autoridades tributárias e os agentes fiscais somente poderão ter acesso a 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.

Uma penúltima ponderação diz respeito à necessidade de não se permitir que a preocupação *romântica* com a defesa de um determinado direito constitucional seja exagerada, desarrazoada, sem, também, levar em consideração a realidade, a prevalência do interesse público e, sobretudo, a existência de outros valores e exigências constitucionais, inclusive, relativos aos direitos humanos.

Estamos diante do direito à privacidade de um lado, mas será que esse direito poderia ser oposto ao Fisco quando a Constituição (art. 145, §1º) e a Lei Complementar nº 105/2001 (mormente, o art. 5º, §§1º, 2º e 5º, mas também o §4º do art. 5º, e o art. 6º) facultam à Administração Tributária, com claras ressalvas ao art. 5º, incs. XI e XII, e nos termos de lei complementar, o acesso direto desses dados e informes bancários, sobretudo os gerais ou cadastrais, nomeadamente, para que seja real a igualdade do tratamento fiscal e para que a tributação ocorra gradativamente de conformidade com verdadeira maior capacidade contributiva?

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 tem 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 o mais ingênuo dos estudantes de direito já deve 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 é razoável em nome da excepcional possibilidade de dados da privacidade do cidadão serem desvendados, entre os números frios das movimentações financeiras e das contas bancárias, fato impossível de ocorrer com a aplicação do art. 5º da Lei Complementar nº 105/2001, muito excepcionalmente possível com a aplicação do art. 6º da mesma lei, se possa impedir que a Receita Federal tenha maior eficiência no cumprimento de sua missão constitucional e legal.

Ademais, impende ressaltar que o *caput* do art. 1º da Carta Magna de 1988 reza que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, e o *caput*, inc. I do art. 3º, da mesma Carta Política, dispõe que o Brasil tem como um dos objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Destarte, mostra-se até mesmo, absolutamente, incompatível com a ideia de Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*, art. 3º, I) a possibilidade de se tolerar que o mau contribuinte tenha qualquer direito de dificultar ou tornar ineficiente a colheita de dados genéricos por parte do Fisco, ou mesmo de tornar inacessível à Administração fiscal, na prática, rendimentos, atividades econômicas e propriedades tributáveis, cujos consequentes recursos, caso averiguados e arrecadados, via tributação, constituem praticamente, no regime capitalista, no Estado integrante do neoliberalismo, que possui escassas receitas originárias, a única forma de distribuição de renda e de realização de justiça social.

Da mesma forma, não se constrói uma sociedade livre, se alguns poucos têm reconhecido o privilégio nada democrático e jurídico de, na prática, fugir, com normalidade, da tributação, enquanto que os outros sofrem, como válvula de escape, o aumento, cada vez maior da carga tributária do país, por força das necessidades de gastos e investimentos do Estado em vista do interesse comum.

Não se pode construir nessa diversidade perversa de tratamento fiscal uma tributação e, de resto, uma sociedade justa e solidária, se os honestos e os que não podem fugir da tributação, os que só são tributados na fonte, que, na realidade, são os que levam o país nas costas, sustentando os gastos públicos, enquanto os que cometem esquecimentos ou omissões ou mesmo os que cometem, de modo contumaz e descarado, irregularidades fiscais ficam tranquilos na sua impunidade, acobertados pela incapacidade ou ineficiência impostas à Administração Tributária, não pela Constituição, mas pela interpretação míope, sem razoabilidade e desvinculada da realidade, que alguns, mesmo com boa intenção, talvez por questão ideológica, de sobrepor o interesse privado ao irrenunciável interesse público, são levados a dar aos textos constitucionais (CF, art. 3º, *caput*, inc. I).

Prevalecendo a exegese de que a Administração Tributária só poderia ter acesso a dados bancários mediante prévia autorização judicial, para uma parcela de nossa população,

valerá a pena correr o risco, posto que muito dificilmente as “irregularidades” fiscais serão descobertas, sequer suspeitas trarão, já que não declaradas espontaneamente.

Na realidade, lamentavelmente, um número considerável de malfeitores aposta, justamente, na morosidade e na incapacidade de a Administração Tributária ter acesso rápido e eficiente ao total de seus rendimentos, às suas movimentações financeiras e aos seus dados bancários genéricos, e assim acalentados, pretendem usar o Direito em favor de sua própria torpeza e cometem “irregularidades” fiscais, sabendo que os rendimentos por elas informados na declaração para fins de imposto de renda, em atendimento à exigência legal, não coincidem com sua movimentação financeira ou com seus saldos bancários, assim mesmo eles estão cientes de que terão muito mais possibilidades da manutenção de sua impunidade.

Os verdadeiros cidadãos, as pessoas de bem nada têm a temer, pois sabem que não cometeram “irregularidade” alguma, estão seguros que procuram os bancos, para cuidar de negócios lícitos, estão cientes de que existe total coincidência entre os rendimentos declarados para fins do imposto de renda e suas movimentações ou seus saldos bancários.

Se prevalecer interpretação contrária ao que estamos defendendo, não adiantaria a Constituição ter dado aos entes da Federação o poder de tributar, se não se considerar que há sim, dentro da própria Constituição, e nos termos da lei complementar, a correspondente e inseparável faculdade de a Administração Tributária fiscalizar com plena eficiência, dentro do seu poder de polícia, dentro da autoexecutoriedade, que caracteriza os atos administrativos.

Este verdadeiro *apartheid* fiscal teria de ser acrescido em desrespeito a outros direitos humanos e valores constitucionais (CF/1988, art. 1º, *caput*, incs. III, IV; art. 2º; art. 3º, *caput*, incs. I, II, III e IV; art. 5º, *caput*, incs. I, XIII, XXII, XXIII, XXXII, XLI; art. 37, *caput*; inc. XVIII; art. 145, *caput*, e §1º; art. 147; art. 148; art. 149; art. 195, *caput*, §4º, do art. 177; art. 239; art. 146-A; art. 150, *caput*, incs. I, II, IV, §§6º e 7º; art. 153; art. 154, *caput*, incs. I e II; art. 155; art. 156; art. 170, *caput*, incs. II, III, IV, V, VIII; art. 173, §4º; art. 192)?

Impende considerar que, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental em Inquérito nº 897-5/DF, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, decidiu que o sigilo bancário pode ser transferido sem a necessidade de prévia audiência da pessoa fiscalizada ou investigada.

Por fim, cumpre, ainda, mencionar a juridicidade da transferência, por parte da Secretaria da Receita Federal do Brasil, de dados gerais ou cadastrais dos contribuintes à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que, aliás, compõe a Administração Tributária federal, para que esta cumpra a sua missão legal de verificar a legalidade do lançamento tributário definitivo, inscrever e cobrar créditos da dívida ativa da União (CF/1988, art. 131, §3º; LC nº 73/1993, art. 12, *caput*, incs. I e II; Decreto-Lei nº 4.320/1964, art. 39, §§1º e 5º — recebido pela CF de 1988 com *status* de lei complementar; Decreto-Lei nº 147/1967, arts. 1º, *caput*, inc. II; 13, *caput*, inc. IV, 16, inc. I, alíneas “a” e “b”; e 22; Lei nº 6.830/1980, art. 2º, §4º; Lei nº 9.028/1995, art. 4º; Lei nº 11.457/2007, art. 23).

Destarte, como conclusão parcial, cabe destacar que 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,¹² dando

¹² Reza a primeira parte do §3º do art. 58 da CF/88: “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais [...]”.

autorização para a transferência direta de dados bancários da instituição financeira para a Administração Tributária.

Destarte, como principais fundamentos constitucionais, para a transferência direta do sigilo bancário para a Administração fiscal, temos:

- 1º) a autorização expressa do art. 145, §1º, da Constituição brasileira, que representa exceção ao direito ao sigilo bancário (CF, art. 5º, X e XII), para que a Administração Tributária tenha acesso direto a dados que lhe auxiliem a identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, possibilitando, assim, a real vivência do caráter pessoal do imposto de renda, da generalidade, universalidade e progressividade desse imposto, e dos princípios da vedação de tratamento fiscal discriminatório em relação aos contribuintes e da capacidade contributiva;
- 2º) é direito fundamental dos contribuintes que o Estado zele pelo cumprimento desses princípios, obstando-se assim que os que não podem fugir da tributação venham a pagar ainda mais para fazer face aos tributos sonogados por outros.
- 3º) o STF, por ocasião do julgamento da ADIn nº 1.790/DF, já admitiu a legitimidade da transferência, mediante remuneração, de registros de dados pessoais e financeiros de clientes por parte de estabelecimentos comerciais e instituições financeiras, com o escopo de se conferir maior eficiência na proteção de créditos privados e do lucro;
- 4º) a exigência, da Constituição da República de 1988, de que a Administração observe os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade administrativa (CF, arts. 37, *caput*; 70, *caput*);

Ainda quanto ao sigilo fiscal, cabe enfatizar que o *caput* do art. 198 do Código Tributário Nacional, com redação determinada pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, veda a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza de seus negócios ou atividades.

A seu turno, os preceptivos dos incs. I e II do §1º do art. 198 do CTN (com redação dada pela LC nº 104/2001) ressalvam, além dos casos previstos no art. 199 do mesmo diploma legal, do dever de sigilo fiscal nas restritas hipóteses de requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; ou de solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração pública, desde que comprovada a instauração regular do processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo, a que se refere a informação, por prática, não de quaisquer crimes, mas, exclusivamente, por prática de infração administrativa.

No que concerne, especificamente, ao sigilo fiscal, a hipótese prevista no art. 198, §1º, inc. II do CTN, mesmo excluídos os dados bancários (LC nº 105/2001, art. 3º, *caput*, §§1º e 2º), aparentemente, não tem amparo constitucional, ou seja, muito dificilmente se poderá encontrar supedâneo constitucional, isto é, a justificativa da prevalência do princípio da publicidade (CF, art. 37, *caput*), já que não se buscaria, no caso, atos administrativos ou dados inerentemente públicos.

Comentando o preceptivo do inc. II do §1º do art. 198 do Código Tributário Nacional (acrescentado pela LC nº 104/2001), Regina Helena Costa expressa o seguinte entendimento:

No entanto, cumpre registrar que a exceção contemplada no inciso II do §1º do art. 198 padece de inconstitucionalidade, uma vez que autoriza a divulgação, pela Fazenda Pública, de informações relativas ao sujeito passivo ou terceiros, mediante solicitação de autoridade administrativa, com objetivo de investigar prática de infração administrativa, o que abrange, inclusive, aquelas informações protegidas por sigilo bancário (arts. 197, II, CTN, e 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001).

Ofensa, na hipótese, é à mesma cláusula final do §1º do art. 145, CR, que permite apenas à autoridade fiscal o acesso a tais dados, e não a quaisquer autoridades administrativas.¹³

Não há ainda jurisprudência sobre a juridicidade do preceptivo do inc. II do §1º do art. 198 do CTN.

Em relação ao sigilo bancário, no entanto, o §1º do art. 3º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, dispõe que *dependem de prévia autorização do Poder Judiciário a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido*.

Já o §2º do art. 198 do CTN (redação acrescentada pela LC nº 104/2001), que está, inseparavelmente, relacionado com o controvertido preceito do inc. II do §1º, com o inc. I do §3º do mesmo art. 198, e com o art. 199 do mesmo código, dispõe que, nas hipóteses do inc. II do §1º do art. 198, e do art. 199, ambos do mesmo código, *o intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo*.

Por sua vez, o §3º do art. 198 diz *não ser vedada*, isto é, não constitui sigilo fiscal, *a divulgação de informações relativas a: I - representações fiscais para fins penais; II - inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública, com a iniciação da fase executória, cujo processo é público; III - parcelamento ou moratória, tendo em vista, entre outros princípios, o da publicidade (CF, art. 37, caput)*.

Assim dispõe o art. 199 do CTN: “A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio”.

Já o parágrafo único do art. 199 do CTN reza que “a Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos”.

A autorização para a transferência do sigilo fiscal entre as administrações tributárias do art. 199 do CTN está prevista no preceito do inc. XXII do art. 37 da Constituição brasileira, segundo o qual “as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, [...] atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio”.

Isto em harmonia com o disposto no *caput* do art. 7º do Código Tributário Nacional, segundo o qual *a competência tributária, ou seja, o poder de instituir tributo e legislar, plenamente, sobre ele, é indelegável*, não constituindo, entretanto, delegação

¹³ COSTA. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário*, p. 319.

de competência, a atribuição das funções de arrecadar, fiscalizar tributos ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra.

4 Impossibilidade de o Ministério Público da União ter, em regra, acesso direto a dados, realmente, amparados pelos sigilos bancário e fiscal, sem a prévia intermediação da autoridade judiciária – Exposição das jurisprudências do STF e do STJ

Examinarei as questões postas, fazendo uma visita à jurisprudência que vem se firmando no âmbito do Excelso Supremo Tribunal Federal e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

No Mandado de Segurança nº 21.729-4/DF (DJ de 19.10.2001), impetrado pelo Banco do Brasil S.A. em face do Procurador-Geral da República, por ter o referido órgão do *Parquet* solicitado diretamente àquele banco, sem a intermediação do Poder Judiciário, informações sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro, julgamento ocorrido em 5 de outubro de 1995, decidiu a nossa Corte Constitucional, em sessão plenária, tendo em vista o art. 129, incs. VI e VIII, da Constituição Federal,¹⁴ o art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e o art. 8º da Lei Complementar nº 75/1993,¹⁵ que não cabia ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de 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, prevalecendo, na espécie, o princípio constitucional do art. 37, *caput*, da publicidade da Administração pública, em confronto com a proclamada reserva de jurisdição em relação à relativização dos direitos previstos nos incs. X e XII do art. 5º da Carta Política.

No referido julgamento, o Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, e por maioria de votos, deixou registrado que, ressalvadas as hipóteses de informações e dados real ou inerentemente públicos, como os relativos aos atos de gestão de dinheiros públicos, quando deve prevalecer o princípio da publicidade da Administração (CF/1988, art. 37, *caput*), nos demais casos, quando envolvidos direitos individuais, os preceptivos do art. 129, incs. VI e VIII, da Constituição da República, não autorizam a quebra do sigilo bancário — ou, pela mesma razão, do sigilo fiscal — pelo Ministério Público, embora tenha sido admitido que os sigilos, aceitos constitucionalmente como direitos individuais fundamentais à vida privada e à inviolabilidade da comunicação de dados, não sejam absolutos, podendo ser transferidos ou quebrados apenas por ordem judicial.

¹⁴ CF/1988 – “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; [...] VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

¹⁵ LC nº 75/1993 – “Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: [...] II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; [...] IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas; [...] VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; [...] §2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido”.

Ressalte-se, parenteticamente, que, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental em Inquérito nº 897-5/DF, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, além de ter assentado que “a quebra do sigilo bancário não afronta o art. 5º, X e XII, da Constituição Federal (Precedente: PET nº 577, DJ de 23.04.1993)”, decidiu que o sigilo bancário pode ser transferido sem a necessidade de prévia audiência do investigado, tendo em vista que, como bem explicaram os senhores Ministros Carlos Velloso e Celso de Mello, tornando-se necessária a obtenção da prova por esse meio, deve ser *posta no ventre dos autos, não havendo de se cogitar da instauração incidental do contraditório em procedimento nitidamente qualificado pela nota da unilateralidade e da inquisitividade, aí, então, ou a partir daí, ocorrerá o contraditório, ou seja, “o princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitorial”* (DJU 24.03.1995, p. 6.806).¹⁶

Mas ficou definido, então, no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.729-4/DF, pela mencionada decisão do Excelso Pretório, que as normas do art. 8º, inc. II e IV, e §2º, da Lei Complementar nº 75/1993, e, podemos depreender, como de resto de qualquer outra norma legal ou de outra lei complementar, que regulamente os preceptivos constitucionais do art. 129, combinado com o art. 192,¹⁷ do art. 5º, incs. X e XII, não foram autorizadas pela Constituição da República a conferir ao Ministério Público competência para obter diretamente, sem a intermediação do Poder Judiciário, a transferência de sigilos, assegurados, pela mesma Carta Política, aos indivíduos como decorrentes do *right of privacy*, isto pelo fato de inexistir, na Lei Suprema, norma expressa em sentido contrário.

Insta destacar que, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 87.654-4-PR, a 2ª Turma do Augusto Supremo Tribunal Federal, relatora a senhora Ministra Ellen Gracie, por votação majoritária, esclareceu que o sigilo fiscal, da mesma forma que o sigilo bancário, *nada mais é que um desdobramento do direito à intimidade e à vida privada*, devendo, pois, a sua legítima transferência submeter-se a prévia autorização judicial, tendo admitido, no entanto, que o Código Tributário Nacional não veda a divulgação de informações relativas a representações fiscais ao Ministério Público para fins penais (CTN, art. 198, §3º, inc. I, preceptivo acrescentado pela LC nº 104/2001), o que não configura afronta ao sigilo fiscal.

Transcreva-se a Ementa do acórdão do STF no referido HC nº 87.654-4/PR:

CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA (Lei 8.176/91). INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO COM BASE EM APREENSÃO ILÍCITA DE DOCUMENTOS. TRANCA-MENTO PRETENDIDO.

1. Eventual vício na primeira apreensão, que foi desconstituída judicialmente, não conta-mina a segunda apreensão, que foi precedida de prévia autorização judicial. Discutível, ademais, cogitar-se de apreensão ilícita, uma vez que a comunicação de possível crime ao Ministério Público não configura afronta ao sigilo fiscal (CTN, art. 198, §3º, I).

2. Habeas corpus indeferido. (RTJ 199-2, p. 727)

¹⁶ Nesse diapasão, ou seja, no sentido de que princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitória, como é a fase do pedido para que o Poder Judiciário autorize a quebra do sigilo bancário ou fiscal, cf., também: STF. HC nº 5.447, HC nº 9.372; RE nº 136.239 (RTJ 143-01, p. 306).

¹⁷ CF/1988 (com redação dada pela EC nº 40/2003) – “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”.

O suprafocalizado *habeas corpus* decorreu de acórdão da 5ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu medida idêntica, e que ficou assim ementado:

STJ, T5, HABEAS CORPUS Nº 42.693-PR

RELATORA: MINISTRA LAURITA VEZ

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. ILICITUDE DA PROVA RECONHECIDA. INQUÉRITO TRANCADO. OBTENÇÃO DE NOVA PROVA DO FATO EM POSTERIOR INVESTIGAÇÃO REALIZADA LEGALMENTE. VÍCIO ANTERIOR QUE NÃO CONTAMINA AS NOVAS PROVAS OBTIDAS.

1. Se as provas que instruem o novo inquérito policial foram obtidas com a quebra judicialmente autorizada dos sigilos bancário, fiscal e telefônico dos indiciados, não há como tachá-los de ilícitos, porquanto desvinculados da prova anteriormente colhida com vício. (DJ de 24.10.2005)

De modo que, embora sendo institutos diferentes, os sigilos bancário e fiscal são corolários do direito à privacidade e à inviolabilidade da comunicação de dados, aplicando-se, conseqüentemente, ao segundo (sigilo fiscal) as mesmas exegeses dadas pelas decisões de nossa Corte Constitucional quanto ao primeiro (sigilo bancário) em relação ao Ministério Público, sendo certo que cabe ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, dizer a última palavra em termos de interpretação constitucional.

Pondere-se que os dados acobertados pelo sigilo fiscal, além dos informes prestados à Administração Tributária pelos próprios contribuintes, ou os obtidos, pelo Fisco, em decorrência dos cruzamentos das informações prestadas pelos sujeitos passivos dos tributos,¹⁸ tudo isso no específico interesse da fiscalização e da arrecadação dos tributos, muitas vezes, alcança, também, os dados relativos ao sigilo bancário dos contribuintes, transmitidos pelas instituições financeiras, razão pela qual, por ser, algumas vezes, o sigilo fiscal é até mais abrangente, merece o mesmo amparo constitucional do sigilo bancário, como espécies que são do direito à vida privada e à inviolabilidade da comunicação de dados.

Transcrevam-se, neste ponto, os seguintes trechos de ementas de acórdãos do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria em comento:

STF, T2, RE Nº 215.301-CE

RELATOR: MIN. CARLOS VELLOSO

EMENTA

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

¹⁸ CTN, art. 13, §2º – “Obrigaçãõ acessória decorre da legislaçãõ tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalizaçãõ dos tributos”.

a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa.

II. – R.E. não conhecido. (DJ de 28.05.1999)

STF, T2, Ag. Reg. no AI Nº 541.265-8/SC

RELATOR: MIN. CARLOS VELLOSO

EMENTA

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. MEDIANTE ORDEM JUDICIAL. PRECEDENTES. [...]

VI. – O entendimento desta Suprema Corte consolidou-se no sentido de não possuir caráter absoluto a garantia dos **sigilos bancário e fiscal**, sendo facultado ao juiz decidir acerca da conveniência da sua quebra em caso de interesse público relevante e suspeita razoável de infração penal. Precedentes. VII. – Agravo não provido. – Destaquei em negrito. (DJ de 04.11.2005)

STF, T2, AG. REG. NO RE Nº 318.136-0/RJ

RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO

EMENTAS

1. RECURSO. EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. REQUISICÃO. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. JURISPRUDÊNCIA ASSENTADA. AUSÊNCIA DE RAZÕES NOVAS. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte.

2. RECURSO. AGRAVO. REGIMENTAL. JURISPRUDÊNCIA ASSENTADA SOBRE A MATÉRIA. CARÁTER MERAMENTE ABUSIVO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. IMPOSIÇÃO DE MULTA. APLICAÇÃO DO ART. 557, §2º, CC. ARTS. 14, II E III, E 17, VII, DO CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar a agravante a pagar multa ao agravado. (DJ de 06.10.2006)

STF, TRIBUNAL PLENO, AG. REG. NO INQ. Nº 2.206-3-DF

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

EMENTA

INQUÉRITO – DILIGÊNCIA – EXTENSÃO. O deferimento de diligência requerida pelo Ministério Público há de fazer-se em sintonia com as balizas subjetivas e objetivas da investigação em curso, descabendo providências que extravasam o campo da razoabilidade, como, por exemplo, a quebra de sigilo bancário generalizada. (DJ de 02.02.2007)

Impende trazer à colação trechos do didático voto do senhor Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, proferido em um dos julgamentos suprafocalizados, o do Recurso Extraordinário nº 215.301, *ipsis litteris*:

Quando do julgamento, pelo Plenário, do MS 21.729-DF, Relator o Ministro Marco Aurélio, julgamento concluído em 05/10/95, [...] o Supremo Tribunal Federal examinou a questão tendo em vista a Lei Complementar nº 75, de 20.05.93.

Aqui, em sede de recurso extraordinário, entretanto, isto não pode ocorrer, dado que o contencioso de direito comum não integra o recurso extraordinário.

A questão, portanto, somente pode ser visualizada tendo o que dispõe o dispositivo constitucional que se alega violado, o art. 129, VIII, da C.F.:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...]

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. [...]

Ora, no citado inc. VIII, do art. 129, da C.F., não está escrito que poderia o órgão do Ministério Público requerer, sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de alguém. E se considerarmos que o sigilo bancário [como o sigilo fiscal] é espécie de direito à privacidade que a Constituição consagra, art. 5º, inc. X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria a ação do Ministério Público para requerer, diretamente, sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa.

No voto que proferi na Petição 577-DF, caso Magri, dissertei a respeito do tema (RTJ 148/366), asseverando que o direito ao sigilo bancário não é, na verdade, um direito absoluto — não há, aliás, direitos absolutos — devendo ceder, é certo, diante do interesse público, diante do interesse social, diante do interesse da justiça, conforme, esclareça-se, tem decidido o Supremo Tribunal Federal. Todavia, deixei expresso no voto que proferi no MS 21.729-DF, por se tratar de um direito que tem *status* constitucional, a quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente a autoridade judiciária, que tem o dever de ser imparcial, por isso mesmo procederá com cautela, com prudência e com moderação, é que, provocada pelo Ministério Público, poderá autorizar a quebra do sigilo. O Ministério Público, por mais importantes que sejam as suas funções, não tem a obrigação de ser imparcial. Sendo parte — advogado da sociedade — a parcialidade lhe é inerente. Então, como poderia a parte, que tem interesse na ação, efetivar, ela própria a quebra de um direito inerente à privacidade, que é garantido pela Constituição? Lembro-me de que, no antigo Tribunal Federal de Recursos, um dos seus mais eminentes membros costumava a afirmar que “o erro do juiz o tribunal pode corrigir, mas quem corrigirá o erro do Ministério Público?” [...]

Em suma, o art. 129, VIII, não autoriza ao Ministério Público quebrar, diretamente, o sigilo bancário das pessoas.

Destarte, consoante a jurisprudência de nossa Corte Constitucional, numa interpretação conforme à Constituição, os preceitos art. 129, *caput*, incs. VI e VIII, da Carta Política de 1988, não autorizam a transferência direta ao Ministério Público de dados protegidos pelo sigilo bancário ou fiscal.¹⁹

Sendo assim, ou seja, inexistindo ressalva expressa da Constituição em relação ao Ministério Público, e tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal considera que os sigilos bancário e fiscal são nuances do direito constitucional à privacidade e à inviolabilidade da comunicação de dados, lei infraconstitucional alguma, nem sequer lei complementar, poderia restringir ou limitar um direito individual fundamental.

¹⁹ Ao contrário do decidido em relação ao art. 198, VI e VIII, da CF/1988, quanto ao MP, o STF ainda não decidiu se a norma do art. 145, §1º, da CF/1988, autorizaria ou não a Administração Tributária ter acesso direito ao sigilo bancário, independentemente de prévia intervenção do Poder Judiciário. Reza o art. 145, §1º, da CF: “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”.

Com efeito, por essa interpretação dada por nossa Corte Constitucional, as normas do art. 198, §1º, inc. II, e §2º, dispositivos acrescentados pela LC nº 104/2001, só podem ser lidas no sentido de que a transferência ao Ministério Público de matéria, realmente, acobertada pelo sigilo fiscal poderá suceder, mediante prévia intervenção judicial.

No mesmo diapasão, ou seja, no sentido de ser ilegal a quebra dos sigilos bancário e fiscal efetuada sem a devida autorização judicial, é a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, órgão com o poder de dizer a interpretação definitiva de normas infraconstitucionais, conforme demonstram, a título ilustrativo, as seguintes Ementas de Acórdãos, *in verbis*:

STJ – T5 – RO em MS nº 15.552/SP

RELATOR: MINISTRO FÉLIX FISCHER

PROCESSUAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. NECESSIDADE DA MEDIDA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.

I – Tem o Ministério Público legitimidade para requerer ao Poder Judiciário a quebra de sigilo bancário, porquanto a ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público – art. 129, incisos VI e VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e §2º, da Lei Complementar nº 75/1993. Precedentes.

II – A proteção ao sigilo bancário não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante ou de elementos aptos a indicar a possibilidade de prática delituosa.

III – Mostra-se suficientemente fundamentada a decisão judicial que, ao determinar a quebra dos sigilos bancário e fiscal, requerida em inquérito policial, indica suficientemente indícios de prática delituosa e os motivos pelos quais a medida se faz necessária, bem como indica com precisão o objeto da investigação e a pessoa investigada.

Recurso a que se nega provimento. (DJ de 19.12.2003).

STJ – T5 – RHC nº 20.329/PR

RELATORA: MINISTRA JANE SILVA

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO E DE LAVAGEM DE DINHEIRO – INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES – QUEBRA DO **SIGILO FISCAL** DO INVESTIGADO – INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – REQUISIÇÃO FEITA PELO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIRETAMENTE À RECEITA FEDERAL – ILICITUDE DA PROVA – DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS – TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL – IMPOSSIBILIDADE – EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO NÃO CONTAMINADOS PELA PROVA ILÍCITA – DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

I. A requisição de cópias das declarações de imposto de renda do investigado, feita de forma unilateral pelo Ministério Público, se constitui em inequívoca quebra de seu sigilo fiscal, situação diversa daquela em que a autoridade fazendária, no exercício de suas atribuições, remete cópias de documentos ao *parquet* para a averiguação de possível ilícito penal.

II. A quebra do sigilo fiscal do investigado deve preceder da competente autorização judicial, pois atenta diretamente contra os direitos e garantias constitucionais da intimidade e da vida privada dos cidadãos.

III. As prerrogativas institucionais dos membros do Ministério Público, no exercício de suas funções, não compreendem a possibilidade de requisição de documentos fiscais sigilosos diretamente junto ao Fisco.

IV. Devem ser desentranhadas dos autos as provas obtidas por meio ilícito, bem como as que delas decorreram.

V. Havendo outros elementos de convicção não afetados pela prova ilícita, o inquérito policial deve permanecer intacto, sendo impossível seu trancamento.

VI. Dado parcial provimento ao recurso. (DJ de 22.10.2007).

STJ – T2 – AgRg no REsp 325.997/DF

RELATOR: MINISTRO CASTRO MEIRA

ADMINISTRATIVO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. BANCO CENTRAL DO BRASIL.

1. Os poderes de fiscalização do Banco Central do Brasil, como órgão de fiscalização do sistema bancário, estão limitados às informações acerca de operações, de ativo, de passivo e de quaisquer outros dados que possam auxiliar o BACEN no exercício de suas atribuições, oriundas das instituições financeiras ou das pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as que atuem como instituição financeira.

2. Não se deve confundir o poder de fiscalização atribuído ao BACEN, com o poder de violar o sigilo bancário, que é norma de ordem pública.

3. Agravo Regimental improvido. (RSTJ 184/156)

STJ – T2 – EDcl no AgRg no REsp nº 325.997/DF

RELATOR: MINISTRO CASTRO MEIRA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO E OMISSÃO INEXISTENTES. SIGILO BANCÁRIO. BANCO CENTRAL DO BRASIL.

1. Não se vislumbra estejam as razões de decidir dissociadas da causa, como quer fazer entender o embargante. Se a legislação — tanto constitucional, quanto infraconstitucional —, não distingue o cidadão comum do dirigente de instituição financeira, não pode o Judiciário fazer a pretendida distinção.

2. Não há que se confundir a prestação de informações com quebra de sigilo bancário, vedado pela Constituição Federal e só permitida, mediante autorização judicial.

3. Não prospera a pretensão do embargante, pois não se vislumbra a ocorrência das hipóteses previstas no artigo 535 do CPC.

4. Embargos de declaração rejeitados. (DJ de 28.2.2005).

STJ – T1 – RO-MS Nº 8.716/GO

RELATOR: MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA

Ação Cautelar (exibição de documentos bancários). Legitimidade do Ministério Público Estadual. Providências Investigatórias Urgentes e Preparatórias para o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública. Constituição Federal, arts. 5., X e XII, 37, 127 e 129. Lei 4.595/64 (art. 38). Lei 7.347/85. Lei 4.728/65 (art. 4º, §2º) e Lei 8.625/93 (arts. 25 e 26).

1. À parla de relevante interesse público e social, ampliou-se ao âmbito de atividades do Ministério Público para realizar atividades investigatórias, alicerçando informações para promover o inquérito e ação civil pública (C.F., arts. 127 e 129, III – Lei 7.347/85, arts. 1. e 5.).

2. O sigilo bancário não é um direito absoluto, quando demonstradas fundadas razões, podendo ser desvendado por requisição do Ministério Público em medidas e procedimentos administrativos, inquéritos e ações, mediante requisição submetida ao Poder Judiciário.

3. A “quebra de sigilo” compatibiliza-se com a norma inscrita no art. 5., X e XII, CF, cônsono jurisprudência do STF.

4. O princípio do contraditório não prevalece no curso das investigações preparatorias in-cetadas pelo Ministério Público. (RE 136.239 – Ag.Reg. em Inquérito 897 – DJU de 24.03.95).

5. Não constitui ilegalidade ou abuso de poder, provimento judicial aparelhando o MP na coleta de urgentes informações para apuração de ilícitos civis e penais.
6. Recurso improvido. (DJ de 25.05.1998).

Destaque-se do voto do senhor Ministro Castro Meira, nos EDcl no AgRG no REsp nº 325.997, o seguinte trecho:

No recurso especial o ora embargado pede que “se delimite o alcance do poder fiscalizatório do Banco Central em face do direito ao sigilo bancário, proclamando-se que a eventual quebra do sigilo pela autarquia federal encontra-se adstrita — tanto quanto se impõe à autoridade fiscal e ao próprio Ministério Público — à prévia autorização judicial, mediante requerimento contendo a demonstração da necessidade da medida”. Aponta violação ao artigo 38 da Lei nº 4.595/64.

No voto condutor do recurso especial, após análise dos dispositivos legais pertinentes, restou consignado:

“Da análise das normas atinentes ao assunto, dúvida não há de que a legislação conferiu ao Banco Central alguns poderes como órgão de fiscalização do sistema bancário, e esses poderes estão limitados às informações oriundas das ‘instituições financeiras ou das pessoas físicas ou jurídicas’, inclusive as que ‘atuem como instituição financeira (§7º do art. 44 da Lei 4.595/64), vale dizer, informações acerca de suas operações, de seu ativo, de seu passivo e quaisquer outros dados que possam auxiliar o BANCEN no exercício de suas atribuições. Todavia, não se deve confundir o poder fiscalizatório atribuído ao BANCEN, com o poder de violar o sigilo bancário, que é norma de ordem pública” (fls. 222).

Interposto, pelo Banco Central do Brasil, Recurso Extraordinário nº 461.366-2/DF, em face do suprafocalizado *decisum* do STJ, sustentando ofensa ao art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, sob a alegação de que o sigilo bancário não estaria inserido na “cláusula de reserva de jurisdição”,²⁰ não se revestindo, pois, de caráter absoluto, e aduzindo, ainda, que obstar suas atividades fiscalizadoras em nome do sigilo bancário implicaria sobrepor o interesse privado (do dirigente bancário) ao público e acobertar práticas ilícitas,²¹ concebeu a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, conduzido pelo voto do Relator o senhor Ministro Marco Aurélio, que o preceito regedor da espécie, tendo em conta o sistema da Constituição, seria o do art. 5º, inc. XII, isto é, a regra seria como expressado no voto do Relator do feito, o “sigilo de dados” (e não a inviolabilidade da comunicação de dados, como, a nosso ver, corretamente, assumido pelo Plenário do STF em casos anteriores: MS nº 21.729-4/DF, DJ de 19.10.2001; e RE nº 418.416/SC, DJ de 19.12.2006), somente podendo ocorrer o seu afastamento por ordem judicial. Por fim, considerou a 1ª Turma do STF, nesse julgamento, que a referida autarquia federal confundira o poder de fiscalização com o de afastar sigilo de dados.

²⁰ Em voto vencido, neste RE 461.366-DF, o emérito Ministro Sepúlveda Pertence deixou registrado, com sua usual sensatez: *Eu gostaria, independentemente da causa, de delimitar este campo. Não vejo no art. 5º, XII, nada que diga respeito a sigilo bancário. Entendo, com muita reserva, que o sigilo bancário, em geral, é protegido pela privacidade, sem leva-lo a ponto da chamada reserva da primeira palavra ao Judiciário. Antecipando um pouco o voto que, provavelmente, não proferirei na ADIn sobre a Lei complementar 105, tenho muita dúvida sobre prova de crime, porque guardada em registro bancário, se inclui na esfera da privacidade.*

²¹ Transcreva-se trecho do voto vencido do Ministro Carlos Britto, que estampa lúcida ponderação: *E para sanear esse estratégico setor do Sistema Financeiro, penso que subtrair ao Banco Central esse poder de polícia para saber, não é para divulgar, de movimentação bancária de contas de dirigentes, é empobrecer a funcionalidade da Constituição e fragilizar esse sistema por ela concebido, inclusive, no plano da moralidade.*

Transcreva-se a Ementa do Acórdão do RE nº 461.366-2/DF, publicada no DJ de 05.10.2007, *in verbis*:

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.

Por ocasião do julgamento desse Recurso Extraordinário, o senhor Ministro Ricardo Lewandowski corroborou em seu voto:

Entendo... que a quebra do **sigilo fiscal e bancário** constitui medida excepcionalíssima, **coberta pela reserva de jurisdição**, como **sempre tem afirmado o Supremo Tribunal Federal, inclusive em face do Ministério Público**, cujas atribuições cresceram muito, como nós sabemos, com a nova Constituição. **Não se admite a quebra desses sigilos por meio de procedimentos administrativos.**

Creio que a competência de fiscalizar as entidades financeiras atribuída ao Banco Central, que é amplíssima, não compreende, *data vênua*, esta possibilidade de ingressar na esfera privada dos dirigentes destas mesmas instituições financeiras.

Acredito que, nesse caso, **é preciso que isso ocorra dentro de um procedimento formal, de caráter judicial, com autorização das autoridades deste Poder**, que é independente, neutro e se coloca acima dos interesses da própria máquina administrativa. (Os negritos não constam do original)

Cabe transcrever a Ementa do Acórdão do Supremo Tribunal Federal, decorrente do julgamento, em sessão plenária do RE nº 418.416/SC, que trata sobre a interpretação do inc. XII do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence:

EMENTA: [...] **II. Quebra de sigilo bancário:** prejudicadas as alegações referentes ao decreto que a determinou, dado que a sentença e o acórdão não se referiram a qualquer prova resultante da quebra do sigilo bancário, tanto mais que, dado o deferimento parcial de mandado de segurança, houve a devolução da documentação respectiva.

III. Decreto de busca e apreensão: validade.

1. Decreto específico, que somente permitiu que as autoridades encarregadas da diligência selecionassem objetos, dentre aqueles especificados na decisão e na sede das duas empresas nela indicadas, e que fossem “interessantes à investigação” que, no caso, tinha pertinência com a prática do crime pelo qual foi efetivamente condenado o recorrente.

2. Ademais não se demonstrou que as instâncias de mérito tenham invocado prova não contida no objeto da medida judicial, nem tenham valorado qualquer dado resultante da extensão dos efeitos da decisão determinante da busca e apreensão, para que a Receita Federal e a “Fiscalização do INSS” também tivessem acesso aos documentos apreendidos, para fins de investigação e cooperação na persecução criminal, “observado o sigilo imposto ao feito”.

IV. Proteção constitucional ao sigilo das comunicações de dados – art. 5º, XII, da CF: ausência de violação, no caso.

1. Impertinência à hipótese da invocação da AP 307 (Pleno, 13.12.94, Galvão, DJU 13.10.95), em que a tese da inviolabilidade absoluta de dados de computador não pode ser tomada como consagrada pelo Colegiado, dada a interferência, naquele caso, de outra razão suficiente para a exclusão da prova questionada — o ter sido o microcomputador apreendido

sem ordem judicial e a conseqüente ofensa da garantia da inviolabilidade do domicílio da empresa — este segundo fundamento bastante, sim, aceito por votação unânime, à luz do art. 5º, XI, da Lei Fundamental.

2. Na espécie, ao contrário, não se questiona que a apreensão dos computadores da empresa do recorrido se fez regularmente, na conformidade e em cumprimento de mandado judicial.

3. Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve “quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial”.

4. A proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação ‘de dados’ e não dos ‘dados em si mesmos’, ainda quando armazenados em computador. (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira – RTJ 179/225, 270).

V. Prescrição pela pena concretizada: declaração, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva do fato quanto ao delito de frustração de direito assegurado por lei trabalhista – C. Penal, arts. 203; 107, IV; 109, VI; 110, §2º e 114, II; e Súmula 497 do Supremo Tribunal – (DJ de 19.12.2006).

Na doutrina, Juliana Garcia Belloque corrobora:

Pretende-se extrair das atribuições descritas, inculpidas no art. 129 da Constituição da República, a atribuição do Ministério Público para requisitar diretamente às instituições financeiras, sob pena de crime de desobediência, informações pertinentes a investigações civis ou criminais por eles desenvolvidas, mesmo quando o cumprimento da ordem implique violação dos sigilos fiscal ou financeiro.

Nossos Tribunais, no entanto — em interpretação sistemática do texto constitucional, aplicando-se o princípio da prevalência dos direitos humanos —, apontaram a insuficiência deste dispositivo para se conferir tal poder à instituição, já que, constituindo o sigilo financeiro modalidade de manifestação do direito à intimidade, consagrado constitucionalmente como direito individual fundamental, suas limitações devem decorrer de mandamentos expressos e inequívocos, mesmo quando contidos em normas igualmente constitucionais. Também estas, em sendo mitigadoras de direitos fundamentais, merecem interpretações restritivas.²²

Novidades, neste campo, não param de surgir, isto é, emergiram decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que admitem estar, em regra, a relativização do sigilo fiscal sujeita à reserva constitucional de jurisdição.

Transcreva-se a este respeito, a Ementa do Acórdão da 2ª Turma do Augusto Pretório, emanada do julgamento do Recurso Extraordinário nº 535.478-4/SC, ocorrido em 28 de outubro de 2008, Relatora a senhora Ministra Ellen Gracie, do qual restou demonstrado a legitimidade do Ministério Público, para requerer ao Poder Judiciário a transferência do sigilo fiscal, com o fito de confrontação de dados da CPMF com a declaração de Imposto de Renda (Lei nº 10.174/2001), *in verbis*:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE AFASTAMENTO DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL DE INVESTIGADO. PROCEDIMENTO JUDICIAL. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPROVIMENTO DA PARTE CONHECIDA.

²² BELLOQUE. *Sigilo bancário*: análise da LC 105/2001, p. 137.

1. As questões de suposta violação ao devido processo legal, ao princípio da legalidade, ao direito de intimidade e privacidade e ao princípio da presunção de inocência, têm natureza infraconstitucional e, em razão disso, revelam-se insuscetíveis de conhecimento em sede de recurso extraordinário.
2. As arguições de violação aos princípios e garantias do devido processo legal, legalidade, presunção de inocência e intimidade, evidentemente, tocam em temas de natureza infraconstitucional, não havendo que se cogitar de afronta direta às normas constitucionais apontadas.
3. Da mesma forma, não merece ser conhecido o apelo extremo na parte em que se alega violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.
4. Remanesce a questão afeta à possibilidade de o Ministério Público promover procedimento administrativo de cunho investigatório e o possível malferimento da norma contida no art. 144, §1º, I e IV, da Constituição Federal.
5. No caso concreto, tal debate se mostra irrelevante, eis que houve instauração de inquérito policial para apurar fatos relacionados às movimentações de significativas somas pecuniárias em contas bancárias, sendo que o Ministério Público requereu, a título de tutela cautelar inominada, a concessão de provimento jurisdicional que afastasse o sigilo dos dados bancários e fiscais do recorrente. Tal requerimento foi feito junto ao juízo competente e, portanto, não se tratou de medida adotada pelo Ministério Público sem qualquer provimento jurisdicional.
6. Contudo, ainda que se tratasse da temática dos poderes investigatórios do Ministério Público, melhor sorte não assistiria ao recorrente. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias.
7. A hipótese não envolve a eficácia retroativa da Lei nº 10.174/01 — eis que esta se restringiu à autorização da utilização de dados para fins fiscais —, e sim a apuração de ilícito penal mediante obtenção das informações bancárias.
8. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (*DJe* nº 222, divulgado em 20.11.2008, publicação 21.11.2008)

Também, surgiu à tona outro caso interessante — o Mandado de Segurança nº 22.801-6/DF, impetrado pelo Banco Central do Brasil contra ato do Tribunal de Contas da União que pretendia acesso, via terminal eletrônico de dados, às transações do Sistema de Informações daquela autarquia — SISBACEN, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal, Relator o senhor Ministro Menezes Direito, em sessão plenária, por unanimidade de votos, concedeu a segurança, nos termos da Ementa do respectivo Acórdão abaixo transcrita:

EMENTA

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. (*DJe* nº 047 – Divulgação 13.3.2008 – Publicação 14.3.2008)

Da mesma forma, recentemente, em janeiro de 2008, no Mandado de Segurança nº 27.091/DF, Relator do feito, o senhor Ministro Gilmar Mendes, suspendeu, em decisão liminar, acórdão do Tribunal de Contas da União, que determinava ao secretário da Receita Federal do Brasil que apresentasse, em quinze dias úteis, informações sigilosas de contribuintes registradas no banco de dados do Siscomex – Sistema Integrado de Comércio Exterior. Nesse *writ of mandamus*, alegou o secretário que a imposição do TCU, que daria acesso irrestrito a informações de contribuintes que não manipularam verbas públicas ou que não estão submetidos à fiscalização da Corte de Contas, não encontra respaldo na Constituição Federal e nem no Código Tributário Nacional (art. 198, §1º, inc. II, e §2º). Ao deferir o pedido de medida liminar, no aludido Mandado de Segurança, o senhor Ministro Gilmar Mendes, justificando a plausibilidade jurídica para o deferimento do pedido, lembrou que o STF entende que a quebra do sigilo de dados dos contribuintes, ou seja, do sigilo fiscal, só pode ocorrer quando fundamentada nas hipóteses constitucionalmente autorizadas ao Poder Legislativo ou por ordem do Poder Judiciário, tendo ponderado, ainda, Sua Excelência que, para verificar os procedimentos adotados para habilitação de pessoas físicas no Siscomex, o TCU pretendia ter acesso amplo e irrestrito às informações gerenciais e operacionais da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Impende transcrever trechos da supracitada decisão concessiva de liminar (divulgada no *DJe* nº 19, em 1º.02.2008), em favor do Secretário da Receita Federal do Brasil, para que aquela autoridade se abstinhasse de fornecer ao Tribunal de Contas da União, informações amparadas pelo sigilo fiscal — MS 27.091-8-MC/DF, *verbo ad verbum*:

Constato, inicialmente, a competência do Supremo tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, o presente feito, nos termos do art. 102, I, *d*, da Constituição Federal, redação dada pela EC 45/2004. Verifico que o acórdão nº 1.835/2007, proferido pelo egrégio Tribunal de Contas da União, decorre de representação formulada pela equipe de auditoria da Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag), em face da negativa da Receita Federal do Brasil (SRFB) em conceder pleno acesso às informações registradas no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex), em especial, “aos processos de habilitação de importadores, exportadores e internadores da Zona Franca de Manaus.

Em sede de cognição sumária, evidencia-se a plausibilidade jurídica no pedido, tendo em vista que, para proceder a verificação dos procedimentos adotados para habilitação de pessoas físicas no Siscomex, pretende-se o acesso amplo e irrestrito às informações gerenciais e operacionais que envolvem aquele órgão da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Cumpra salientar que o Plenário desta Suprema Corte, em 17.12.2007, abordou questão em tudo similar ao da presente impetração, quando do julgamento do MS 22.801/DF, rel. Min. Menezes Direito, pronunciando-se pela **impossibilidade de se proceder a quebra de sigilo dos contribuintes, por ser medida excepcional de afastamento dessa garantia constitucional, que só pode ser elidida, fundamentadamente, nas hipóteses constitucionalmente autorizadas ao Poder Legislativo ou, ainda, por ordem emanada do Poder Judiciário.**

Nesse sentido: MS 26.895-MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 12/09/2007; MS 25.812-MC/DF, rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* 27/01/2006; MS 25.361-MC/DF, *DJ* 23/05/2005 e MS 24.750/DF, *DJ* 02/02/2004, de minha relatoria; MS 25.298-MC/DF, rel. Min. Cezar Pelluso, *DJ* 21/03/2005 e MS 23.956/DF, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 18/05/2001; dentre outros.

Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar, para suspender a exigência contida no item 9.2 do Acórdão nº 1.835/2007, resultante do julgamento realizado nos autos do Processo TC nº 025.686/2006-7, pelo Plenário do tribunal de Contas da União. Após, dê-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República. (Os destaques em negrito e sublinhado não constam do original)

Outrossim, a 5ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 25.375-PA, realizado em 19 de fevereiro de 2008, confirmou, por unanimidade, a jurisprudência daquele Pretório sobre a impossibilidade da transferência direta do sigilo fiscal à Ministério Público, como demonstra a Ementa do respectivo Acórdão, a seguir transcrita:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL. QUEBRA DE SIGILO FISCAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE.

I – A proteção ao sigilo bancário e fiscal não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante ou de elementos aptos a indicar a possibilidade de prática delituosa

(Precedentes).

II – Entretanto, o Ministério Público não tem legitimidade para proceder a quebra de sigilo bancário e fiscal sem autorização judicial **(Precedentes)**.

Recurso desprovido. (*DJe* 7.4.2008).

Destarte, diante unicamente do estágio atual da jurisprudência, praticamente pacificada, dos Tribunais Superiores pátrios, impõe-se que se chegue às seguintes deduções parciais, inclusive, para não favorecer a impunidade com o surgimento de provas ilícitas (CF, art. 5º, LVI),²³ às vezes, contaminadoras até mesmo de outras provas, quando das provas ilícitas decorrentes:

- 1ª) em regra, a Constituição Federal de 1988, e as Leis Complementares nº 75/1993, nº 105/2001, nº 104/2001, o Código Tributário Nacional, e a Lei nº 8.625/1993 não admitem a transferência direta de dados protegidos pelos sigilos bancário e fiscal diretamente ao Ministério Público da União, e, com maior razão, ao

²³ CF/1988, art. 5º, *caput*, inciso LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

- Ministério Público dos Estados e ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, sem a prévia autorização do Poder Judiciário;²⁴ ²⁵
- 2ª) em matéria de interpretação constitucional, a última palavra cabe ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição da República, de modo que se pode repisar que a própria Constituição é aquilo que a nossa Corte Constitucional disser que ela é, da mesma forma, que a interpretação definitiva de leis infraconstitucionais compete ao Superior Tribunal de Justiça, de modo que, para o nosso direito positivo, a interpretação correta da norma legal é aquela que o STJ assentar;
 - 3ª) e, de fato, pelos precedentes coligidos, o STF tem decidido que os preceptivos do art. 129, incs. VI e VIII, da Constituição Federal não autorizam a quebra do sigilo bancário, nem do sigilo fiscal, sem a prévia autorização do Poder Judiciário;
 - 4ª) como o sigilo bancário e o sigilo fiscal, embora institutos diferentes, são, igualmente, corolários do direito à vida privada e à inviolabilidade da comunicação de dados, isto é, a interceptação, por terceiro, da comunicação de dados, e não os dados em si, sujeitos estes sempre à determinação judicial de busca e apreensão (CF, art. 5º, X e XII), ambos direitos individuais fundamentais, só norma constitucional expressa poderia autorizar a transferência direta de tais matérias sigilosas ao Ministério Público, como sucede com o preceito constitucional do §3º do art. 58, que atribui às *comissões parlamentares de inquérito poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*;
 - 5ª) outrossim, mesmo sem a declaração de inconstitucionalidade de leis complementares que tratam sobre os sigilos bancário e fiscal, as jurisprudências do STF e o STJ, numa interpretação conforme, admitem que se conclua que, de modo geral, ninguém pode obstar ao Ministério Público a informação, o registro, o dado ou o documento sob a alegação do sigilo, desde que tenha havido antes a devida intermediação da autoridade judiciária (CTN, art. 198, I);
 - 6ª) também, é razoável que se admita que tais jurisprudências toleram a transferência direta ao Ministério Público de informações e dados relacionados com os sigilos bancário e fiscal, com a dispensa de autorização judicial, nas seguintes hipóteses específicas:
 - I) quando deva prevalecer o princípio da publicidade (CF, art. 37, *caput*), sendo as informações e os dados requisitados, inerentemente, públicos, e estando em baila o patrimônio público, como, por exemplo, as informações e os dados decorrentes de gestão do dinheiro público (STF – Tribunal Pleno – MS nº 21.729);

²⁴ No sentido de que o Ministério Público não recebera autorização de lei complementar para obter, diretamente, transferência de matéria sigilosa, necessitando de prévia intermediação do Poder Judiciário, cf. artigo do autor deste Parecer (SARAIVA FILHO. O sigilo bancário e a Administração Tributária: LC nº 105/2001; IN-RFB nº 802/2007), decorrente da adaptação das Informações AGU/SF/Nº 06/2008, apresentadas pelo Ex^{mo}. Sr. Presidente da República ao STF, na ADIn nº 4.010, requerida pelo Conselho Federal da OAB, *in RFDT* nº 34, p. 54 e 61. Naquela ocasião, defendi, apaixonadamente, a tese de que a transferência direta do sigilo bancário para a Administração Tributária, de que trata o art. 5º da LC nº 105/2001, tinha como base constitucional o §1º do art. 145 da C.F.

²⁵ Também, nesse sentido, a doutrina de Paulo Quezado e Rogério Lima (*Sigilo bancário*, p. 79): “Com a *venia* das autoridades que perfilham tais posicionamentos, discordamos de ambas as correntes. A nosso ver, salta aos olhos de qualquer intérprete, que compreenda a Constituição sistematicamente, que ao MP não foi dado quebrar por si só o sigilo bancário, apesar de que, quando se analisa a literalidade da LC 73/93, vê-se que o legislador não permitiu a quebra diretamente pelo MP (art. 6º, XVIII, a)”.

- II) por ocasião de encaminhamento de informações relativas às representações fiscais para fins penais, nos termos do Código Tributário Nacional, art. 198, §3º, inc. I, preceptivo acrescentado pela Lei Complementar nº 104/2001 (2ª Turma do STF, HC nº 87.654-4-PR);
- III) não se tratando de pedido generalizado de transferência de sigilo fiscal, para pesquisa de eventuais cometimentos de ilicitudes, a primeira vista, enquanto melhor se pacifica esta controvérsia, embora aparenta existir, no momento, uma certa tendência jurisprudencial em sentido contrário, admite-se, nos termos legais, e com a devida ponderação caso a caso, por parte da Administração, a transferência direta ao Ministério Público de res- tritos dados identificadores, realmente, gerais ou cadastrais (o que não se confunde com o inteiro cadastro de clientes ou contribuintes, já que existe a parte confidencial dos cadastros, que não deve ser levada a conhecimento de terceiros, e outros que são de domínio público), que não possam desvendar algo da intimidade ou da vida privada do indivíduo, como aqueles dados que as pessoas, normalmente, utilizam ou revelam em suas relações com os outros, e, dedutivelmente, não se importam que os mesmos sejam revelados, nomeadamente, o nome completo, número do CPF ou CNPJ, registro geral ou número da carteira de identidade, filiação, idade; em regra, o endereço, o estado civil, a profissão, ou outros dados de idêntica natureza.²⁶
- 7ª) a exceção das Administrações tributárias (CF, art. 145, §1º; e art. 37, inc. XXII, CTN, art. 199), também, de acordo com a jurisprudência, que vem se firmando, não há norma constitucional que autorize a transferência dos sigilos bancário e fiscal a outros órgãos ou entidades federais, aliás, na maioria dos casos, nem mesmo lei complementar autoriza tal transferência para a Polícia Federal, o Tribunal de Contas da União, o Banco Central do Brasil, e à Controladoria Geral da União, com a explicitação da possibilidade da transferência de dados gerais e cadastrais à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, com o fito de representação judicial e extrajudicial da União em matéria de natureza fiscal, já que referido órgão jurídico compõe, dentro de suas pertinentes atribuições legais, juntamente com a Secretaria da Receita Federal do Brasil, a Administração Tributária federal;
- 8ª) no que concerne, especificamente, ao sigilo fiscal, a hipótese prevista no art. 198, §1º, inc. II do CTN, mesmo excluídos os dados bancários (LC nº 105/2001, art. 3º, *caput*, §§1º e 2º), aparentemente, não tem amparo constitucional, ou seja, muito dificilmente se poderá encontrar supedâneo constitucional, isto é, a justificativa da prevalência ao princípio da publicidade (CF, art. 37, *caput*), já que não se buscaria, no caso, atos administrativos ou dados inerentemente públicos;
- 9ª) isto, obviamente, não impede que o órgão ou ente da Administração pública, em que o servidor ocupe cargo público, possa ter acesso direto aos dados fiscais do seu servidor, quando este tenha, anteriormente, autorizado expres- samente;

²⁶ Cf. artigo de Paul Medeiros Krause, intitulado "O sigilo bancário e os dados cadastrais" (*In*: JANTALIA (Coord.). *A regulação jurídica do sistema financeiro nacional*, p. 147-158).

5 Impossibilidade de os Ministérios Públicos Estaduais terem acesso direto de dados, realmente, amparados pelos sigilos bancário e fiscal, sem a prévia intermediação da autoridade judiciária

Divirjo, *data venia*, daqueles que advogam a possibilidade de o Ministério Público dos Estados ter acesso direto, sem a intermediação da autoridade judiciária, de matérias, realmente, amparadas pelo sigilo fiscal, onde não predomina o princípio da publicidade da Administração pública, nem estão em foco simples informes ou dados identificadores cadastrais, inclusive, disponíveis para conhecimento público em publicações periódicas (listas telefônicas) ou em bancos de dados privados (cartórios, SERASA, SPC, etc.).

Isto, ainda quando a Constituição Federal, ao estabelecer as funções institucionais do Ministério Público, no 129, abranger, de acordo com os arts. 128, *caput*, incs. I e II, e 130, da Lei Maior, o Ministério Público da União, compreendendo o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, os Ministérios Públicos estaduais e o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas.²⁷

Em primeiro lugar, insta observar que qualquer norma jurídica que restrinja ou relativize o sigilo fiscal, como corolário do direito constitucional fundamental à vida privada e à inviolabilidade da comunicação de dados, além de dever ter assento constitucional, como reclama a jurisprudência do STF, deve, ainda, ser interpretada restritivamente, evitando-se interpretação extensiva, sem supedâneo em expressa e clara disposição legal.²⁸

Em segundo lugar, como visto, a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal é no sentido de que os preceptivos do art. 129, incs. VI e VIII, da Carta Política de 1988, não chegam a ponto de autorizar a transferência direta dos sigilos bancário e fiscal ao Ministério Público, independentemente de ordem judicial (STF – MS nº 21.729; RE 215.301).

Portanto, parece que incorrerem em equívoco os que pretendem aplicar ao controverso caso de acesso direto de dados fiscais por parte do Ministério Público, matéria que, repita-se, a Constituição da República não prevê, o decido, pelo STF, por ocasião do julgamento da ACO nº 730-5/RJ (*DJ* de 11.11.2005), quando, mesmo com a omissão da Lei Complementar nº 105/2001, reconheceu-se à Comissão Parlamentar de Inquérito de Assembleia Legislativa, em simetria com o, expressamente, previsto no art. 58, §3º, da Constituição Federal, o poder investigatório próprio da autoridade judiciária de receber, diretamente, do Banco Central do Brasil, dados protegidos pelo sigilo bancário, tendo em vista a observância obrigatória, pelos Estados Membros, de aspectos fundamentais decorrentes do equilíbrio federativo e da separação dos Poderes.

Ademais, o sigilo fiscal e suas hipóteses de relativização são regulamentados por normas gerais de direito tributário, que, nos termos do art. 146, *caput*, inc. III do Estatuto Político, devem ser veiculadas por lei complementar (CTN, art. 198, com as inovações da LC nº 104/2001),²⁹ não bastando lei ordinária.

²⁷ Comentário de J. G. Belloque (*op. cit.*, p. 137).

²⁸ Comentários de Juliana Garcia Belloque ao art. 129, VI e VIII, da CF/1988, no livro citado (p. 137).

²⁹ O *caput* do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional –, recebida pela Constituição Federal com o status de lei complementar, com a redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, estabelece o sigilo fiscal, ao dispor que, “sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”. Além da hipótese do artigo 199 do Código Tributário Nacional, o mesmo diploma

E, como vimos, a exegese, que os Tribunais Superiores pátrios têm oferecido, pelo menos até aqui, a essa matéria, inclusive com supedâneo no art. 198 do CTN, com as inovações da LC nº 104/2001, numa interpretação conforme à Constituição, admite, apenas, a transmissão direta de dados fiscais ao Ministério Público, sem a prévia autorização judicial, quando deva prevalecer o princípio da publicidade (CF, art. 37, *caput*), sendo as informações e os dados requisitados, inerentemente, públicos, e estando em baila o patrimônio público; quando os dados solicitados sejam, meramente, identificadores cadastrais, ou seja, de conhecimento público, nem haja interesse de negação de comunicação, não sendo, verdadeiramente, sigilosos; e nos casos de transmissão de informações relativas às representações fiscais para fins penais.

Aliás, numa interpretação analógica e sistemática, insta colimar que a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, não confere ao Ministério Público a atribuição para requisitar e obter, diretamente, dados bancários sigilosos.

O que vai ao encontro da tese que os preceitos do art. 198, §1º, inc. II, e §2º do art. 198 do Código Tributário Nacional, acrescentados pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, não atribuiu ao Ministério Público o poder de obter, diretamente, sem a prévia intervenção do Poder Judiciário, dados e informações, amparados pelo sigilo fiscal, isto, além da tradição do nosso direito, repita-se, pelo fato de a Lei Complementar nº 105, da mesma data, não ter autorizado ao *Parquet* a quebra, por si só, do sigilo bancário.

Ademais, corroboram tal exegese o dispositivo do art. 1º, §4º, da Lei Complementar nº 105/2001, que reza que *a quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial*, bem como o art. 3º do mesmo diploma legal, que dispõe que *serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide*.

Outrossim, como já exposto, a exegese, que tem sido dada, hodiernamente, pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao art. 8º, incs. II, IV, VIII, §2º, da lei específica, ou seja, a Lei Complementar nº 75/1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto apenas do Ministério Público da União, é no sentido de que o Ministério Público pode ter acesso a dados sigilosos, ninguém podendo opor ao órgão do *Parquet* a exceção de sigilo, mas, em regra, desde que haja prévia autorização judicial.

legal, no seu §1º, do artigo 198, prevê duas exceções ao sigilo fiscal: "I - requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; II - solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa". O §2º do art. 198 do CTN estatui: "O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo". Já o §3º do artigo 198 estabelece: "Não é vedada a divulgação de informações relativas a: I - representações fiscais para fins penais; II - inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; III - parcelamento ou moratória". Por fim, assim dispõe o art. 199 do CTN: "A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio. Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos".

E, de fato, podendo o Ministério Público figurar, numa relação jurídica processual na condição de parte, falta-lhe, evidentemente, a indispensável imparcialidade, que é dever diferenciador da autoridade judiciária, para a decretação da quebra do sigilo fiscal (STF – RE nº 155.301; RE nº 461.366).

Juliana Belloque vai além:

Além disso, o perfil do Ministério Público, desenhado pela Constituição da República de 1988, no qual sobressai a defesa da ordem jurídica, não lhe retira da posição de parte processual, mormente nas causas penais e nas ações civis públicas. Não há como negar que ele constitui um dos sujeitos da relação processual, interessado perante a decisão jurisdicional final, ao qual são atribuídos ônus processuais. O fato de o membro do Ministério Público não deduzir pretensões próprias em juízo e apenas representar o poder-dever de punir do Estado — ao qual não incumbe a imposição de penas àqueles contra quem não se conseguiu reunir provas suficientes à condenação — não autoriza a afirmação de que à instituição não possa ser atribuído interesse no processo penal.

A componente interessado da relação processual não cabe a atribuição de poder gerador de desequilíbrio incompatível com o devido processo legal. O outro não seria o resultado caso tivesse o Ministério Público poder de requisitar diretamente às instituições financeiras as informações sob a tarja do sigilo.

O modelo atual do processo justo exige a atuação paritária das partes em contraditório, munidas com igualdade de armas, ou seja, em posição de equilíbrio [...].³⁰

Aliás, o preceito do art. 6º, *caput*, inc. XVIII, alínea “a”, da própria Lei Complementar nº 75, de 1993, espanca qualquer dúvida a respeito da necessidade, regra geral, de o Ministério Público requisitar à autoridade judiciária a transferência tanto do sigilo bancário, como do sigilo fiscal, ao explicitar que *compete ao Ministério Público representar ao órgão judicial competente para a quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*.

Neste ponto, insta trazer à colação o magistério do douto Juiz Federal Erik Frederico Gramstrup:

A contrario sensu, não dispõem do poder de quebrar o sigilo bancário: a) as comissões de sindicância que apuram responsabilidade de servidores públicos, porque devem dirigir pedido ao Poder Judiciário; b) o Ministério Público que, da mesma forma, deve solicitá-lo à autoridade judiciária competente. Isto costuma ser contraditado com a invocação do art. 129, inc. VI, da Constituição, que permite a requisição de informações nos procedimentos internos daquele órgão. A Lei Complementar nº 75/1993, estruturante do Ministério Público da União, art. 8º, permite a determinação dirigida tanto à entidades públicas (inc. II), quanto às privadas (inc. IV). Isoladamente interpretadas, essas disposições indicariam o contrário do que concluímos. Regras semelhantes constam da lei orgânica nacional do *Parquet* (Lei nº 8.625/1993, art. 26, incs. I, “b” e II). Mas nenhum ato normativo pode ser entendido fora do sistema. Em se tratando de informes que o ordenamento tutela com segredo especial, regulamentando franquia constitucional, o tratamento dado pela lei específica prevalece sobre aquelas normas gerais. E se a LC 105 omitiu o Ministério Público dentre as ressalvas ao sigilo de que trata, este silêncio é inteligido como proposital. Outra razão está em que, se a Constituição desejasse, teria investido o MP dos mesmos poderes instrutórios

³⁰ BELLOQUE, *op. cit.*, p. 140-141.

que adjudicou às Comissões Parlamentares de Inquérito, estas investidas de atribuições parajudiciais ou, se se preferir chamar assim, jurisdição investigatória extraordinária. Se a Lei Maior não o fez, é porque não o desejava. O *Parquet* tem um poder geral de inquirição e requisição de informações, contrastando em casos particulares como o presente. O que não o impede de formular requerimento perante o órgão competente do Poder Judiciário. c) a Comissão de Valores Mobiliários, sujeita à idêntica ressalva.³¹

A seu turno, a norma do art. 15, *caput*, inc. I, da Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, que estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual, estipula, como uma das atribuições dos Promotores de Justiça, promover diligências e requisitar documentos, certidões e informações de qualquer repartição pública ou órgão federal, estadual ou municipal, da Administração direta ou indireta, mas ressalva as hipóteses legais de sigilo e de segurança nacional.

Mas, vamos além, será que as normas do art. 26, *caput*, inc. I, alínea “b”, e §2º, da Lei ordinária nº 8.525, de 12 de fevereiro de 1993, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, e que dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, daria guarida a tese de que o Ministério Público dos Estados poderia receber diretamente da Administração pública dados amparos pelo sigilo bancário ou fiscal, sem a necessidade de prévia autorização judicial?

A resposta é dada pelo próprio interprete maior e último da lei infraconstitucional, cabendo transcrever Ementa do Acórdão da 5ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, embora o respectivo julgamento tenha ocorrido antes da publicação da Lei Complementar nº 104/2001:

HABEAS CORPUS nº 2.352-8/RJ

EMENTA: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. PODERES. LEI 8.625/93.

SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA POR AQUISIÇÃO DIRETA DE PROMOTOR PÚBLICO. Impossibilidade.

IMPOSSIBILIDADE.

A criação de novas hipóteses de quebra do sigilo bancário não previstas na Lei 4.595/64, ou a forma de acesso a informações bancárias sigilosas, só pode ser fruto de lei complementar, não de lei ordinária, de que é espécie a Lei 8.625, de 12/02/93, instituidora da Lei Orgânica do Ministério Público.

Além disso, o art. 26, II, da referida Lei 8.625 contém autorização genérica que não afasta a exceção da proibição de violação de sigilo. O §2º desse mesmo artigo define uma hipótese de responsabilidade do membro do Ministério Público, não de autorização de quebra de sigilo.

O acesso a informações bancárias, cobertas pelo sigilo, pode e deve ser obtido pelo Ministério Público através do Poder Judiciário.

Habeas corpus deferido. (DJ de 9.5.1994).³²

Parece-me que esta exegese é compartilhada pela maioria dos ilustres membros do Ministério Público, tendo em vista a prática difundida que se requisitar a transferência dos sigilos bancário e fiscal à autoridade judiciária.

³¹ GRAMSTRUP. Sigilo fiscal e bancário: fundamentos normativos e principiologicos da quebra. PIZOLIO; GAVALDÃO JR. (Coord.) *Sigilo fiscal e bancário*, p. 237-239.

³² Cf. precedentes: STJ. RHC nº 1.290. DJ, 21 out. 91; STJ. HC nº 1.458. DJ, 07 dez. 92.

Corroborar o que fora dito acima, o testemunho de Carlos Alexandre Marques, digno Promotor de Justiça do Estado de Goiás: “Centrando a análise na atuação ministerial, tem-se que o sigilo bancário e fiscal pode e deve ser quebrado mediante decisão judicial quando houver inequívoco interesse em se descobrir a verdade sobre fato maculado de ilicitude civil, penal, tributária ou administrativa, porquanto o que a lei veda é o fornecimento indiscriminado e imotivado de informações sigilosas”.³³

Para encimar, volto a trazer à lume o seguinte trecho de artigo doutrinário, no qual admito que não deveria haver maiores problemas no pedido do Ministério Público ao órgão judicial competente, para a transferência do sigilo bancário ou fiscal, ao invés de se buscar afastar o Poder Judiciário da análise prévia da viabilidade ou não da relativização de direitos assegurados pela própria Lei Maior:

Por outro lado, cumpre ponderar que o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União, estes que, aliás, não receberam autorização de lei complementar para obter, diretamente, transferência de sigilo bancário (o que é muito relevante), não têm mesmo necessidade maior de receber a transferência de matéria sigilosa sem prévia intermediação do Poder Judiciário.

Isto pela simples razão de que, nesses casos, há, por parte desses órgãos, ciência do objeto investigado e a identificação das pessoas possivelmente envolvidas, diante de fortes indícios contra elas.

Assim, não haveria maiores problemas de se requerer, nesses casos, que o Poder Judiciário examinasse, previamente, o pedido fundamentado de transferência de matéria sigilosa.³⁴

6 Dados cadastrais

A respeito deste controvertido tema dos dados cadastrais em cotejo com o direito à vida privada e à inviolabilidade de comunicação de dados, Tercio Sampaio Ferraz Jr. leciona que, em regra, os elementos identificadores cadastrais são de conhecimento público e fornecidos sem qualquer constrangimento, não havendo de falar em sigilo que os envolva. Assim, segundo o abalizado jurista, distinguem-se, entre os dados cadastrais, os que exteriorizam relações de convivência privada ou uma comunicação restringida (liberdade de negação), e os simples elementos de identificação, que não se busca esconder do conhecimento público. Aqueles continuariam resguardados pela Constituição em face do direito à privacidade e à inviolabilidade da comunicação de dados, Esses, em si mesmo, não são sigilosos. São protegidos tão somente quando compõem relações de convivência privativa, envolvendo a liberdade de negação da comunicação.³⁵

Já abordei esse tema de dados cadastrais de identificação:

Todavia, o nome da pessoa, o número de inscrição no CPF ou CNPJ, se tem conta bancária em determina instituição financeira, se a pessoa é de posses ou não, ora, tudo isto não se oculta, é, em geral, percebido pelos outros, no próprio convívio social e profissional,

³³ MARQUES. A natureza do pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal e alguns comentários práticos da atuação do Ministério Público, *Revista dos Tribunais*, p. 536.

³⁴ SARAIVA FILHO. O sigilo bancário e a Administração Tributária: LC nº 105/2001; IN-RFB nº 802/2007. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, p. 54.

³⁵ FERRAZ JUNIOR. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista dos Tribunais*, p. 141-154.

em absoluto, não há, aqui, matéria sigilosa em relação ao órgão do Estado, que recebeu da Constituição³⁶ e da lei complementar³⁷ autorização, para identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes.

Imaginem-se o contra-senso e o absurdo paranóico, se alguém pensasse: “o conhecimento do meu nome (ou o número do meu CPF) é só para mim e os mais íntimos”, ou coisa parecida. [...]

A privacidade, na espécie, está, portanto, protegida, quando a norma da lei complementar restringe a transmissão das informações, por parte das instituições financeiras, a simples informações cadastrais dos contribuintes usuários de serviços bancários, é dizer meros dados que identificam a pessoa em suas relações sociais, comerciais e com o Poder Público (nome, CPF, endereço), aliás a identificação dos nomes das pessoas faz parte da comunicação humana: ninguém tem identificação só para si mesmo ou para pessoas mais chegadas, o nome das pessoas é mesmo para os outros, para o mundo.³⁸

O dado sigiloso, amparado pela Constituição, é o relativo à intimidade e à vida privada, e não todo e qualquer dado. Aquele pode ser relativizado, em regra, por ordem judicial.

A seu turno, o que a Lei Suprema protege é a interceptação da comunicação de dados, e não do dado em si. Caso contrário, repita-se, estaria inviabilizada qualquer fiscalização ou investigação direta por parte da Administração. Assim, dados não sigilosos, contidos em registros públicos, de notório conhecimento público, podem ser transferidos a terceiros, independentemente de intervenção judicial.

Ainda a esse respeito, embora reconhecendo-se que a questão ainda não se encontra assentada no âmbito do Poder Judiciário, cumpre mencionar que tanto o Supremo Tribunal Federal, como o Superior Tribunal de Justiça não consideram sigilosos, e, portanto, não protegidos pelo direito à privacidade e pela liberdade de negação da comunicação os dados públicos, como os são o registro de ajuizamento de ação de execução ou de lavratura de protestos, os dados cadastrais de entidades como SERASA, SPC, SERPRO, alguns desses entes, que prestam serviços de proteção do crédito, inclusive, repassam informações cadastrais de consumidores de forma onerosa a quem os solicita.

Impende, neste ponto, chamar a atenção para o fato de que a nossa Corte Constitucional, por ocasião do julgamento da *ADIn nº 1.790/DF*, ter admitido a legitimidade da transferência de registros de dados de clientes, provenientes de bancos de dados privados, por parte de estabelecimentos comerciais e instituições financeiras, com interesses eminentemente creditícios e comerciais. Afirmou-se então:

A convivência entre a proteção da privacidade e os chamados arquivos de consumo, mantidos pelo próprio fornecedor de crédito ou integrados em bancos de dados, tornou-se um imperativo da economia da sociedade de massas: De viabilizá-la cuidou o CDC, segundo o molde das legislações mais avançadas: ao sistema instituído pelo Código de Defesa do Consumidor para prevenir ou reprimir abusos dos arquivos de consumo, hão de submeter-se as informações sobre os protestos lavrados, uma vez obtidas na forma prevista no edito impugnado e integradas aos bancos de dados das entidades credenciadas à certidão

³⁶ CF/1988, art. 145, §1º.

³⁷ LC nº 70/1991, art. 12; e LC nº 105/2001, art. 5º, §2º.

³⁸ SARAIVA FILHO. O sigilo bancário e a Administração Tributária: LC nº 105/2001; IN-RFB nº 802/2007. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, p. 42, 43, 86.

diária de que se cuida: é o bastante a tornar duvidosa a densidade jurídica do apelo da argüição à garantia da privacidade, que há de harmonizar-se à existência de bancos de dados pessoais, cuja realidade a própria Constituição reconhece (art. 5º, LXXII, *in fine*) e entre os quais os arquivos de consumo são um dado inextirpável da economia fundada nas relações massificadas de crédito. (ADIn nº 1.790, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 08 set. 2000).³⁹

Insta transcrever, nesse diapasão, as seguintes Ementas de Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

EDcl no RMS 25.375/PA

PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL. DADOS CADASTRAIS OBTIDOS JUNTO AO BANCO DE DADOS DO SERPRO. INEXISTÊNCIA DE SIGILO FISCAL OU BANCÁRIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...]

III - Não estão abarcados pelo sigilo fiscal ou bancário os dados cadastrais (endereço, nº telefônico e qualificação dos investigados) obtidos junto ao banco de dados do Serpro. Embargos parcialmente acolhidos, com efeitos infringentes, para dar parcial provimento ao recurso. (DJe 02.02.2009).

STJ – REsp 1.038.272/RS

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. INSCRIÇÃO NA SERASA. PROTESTO DE TÍTULO. FATO VERÍDICO. OMISSÃO NA COMUNICAÇÃO NO CADASTRO DA RÉ. CDC, ART. 43, §2º.

I. Constatado que o protesto contra a autora constante nos registros da SERASA é fato verdadeiro, não se configura o dever de indenizar pela não comunicação à devedora, notadamente porque a existência do apontamento é informação de domínio público, que pode ser coletada pelos bancos de dados e órgãos cadastrais dispensadas daquela providência pelo princípio da publicidade imanente.

II. Recurso não conhecido. (DJe 25.08.2008).

Nos casos acima, os dados cadastrais foram obtidos pelo Ministério Público sem a existência de vínculo entre as informações das pessoas com qualquer segredo ou sigilo delas.

Insta destacar a Ementa do Acórdão da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Ordinário nº 16.897-RJ, que denegou pedido da SERASA, para não repassar ao Poder Público estadual dados cadastrais, sob alegação de sigilo, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SÚMULA 266/STF. INAPLICABILIDADE. ÓRGÃO OFICIAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REQUISICÃO DE INFORMAÇÕES CADASTRAIS. ART. 55, §4º, DO CDC. POSSIBILIDADE. [...]

2. A atividade econômica da recorrente já revela que os dados requisitados não estão protegidos legalmente por sigilo. A SERASA repassa informações cadastrais de consumidores de forma onerosa a quem os solicita. Descabida é a recusa ao Poder Público Estadual,

³⁹ SARAIVA FILHO. O sigilo bancário e a Administração Tributária: LC nº 105/2001; IN-RFB nº 802/2007. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, p. 47.

representado por seu órgão de defesa do consumidor, baseada em sigilo de dados que são transmitidos cotidianamente a outros interessados.

3. A notificação expedida pelo órgão estadual de defesa do consumidor em nada prejudica qualquer segredo industrial ou comercial da impetrante. O ente público não atua no mercado e nem pode utilizar as informações requeridas para fazer concorrência com a recorrente.

4. Caso o ente público utilize ou divulgue tais informações em finalidades outras que não estejam vinculadas à defesa do consumidor, caberá ao titular dos dados divulgados postular a responsabilização por eventual dano moral.

5. Os concessionários de serviços públicos estão impedidos de informar aos serviços cadastrais de consumidores, por força de norma local – Lei Estadual fluminense nº 3.762/02 –, a situação de inadimplência dos seus usuários.

6. O ato de verificar se a recorrente ainda tem acesso a esse tipo de informação configura etapa de uma apuração que, nos termos do art. 55, §4º, do CDC, se inclui no rol de atribuições legais dos órgãos oficiais de defesa do consumidor.

7. Recurso ordinário improvido. (DJ de 06.09.2004, p. 183).

Em sentido contrário, no entanto, temos as seguintes Ementas de Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

STJ – T6 – RHC 8.493/SP

Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro

Ementa: RHC – CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – INFORMAÇÕES CADASTRAIS – SIGILO – Quando uma pessoa celebra contrato especificamente com uma empresa e fornece dados cadastrais, a idade, o salário, endereço, é evidente que o faz a fim de atender às exigências do contratante. Contrata-se voluntariamente. Ninguém é compelido, é obrigado a ter aparelho telefônico tradicional ou celular. Entretanto, aquelas informações são reservadas, e aquilo que parece ou aparentemente é algo meramente formal pode ter conseqüências seríssimas; digamos, uma pessoa, um homem, resolva presentear uma moça com linha telefônica que esteja no seu nome. Não deseja, principalmente se for casado, que isto venha a público. Daí, é o próprio sistema da telefonia tradicional, quando a pessoa celebra contrato, estabelece, como regra, que o seu nome, o seu endereço e o número constarão no catálogo; entretanto, se disser que não o deseja, a companhia não pode, de modo algum, fornecer tais dados. Da mesma maneira, temos cadastro nos bancos, entretanto, de uso confidencial para aquela instituição, e não para ser levado a conhecimento de terceiros. (DJ de 02.08.1999, p. 224).

STJ – T2 – REsp 306.570/SP

Rel. Min. Eliana Calmon

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL – REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DE ENDEREÇO DO RÉU AO BANCO CENTRAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Embora na hipótese dos autos não se pretenda, através de requisição ao Banco Central, obter informações acerca de bens do devedor passíveis de execução, mas tão-somente o endereço, o raciocínio jurídico a ser adotado é o mesmo. 2. O contribuinte ou o titular de conta bancária tem direito à privacidade em relação aos seus dados pessoais, além do que não cabe ao Judiciário substituir a parte autora nas diligências que lhe são cabíveis para demandar em juízo. 3. Recurso especial não conhecido. (DJ de 18.02.2002, p. 340).

Diante, pois, dos dois acórdãos do STJ acima destacados (RHC 8.493/SP e REsp 306.570/SP, sendo que, no último caso, outro motivo contribuiu para o desfecho do *decisum*), deve-se reconhecer que, aparentemente, existe uma tendência da jurisprudência em

considerar que mesmo os dados gerais ou cadastrais, mas apresentados pelo indivíduo aos bancos ou à Administração Tributária, para os devidos fins específicos, tratar-se-iam de dados sigilosos e de comunicação exclusiva, não podendo ser transferidos a outras pessoas, mesmo que do Poder Público, sem ordem judicial.

Ainda persiste, pois, dúvida quanto aos dados, mesmo gerais ou cadastrais, prestadas aos bancos, empresas privadas, por contratos privados, mas com a recomendação de manutenção de sigilo sobre os mesmos, ou para a Administração Tributária, com o fito exclusivo do cumprimento de uma obrigação fiscal, devam ser tidos como sigilosos e protegidos pela liberdade de negação de comunicação, e, assim, resguardados pelos sigilos bancário e fiscal.

Certo que defendemos, no corpo deste trabalho, que a Administração Tributária, para possa exercer com eficiência a fiscalização tributária continuada, em termos de vigilância, tem autorização da Constituição Federal (art. 145, §1º) e de lei complementar (LC nº 105/2001, art. 5º; e LC nº 70/1991, art. 12) para ter acesso a dados gerais ou cadastrais dos contribuintes, estejam eles aonde estiverem.

Por outro lado, a primeira vista, parece, pelo menos, razoável supor que a transferência de dados pessoais cadastrais públicos, que possam ser localizados em entes, até mesmo privados, que elaboram e negociam tais dados — como as entidades prestadoras de serviço de proteção ao crédito, que, hoje em dia, praticamente ninguém delas pode ficar incólume — não fere à vida privada, nem à liberdade de negação de comunicação, mesmo que esses dados estejam em guarda do Poder Público.

Da mesma forma, pelo menos enquanto não haja pacificação da jurisprudência, é aceitável que os entes públicos, que tenham autorização em lei complementar, possam, também, receber de bancos ou da Administração Tributária esses dados gerais ou cadastrais de clientes ou contribuintes.

Avive-se que o nome, o fato da pessoa ser cliente de determinado banco, o número da conta corrente, os números de documentos, emitidos pelo Poder Público, o CPF ou GGU e a carteira de identidade são, essencialmente, públicos, e estão impressos na própria folha de cheque, que circula à vontade, nada disso fazendo supor que haja algo de íntimo ou privativo, nem que exista algo que o interessado não deseje que seja divulgado.

No que tange ao sigilo fiscal, com supedâneo em assentada jurisprudência do STF e do STJ, opina-se no sentido de que, ressalvadas as hipóteses retro listadas no curso deste artigo, as autoridades da Administração Pública têm o dever de resistir — e se for o caso indo ao Poder Judiciário⁴⁰ — à solicitação de transferência de sigilo fiscal, feitas, diretamente, por todos os ramos do Ministério Público da União (nos termos do art. 24 da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, membros Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios), além de membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, sem prévia autorização judicial.

⁴⁰ Cf. Parecer nº GQ-110, com o “Aprovo” Presidencial, em 10.09.96, publicado no *Diário Oficial* de 12 set. 1996, que adotou o Parecer nº AGU/PRO-04/96, de 02.09.1996, da lavra do ilustre Consultor da União, Dr. Miguel Pró de Oliveira Furtado, que aconselha a submissão da questão, concernente à pedido, por parte do TCU, de informações e dados sigilosos, ao Poder Judiciário.

7 Conclusão

Diante de todo o exposto, cabe concluir que, embora os Tribunais Superiores pátrios não tenham ainda enfrentado e pacificado, especificamente, esta questão, 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 exceção ao direito da privacidade e da inviolabilidade da comunicação de dados, dando autorização para a transferência direta de dados bancários da instituição financeira para a Administração Tributária.

A Constituição brasileira exige que a Administração Tributária promova o real cumprimento do caráter pessoal do imposto de renda, dos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade desse imposto, dos princípios da igualdade tributária material e da capacidade contributiva (CF, arts. 153, §2º, I; 145, §1º; 150, II).

É Direito fundamental dos contribuintes que o Estado zele pelo cumprimento dos princípios retrocitados, obstando-se assim que os que não podem fugir da tributação venham a pagar, ainda mais, para fazer face aos tributos sonegados por terceiros.

Especialmente, diante das interpretações dadas às normas pertinentes da Constituição brasileira e de leis infranconstitucionais, que vêm se pacificando, dia a dia mais, no bojo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, forçoso é concluir que o sigilo bancário somente poderá ser transferido ao Ministério Público mediante autorização judicial e que a Administração só está autorizada a atender à solicitação do Ministério Público da União, do Ministério Público dos Estados, e do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, em casos em que, como o de gestão de dinheiro público, deva prevalecer o princípio da publicidade administrativa, ou, em conformidade com o estágio atual da jurisprudência, embora pareça existir uma certa tendência jurisprudencial em sentido contrário, de dados identificadores, realmente, gerais ou cadastrais, com exceção dos bancários, que não possam desvendar algo da intimidade ou da vida privada do indivíduo, como aqueles dados públicos que as pessoas, normalmente, utilizam ou revelam em suas relações sociais ou públicas, e não se importam, ou pelo menos não aparentam se importar que os mesmos sejam revelados, nomeadamente, o nome completo, número do CPF ou CNPJ, registro geral ou número da carteira de identidade, idade; em regra, o endereço, o estado civil, a profissão, ou outros dados de idêntica natureza.

Entretanto, por precaução, diante de dois precedentes do STJ (Acórdãos do RHC 8.493/SP e REsp 306.570/SP), poderiam as autoridades responsáveis pelos sigilos considerar mais conveniente, pelo menos até que melhor se firme a jurisprudência a respeito, que mesmo a transferência de dados bancários e fiscais gerais ou cadastrais dependem, salvo exceções previstas na Constituição (CF, art. 37, *caput*; art. 58, §3º; e art. 145, §1º), de decisão de autoridade judiciária, comportando, quiçá, aqui também, uma interpretação conforme à Constituição;

Conclui-se, também que, independentemente de pedido, cabe a Administração, encaminhar aos Ministérios Públicos, quando comportar, informações relativas às representações fiscais para fins penais.

Nos demais casos, quer a solicitação seja feita pelo Ministério Público da União, quer pelo Ministério Público dos Estados, ou do Ministério Público junto às Cortes de Contas, o atendimento, somente, pode suceder mediante prévia ordem judicial.

É de todo recomendável, pois, que se acompanhe, pelo menos na conjuntura atual, as interpretações, que vêm prevalecendo do âmbito do STF e STJ sobre a matéria, aqui tratada.

Caso contrário, estar-se-ia favorecendo a geração de provas ilícitas.⁴¹

Referências

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise da LC 105/2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer nº GQ 110, de 09.09.1996. “Aprovo” Presidencial em 10.09.1996. Parecer nº AGU/PRO-04/96, da lavra de Miguel Pro de Oliveira Furtado. Sigilo bancário e fiscal – submissão ao Poder Judiciário. *DO*, 12 set. 1996. *RDDT*, São Paulo, n. 14, p. 108-126, 1996.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COVELLO, Sérgio Carlos, COVAS, Silvânio. A ilegitimidade do Ministério Público para requisitar diretamente informações sigilosas às instituições financeiras. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 145-156, maio/ago. 1999.
- COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário: com particular enfoque na sua tutela civil*. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 1991.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo bancário, a Constituição Federal e a Lei Complementar n. 105/2001. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo bancário. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 64-80, jan./fev. 2003.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1, out./dez. 1992. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, p. 141-154.
- FOLMANN, Melissa. *Sigilo bancário e fiscal: à luz da LC nº 105/2001 e Decreto nº 3.724/2001*. Curitiba: Juruá, 2001.
- GRAMSTRUP, Erik Frederico. Sigilo fiscal e bancário: fundamentos normativos e principiologicos da quebra. In: PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR., Jayr Viégas (Coord.) *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 225-245.
- GRECO, Marco Aurélio. O sigilo do fisco e perante o fisco. In: PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR., Jayr Viégas (Coord.) *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 73-90.
- GRECO, Marco Aurélio. Sigilo bancário e a Lei Complementar nº 105/01. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, ano 1, n. 1, Belo Horizonte, p. 81-89, jan./fev. 2003.
- JESUS, Damásio de. Crimes contra a ordem tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Crimes contra a ordem tributária*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; CEU, 2002. p. 425-460.
- KRAUSE, Paul Medeiros. O sigilo bancário e os dados cadastrais. In: JANTALIA, Fabiano (Coord.). *A regulação jurídica do sistema financeiro nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 147-158.

⁴¹ Tenho dois amos: a jurisprudência assentada do STF em matéria de interpretação de norma constitucional, e a jurisprudência pacificada do STJ em matéria de interpretação de lei infraconstitucional. De modo que, no sentido das conclusões, expostas neste Parecer, independentemente de nossas convicções pessoais, é a jurisprudência atual dos nossos Tribunais Superiores, e, tudo leva a crer, parece ser esta a tendência da jurisprudência pátria futura.

- MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2005. v. 3.
- MARQUES, Carlos Alexandre. A natureza do pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal e alguns comentários práticos da atuação do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, ano 86, v. 736, p. 535-538, 1997.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Crimes contra a ordem tributária*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; CEU, 1998.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público: análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 24, dez. 1992. Caderno 1, p. 438-436.
- NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões sobre o actual Estado fiscal. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, p. 91-120, jul./ago. 2003.
- PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR., Jayr Viégas (Coord.). *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. *Sigilo bancário*. São Paulo: Dialética, 2002.
- ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário e direito à intimidade*. Curitiba: Juruá, 2001.
- SANCHES, José Luís Saldanha. Segredo bancário e tributação do lucro real. In: *Estudos de direito contábilístico e fiscal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.
- SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva. O sigilo bancário e a Administração Tributária: LC nº 105/2001; IN-RFB nº 802/2007. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 6, n. 34, p. 31-109, jul./ago. 2008.
- SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva. Sigilo bancário e *right of privacy*. *Revista Consulex*, Brasília, ano 4, n. 41, 2000.
- SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva. Sigilo bancário e fisco: uma análise constitucional. *Revista Consulex*, Brasília, ano 5, n. 108, p. 24-30, 2001.
- SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva. Sigilo bancário e tributário. In: III COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO – III COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DERECHO TRIBUTÁRIO. São Paulo: La Ley; IOB, 2001. p. 447-484.
- SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O acesso de dados bancários por parte do fisco: a transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal. In: PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR., Jayr Viégas (Coord.). *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 131-197.
- SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo bancário e a Administração Tributária. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 11, p. 55-69, 1995.
- SCAFF, Fernando Facury. Sigilo fiscal e reserva de jurisdição. *Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT*, São Paulo, n. 71, p. 60-71, ago. 2001.
- SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003*. São Paulo: Atlas, 2007.
- VALENTE, Christiano Mendes Wolney. *Sigilo bancário: obtenção de informações pela Administração Tributária federal*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilos bancário e fiscal em face da Administração Tributária e do Ministério Público. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). *Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 19-65. ISBN 978-85-7700-847-6.
