Revista Brasileira de
ESTUDOS CONSTITUCIONAIS

RBEC

A *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – [RB]EC* é uma revista jurídica especializada em Direi[to] Constitucional, de periodicidade quadrimestral. [Su]a formatação é peculiar: cada número possui, ao [m]esmo tempo, conteúdo temático e uma seção [d]estinada aos mais variados temas de interesse da [Te]oria da Constituição e da prática constitucional [co]ntemporânea.

Entre suas seções, pode-se apontar:

- Doutrina estrangeira (devidamente traduzida e relacionada ao tema específico de cada número);
- Doutrina nacional;
- Jurisprudência comentada;
- Resenhas.

As propostas de artigos para edição na *RBEC* [d]everão ser enviadas para <artigos.rbec@gmail.com>.

[A]ssinaturas
[0]800 704 3737
[(3]1) 2121-4949

EDITORA Fórum

visite nosso site
www.editoraforum.com.br

51017 - Y0057565

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL
Biblioteca
— CEJ

ano 8 - n. 28 | janeiro/abril - 2014
Belo Horizonte | p. 1-226 | ISSN 1981-6162
R. bras. Est. const. – RBEC

Revista Brasileira de ESTUDOS CONSTITUCIONAIS

RBEC

EDITORA Fórum

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. *In*: FORUM DE GRUPOS DE PESQUISA EM DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DOS DIREITOS, 1., 2009. *Anais...*, 2009.

VITAL, Moreira. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. *In*: COLÓQUIO NO 10º ANIVERSÁRIO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL *et al*. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

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

MOURA, Emerson Affonso da Costa. A Constituição de 1988 e o Supremo Tribunal Federal: o papel da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, p. 75-94, jan./abr. 2014.

Sigilo fiscal e bancário – Fundamentos normativos e principiológicos da quebra

Erik Frederico Gramstrup

Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Juiz Federal. Professor de Direito Civil (PUC-SP). Professor da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), no curso de pós-graduação *stricto sensu*. Cargos e funções anteriores: Advogado em São Paulo (1989/1990). Procurador do Estado de São Paulo (1990/1993). Presidente da Associação dos Juízes Federais em São Paulo e Mato Grosso do Sul. Professor da Faculdade de Direito de Osasco (UNIFIEO). Professor da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu.

Resumo: O artigo analisa, sob o ponto de vista constitucional, o sigilo fiscal e bancário, faz breve nota sobre a legislação e investiga as condições de quebra judicial à luz dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade (devido processo legal substantivo). Apresenta casuística.

Palavras-chave: Quebra de sigilo fiscal e bancário. Direito constitucional. Princípios. Legislação.

Sumário: **1** Fundamento constitucional do dever de sigilo – **2** Exame comparativo das constituições – **3** Do sigilo nas declarações de direitos – **4** Do sigilo como dever jurídico – A legislação infraconstitucional – **5** Exceções ao sigilo bancário e fiscal – **6** Conclusão – Parâmetros para a quebra do sigilo fiscal e bancário – Referências

1 Fundamento constitucional do dever de sigilo

1.1 O supedâneo constitucional do sigilo está na proteção à intimidade e a vida privada, valores solenemente consagrados pela Constituição Brasileira. Reconhece-se que o homem vive em relação intersubjetiva e, portanto, até certo ponto de modo devassado, mas faz parte de sua psicologia o anseio por um espaço de reserva e de exclusão dos outros. O ser humano não está só, nem pode regularmente viver só. Por isso não poderia repudiar toda e qualquer intromissão alheia. Ainda assim, tem a pretensão, que se considera legítima, de repelir o ingresso exagerado em uma esfera recôndita à curiosidade alheia. Ora, a Constituição assevera, como valor fundamental, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), declarando, por consequência da necessidade psicológica mencionada, "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" (art. 5º, inc. X). Resulta que o sobreprincípio da dignidade humana é a pedra angular, que equilibra os muros da intimidade e privacidade.

A solidão não é a regra para o ser humano; daí ser imperioso um certo e tolerável grau de exposição da própria vida ao conhecimento alheio. Já Aristóteles mencionava

que o homem é animal social e não há de isolar-se, salvo os casos em que sua natureza se corrompe, ou nos casos em que o longo exercício da espiritualidade permite romper as limitações dessa mesma natureza.[1]

Pode-se pensar que a superexposição, decorrente da combinação de equipamentos digitais com a rede mundial de computadores, seria um contra-argumento eficiente à afirmação de que a intimidade é desejo inato do ser humano. Mas não é. O desvelo a que milhões de usuários da *web* têm-se submetido é de ordem voluntária. Parte deles mesmos, ainda que em muitos casos com falta de consciência do perigo ou por força de imaturidade psicológica. Ainda que a pulsão de exibir-se tenha prevalecido nesses casos, resta intocado o desejo de manter à distância a ingerência involuntária de terceiros. Por isso permanece o sentimento de traição e de repúdio à veiculação não autorizada de imagens íntimas por pessoas a quem foram franqueadas em razão de relacionamento afetivo. Mesmo no *mundo multimídia* o ser humano rejeita a curiosidade não consentida. Ainda que em franca contradição com o hábito de expor-se voluntariamente, não se chega ao ponto de apreciar a exposição que extrapole os limites do consentimento.

Acrescente-se a isso que conhecimento significa poder; e que o conhecimento acumulado para fins específicos tem valor aferível em termos pecuniários. Uma forma de obter ou exercer poder consiste em acumular conhecimento acerca da vida alheia. Sabem disso tanto os vizinhos intrujões quanto os serviços de inteligência dos Estados. De modo que, além de ser uma necessidade natural a preservação da esfera íntima contra a curiosidade não querida, há uma precisão de outra ordem, de defesa da liberdade individual contra a pretensão alheia a exercer poder demasiado e sem legitimação democrática. No fundo, a tutela da intimidade também é tutela da liberdade, nos vários sentidos jurídicos que esta última expressão possa assumir.

1.2 Ainda na Constituição delineiam-se as primeiras consequências e complementos do direito à vida privada. Declara-se a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inc. XI), que superpõe parcialmente (ao menos) a tutela da privacidade. Assevera-se o sigilo da correspondência e das comunicações (art. 5º, inc. XII), embora este texto seja de difícil interpretação, porque parece incluir apenas as comunicações telefônicas (se a leitura for literal) na ressalva que faz aos imperativos da investigação e processo criminais.[2]

[1] Segundo o filósofo grego: "Essas considerações deixam claro que a cidade é uma criação natural e que o homem é por natureza um animal social, e um homem que por natureza, e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria desprezível ou estaria acima da humanidade (como o 'sem clã, sem leis, sem lar' de que Homero fala com escárnio, pois ao mesmo tempo ele é ávido de combates), e se poderia compará-lo a uma peça isolada do jogo de gamão. Agora é evidente que o homem, muito mais que a abelha ou outro animal gregário, é um animal social" (*Política*, p. 15). Na mesma linha, Santo Tomás de Aquino no seu escrito ao rei de Chipre (TOMÁS DE AQUINO. Do reino ou do governo dos príncipes ao Rei de Chipre. *In*: TOMÁS DE AQUINO. *Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino*, p. 127).

[2] No caso das comunicações telefônicas, a quebra de sigilo exige decisão judicial fundamentada, fundada na Lei nº 9.296/1996 (REsp nº 1.113.655/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julg. 19.09.2013, *DJe*, 09 dez. 2013). Essa decisão não padece de nulidade apenas porque tenha feito remissão à representação da autoridade policial ou do Ministério Público (HC nº 228.860/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. 03.09.2013, *DJe*, 10 out. 2013). A notícia anônima de crime não autoriza a imediata quebra do sigilo de comunicação telefônica, mas exige apuração preliminar (HC nº 131.225/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julg. 27.08.2013, *DJe*, 16 set. 2013). Exige-se também que haja indícios da autoria e que o crime seja apenado com reclusão (REsp nº 1.315.619/RJ, Rel. Min. Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR), Quinta Turma, julg. 15.08.2013, *DJe*, 30 ago. 2013). Na ação cautelar fiscal de que cuida a Lei nº 8.397/1992, de competência do Juízo Cível e não do criminal, é possível levantar elementos sobre eventuais ilícitos tributários, inclusive quebrando-se o sigilo fiscal e telemático. Está o sigilo telefônico sob reserva da jurisdição penal, mas não se impede a troca de informações entre os Juízos (AgRg na MC nº 20.954/ES, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julg. 03.12.2013, *DJe*, 17 fev. 2014).

De fato há nesse ponto uma questão muito delicada. O sigilo de dados seria absoluto, imune inclusive à jurisdição penal? E a exceção abrangeria apenas as comunicações telefônicas? Pensamos que não. Primeiramente, porque os dados mencionados no art. 5º, inc. XII seriam apenas aqueles em curso de transmissão, já que o texto é dirigido às situações comunicacionais. Os dados preservados em um meio qualquer, inclusive eletrônico, podem ser desvelados se houver necessidade, inclusive pela jurisdição cível. Em segundo lugar, porque simplesmente não faria sentido que dados quaisquer, em trânsito ou não, ficassem imunes à jurisdição penal. O resultado absurdo proíbe esse tipo de interpretação.[3]

Esse inciso XII do art. 5º em referência merece transcrição para uma análise mais de perto: "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". A dificuldade resta na expressão "dados". Não procede, no nosso modo de ver, a pretensão de ubicar o sigilo bancário neste vocábulo. O motivo não é difícil de indicar: se considerado em seu contexto, seu conteúdo semântico abrange os dados em movimento, em comunicação por qualquer meio. Não aqueles dados armazenados por alguém: pouco importa se for uma repartição estatal, um instituto de tutela do crédito ou uma instituição financeira. Os informes e registros estáticos não foram cogitados. Isto foi reconhecido em estudo do auditor-fiscal Tarásio Campelo Borges.[4]

Rodrigo Caramoni Petry sustenta posição semelhante à nossa sobre esse ponto:

> Mas, ao que nos parece, tal dispositivo trata dos "dados" como informações eletrônicas enquanto objeto de comunicação, e não dos dados em si mesmos. Isso porque o inciso XII trata do sigilo de comunicações (via carta, telegrama, computadores, telefones ou assemelhados) e não do sigilo dos dados em si, que a nosso ver já estão protegidos pelo inciso X

[3] Desse modo, a hermenêutica contemporânea da Constituição, que se propõe a resolver os casos difíceis (*hard cases*) por aplicação do critério da proporcionalidade, alia-se à inteligência mais tradicional, de fundo lógico, que proíbe a interpretação resultando no absurdo. *Hard case* é uma expressão tornada famosa pelo uso que lhe deu Ronald Dworkin, relacionando-a ao modo como afirmava procederem os juízes, quando se viam diante de problemas graves ou controversos (*Taking Rights Seriously*, p. 81-130).

[4] Sigilo bancário perante a administração tributária federal. *Revista Dialética de Direito Tributário*.

> do art. 5º. Ou seja, os dados (informações armazenadas eletronicamente) que não se possam presumir públicos não podem ser violados, ou seja, não podem ser acessados por outra pessoa além do próprio titular dos dados, salvo se autorizado por ele, obviamente.[5]

1.3 A Constituição Federal faz também menção ao sigilo com respeito à fonte, relacionada com a liberdade de informação (art. 5º, inc. XIV); às informações que os órgãos públicos podem resguardar no interesse da segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, inc. XXXIII); e ao voto do jurado (art. 5º, inc. XXXVIII, "b"). Abre exceções, no campo das comunicações, no caso de decretação de estado de defesa ou estado de sítio (arts. 136, §1º, "b" e "c" e 139, III).

Todavia, não se enxerga na Constituição remissão inequívoca ao sigilo fiscal e bancário. Os dois são consectários da proteção à privacidade, mas delineados em normas infraconstitucionais. Esta constatação dá conta do problema ideológico e político que se põe, toda vez que a normativa legal do sigilo é alvo de reforma. Há uma ampla faixa de variação nas concepções de como aqueles sigilos devam ser moldados em extensão e profundidade. Em perspectiva individualista, o acesso às informações fiscais e financeiras deve ser o mais estrito possível; de preferência, dado somente às autoridades administrativas diretamente envolvidas (Fazenda e Banco Central, conforme o caso) e ao Poder Judiciário. Outra concepção sustenta que relevantes valores sociais e, em particular, o combate aos ilícitos penais justificariam maior elastério, outorgando-se o poder de devassa a outras instituições, como o Ministério Público. Trata-se de problema a ser balizado pela lei, sempre obediente aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.[6]

Enfim, o sigilo fiscal e bancário tem supedâneo constitucional indireto (a intimidade e a vida privada); é ausente ao Texto Magno qualquer referência explícita ao assunto.

1.4 Outra ausência importante e significativa, em nossa Lei Magna, é a da *reserva de jurisdição* sobre o assunto. Quando quis, a Carta instituiu semelhante garantia de modo certo e imperativo: assim com a busca domiciliar, a decretação de prisão fora da situação de flagrância e com a reserva de jurisdição penal para fins de interceptação telefônica.[7] Fora de tais casos, a lei pode cometer a outros agentes públicos a atribuição de, no interesse geral, impor restrições à privacidade. Por isso não se pode resolver o problema antecipadamente, clamando que somente o Judiciário pode decretar a quebra de sigilo, porque esse argumento incorreria em uma petição de princípio.[8] Não há reserva de jurisdição na matéria que nos interessa,

[5] O sigilo bancário e a fiscalização tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*.

[6] Criticando, porém, a multifuncionalidade desses princípios, v. Inocêncio Mártires Coelho, que propõe métodos para lidar com eles em *Interpretação constitucional*.

[7] CF/88, art. 5º, incs. XI, XII e LXI. *Vide*, a respeito, o julgado do STF no MS nº 23.639/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

[8] O sofisma da petição de princípio consiste em ocultar, na premissa, a conclusão que se pretende apresentar como resultado de um raciocínio. Ou seja, o autor do argumento dá veladamente como provado aquilo

pois a Constituição a estatuiu expressamente nos casos já mencionados,[9] mas não no aspecto em exame.[10]

1.5 Em resumo: a) a proteção da intimidade e privacidade está ligada tanto a uma necessidade da natureza humana, quanto à proteção da liberdade individual; b) dela deriva o sigilo fiscal e bancário, sem que um e outro tenham sido mencionados expressamente na Constituição; c) deriva indiretamente de uma necessária preservação da liberdade (em todos os sentidos dessa expressão) contra o exercício de poder derivado do acúmulo de informação;[11] e d) a Carta Magna não fez, igualmente, menção explícita à reserva de jurisdição para a quebra de sigilo — diferentemente de como procede com situações semelhantes — o que mostra que não se pode invocá-la, *a priori*, sem incorrer em falácia lógica.

2 Exame comparativo das constituições

2.1 O Direito Constitucional comparado mostra que não se deve esperar, nas declarações de direitos fundamentais, registro expresso do sigilo. Como sucede com o direito pátrio, ele pode ser inferido, indiretamente, de outras prerrogativas e garantias. A seguir fazemos referência aos exemplos que reputamos mais significativos. É claro que a relação de documentos poderia ser levada mais longe; não o fizemos porque nossa pesquisa não comprovou utilidade nesse procedimento.

2.2 A Constituição alemã (*Grundgesetz* de 1949) trata da dignidade humana, inaugurando seu elenco de direitos básicos, como valor inviolável, atribuindo ao Estado

que deveria demonstrar. Como explicam Antonio Capi e Carlo Crispim Baiocchi Cappi: "Em poucas palavras, demonstramos a verdade de duas proposições, provando uma pela outra: demonstra-se A mediante B, e B mediante A. Damos por provado o que de fato queremos demonstrar. Falta o processo da demonstração, da inferência correta. A argumentação se torna um círculo vicioso, em que não há justificativa racional do que se afirma, mas simples redundância na afirmação" (*Lógica jurídica*, p. 143). Aristóteles já prevenira contra esse tipo de falácia em suas célebres "Refutações sofísticas" (*Órganon*, p. 554).

[9] Nessa linha, o STF já decidiu diversos casos em que a reserva de jurisdição se impõe: Naturalização não pode ser revista por ato do Ministro de Estado da Justiça (RMS nº 27.840, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Rel. p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julg. 07.02.2013, Acórdão Eletrônico *DJe*-167, 27 ago. 2013); Prisão cautelar exige decisão judicial fundamentada (HC nº 107.644, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julg. 06.09.2011, Processo Eletrônico *DJe*-200, 18 out. 2011); É lícita a gravação de conversa por um dos interlocutores, não se confundindo com a interceptação telefônica, esta, sim, sujeita a reserva de jurisdição (AI nº 560.223 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julg. 12.04.2011, *DJe*-079, 29 abr. 2011).

[10] *A contrario sensu* das hipóteses mencionadas em nota anterior, decidiu o STF que autoridade administrativa pode quebrar o sigilo bancário, ainda que sem ordem judicial (RE nº 261.278 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julg. 1º abr. 2008, *DJe*-142, 1º ago. 2008). Comissão parlamentar de inquérito igualmente pode quebrá-lo fundamentadamente, embora não possa superar a reserva de jurisdição em matéria de busca domiciliar, decretação de prisão e interceptação telefônica (MS nº 23.652, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 22.11.2000, *DJ*, 16 fev. 2001; e também MS nº 23.639, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 16.11.2000, *DJ*, 16 fev. 2001). CPI não pode ainda ultrapassar o âmbito dos atos instrucionais e decretar a indisponibilidade de bens (MS nº 23.466, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julg. 04.05.2000, *DJ*, 06 abr. 2001).

[11] Esse ponto é da maior importância: a coleção e o tratamento de dados pessoais pode ser objeto de abuso não apenas por órgãos públicos, mas também por particulares.

o papel de respeitá-la e protegê-la. Assegura a inviolabilidade de domicílio em seu art. 13-1, admitindo buscas apenas por determinação do juiz ou — havendo urgência — outra autoridade indicada pela lei e da maneira nela definida (13-2). A ordem judicial também é pressuposto da instalação de aparatos técnicos de vigilância acústica (art. 13-3), desde que meios alternativos mostrem-se desproporcionalmente difíceis ou improdutivos. Podem ser adotadas outras restrições com a finalidade de proteger a segurança pública ou a vida, com parâmetros semelhantes aos já enunciados (art. 13-4). Também conhece a Lei Fundamental alemã a privacidade da correspondência e das comunicações (art. 10-1), sujeitas às condicionantes previstas em lei (art. 10-2). Mas não conhece o direito afirmado por si, de modo peremptório, como acontece entre nós. Nem há referência ao sigilo relacionado com certas situações ou posições jurídicas. Uma das ressalvas preocupantes está na possibilidade de a lei permitir restrições ao sigilo de correspondência ou comunicações, sem o conhecimento da pessoa por elas afetada, sendo o recurso a Juízo substituído, em tal ocasião, pela revisão do caso por órgãos especialmente investidos dessa atribuição. Essa perigosa janela parece ter sido aberta em função de preocupações com movimentos subversivos ou terroristas, porque sua justificativa é a ordem democrática, a existência ou a segurança da Federação ou de um Estado.

Por conta do que dissemos, não há propriamente uma cláusula de reserva de jurisdição, mas se o direito fundamental de um alemão for violado por ato de autoridade, o remédio cabível deve ser conhecido pela jurisdição ordinária, se uma especial não tiver sido instituída por lei (art. 19-4).

2.3 Pode ser compreendida da mesma forma a Constituição italiana de 1947.[12] Nela, o domicílio é protegido, salvo nos casos previstos em lei, inclusive para fins sanitários, fiscais ou econômicos (art. 14). O único segredo que menciona (além do relacionado com o voto — art. 48-2) é o da correspondência e outras formas de comunicação (art. 15), cuja restrição só pode ser determinada nos casos previstos em lei pela autoridade judiciária.

2.4 Não se encontrará referência detalhada na Constituição francesa de 1958, cujo preâmbulo (de 1946), como se sabe, remete à famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). A antiguidade desse elenco de direitos fundamentais dá conta do fato de não se ter reportado expressamente ao assunto.

2.5 Em contrapartida, Constituições como a do Chile (1980)[13] garantem o respeito e a proteção à vida privada e à honra da pessoa e de sua família (art. 19, §4º). A Constituição chilena sanciona a infração incorrida pelos meios de comunicação

[12] Aprovada em 1947, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948, passando, naturalmente, por várias reformas desde então.

[13] Embora datada da época do governo Pinochet, foi profundamente alterada em 2005, durante o mandato do presidente Ricardo Lagos Escobar. Ele mesmo afirmou tratar-se de uma Constituição nova, apondo sua assinatura e de seus ministros em lugar das originais.

social e localiza aquelas liberdades, topicamente, ao lado da garantia do domicílio e da comunicação privada (art. 19, §5º). A busca domiciliar e a abertura das comunicações só podem ocorrer nos casos e formas previstos pela lei.[14]

2.6 A Constituição do Paraguai de 1992 institui a intimidade pessoal e familiar, assim como o respeito à vida e à imagem privada (art. 33). Reitera a garantia no que pertine aos recintos privados (art. 34) e ao *patrimônio documental (art. 36)*.[15] Esta é a remissão mais próxima ao sigilo fiscal e bancário que encontramos em um texto constitucional. É que o referido patrimônio inclui os registros de toda espécie, seja qual for sua técnica. Podem ser reproduzidos, interceptados ou sequestrados por ordem judicial, nos casos previstos em lei, sendo isto indispensável para os assuntos de competência da autoridade requisitante.

2.7 Resolveu-se aglomerar todos os tópicos correlatos no art. 22 da Constituição da República Lituana (1992), estatuindo que "a informação concernente à vida privada do indivíduo será coligida somente mediante ordem judicial motivada e de acordo com a lei".[16]

2.8 Na Constituição portuguesa (1976),[17] nosso tema surge vinculado com a integridade moral da pessoa prevista pelo art. 25-1 e com a reserva da intimidade da vida privada e familiar do art. 26-1. No art. 26-2, impõe-se expressamente ao

[14] O Tribunal Constitucional chileno decidiu em 28.10.2003 (*Boletim*, n. 2975-07) que nem sequer a lei — em que pese a autorização constitucional — pode afetar a essência e o conteúdo substancial do direito à intimidade e à vida privada, ou da inviolabilidade das comunicações, nem impor condições que impeçam seu livre exercício. Isso porque aquelas garantias estão ligadas à dignidade humana. O contexto dessa decisão foi a apresentação de um projeto da Câmara dos Deputados que criava uma unidade de inteligência para análise de lavagem de ativos financeiros, com irrestritos poderes de requisição. Na mesma data, decidiu que a lei deve prescrever parâmetros objetivos e controláveis para que a autoridade administrativa exerça suas atribuições (Disponível em: <http://www.camara.cl/camara/media/docs/fallos/rol389.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2014). Nisso foi fiel a precedente de 04.01.1995 (*Boletim*, n. 653-07), em que examinara norma instituidora de um Conselho de Defesa do Estado com faculdades discricionárias para a obtenção de documentos e antecedentes pessoais, sem a prescrição de procedimentos e casos (Disponível em: <http://www.camara.cl/camara/media/docs/fallos/rol198.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2014).

[15] "El patrimonio documental de las personas es inviolable. Los registros, cualquiera sea su técnica, los impresos, la correspondencia, los escritos, las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de cualquier otra especie, las colecciones o reproducciones, los testimonios y los objetos de valor testimonial, así como sus respectivas copias, no podrán ser examinados, reproducidos, interceptados o secuestrados sino por orden judicial para casos específicamente previstos en la ley, y siempre que fuesen indispensables para el esclarecimiento de los asuntos de competencia de las correspondientes autoridades. La ley determinará modalidades especiales para el examen de la contabilidad comercial y de los registros legales obligatorios. Las pruebas documentales obtenidas en violación o lo prescripto anteriormente carecen de valor en juicio. En todos los casos se guardará estricta reserva sobre aquello que no haga relación con lo investigado".

[16] "Article 22. The private life of an individual shall be inviolable. Personal correspondence, telephone conversations, telegraph messages, and other intercommunications shall inviolable. Information concerning the private life of an individual may be collected only upon a justified court order and in accordance with the law. The law and the court shall protect individuals from arbitrary or unlawful interference in their private or family life, and from encroachment upon their honor and dignity" (Versão em inglês. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/icl/lh00000_.html>).

[17] Em que pese a idade, a Constituição Portuguesa pode sofrer revisão ordinária a cada período de cinco anos, ou, mais exatamente, "decorridos cinco anos sobre a data da publicação da última lei de revisão ordinária" (art. 284-1) e por 2/3 dos Deputados. A revisão extraordinária depende de um *quorum* de 4/5 dos deputados (art. 284-2).

legislador prescrever garantias contra a obtenção abusiva de informações pessoais: "A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias".[18]

2.9 Enumeração bem refinada está no art. 2-7 da Constituição peruana de 1993: direito à honra e boa reputação, intimidade pessoal e familiar, voz e imagem próprias — a par do direito à retificação de informações falsas em meio de comunicação social. O art. 2-10 prevê o direito à inviolabilidade e ao segredo das comunicações e documentos privados.

Na Constituição mexicana (1917),[19] a vida privada está inscrita como limite à manifestação do pensamento (art. 6º). A informação que se refira à vida privada terá a proteção e exceções previstas em lei (art. 6º, II). Ainda é protegida a inviolabilidade das comunicações (art. 16).

2.10 Como dissemos, não pretendemos levar estes exemplos demasiadamente longe, porque isso resultaria fastidioso e não nos acrescentaria material mais rico do que já citamos. Podemos dividir os textos, por assim dizer, mais tradicionalistas em dois grandes grupos: os que cuidam da privacidade de maneira tópica e ocasional (correspondência, domicílio etc.); os que, como a Constituição brasileira, referem-na ademais como um direito personalíssimo, sem prejuízo daqueles aspectos específicos. As Constituições mais avançadas — no ponto que nos interessa — acrescentam um *direito ao conjunto de dados respeitantes a um indivíduo (não apenas os que sejam objeto de telecomunicações, mas igualmente os dados estáticos)*, reconhecendo um direito sobre esta coleção, ou ao menos uma restrição à atividade de promovê-la. Nesta versão mais desenvolvida, os dados e registros sobre alguém — que não sejam fornecidos *sponte propria* — só podem ser reunidos para usos especificamente previstos em lei e por deliberação da autoridade judiciária.

Em síntese, há três formas de tratamento constitucional, em perspectiva comparatista: a) Constituições que cuidam da privacidade topicamente; b) Constituições que alçam o direito da personalidade à intimidade à condição de garantia geral e desenvolvem o tratamento tópico decorrente; e c) Constituições que reúnem as modalidades de tratamento anterior com o direito ao conjunto de dados do indivíduo.

A distinção dessas três técnicas constitucionais parece-nos da maior importância, porque a Lei Maior brasileira não se insere — pelo menos não de modo indisputável — entre as mais sofisticadas que pudemos localizar. Isso confirma nosso pressuposto inicial de que a matéria sigilo bancário e fiscal não reside expressamente na Constituição, senão depende de construção silogística a partir de outros direitos lá reconhecidos.

[18] O texto citado é o da VII revisão constitucional, de 2005, pois a revisão de 2010 não se concluíra ao tempo em que este artigo foi redigido.

[19] Sua última reforma foi publicada no *Diário Federal*, 10 fev. 2014.

3 Do sigilo nas declarações de direitos

3.1 Nos tratados internacionais de direitos humanos, em vão se procurará remissão literal ao tema. A exemplo do que vimos suceder com os direitos constitucionais, o que se afirma é a esfera da vida privada, mas ao menos se observa uniformidade.

3.2 O Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU (1966), por exemplo, proíbe as intromissões caprichosas na vida privada, devendo a lei conferir proteção contra essas invectivas (art. 17).[20] O mesmo fundamento é ainda invocado para tolerar exceção à publicidade dos processos judiciais (art. 14).

Idêntico é o trato da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) — também conhecida pelo apelido de "Pacto de São José da Costa Rica" — associando a intimidade com a honra e a dignidade humanas (art. 11-2).[21] Foi com tal associação que inauguramos este artigo, pois nos parecem ingredientes indissociáveis.

Essas garantias encontram sua dicção mais antiga no art. 12 da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948): "Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques".

A toada, portanto, não se modifica: os fundamentos longínquos do segredo inerente a certas situações da vida humana parecem estar na própria dignidade da pessoa e em sua esfera de liberdade; enquanto os mais próximos, no direito à intimidade. Seguramente é essa a razão de as cartas constitucionais perseguirem o mesmo trajeto lógico: da dignidade à privacidade — e desta à enumeração tópica de situações concernentes à privacidade. Dentre as mais adiantadas, avançam também para a proteção do conjunto de dados do ser humano, como vimos em tópico anterior.

4 Do sigilo como dever jurídico – A legislação infraconstitucional

4.1 O sigilo, no recorte que interessa a este estudo, é (i) uma característica jurídica das operações de instituições financeiras, das instituições que as fiscalizam (Banco Central e Comissão de Valores Mobiliários) e (ii) da atuação dos agentes do Fisco.

4.2 São instituições financeiras, para efeito do sigilo legalmente imposto, os bancos, corretoras, distribuidoras, sociedades de crédito e outras entidades sujeitas ao Conselho Monetário Nacional. Equiparam-se-lhes — no aspecto que nos interessa — as

[20] "Art. 17. 1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas" (Texto promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992).

[21] "Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação" (Texto promulgado internamente pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992).

empresas de faturização.[22] Umas e outras devem observar o sigilo nas suas operações ativas, passivas e, de modo geral, nos serviços que prestam.

A definição legal de instituição financeira da Lei Complementar nº 105 aproxima-se daquela mais tradicional, constante da assim chamada lei de reforma bancária (Lei nº 4.595/1964). O primeiro diploma preferiu a técnica da enumeração, e o segundo conceituou-as como pessoas jurídicas que coletam, intermediam ou aplicam recursos financeiros próprios ou de terceiros, bem como custodiam valores. Essa mesma Lei nº 4.595 já determinava o sigilo nas operações ativas e passivas, ressalvada requisição judicial, de Comissão Parlamentar de Inquérito ou da fiscalização tributária. Também criminalizava a conduta de quebra de sigilo, cominando a pena de reclusão, de um a quatro anos. Fora, anteriormente à LC nº 105, a disposição legal mais relevante sobre o assunto.

Pode-se dizer, essencialmente, que os destinatários da lei eram e continuam sendo sociedades empresárias cujo objeto é a intermediação do dinheiro e o depósito de recursos e valores pertencentes a terceiros.

4.3 O Banco Central, derivado da antiga Superintendência da Moeda e do Crédito, foi organizado como Autarquia Federal pela mesma Lei nº 4.595. É a instituição exercente da competência constitucional da União para emitir moeda; de receber os depósitos compulsórios e de fiscalizar as instituições financeiras; de controlar o capital estrangeiro; de adquirir e alienar títulos públicos, entre outras relevantes atribuições. É, portanto, o executor da política monetária e o agente de polícia do mercado financeiro. Fá-lo subordinadamente à lei e às normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.

O segmento financeiro de nossa Ordem Econômica, por sinal, foi objeto de trato específico pelo Título VII da Constituição de 1988. Embora bastante mutilado por força da Emenda Constitucional nº 40/2003, o capítulo pertinente ainda define suas finalidades (promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade) e dispõe sua regulamentação por meio de leis complementares. Esta referência assim, no plural, deve-se à complexidade da matéria: julgou-se que seria quase impossível regulá-la em Diploma único.[23]

[22] Para outros efeitos, as *factories* não são instituições financeiras, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "As empresas de *factoring* não são instituições financeiras, visto que suas atividades regulares de fomento mercantil não se amoldam ao conceito legal, tampouco efetuam operação de mútuo ou captação de recursos de terceiros. Precedentes" (REsp nº 938.979/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 19.06.2012, *DJe*, 29 jun. 2012). O empréstimo a juros abusivos por parte de uma sociedade de *factoring* tipifica-se penalmente como usura e não como crime contra o sistema financeiro nacional: "*In casu*, comprovando-se a abusividade dos juros cobrados nas operações de empréstimo, configura-se o crime de usura, previsto no art. 4º da Lei nº 1.521/51, cuja competência para julgamento é da Justiça Estadual" (CC nº 98.062/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Terceira Seção, julg. 25.08.2010, *DJe*, 06 set. 2010). Por corolário, as sociedades de *factoring* estão sujeitas às limitações civis nas taxas de juros cobradas: "Tratando-se de empresa que opera no ramo de *factoring*, não integrante do Sistema Financeiro Nacional, a taxa de juros deve obedecer à limitação prevista no art. 1º do Decreto nº 22.626, de 07.04.1933" (REsp nº 330.845/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, julg. 17.06.2003, *DJ*, p. 322, 15 set. 2003).

[23] A Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, foi uma das mais fúteis da longa história de reformas da Constituição de 1988. Seu propósito era o de evitar que o Congresso tivesse de regular todas as questões

4.4 Por último, os agentes fiscais detêm prerrogativas e deveres definidos no Código Tributário Nacional, nossa lei complementar de normas gerais nessa matéria. Primeiramente, não se lhes aplicam disposições limitativas do poder de examinar bens, documentos e livros. Todavia, devem ser observadas certas formalidades. Os procedimentos de fiscalização são instaurados com a lavratura de termos apropriados, lançados nos livros do contribuinte ou, quando separados, fornecendo-se segunda via. E os pedidos de informação formalizam-se por escrito. O art. 198 do CTN proíbe a divulgação dos dados econômico-financeiros acerca do sujeito passivo ou de terceiros, salvo requisição judicial ou atividade de colaboração com outros órgãos da Administração Pública.

4.5 Em enfoque mais amplo — isto é, não se cingindo apenas aos aspectos bancário e fiscal — há outras pessoas munidas da obrigação de sigilo, em razão do ofício ou função. É o caso do profissional médico, do sacerdote — entendemos que as normas éticas que obrigam este último revestem-se também de caráter jurídico — e, notadamente, do advogado. O Estatuto consubstanciado na Lei nº 8.906/1994 considera infração disciplinar a quebra, sem justa causa, de sigilo profissional. Como corolário, o advogado há de recusar-se a depor como testemunha sobre fato relacionado a seu constituinte ou em processo no qual exerça ou venha a exercer seu ofício. Seu escritório, arquivos, dados, correspondência e comunicações são invioláveis, com a exclusiva exceção de mandado expedido pelo Poder Judiciário e cuja execução seja acompanhada por representante da OAB.

5 Exceções ao sigilo bancário e fiscal

5.1 Nosso propósito, no título anterior, foi dar notícia concisa da legislação infraconstitucional abrangente do assunto. Faremos o mesmo agora, só que examinando pelo ponto de vista inverso: quais são as exceções admitidas nesse mesmo material legislativo.

5.2 Quanto ao sigilo bancário, encontrar-se-ão as regras básicas na leitura combinada da Lei Complementar nº 105/2001 e de dispositivo da Lei nº 9.311/1996.

A primeira permite a abertura de informações sigilosas em diversos contextos, a saber:

ligadas ao Sistema Financeiro Nacional em uma única lei complementar (!), permitindo o "fatiamento" da matéria em diversos Diplomas dessa natureza. Bastaria interpretação inteligente da Constituição para se dar conta de que não havia obrigação de editar-se uma lei complementar esgotando todos os múltiplos aspectos compreendidos no SFN. Ademais a emenda foi inútil, porque o Congresso prossegue em mora legislativa. Outro propósito da Emenda foi livrar as instituições financeiras do teto de juros reais de 12% ao ano, mas o STF já havia considerado essa limitação inefetiva, porque não autoaplicável: "A regra inscrita no art. 192, §3º, da Constituição, por não se revestir de suficiente densidade normativa, reclama, para efeito de sua integral aplicabilidade, a necessária intervenção concretizadora do Poder Legislativo da União. Inércia legiferante do Congresso Nacional" (MI nº 470, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 15.02.1995, *DJ*, 29 jun. 2001).

a) para fim de cadastro bancário, atendidas as normas baixadas pela autoridade monetária;
b) para tutela do crédito (cadastros de devedores), nas mesmas condições;
c) para provocar a apuração de ilícitos penais e administrativos pela autoridade competente. Tratamos deste tópico adiante, ao relacionar as hipóteses em que a autoridade fiscal fica desonerada do sigilo que lhe é próprio;
d) por requisição da autoridade judiciária criminal;
e) por iniciativa do Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Cuida-se de órgão despersonalizado, criado no âmbito do Ministério da Fazenda, responsável pela identificação de práticas que possam configurar o crime de "lavagem" ou ocultação de dinheiro, bens e valores. Podem-se resumir suas atribuições em três grandes vertentes: a formulação de regras de prevenção e de combate aos ilícitos em questão; seu controle e comunicação às demais autoridades encarregadas da repressão; e a aplicação de sanções administrativas, com recurso ao Ministro da Fazenda. Para as finalidades ora discutidas, as entidades relacionadas pela Lei nº 9.613/1998, inclusive as instituições financeiras, devem manter registro de transações com ativos, que ultrapassem o limite de valor fixado pela autoridade e no prazo fixado pelo juiz competente. A Lei nº 9.613 não é muito clara: ao mesmo tempo que comete poder de requisição direta de informações, pelo COAF, ao Banco Central e à Comissão de Valores Mobiliários, dá a impressão de que o encaminhamento às instituições financeiras depende de mandado judicial. Se assim for interpretada, dependerá também da postulação da medida por parte do órgão de advocacia pública ou do Ministério Público.
f) por requisição judicial, para fins cíveis ou posterior instrução de processo administrativo;
g) por solicitação do órgão de advocacia pública, para defesa da União;
h) para exercício das competências constitucionais e legais do Poder Legislativo, inclusive comissões parlamentares de inquérito;
i) por requisição da Administração Tributária, nas condições fixadas em regulamento. De qualquer modo, o exame de documentos, livros e registros fica subordinado à existência de procedimento ou processo em curso, bem como justificativa da indispensabilidade.
O regulamento hoje vigente, para a União, é o Decreto nº 3.724/2001.[24] A requisição de movimentação financeira (compreendendo débitos e créditos, além dos dados cadastrais do contribuinte) sobrevém no seio de procedimento de fiscalização, devidamente formalizado por mandado de procedimento fiscal. Para maior garantia, a própria Receita Federal do Brasil estabeleceu que o expedidor do mandado é ocupante de cargos de direção (Coordenador-Geral, Inspetor, Delegado, Corregedor ou Superintendente); que é igualmente o agente competente para a requisição de informações financeiras.
Percebe-se do exposto que o auditor-fiscal é simples executante do mandado de procedimento fiscal. Só decidirá pela requisição de movimentação financeira se integrar uma das funções de direção mencionadas. Essas limitações de ordem formal, somadas à descrição das condições materiais que justificam a quebra do sigilo, reúnem-se para dar credibilidade e confiabilidade ao sistema. Ainda se deve acrescentar, porque relevante, que as informações não utilizadas no procedimento fiscal devem ser destruídas ou restituídas ao contribuinte; aquelas que, pelo contrário, forem úteis e necessárias, permanecem agora sob sigilo fiscal. Então um tipo de sigilo (bancário) transmuta-se em outro (fiscal), sob responsabilidade civil, penal e administrativa dos servidores envolvidos.
j) por dever legal e periódico, no caso específico da contribuição sobre movimentações financeiras. Neste caso, as instituições responsáveis pela retenção do tributo devem prestar à Receita Federal os informes relativos à identificação dos contribuintes e valores globais das operações, nos termos definidos pelo Ministro da Fazenda (Lei nº 9.311/96, art. 11, §2º). Humberto Ávila, em palestra publicada há pouco, manifesta preocupação com a indefinição legal dos critérios e com a delegação ao Executivo para fixar a periodicidade e demais limites.[25] Não chega ao ponto de dizer inconstitucional esta transferência de atribuições, mas professa a necessidade de ponderação de princípios de que tratamos mais adiante.

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 às 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 de seu sistema. Em se tratando de informes

[24] Alterado substancialmente pelo Decreto nº 6.104, de 30 de abril de 2007.

[25] Uso de informações fiscais da CPMF. *Revista de Estudos Tributários*.

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 nº 105 omitiu o Ministério Público dentre as ressalvas ao sigilo de que trata, este silêncio é entendido como proposital. Outra razão está em que, se a Constituição desejasse, teria investido o MP dos mesmos poderes instrutórios que adjudicou às Comissões Parlamentares de Inquérito, estas investidas de atribuições parajudiciais ou, se se preferir chamar assim, jurisdição investigativa 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, contrastado em casos particulares como o presente. O que não o impede de formular requerimento perante o órgão competente do Poder Judiciário.

5.3 O Supremo Tribunal Federal já vacilou a esse respeito. Em julgado mais antigo,[26] ainda à luz da Lei de Reforma Bancária de 1964, decidiu por apertada maioria que o Ministério Público era parte legítima para requisitar ao Banco do Brasil informações sobre empréstimos, com recursos subsidiados pelo Tesouro, para instruir procedimento administrativo, sem que dito banco pudesse invocar a exceção de sigilo. Ao citar-se um precedente, deve-se ter sempre em mira que o julgador exerce seu mister em vista do caso concreto. O que o Tribunal viu diante de si: uma suposta lesão ao patrimônio da União em que os financiamentos foram concedidos por um executor da política creditícia agrícola do governo. Nesse contexto, entendeu que as atribuições gerais de requisição do Ministério Público (art. 129, *arts.* VI e VII, da Constituição Federal, e art. 8º, *incs.* II e IV, além do §2º da Lei Complementar nº 75/1993) bastavam. A votação foi apertada, ficando vencidos cinco ministros, inclusive o relator originário, na decisão que indeferiu mandado de segurança impetrado em face do Procurador-Geral da República. Sendo conveniente recordar que não vigia a Lei Complementar nº 105.

5.4 Alguns anos depois, a Segunda Turma do STF assentou que o sigilo é "espécie" do direito à privacidade, de modo que o Ministério Público não poderia vulnerá-lo sem autorização expressa da Constituição e sem a intervenção do Poder Judiciário.[27] E já na vigência da legislação contemporânea reafirmou essa compreensão veementemente, impondo multa por litigância de má-fé ao Ministério Público recorrente — embora essa penalidade tenha sido ulteriormente relevada.[28]

[26] "[...] não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público" (STF, MS nº 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julg. 05.10.1995, *DJ*, 19 out. 2001).

[27] STF, RE nº 215.301, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julg. 13.04.1999, *DJ*, 28 maio 1999.

[28] RE nº 318.136 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julg. 12.09.2006, *DJ*, 06 out. 2006.

a) a Comissão de Valores Mobiliários, sujeita a idêntica ressalva.

De bom alvitre lembrar que até aqui tratávamos do sigilo bancário. As exceções ao sigilo fiscal derivam em parte do CTN e, em parte, da LC nº 105:

b) atendimento de requisição judicial;[29]

c) solicitação de autoridade administrativa, comprovada a existência de processo instaurado para a prática de infração;[30]

d) cooperação com outros órgãos administrativos, nos termos de lei ou convênio celebrado;[31]

e) representação fiscal para fim de apuração de ilícitos criminais e administrativos.[32] No caso dos crimes de sonegação fiscal, havia a tormentosa e debatida questão sobre a pertinência ou não de se aguardar o término do processo de acertamento do tributo, ou, é dizer o mesmo, se seria condição de procedibilidade. Não podemos nos estender muito sobre o assunto, nossa opinião era, no passado, a de que não se tratava de condição da ação penal. É certo que o Fisco só pode representar, para fins penais, uma vez esgotados todos os recursos interpostos e tornando-se definitivamente estabelecido o crédito tributário. Antes dele, porém, já se reconhece a existência da obrigação tributária. O Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal pública e pode formar *opinio* acerca da existência daquela, formulando a respectiva denúncia. Em princípio, não se comunicam as instâncias administrativa e judicial. Essa é a suma do que sustentávamos, tanto em nossa atividade docente quanto judicial. A Jurisprudência, porém, estabilizou-se no sentido de que a caracterização de crime contra a ordem tributária depende do lançamento definitivo, faltando justa causa para a ação penal em caso contrário, seja porque ausente uma condição objetiva de punibilidade, seja porque não haveria um elemento do tipo penal.[33] O Supremo Tribunal Federal cristalizou súmula vinculante a respeito.[34]

[29] Art. 198, §1º, inc. I, CTN.

[30] Art. 198, §1º, inc. II, CTN.

[31] Art. 198, §2º, CTN.

[32] Art. 198, §3º, CTN.

[33] O caudal de acórdãos nesse sentido é herdeiro de precedente do STF (HC nº 81.611, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julg. 10 dez. 2003, *DJ*, 13 maio 2005). Mesmo assim, há corrente segundo a qual essa orientação encerra-se na esfera dos crimes materiais. Havendo crime formal, como o descaminho, o lançamento definitivo seria desnecessário. Esperá-lo seria até nocivo, porque o perdimento do bem descaminhado torna insubsistente o fato gerador do tributo.

[34] Súmula Vinculante nº 24: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".

6 Conclusão – Parâmetros para a quebra do sigilo fiscal e bancário

6.1 Os agentes fiscais estão presos à estrita legalidade, princípio informador da Administração Pública e notoriamente o primeiro na enunciação do art. 37 da Constituição Federal. Portanto, fora dos casos precitados, obedecidas as formas e nas ocasiões expressamente preceituadas, não podem os agentes da Administração invocar qualquer discricionariedade com o fito de desvelar o segredo dos dados de que dispõem para exercício de suas competências.

Diferentemente, a questão coloca-se de modo mais complexo no que diz respeito às autoridades que podem dirigir requisições ao BACEN, às instituições financeiras ou ao Fisco, procedendo ao que se chama popularmente de "quebra" de sigilo. Não há dúvida de que as atribuições de cada qual supõem balizas específicas. Mas como frequentemente as situações concretas põem-se de modo mais fluido e indeterminado, há que agregar aos requisitos legais algumas considerações que também afetam a legitimidade daquela atuação. Tais ponderações prefiguram, de um lado, a ocasião em que o sigilo possa ser quebrado e, de outro, restringem o emprego dos dados obtidos.

6.2 Na primeira ordem de ideias estão os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.[35] Natural que seja assim: todo exercício de poder é hoje por eles circunscrito. Tanto a lei, como a jurisdição, quanto o ato administrativo devem ostentar que são conformes à razão, que se posicionam acima do mero arbítrio, do exagero, do despropositado. Enaltecido pela doutrina e jurisprudência, o binômio proporcional-razoável é a forma contemporânea de afirmar o que os cultores do Direito sabem há séculos: que existem formas de indagação do justo e do equânime além dos critérios do positivismo legalista e normativista. Sim, porque o que se afirma com os princípios em tela nada mais é que o poder — inclusive o de fazer leis — deve ser exercido legitimamente, não só quanto à competência, mas também quanto ao conteúdo intrínseco.

[35] Para alguns as expressões "razoabilidade" e "proporcionalidade" são mutuamente conducentes, para outros há diferença. Carlos Roberto Siqueira Castro anota, a respeito: "Quanto à identificação e relações do princípio da proporcionalidade, de formulação germânica, com o postulado da razoabilidade, de matriz anglo-saxônica, são numerosos os autores que discorreram sobre o tema, observando-se intensa disputa doutrinária entre os pesquisadores de ambos os institutos. A rigor é oportuno afirmar, desde logo, que o debate acerca da cláusula ou do sítio constitucional que serve de habitat ao cânone da proporcionalidade possui alcance meramente semântico e sem maior consequência para o amplo reconhecimento judicial conquistado por esse postulado nos mais variados contextos. De todo modo, a discussão travada entre estudiosos do tema serve para ilustrar a penetração do instituto nas pautas da doutrina. Para alguns doutrinadores, a proporcionalidade está imbricada à razoabilidade, enquanto desdobramento substantivo da cláusula do devido processo legal (*substantive due process*), entre nós positivada no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Para outros, a fonte do princípio da proporcionalidade residiria na cláusula síntese do Estado Democrático de Direito" (*O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, p. 190-191).

Estamos aludindo a uma das vertentes do devido processo legal, motivo pelo qual é necessário explicar seu desdobramento. O "due process" é um princípio-gênero, que contém e resume os demais em duas espécies: a instrumental e a material.

Na Constituição brasileira, está consagrado também em dois momentos, o primeiro como condição para que alguém possa ser privado de sua liberdade ou de seus bens (art. 5º, LIV); o segundo, como vetor dos processos civil, penal e administrativo (art. 5º, LV).

Historicamente, o devido processo passou por diversas fases evolutivas, que dão conta da bipartição que propusemos para fins de análise. Inicialmente, na concepção medieval, era garantia do processo penal.[36] Depois, por extensão, da jurisdição em geral. Numa terceira fase — e isto foi criação norte-americana — como instrumento de controle de mérito das atividades estatais.

Daí que se possa distinguir como *procedural due process* e *substantive due process*. No primeiro caso, é a submissão do processo aos valores de imparcialidade, isonomia, publicidade, contraditório, ampla defesa, oportunidade de recurso etc. No último — o que nos importa mais de perto — entrevê-se a exigência de justiça e racionalidade das leis e demais atos.

Uma formulação do sentido substancial do devido processo adveio da *Common Law*: leis desarrazoadas, que não guardam pertinência com o objetivo pretendido, atentam contra a Constituição. Na opinião de Luís Roberto Barroso, isso se apura segundo os seguintes enfoques: o de verificação da compatibilidade de meios empregados e fins visados e o de aferição da legitimidade dos mencionados fins. Um deles bem poderia ser chamado de razoabilidade interna do ato (adequação entre motivos, meios e fins) e o outro de razoabilidade externa (compatibilidade com os meios e fins admitidos pela Constituição).[37]

Em síntese, *substantive due process* é sinônimo de proporcionalidade e razoabilidade, expressões que, por sua vez, ora são tomadas como intercambiáveis, ora não.

Muito citado e famoso é o tripé de condições derivado da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão:

a) *adequação*: a medida cuja legitimidade se averigua é hábil para atingir o fim proposto;
b) *necessidade*: é o meio menos gravoso — entre vários possíveis — para dito fim;
c) *proporcionalidade stricto sensu*: os prejuízos decorrentes da atividade estatal são menores que as vantagens obtidas.[38]

[36] Explicando o sentido da *Magna Carta Libertatum*, R. C. Caenegam explicita que as promessas feitas pelo rei John diziam majoritariamente respeito a costumes medievais irrelevantes no mundo hodierno. As passagens mais significativas, porém, coincidiam com o princípio de que os governos estão atados à lei — lei protetiva das pessoas e bens dos súditos — e com o art. 39 (da versão de 1215): ninguém poderia ser punido com perda de bens, prisão ou banimento senão por um julgamento perante seus iguais, segundo as leis da terra — *per legem terrae* (*An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, p. 80-81).

[37] Cf. BARROSO. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 209-234.

[38] Cf. Alexy: "No direito constitucional alemão, a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio

O constitucionalista português Canotilho reafirma o que estamos dizendo — relativamente à atividade legislativa — mas suas palavras podem ser abstraídas para as demais manifestações do Estado: a legislação não é mais que uma função de execução dos objetivos constitucionais; e a lei não pode ser incongruente consigo própria.[39]

6.3 Resumindo, o devido processo legal tem dois desdobramentos, sendo um deles o sentido material do princípio. Este se reveste da exigência de que os atos dos três poderes conformem-se com a equidade e com o bom senso. Isto é, estejam fora do plano do excessivo e do caprichoso. Isso está em íntima relação com a igualdade, porque proíbe os tratamentos discriminatórios que se possam qualificar de arbitrários. E serve como critério de contenção das limitações de direitos.

Pois bem, justamente de restrição de liberdades é que se cogita agora. Com estas noções prévias, podemos elucidar algumas situações recorrentes na ordem prática.

6.4 É possível decretar a quebra de sigilo de uma multidão anônima? Perguntando de outro modo, é viável fazê-lo em relação a um conjunto indeterminado de indivíduos? Não seria prudente responder desde logo negativamente, porque seria desconsiderar os interesses da justiça pública e da imposição isonômica de carga tributária. Mas facilmente se pode cair, com estas boas intenções, no irrazoável e no desmedido. Portanto, será necessário perquirir, *in concreto*, se há necessidade — não há outra maneira de aferir a ocorrência do ilícito criminal ou o fato gerador da obrigação tributária; se há adequação — a quebra permitirá efetivamente formar convicção sobre estes ilícitos e se os fatos são suficientemente graves para justificar um transtorno tão grande para a paz social.

Em condições normais, as devassas multitudinárias não se decretam. Só em casos excepcionalíssimos poderiam vingar.[40] É preciso que estejam fundadas em sérios indícios e de modo nenhum podem basear-se exclusivamente em denúncias anônimas — conquanto sim se houverem outros elementos probatórios independentes. Note-se que tanto o pedido quanto a decisão, em tais casos, devem fazer-se acompanhar de motivação sólida, o que exclui as meras conjecturas e suspeitas íntimas do agente público. Nesse sentido, tem a Suprema Corte afastado decisões de

mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade compõe-se de três princípios parciais: dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito. Todos os três princípios expressam a idéia de otimização. Direitos fundamentais, como princípios, são mandamentos de otimização. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas" (*Constitucionalismo discursivo*, p. 110).

39 Cf. CANOTILHO. *Direito constitucional*.

40 Embora o seguinte precedente diga respeito a interceptação telefônica, que não é nosso tema atual, também calha para o sigilo bancário e fiscal: " Das decisões judiciais anexadas aos autos, percebe-se, com clareza, que a excepcionalidade do deferimento das interceptações telefônicas foi justificada em razão da suspeita da prática reiterada de várias e graves infrações penais pelos investigados, alguns deles membros da facção criminosa conhecida como Primeiro Comando da Capital – PCC, tendo sido prolongada no tempo em razão do conteúdo das conversas monitoradas, que indicariam a existência de complexa quadrilha que estaria cometendo diversos ilícitos" (HC nº 259.554/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julg. 19.11.2013, *DJe*, 04 dez. 2013).

Comissões Parlamentares que não demonstram a existência da causa fundante da quebra de sigilo.[41] Já tivemos oportunidade de verificar, em nossa experiência cotidiana de magistratura, situações em que o interessado na quebra de sigilo acenava com a mera possibilidade de infrações criminais, sem outro fundamento que não uma presunção geral de culpa dos detentores de capacidade econômica. Reconhecemos — não sem tristeza — que nossa sociedade carece de padrões éticos exigentes e que tal deficiência tem efeito deletério sobre os laços de solidariedade comunitária, mas nem por isso se justifica a quebra dos padrões civilizados de convivência por iniciativa da própria autoridade. Ela estaria atentando contra os próprios valores que afirma promover. Assim, podem-se fixar alguns parâmetros flexíveis para lidar com tais situações:

a) tanto o pedido, quanto a decisão de ruptura do sigilo devem, como regra, indicar pessoas e casos precisamente. Admitimos exceção para os casos em que seja impossível fazê-lo, mas ainda assim se deve circunscrever o grupo-alvo com todas as circunstâncias e características de que se disponha. Os elementos de ordem pessoal devem ser acrescidos de determinação espacial e temporal. É antijurídico quebrar sigilo sem circunscrever o período de apuração, adequado com o tipo de ilícito que se pretende investigar, inclusive tomando em consideração a prescrição;

b) a decisão de quebra há de ser suficientemente fundamentada. Por "suficientemente" queremos dizer: não há necessidade da exaustividade de que seria

41 "EMENTA: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FATOS CONCRETOS – FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA – INADMISSIBILIDADE – CONTROLE JURISDICIONAL – POSSIBILIDADE – CONSEQÜENTE INVALIDAÇÃO DO ATO DE 'DISCLOSURE' – INOCORRÊNCIA, EM TAL HIPÓTESE, DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. A QUEBRA DE SIGILO – QUE SE APÓIA EM FUNDAMENTOS GENÉRICOS E QUE NÃO INDICA FATOS CONCRETOS E PRECISOS REFERENTES À PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO – CONSTITUI ATO EIVADO DE NULIDADE. – A quebra do sigilo inerente aos registros bancários, fiscais e telefônicos, por traduzir medida de caráter excepcional, revela-se incompatível com o ordenamento constitucional, quando fundada em deliberações emanadas de CPI cujo suporte decisório apóia-se em formulações genéricas, destituídas da necessária e específica indicação de causa provável, que se qualifica como pressuposto legitimador da ruptura, por parte do Estado, da esfera de intimidade a todos garantida pela Constituição da República. Precedentes. Doutrina. O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. – O Supremo Tribunal Federal, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, neutralizando, desse modo, abusos cometidos por Comissão Parlamentar de Inquérito, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, nesse contexto, porque vocacionado a fazer prevalecer a autoridade da Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes. Doutrina. Precedentes" (MS nº 25.668, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 23.03.2006, *DJ*, 04 ago. 2006). Por outro lado o STF admite que a fundamentação seja concisa, sem exigir o que esperaria de um ato judicial: "CPI – ATO DE CONSTRANGIMENTO – FUNDAMENTAÇÃO. A fundamentação exigida das Comissões Parlamentares de Inquérito quanto à quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático não ganha contornos exaustivos equiparáveis à dos atos dos órgãos investidos do ofício judicante. Requer-se que constem da deliberação as razões pelas quais veio a ser determinada a medida" (MS nº 24.749, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julg. 29.09.2004, *DJ*, 05 nov. 2004).

dotada a decisão final do processo, mas também descabe o laconismo.[42] Admite-se fundamentação que faça referência a outros elementos, como a promoção do solicitante para a quebra de sigilo;

c) a quebra não pode se constituir na peça inicial e fundante das apurações, senão que só pode suceder-se, temporal e logicamente, a outros elementos, mesmo que de natureza indiciária.[43] E que sejam admissíveis do ponto de vista jurídico, evidentemente. Daí que não se possam reconhecer na isolada presença de uma denúncia anônima. Nossa ordem constitucional repudia o anonimato, porque toda liberdade ou franquia tem como contrapeso a responsabilidade. A denúncia anônima pode dar estribo a uma apuração preliminar que, por sua vez, chegue a indícios que justifiquem ulterior quebra de sigilo.[44]

6.5 Daí se induz outro desenvolvimento destes princípios, atinente ao destino e emprego dos dados. Se o que justifica a quebra é a correlação meio-fim, obviamente não se pode dar emprego distinto às informações desveladas que não aquele adstrito à competência da pessoa autorizada a manipular os dados. De onde nova enumeração de corolários:

a) é desvio de finalidade a coleção de dados com o fito de intromissão ou controle de condutas não relacionadas com o ilícito de cuja apuração se trata;

b) se o agente destinatário (por exemplo, a autoridade policial ou o Ministério Público) não demonstra ter tomado as devidas cautelas para evitar vazamentos,

[42] Como no seguinte excerto: "O sigilo bancário e o sigilo fiscal estão incluídos no direito à privacidade, tutelado constitucionalmente (art. 5º, X e XII, da CF), de modo que a violação exige suficiente fundamentação por parte do Judiciário a respeito da existência dos motivos que justifiquem a sua ocorrência" (RHC nº 39.896/PE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julg. 22 out. 2013, *DJe*, 14 nov. 2013).

[43] Ou seja, a quebra deve ser complementar a outros indícios e provas, como no seguinte precedente: "RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO PENAL. CRIMES DE PREVARICAÇÃO E LAVAGEM DE DINHEIRO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. MEDIDA SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O direito ao sigilo das informações bancárias e fiscais, não tendo natureza absoluta, pode ser mitigado quando evidenciadas circunstâncias capazes de justificar, no interesse coletivo, ação do Estado voltada à preservação da legalidade.

2. No caso, a quebra de sigilo fiscal e bancário foi medida subsidiária e imprescindível à continuidade das investigações. A mitigação do sigilo dos Recorrentes, decretada de modo complementar a outros meios de provas, foi balizada por depoimentos testemunhais, interceptações telefônicas, e por relatório elaborado pelo COAF, tudo a apontar para indícios de incompatível movimentação bancária, inexplicável evolução patrimonial, entre outras irregularidades. 3. Recurso desprovido" (RMS nº 35.410/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. 22.10.2013, *DJe*, 05 nov. 2013).

[44] Nesse sentido: "RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. DENÚNCIA ANÔNIMA CORROBORADA POR OUTRAS PROVAS. POSSIBILIDADE. QUEBRA DE SIGILO FISCAL E BANCÁRIO. DECISÃO FUNDAMENTADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Conforme entendimento desta Corte Superior de Justiça, em razão da vedação constitucional ao anonimato, as informações de autoria desconhecida não podem servir, por si sós, para embasar a instauração de inquérito policial ou a deflagração de processo criminal. Admite-se apenas que tais notícias levem à realização de investigações preliminares pelos órgãos competentes, daí não advindo qualquer vício, tal como se deu na espécie. 2. Não se verifica qualquer ilegalidade na decisão que determina a quebra do sigilo bancário e fiscal de maneira devidamente fundamentada e condizente com o objeto de apuração. 3. Recurso ordinário a que nega provimento" (RMS nº 38.060/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julg. 24.09.2013, *DJe*, 20 fev. 2014).

esta só circunstância é suficiente para que a autoridade judiciária venha a indeferir futuros pedidos de quebra ou de sua ampliação. É que o descuido detectado também se converte em abuso por desvio de finalidade, ao submeter o julgador imparcial à pressão dos meios de comunicação, ávidos por condenações públicas, precipitadas e sem direito à defesa. Em tais casos, não só o sacrifício do direito individual transmuta-se em eliminação, o que já vimos não ser aceitável, como ainda se converte em ameaça à imparcialidade do órgão julgador;

c) o suporte físico em que são reunidos os dados coletados por decisão da autoridade competente é, ele próprio, objeto de sigilo. A lei inclusive o diz com relação aos autos judiciais, mas nem era necessário que o fizesse. Todos os autos e peças de informação para os quais são trasladados dados sigilosos ganham essa mesma característica, ficando seu acesso restrito às partes e a seus procuradores. E, como regra, só se devem trasladar os dados imprescindíveis, ficando o material excedente depositado em lugar seguro e reservado. Em nossa prática judicial, tínhamos o costume, para extrema segurança, de criar volumes apartados que os interessados podiam manusear, apenas para retirar as informações estritamente necessárias e levá-las aos autos. Esperávamos com isso tornar mais severa a tutela de direito fundamental previsto na Constituição. O Superior Tribunal de Justiça, porém, desautorizou tal prática: contenta-se com a decretação de segredo;[45]

d) o sigilo bancário não impede a requisição de informações sobre a existência de ativos financeiros, nem a assim dita penhora *on line*. Não apenas porque a lei regulamentou a competência e o procedimento dessa constrição.[46] A nosso ver, é penhora como qualquer outra, apenas realizada por meio eletrônico e não necessitaria de regência por dispositivo específico. A questão principal resume-se no conflito dialético entre o direito do credor-exequente ao acesso à jurisdição executiva e o do devedor à mantença do sigilo. No caso concreto o último direito fundamental cede, porque as informações que vêm aos autos limitam-se à existência de depósitos bancários e valores apreendidos, sem que a movimentação (e, portanto, a privacidade do executado) seja desvelada.

[45] "As informações sigilosas das partes devem ser juntadas aos autos do processo que correrá em segredo de justiça, não sendo admitido o arquivamento em apartado. Precedentes: AgRg na APn nº 573/MS, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 29.06.2010; REsp. nº 1.245.744/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 28.06.2011; REsp nº 819.455/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 17.02.2009" (REsp nº 1.349.363/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julg. 22.05.2013, *DJe*, 31 maio 2013).

[46] Arts. 655, I, e 655-A do Código de Processo Civil. Essa previsão expressa superou o entendimento jurisprudencial anterior, segundo o qual a penhora de ativos financeiros deveria ser excepcional e antecedida da tentativa de constrição por outros métodos. O Superior Tribunal de Justiça fixou nova orientação no regime de recurso repetitivo, segundo a qual a penhora eletrônica é uma providência de cunho ordinário: REsp nº 1.112.943/MA, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, julg. 15 set. 2010, *DJe*, 23 nov. 2010.

Os créditos e débitos que poderiam levar à publicidade da vida privada não se tornam conhecidos por conta da penhora *on line*, de modo que sempre pensamos ser equivocada a objeção lastreada no direito à intimidade. Afora o que, esse argumento deixava de lado que também estão em jogo direitos fundamentais do exequente, deixando de lado a necessária ponderação;

e) como o emprego dos informes sigilosos depende da ocasião e competência que ditaram sua requisição, isto é mais uma razão para reafirmar que o trânsito entre autoridades públicas depende de lei autorizadora ou de convênio de cooperação. Ressalva-se a promoção da autoridade fazendária para fins penais, porque já foi objeto de previsão específica na lei complementar tributária (art. 198, §3º, I, CTN);

f) o órgão de advocacia pública, que em razão de sua função tenha acesso direto a dados sigilosos (notadamente sujeitos a sigilo fiscal),[47] pode trazê-los aos autos judiciais, desde que requeira a decretação de segredo de Justiça. Há razoabilidade nessa medida. De um lado, está o interesse na preservação do patrimônio público e, de outro, a vida privada da parte contrária.[48] Esta última é acautelada pelo segredo de Justiça, enquanto o interesse do Erário não poderia ser atendido sem a vinda dos informes sigilosos. É claro que estamos pressupondo a inexistência de meios alternativos para a satisfação do interesse fazendário, do contrário o raciocínio falharia.

Disclosure of Financial and Bank Records Established on Legislation and Principles

Abstract: This paper analyses tax and banking secrecy from the constitutional point of view, the laws involved and the judicial breach conditions, related to the substantive due process. Case observations are included.

Key words: Disclosure of financial records. Disclosure of bank records. Constitutional Law. Principles. Legislation.

[47] Não é incomum que Procurador da Fazenda tenha acesso a dados fiscais dos contribuintes, ficando ele próprio sujeito ao sigilo funcional.

[48] Não há nada demais nisso. Como anota André Ramos Tavares, "admite-se a existência, na Constituição, de princípios colidentes, sem que isso comprometa a coerência ou a supremacia da Constituição. Ou seja, é amplamente aceito pela teoria que, em face de determinado caso concreto, mais de um princípio seja, em tese, aplicável, e que os princípios implicados sejam, eventualmente, contrários, quer dizer, possam conduzir a soluções diversas, dependendo de qual seja aplicado. Essa situação é resolvida por meio da aplicação do denominado critério da proporcionalidade, com a cedência daquele princípio que não deve reger o caso concreto" (Princípios constitucionais. *In*: MARTINS; MENDES; NASCIMENTO. *Tratado de direito constitucional*, p. 401-402).

Referências

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ARISTÓTELES. *Organon*. Bauru: EDIPRO, 2005

ARISTÓTELES. *Política*. Brasília: UnB, 1997.

ÁVILA, Humberto. Uso de informações fiscais da CPMF. *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre, v. 7, n. 7, p. 118-129, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BORGES, Tarásio Campelo. Sigilo bancário perante a administração tributária federal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 106, p. 91-99, jul. 2004.

CAENEGAM, R. C. *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996.

CAPPI, Antonio; CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. *Lógica jurídica*. Goiânia: Ed. Da UCG, 2004.

CASTRO, Carlo Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

PETRY, Rodrigo Caramoni. O sigilo bancário e a fiscalização tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 190, p. 110-129, jul. 2011.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. Do reino ou do governo dos príncipes ao Rei de Chipre. *In*: TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

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

GRAMSTRUP, Erik Frederico. Sigilo fiscal e bancário: fundamentos normativos e principiológicos da quebra. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, p. 95-117, jan./abr. 2014.