
Diferença entre o sigilo financeiro e o fiscal: análise das faculdades e limites da administração tributária

The difference between financial and fiscal secrecy: analysis of the faculties and limits of the tax administration

Rodrigo Maia Santos

- » Técnico Administrativo do BNB
- » Advogado/BA (25.363)
- » Especialista em Direito Público
- » Especialista em Direito e Processo do Trabalho
- » Mestrando em Direito pela UFBA
- » E-mail profissional: contato@nossoescritorio.adv.br
- » E-mail no BNB: rodrigoms@bnb.gov.br

RESUMO

Este trabalho científico analisa profundamente as diferenças entre sigilo financeiro e fiscal, investigando a natureza jurídica de cada um, abordando a faculdade constitucional do Fisco, assim como seu limite, buscando ilustrar por meio da análise dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001.

PALAVRAS-CHAVES

Sigilo Financeiro. Sigilo Fiscal. Direito à privacidade. Restrição de direitos individuais.

ABSTRACT

This scientific work deeply analyzes the differences between financial and tax secrecy, investigating the legal nature of each, addressing the constitutional faculty of the tax authorities, as well as its limits, seeking to illustrate through the analysis of Articles 5 and 6 of Complementary Law 105/2001 .

KEYWORDS

Financial Secrecy. Tax secrecy. Right to privacy. Individual rights restriction.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Privacidade e intimidade. 3. O sigilo. 4. Dados patrimoniais e extrapatrimoniais. 5. Faculdade e limite da administração tributária: conteúdo do sigilo fiscal. 6. Análise da constitucionalidade da requisição direta de dados financeiros pela administração tributária. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

No dia 10 de janeiro de 2001, entrou em vigor a Lei complementar 105, conhecida como a “Lei do Sigilo Bancário”. Ela revogou expressamente o Art. 38 da Lei do Sistema Financeiro Nacional, mas inseriu no ordenamento jurídico a permissão para a Receita Federal tomar conhecimento de quaisquer informações bancárias/financeiras que desejarem, sem a obrigatoriedade de decisão judicial.

A Administração Tributária, representada pela Receita Federal, é obrigada a manter os dados protegidos do conhecimento de terceiros: o chamado sigilo fiscal.

As instituições financeiras, por sua vez, são obrigadas a manter os dados protegidos do conhecimento de terceiros: o chamado *sigilo financeiro*. No caso dos bancos, espécie de instituição financeira, também é conhecido como “sigilo bancário”.

A finalidade deste artigo é identificar não só as diferenças conceituais do sigilo financeiro e fiscal, mas também, e principalmente, do conteúdo de cada uma delas demonstrando as consequências interpretativas, usando, como exemplo, a Lei Complementar 105/2001.

2. PRIVACIDADE E INTIMIDADE

O objeto do direito à privacidade é, em poucas palavras, a integridade moral do sujeito¹. “Moral” aqui entendida como conjunto de hábitos julgados válidos para uma pessoa determinada.

A Constituição de 1988 inovou, garantindo a inviolabilidade à

1 FERRAZ apud FOLMANN, M. **Interpretação constitucional principiológica e sigilo bancário**. 1.ed. Paraná: Juruá, 2003. p. 47.

intimidade, à vida privada etc. Seriam esses direitos citados, nas palavras de José Afonso², *manifestações da privacidade* - sentido genérico e amplo.

Partindo deste raciocínio, a diferença básica entre privacidade e intimidade será no grau de exclusão. Esta seria espécie daquela. Enquanto a privacidade representa uma esfera de exclusão em relação à vida pública, a intimidade, além da característica do seu gênero, representaria exclusão também em relação à vida privada.

É importante tal distinção, pois há efeitos jurídicos decorrentes da mesma. O compartilhamento, por exemplo, de uma informação de natureza privada entre as pessoas que fazem parte de sua vida privada seria um ato lícito. Porém, o compartilhamento de informações íntimas para este mesmo grupo de pessoas seria um ato ilícito.

Diante disso, a doutrina alemã concebe a teoria dos círculos concêntricos, em que o homem possui quatro esferas que o envolve em sua existência como um ser social (manifestações da sua personalidade) as quais vão se comprimindo, nesta ordem: “público, privacidade, intimidade e sigilo”³.

Contrariamente à teoria alemã, Oswaldo Othon não entende que o sigilo esteja ligado à privacidade:

Não vislumbramos o sigilo bancário entre o direito à intimidade, ou o denominado direito de estar sozinho. Tenho para mim que a intimidade é aquilo que não se compartilha com ninguém, são os pensamentos mais íntimos e secretos, os sentimentos, os desejos e as tendências, às vezes, inconfessáveis⁴.

2 SILVA, J. A. da S. **Curso de direito constitucional positivo**. 24ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 206.

3 FOLMANN, M. **Interpretação constitucional principiológica e sigilo bancário**. 1.ed. Paraná: Juruá, 2003. p. 106.

4 SARAIVA FILHO, O. O. de P. A quebra do sigilo bancário e o fisco. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/889834>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

Mas não tem como concordar com a teoria acima: o que ele diz como “aquilo que não se compartilha com ninguém” deve ser compartilhado com o psicólogo, por exemplo, para possibilitar o tratamento correto. E estará protegido pelo sigilo profissional. Logo, o sigilo está ligado à privacidade.

Delimitar o objeto da privacidade é extremamente importante para delinear o objeto do sigilo financeiro ou fiscal, ou seja, identificar quais dados bancários ou fiscais devem permanecer em segredo, visando proteger a integridade moral da pessoa.

Christiano Valente explica os modos de violação da privacidade (invasão e divulgação):

Portanto a violação do direito à vida privada *lato sensu* pode-se dar de duas formas: pela invasão ou pela divulgação (abuso). [...] Outrossim, há dupla violação quando um intruso obtém informações que não poderia obter e as divulga para quem não as poderia divulgar.⁵

Uma vez explicadas estas peculiaridades da privacidade e sua relação com o sigilo, pode-se passar para a pesquisa específica do direito objeto deste trabalho.

3. O SIGILO

3.1. Conceito

Etimologicamente, sigilo significa segredo, selo, sinete de selar⁶.

Seguindo a linha de raciocínio da teoria dos círculos concêntricos, já expostos, o sigilo é concebido pelo menor deles. Melissa Folmann define *sigilo* muito bem quando diz que:

5 VALENTE, C. M. W. **Sigilo bancário** - obtenção de informações pela administração tributária federal. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 69.

6 FOLMANN, M. **Interpretação constitucional principiológica e sigilo bancário**. 1.ed. Paraná: Juruá, 2003. p. 51.

Este compõe-se do direito de não revelar informações que sabe para terceiros, mantendo essas em seu foro mais reservado, representando a liberdade de não emitir o pensamento para além dos limites impostos por si mesmo ou por alguma coisa⁷

Deste conceito percebem-se a ligação entre os termos “privacidade”, “sigilo” e “liberdade”⁸.

A atual Constituição da República, ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais, consagra, no artigo 5º, o direito ao sigilo:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrentes da sua violação;

(...)

XII - é inviolável o sigilo das correspondências 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;

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e o resguardado do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...)

XXXIII - 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

7 Op. Cit. P. 108.

8 Esta observação será importante para se chegar ao fundamento jurídico do sigilo bancário.

imprescindível à segurança da sociedade e do Estado⁹.

Analisando essa transcrição, pode-se perceber que o direito ao sigilo possui duas finalidades. Uma, exercendo a função de proteção da privacidade (incisos X, XII e XIV). E a outra como forma imprescindível à segurança da sociedade e coletividade (inciso XXXIII). Os sigilos financeiro e fiscal não aparecem expressamente, “razão pela qual sua percepção em hierarquia constitucional depende de um esforço interpretativo”¹⁰.

Destaca-se com mais acuidade o sigilo profissional que, como o adjetivo já o diferencia, é o sigilo de informações em razão de determinada profissão¹¹. O psicólogo, por exemplo, só pode diagnosticar o problema do seu paciente com precisão se este revelar sua vida completamente. Diante disso, é necessário o direito-dever do sigilo profissional.

Por conta disso, muitos doutrinadores vêm indicando o sigilo bancário como espécie do sigilo profissional, devido à profissão do bancário. Porém, Paulo Quezado e Rogério Lima contrapõem esta visão¹² e dizem que:

Bancário e profissional são apenas qualitativos do termo sigilo. Os sigilos bancário, profissional e fiscal são espécies do gênero sigilo¹³.

Deve-se atentar que o que é qualificado é “o sigilo” e não “a informação”. É tanto que o sigilo bancário, por exemplo, protege também dados de conteúdo fiscal (aquelas com a finalidade de tributar IOF e CPMF,

9 BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2013.

10 TEIXEIRA, E. D.; HAEBBERLIN, M. **A proteção da privacidade** - aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal. 1.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 91.

11 Santo Agostinho chegou a dizer: “o que sei por confissão, sei-o menos do que aquilo que nunca soube”. (apud. BELLOQUE, Juliana Garcia. 2003. p. 79).

12 É mais perceptível quando se chegar ao fundamento jurídico do sigilo bancário.

13 QUEZADO, P.; LIMA, R. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 26.

de interesse do Fisco).

Quezado e Lima concluem (2002, p. 27):

Logo, é a relação jurídica entre o banco e seu cliente que qualifica o sigilo, o qual resguarda as informações bancárias, de sigilo bancário. Da mesma forma, entre o Fisco e o contribuinte o sigilo denomina-se *fiscal* ¹⁴

O sigilo bancário seria, portanto, “o segredo de informações em função do crédito, por um lado, e, por outro, direito fundamental à privacidade”¹⁵. E o sigilo fiscal seria o segredo de informações entre o contribuinte e o Fisco.

É um direito-dever, ou seja,

um direito do cliente do banco de não ver devassadas informações sobre a sua pessoa em posse do banco por comporem sua intimidade, com o correlato dever do banco de não franqueá-las¹⁶

3.2. Fundamento jurídico do sigilo

Para os fins deste artigo, é necessário dar um sentido distinto entre fundamento jurídico e fundamento legal, estas que são as expressões usadas nas petições e sentenças para o dispositivo de lei do qual se extrai determinada regra ou em que se apoia certo argumento¹⁷.

Cabe agora estabelecer a diferença entre fundamento e fonte. Isto porque a maioria dos doutrinadores, quando está tratando de sigilo financeiro, confunde a fonte deste direito com seu fundamento.

14 Ibid., p. 27.

15 Ibid., p. 12.

16 FOLMANN, M. **Interpretação constitucional principiológica e sigilo bancário**. 1ª.ed. Paraná: Juruá, 2003. p. 113.

17 Esta linha de raciocínio é utilizada na obra de Paulo Quezado e Rogério Lima.

Quezado e Lima explicam:

Fundamento significa o alicerce sobre o qual se apoia alguma coisa; e fonte, o lugar de onde provém algo. Lugar em que se origina determinada coisa não significa o seu fundamento. Dizer qual é o fundamento de algo é informar o seu *porquê*, isto é, a razão de ser¹⁸

E continuam frisando ainda mais:

(...) a fonte pergunta *de onde?*; o fundamento, *o porquê*. Logo, expor o fundamento do direito ao sigilo financeiro é responder à seguinte indagação: por que (qual o motivo do) direito ao sigilo financeiro?¹⁹

Muitas teorias foram criadas²⁰ para explicar o fundamento jurídico do direito ao sigilo financeiro. Quezado e Lima dizem que talvez o motivo de diversas teorias seja o fato da confusão que os doutrinadores fazem com fundamento e fonte²¹.

A melhor teoria tem como defensor principal o doutrinador Pontes de Miranda, seguido por Gilberto Haddad, Hamilton Dias de Souza, Paulo Quezado e Rogério Lima. É neles que se encontra a teoria que responde coerentemente o fundamento do sigilo financeiro. Teoria, aliás, partilhada no presente trabalho.

É até razoável dizer que o fundamento do sigilo encontra-se no direito à privacidade. Porém, não há como gozar da privacidade se não houver liberdade. A liberdade é o instrumento assecuratório da privacidade. A privacidade é uma expressão da liberdade de negação (liberdade de não se expor).

18 QUEZADO, P.; LIMA, R. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 21.

19 Ibid., p. 21.

20 Folmann (2003, p. 91-96) cita 10 teorias para explicar o fundamento jurídico do sigilo bancário.

21 QUEZADO, P.; LIMA, R. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 26.

O direito ao sigilo é mais que a privacidade em si, é um instrumento assecuratório desta. E, conforme Quezado e Lima, “todo sigilo existe, em última análise, como expressão da liberdade; direito este inerente ao ser humano. O homem exercita a liberdade tanto de forma positiva, como negativa”²².

Eis outra observação importante de Toledo:

Os direitos fundamentais, mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam a proteger.²³

Em outras palavras, os direitos fundamentais são princípios positivados.

Isto implica em dizer que o fato de existir ou não norma positivada que protege o sigilo é uma questão acessória diante do princípio da liberdade.

Esta teoria coloca o sigilo na posição elevada de um direito fundamental (protegido por cláusula pétrea), cujo fundamento está na liberdade (de negação), tornando sua violação/flexibilização algo muito mais grave do que pensa alguns doutrinadores.

4. DADOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS

O direito ao sigilo financeiro, por exemplo, protege os dados financeiros da exposição da privacidade a terceiros da relação Banco e cliente. Informações que abalam a integridade moral do cliente, que revelam suas escolhas íntimas, seus hábitos, etc.

A liberdade negativa visa proteger a personalidade do indivíduo em

22 QUEZADO, P; LIMA, R. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 28.

23 TOLEDO apud QUEZADO, P; LIMA, R. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 30.

meio à sociedade da massificação.

Diogo Leite de Campos já salientava que:

uma parte importante da vida pessoal do cidadão está espelhada na sua conta bancária. A monetarização da economia leva a que, abolida a troca direta, as operações econômicas de cada cidadão sejam efetuadas através da moeda; moeda que circula quase exclusivamente através da conta bancária de cada um. Como cada um se veste; o que oferece ao cônjuge e aos filhos; os restaurantes que frequenta; as viagens que realiza; como decora a casa; os estudos dos filhos; o volume de sua leitura; as próprias aventuras extraconjugais, tudo é revelável através de uma consulta perspicaz da sua conta bancária. (...) Conhecer a conta bancária é conhecer os traços fundamentais da vida privada de cada um; e ter o ponto de partida para conhecer o outro²⁴.

No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos ressalta:

a biografia de um homem poderia ser escrita praticamente a partir de seus extratos bancários.²⁵

Paulo Henrique Tavares, percebe que a análise da conta bancária propicia “quantificar o volume de recursos nelas movimentados, bem como identificar a origem e a destinação dos valores que por elas transitaram”.²⁶

Sintetizando a ideia dos três doutrinadores, podemos estabelecer o seguinte: a) há dados financeiros que revelam a privacidade do cidadão, a ponto de possibilitar até a escrita de uma biografia²⁷; b) Há dois tipos

24 CAMPOS apud BATISTA, L. M. B. **A quebra do sigilo bancário** - como meio de prova no direito processual civil brasileiro. 1.ed. Paraná: Juruá, 2003. p. 96-97.

25 BASTOS apud BATISTA, L. M. B. **A quebra do sigilo bancário** - como meio de prova no direito processual civil brasileiro. 1.ed. Paraná: Juruá, 2003. p. 97.

26 TAVARES apud BATISTA, L. M. B. **A quebra do sigilo bancário** - como meio de prova no direito processual civil brasileiro. 1.ed. Paraná: Juruá, 2003. p. 97.

27 Vale lembrar que faturas do cartão de crédito revelam de forma ainda mais clara a privacidade do cidadão.

de intimidade: o patrimonial e a extrapatrimonial. Na análise de uma conta bancária, o primeiro se manifesta na quantificação do volume de recursos movimentados; o segundo se manifesta na identificação da origem e destinação dos recursos movimentados.

Quantificar o volume de recursos movimentados, ou seja, adentrar na intimidade patrimonial só tem como consequência o conhecimento do patrimônio e nada mais. Saber que um cliente movimentou R\$ 500,00, por exemplo, no mês de abril só dá para abstrair apenas a própria informação: que ele movimentou R\$ 500,00 no mês de abril. São dados estritamente patrimoniais.

Já conhecer a origem e o destino deste patrimônio é algo que transcende a informação patrimonial: é conhecer quem o cliente está sustentando, é saber em que loja ele está comprando etc. É conhecer hábitos da intimidade do cliente. Informações que, a princípio, não devem ser reveladas a ninguém além de sua esfera íntima. São dados extrapatrimoniais.

5. FACULDADE E LIMITE DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA: CONTEÚDO DO SIGILO FISCAL

Podemos observar no Art. 145, §1º da Constituição Republicana que a Administração Tributária tem a facultade de identificar o patrimônio, porém deverá respeitar os direitos individuais:

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

atividades econômicas do contribuinte.²⁸

Duas expressões-chaves: a) “conferir efetividade”; b) “respeitados os direitos individuais”. O próprio princípio é consagrado como um respeitador de direitos individuais, porém, possuindo o dever de dar efetividade à isonomia tributária.

Pode-se observar também algo que, pelo menos aparentemente, colide com o sigilo financeiro: é a faculdade dada pela Constituição da Administração Tributária de *identificar* o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, sob o fundamento de conferir efetividade ao princípio isonômico.

Nesta linha, diz Roberto Massao Chinen:

Os assalariados, relativamente aos rendimentos do trabalho, suscitam reduzido interesse do fisco, já que suas rendas são informadas pelas respectivas fontes pagadoras, o que faz com que o imposto de renda pago pela maioria desses profissionais corresponda exatamente às suas rendas auferidas. Já a sistemática que se operacionaliza com os dirigentes de empresa e os autônomos é bem distinta; são várias as possibilidades de reduzir a probabilidade de o fisco identificar seus rendimentos: inexistência de uma fonte direta e imediata a ser confrontada com os rendimentos por eles declarados, prestação de serviços sem emissão de documentos fiscais, recebimento de salário em utilidades; recebimento de salário “por fora” etc.²⁹

A grande diferença entre as duas situações expostas por Chinen torna claro a desigualdade. A questão é saber até onde pode a Administração

28 BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 17 jul. 2013.

29 CHINEN, R. M. **Sigilo bancário e o fisco** - liberdade ou igualdade? 1.ed. Paraná: Juruá, 2005. 142.

identificar estes dados sem ferir os direitos individuais.

Somente a aplicação plena do princípio da proporcionalidade à resposta será desvendada.

Tanto a intimidade patrimonial quanto a extrapatrimonial revelam a privacidade do cidadão. Mas esta distinção é importante quando falamos do sigilo fiscal. Pois ao Fisco interessa saber do patrimônio. E este *deve* adentrar nesta intimidade, sob pena de, quem não o deixar, cometer *crime de sonegação fiscal*, até porque tais dados *são os mesmos* que, por exemplo, devem ser declarados para o Imposto de Renda. E tais informações continuarão em sigilo; agora chamado de *sigilo fiscal* por estar na relação fisco e contribuinte.

Significa dizer que, relativos aos dados financeiros, o sigilo fiscal tem abrangência bem inferior ao sigilo financeiro.

Além desta diferenciação, importante ressaltar que existem limitações implícitas ao dever de sigilo. Márcia Haydée sintetiza bem as hipóteses:

O limite implícito mais óbvio do sigilo bancário é o direito do cliente do banco de tomar conhecimento de todas as suas operações financeiras. [...]

Outro limite implícito do instituto é o direito de procuradores e representantes do cliente de banco de conhecer dados bancários dos respectivos outorgantes e representados. [...] O direito de acesso de herdeiros ou legatários a informações bancárias confidenciais do *de cujus* é mais um limite implícito do sigilo bancário. [...] aos legatários, sucessores a título singular, apenas as notícias pertinentes ao objeto do legado. [...] É ainda um limite implícito do instituto o direito do garantidor, distinto do devedor principal, de se informar sobre o desenvolvimento da operação creditícia garantida. [...] Por último, há situações em que o interesse do banco funciona como limite implícito do sigilo bancário. É o caso do inadimplemento de obrigação por parte

do cliente, que autoriza o banco a levar um título de crédito a protesto [...]»³⁰

A pesquisadora citada ressalta que o cônjuge não está autorizado a conhecer tais dados, por força do inciso X, do Art. 5º da Constituição.

6. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA REQUISIÇÃO DIRETA DE DADOS FINANCEIROS PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Foi definido o sigilo financeiro como espécie da esfera mais profunda da privacidade, cujo fundamento encontra-se na liberdade de negação, revelando sua natureza de direito fundamental.

Chegou-se à conclusão que o sigilo fiscal não tem a capacidade de absorver o sigilo financeiro pelo fato deste conter dados que revelam, além da intimidade patrimonial, a intimidade extrapatrimonial.

Portanto, faculta-se ao Fisco apenas adentrar na intimidade patrimonial do cliente/contribuinte, por força do Art. 145, § 1º da Constituição, decorrente do Art. 3º, inc. III. O objeto do sigilo fiscal é, portanto, os dados financeiros exclusivamente patrimoniais.

Cabe, neste momento, partir para a análise sistêmica e constitucional dos artigos da polêmica lei através das teorias aqui resumidas neste tópico.

6.1. Defesa da constitucionalidade do Art. 5º da LC 105/2001.

Neste artigo, foi facultada apenas à Administração Tributária a requisição periódica de dados que revelam apenas informações de

30 CARVALHO, M. H. P. de. Sigilo bancário - à luz da doutrina e da jurisprudência. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 178-180.

identificam o titular da conta e os valores globais movimentados.

O Fisco vai adentrar apenas na intimidade patrimonial que lhe é facultado pela Constituição. O contribuinte não tem o direito de sonegar tais dados ao Fisco. Nesta linha, disse o grande tributarista Hugo de Brito Machado:

Não tivesse a administração a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, não poderia tributar, a ser na medida em que os contribuintes, espontaneamente, declarassem ao fisco os fatos tributáveis. O tributo deixaria de ser uma prestação pecuniária compulsória, para ser uma prestação voluntária, simples colaboração do contribuinte, prestada ao Tesouro Nacional.³¹

É uma disposição de extrema necessidade para o tratamento igualitário entre os assalariados e os autônomos e dirigentes de empresas.

O Fisco aqui está longe de considerar, pela generalidade, que o contribuinte é um sonegador em potencial, mas é sabido que bastam 431 pessoas, em um país de mais de 150 milhões, para sonegar R\$ 182.510.000.000,00, conforme informativo da Secretaria da Receita Federal já citado neste trabalho.

É uma medida totalmente razoável, de acordo com o princípio da proporcionalidade, tendo em vista ser adequada (Art. 145, § 1º CR/88) e necessária (isonomia tributária e a péssima distribuição de renda no país).

Não fere a privacidade do contribuinte, pois está acobertado pelo sigilo fiscal e o Art. 5º desta lei, obviamente, só se refere ao Fisco.

Há que se falar, portanto, que atende ao princípio da dignidade

31 MACHADO apud CHINEN, R. M. **Sigilo bancário e o fisco - liberdade ou igualdade?** 1.ed. Paraná: Juruá, 2005. p.151.

humana por não ferir a liberdade de negação e ser uma medida de interesse público (sentido moderno) ao mesmo tempo.

Não só como não fere o princípio da separação dos poderes como o afirma, pois o Art. 5º refere-se ao poder de polícia fiscal, que é restrição constitucional dos direitos individuais, próprio da Administração Tributária, não podendo o Poder Judiciário intervir sob pena deste poder ferir tal princípio.

Conforme Chinen,

esses registros viabilizam, para a Administração Tributária Federal, a verificação do correto cumprimento de obrigações tributárias dos contribuintes, mediante confronto com os rendimentos que eles declaram à Receita Federal, fazendo parte daquilo que Tércio Sampaio Ferraz Júnior denomina de *fiscalização continuada* dentro do exercício do dever de vigilância das autoridades fiscais³².

Por este motivo, não há que invocar ao Art. 5º o postulado da reserva constitucional de jurisdição. Logo, é totalmente constitucional o Art. 5º por atender, adequadamente, o princípio da igualdade.

6.2. Da inconstitucionalidade do Art. 6º da LC 105/2001.

Neste artigo, foi facultada à Administração Tributária a requisição direta de dados financeiros que revelam informações que identificam a origem e a natureza dos recursos. Origem e destino revelam informações extrapatrimoniais.

O Fisco vai adentrar na intimidade extrapatrimonial que não lhe foi facultada pela Constituição, até porque ele deve respeitar os direitos

32 CHINEN, R. M. Sigilo bancário e o fisco - **liberdade ou igualdade?** 1.ed. Paraná: Juruá, 2005. 79.

individuais do contribuinte. A inconstitucionalidade é flagrante.

Sabe-se, porém, que os direitos fundamentais não devem ser pretexto para acobertar crimes, os fins devem ser éticos. Invocando a natureza sistêmica jurídico-constitucional, o sigilo financeiro pode ser restringido em determinados casos concretos.

Deve haver motivos relevantes para solicitar estes dados e deve ser de acordo com a Constituição.

Aplicando o princípio da proporcionalidade, apenas o Poder Judiciário poderá restringir direitos individuais, salvo aqueles facultados ao Poder executivo, na forma de poder de polícia fiscal.

Apesar de ser uma medida necessária, o dispositivo do Art. 6º não passa no primeiro filtro do princípio da proporcionalidade que é a adequação. A única medida adequada é passar pelo crivo do Judiciário, que é imparcial, diferente da Administração que é parte no conflito com o contribuinte.

Para restringir um direito fundamental deve-se tomar muito cuidado e avaliar as razões que justificam a medida. Aqui o interesse público deve ter peso suficiente para justificar a restrição. Difere do Art. 5º que a igualdade fala mais alto, no Art. 6º a liberdade tem peso maior. Por isso, o caráter excepcionalíssimo da restrição do princípio da liberdade.

Houve uma grande afronta ao princípio da separação dos poderes, pois é atribuição exclusiva do Poder Judiciário, postulado da reserva constitucional de jurisdição. Cabe lembrar que o princípio da proporcionalidade também se aplica ao Judiciário, devendo aplicá-lo na análise da adequação e necessidade da quebra do sigilo.

Como não há contraditório, ampla defesa, constituir-se, portanto, em

uma prova ilícita e o fato da violação da privacidade ser irreversível por natureza, fere claramente o princípio do devido processo legal.

Se nem uma emenda constitucional tem o poder de restringir os direitos fundamentais, o que dirá de uma lei complementar.

A única medida é pelo Poder Judiciário, pois é a única adequada, e atende às necessidades tributárias, porque não inviabiliza o futuro conhecimento destas informações pelo Fisco, basta o Judiciário visualizar a necessidade da quebra e verificar se não há meios menos danosos ao contribuinte. O Fisco ainda não tem razão mais grave para justificar a aberração jurídica exposta no Art. 6º.

Alguns utilizam a eficiência administrativa como justificativa copmo defende José Carlos Barbosa Moreira: [...] se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa.”³³

Fora que o Judiciário vem lutando a cada dia pela celeridade processual. A preocupação pela celeridade é importante, mas deve ser legítima. Tanto que o legislador, sabiamente, visando futuras normas específicas, trouxe recentemente uma norma programática para orientar os Poderes Judiciário e Executivo, através da EC 45/2004, adicionando ao Art. 5º o seguinte inciso:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação³⁴.

Não há argumentos contrários tão fortes quanto os apresentados para

33 MOREIRA apud BATISTA, L. M. B. A quebra do sigilo bancário - como meio de prova no direito processual civil brasileiro. 1.ed. Paraná: Juruá, 2003. p. 17.

34 BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2013.

atacar o Art. 6º, pois a Constituição é suficientemente clara na questão.

Portanto, este dispositivo deve ser desconsiderado do sistema jurídico.

7. O SIGILO BANCÁRIO NO STF

No Supremo Tribunal Federal, há algumas decisões com as mesmas premissas deste trabalho, ainda que de forma não tão explícita.

Em decisão de Recurso Extraordinário, o referido Tribunal tem entendido que é inconstitucional o Art. 6º da LC/105, uma vez que afirma que a norma que atribui à Receita Federal a faculdade de afastar o sigilo bancário conflita com o Art. 5º, XII, da Constituição:

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

(STF - RE: 389808 PR, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 15/12/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218)³⁵ (grifos do autor)

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE: 389808 PR**, Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 15/12/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10/05/2011. EMENT VOL-02518-01 PP-00218. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 dez. 2016.

Desta vez, fundamentando pelo Art. 5º, X, da Constituição, a Suprema Corte também tem entendido que também o TCU não poderá requisitar dados bancários, reforçando ainda mais as premissas trazidas neste trabalho:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. **O Tribunal de Contas da União, a despeito da relevância das suas funções, não está autorizado a requisitar informações que importem a quebra de sigilo bancário**, por não figurar dentre aqueles a quem o legislador conferiu essa possibilidade, nos termos do Art. 38 da Lei 4.595/1964, revogado pela Lei Complementar 105/2001. Não há como admitir-se interpretação extensiva, por tal implicar restrição a direito fundamental positivado no Art. 5º, X, da Constituição. Precedente do Pleno (MS 22801, rel. min. Menezes Direito, DJe-047 de 14.03.2008.) Ordem concedida. (MS 22934, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 08-05-2012 PUBLIC 09-05-2012)³⁶ (grifos do autor).

Apesar de ser uma decisão anterior às demais supracitadas, é possível encontrar julgados do STF que entendem ser constitucional o Art. 6º da LC/105:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. COMPARTILHAMENTO DAS INFORMAÇÕES COM A RECEITA FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - Não é cabível, em sede de inquérito, encaminhar à Receita Federal informações bancárias obtidas por meio de requisição judicial quando o

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 22934**, Relator (a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 08/05/2012 PUBLIC 09/05/2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 dez. 2016.

delito investigado for de natureza diversa daquele apurado pelo fisco. II - **Ademais, a autoridade fiscal, em sede de procedimento administrativo, pode utilizar-se da faculdade inculpada no Art. 6º da LC 105/2001**, do que resulta desnecessário o compartilhamento in **casu**. III - Agravo regimental desprovido.

(Inq 2593 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15/02/2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00040)³⁷ (grifos do autor).

A decisão acima demonstra ainda a confusão entre sigilo bancário e fiscal, pois, como já demonstrado, não fazer tal diferenciação ocorre em decisões que ferem diretamente a Constituição Federal.

Por fim, em 23 de outubro de 2009, o Supremo reconheceu a existência de repercussão geral, sendo julgado e recentemente publicado em 16 de setembro de 2016:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq 2593** AgR, Relator (a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2010, DJe-030 DIVULG 14/02/2011 PUBLIC 15/02/2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00040. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 dez. 2016.

seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. **Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.** 5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. 6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: **“O Art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.** 7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da

repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do Art. 144, §1º, do CTN”. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 601314, Relator (a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15/09/2016 PUBLIC 16/09/2016)³⁸ (grifos do autor)

Portanto, atualmente, apesar deste trabalho entender que há diferenças entre sigilo bancário e sigilo fiscal, com efeitos constitucionais práticos, a posição atual do Supremo Tribunal Federal, diante da decisão supracitada, claramente se distancia deste entendimento.

Percebe-se que não afasta com propriedade os argumentos trazidos neste trabalho, utilizando apenas “igualdade contributiva”, “requisitos objetivos” que, com todo respeito, nada acrescentam na diferenciação entre os tipos de dados compartilhados entre Banco e Fisco.

A confusão entre os conceitos se torna ainda mais clara quando utiliza a expressão “dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”, como se as qualificadoras fossem apenas para informar o local da informação (antes na instituição bancária, agora no Fisco).

8. CONCLUSÃO

O sigilo financeiro ou fiscal está protegido implicitamente pela Constituição Republicana por força do § 2º de seu Art. 5º, pois foi revelada

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 601314**, Relator (a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15/09/2016 PUBLIC 16/09/2016. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 dez. 2016.

sua natureza de direito individual fundamental. É espécie da privacidade, sendo a esfera mais excludente. Seu fundamento está na liberdade de negação, além da proteção explícita aos dados financeiros através do inc. XII do mesmo artigo.

O sigilo financeiro, sempre invocado através do sistema jurídico, deve conviver com outros direitos. Verificou-se um processo dialético entre o princípio da liberdade com o da igualdade. Implica em dizer, também, que não existe direito absoluto, porém sua restrição deve ser constitucional, de modo excepcional.

Descobrir qual é o objeto do sigilo financeiro foi de extrema importância para saber até onde o sigilo fiscal pode abarcar. Os dados financeiros revelam intimidade patrimonial e extrapatrimonial. Ambas estão protegidas pela devassa de terceiros, exceto a patrimonial em relação à Administração Tributária, pois a Constituição Republicana facultou a ela a identificação do patrimônio visando dar tratamento isonômico tributário.

Foi facultado à Administração Tributária restringir a intimidade patrimonial. Mas, ao mesmo tempo, deve-se manter em sigilo, agora sob o nome de “sigilo fiscal”, pois é a relação jurídica entre o Fisco e o contribuinte que vai qualificar o sigilo.

Verificou-se a constitucionalidade do Art. 5º da LC 105/2001, tendo em vista ser uma medida adequada, pois revela apenas intimidade patrimonial e necessária para diminuir as diferenças no tratamento entre assalariados e os autônomos e dirigentes de empresas.

Ficou demonstrada a inconstitucionalidade do Art. 6º da LC 105/2001, pois faculta inadequadamente o acesso direto ao Fisco de dados financeiros que revelam intimidade extrapatrimonial.

A única forma de restringir um direito fundamental é partindo da própria Constituição como manifestação do sistema jurídico. E dela foi constatada que apenas a intimidade patrimonial é abarcada pelo sigilo fiscal.

O Supremo Tribunal Federal, em suas decisões, ainda que não seja em sua totalidade, tem decidido também seguir as mesmas premissas levantadas neste trabalho. Porém, sua posição atual se distancia completamente deste trabalho, uma vez que não faz diferenciação entre dados bancários e fiscais, capazes de elucidar o tema com a consequência jurídica mais adequada à ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, J. P. **Sigilo bancário e privacidade**. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARBEITAS, A. T. **O sigilo bancário**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BATISTA, L. M. B. A quebra do sigilo bancário - como meio de prova no direito processual civil brasileiro. 1.ed. Paraná: Juruá, 2003.

BELLOQUE, J. G. **Sigilo bancário**. Análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao%20Compilado.htm)> Acesso em: 17 jul. 2013.

_____. **Decreto-lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm> Acesso em 17 jul.2013.

_____. **Lei Complementar 105**, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm> Acesso em 17.07.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inq 2593 AgR**, Relator (a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2010, DJe-030 DIVULG 14/02/2011 PUBLIC 15/02/2011 EMENT VOL-02464-01 PP-00040. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 22934**, Relator (a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 08-05-2012 PUBLIC 09/05/2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE: 389808 PR**, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 15/12/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-086 DIVULG 09/05/2011 PUBLIC 10/05/2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 601314**, Relator (a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15/09/2016 PUBLIC 16/09/2016. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 dez. 2016.

CARVALHO, M. H. P. de. **Sigilo bancário** - à luz da doutrina e da jurisprudência. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2007.

CHINEN, R. M. **Sigilo bancário e o fisco** - liberdade ou igualdade? 1.ed. Paraná: Juruá, 2005.

FOLMANN, M. **Interpretação constitucional principiológica e sigilo bancário**. 1.ed. Paraná: Juruá, 2003.

_____. **Sigilo bancário e fiscal**. 2.ed. Paraná: Juruá, 2002.

GAVALDÃO JÚNIOR, J. V. et al. **Sigilo fiscal e bancário**. 1.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

HAGSTROM, C. A. **Comentários** à lei do sigilo bancário. 1.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

LARA, V. E. A. de. **Comentários** à lei do sigilo bancário. 1.ed. São Paulo: LTR, 2006.

QUEZADO, P.; LIMA, R. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética, 2002.

SILVA, J. A. da S. **Curso de direito constitucional positivo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SARAIVA FILHO, O. O. de P. **A quebra do sigilo bancário e o Fisco**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/889834>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

TEIXEIRA, E. D.; HAEBBERLIN, M. **A proteção da privacidade** - aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal. 1.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

VALENTE, C. M. W. Sigilo bancário - obtenção de informações pela administração tributária federal. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

