

# SIGILO BANCÁRIO E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – ANÁLISE CRÍTICA DO POSICIONAMENTO ADOTADO PELOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR Nº 33/PR E RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 389.808/PR

*THE PRIVACY OF PERSONAL BANKING DATA - CRITICAL ANALYSIS  
OF THE POSITIONING ADOPTED BY THE MINISTERS OF THE SUPREME  
COURT IN THE TRIAL OF A AC 33/PR AND RE 389.808/PR*

**Fernando Bortolon Massignan<sup>1</sup>**

Mestrando na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC

**RESUMO:** Recentemente o Supremo Tribunal Federal abordou importante questão relativa ao sigilo de dados bancários na oportunidade do julgamento da Ação Cautelar nº 33/PR e do respectivo Recurso Extraordinário nº 389.808/PR o qual é conexo à referida ação. Neste artigo, pretende-se verificar o posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal sob uma abordagem crítica. Com esse objetivo, buscar-se-á amparo constitucional quanto à teoria e eficácia dos direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sigilo bancário; STF; RE 389.808; AC 33; direitos fundamentais; LC 105/2001.

**ABSTRACT:** *Recently, the Supreme Federal Court had examined the question related to the right to data privacy of banking account, in the opportunity of judgment of the “Ação Cautelar n. 33-PR” and it’s respectively “Recurso Extraordinário n. 389.808/PR”, which is connected to the mentioned case. The purpose of the present article is to verify position of each Minister of the Supreme Court by a critical approach. By this goal, the present article will intend to find the constitutional bases of the case, using the theory and efficacy of the fundamental rights.*

**KEYWORDS:** *Bank data; privacy; STF; RE 389.808; AC 33; fundamental rights; LC 105/2001.*

---

<sup>1</sup> Mestrando na área de Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado, Especialista em Direito Tributário pela FGV, Bacharel em Ciências Contábeis pela UFRGS, Bacharel em Direito pela PUCRS, Advogado.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Descrição do julgamento da AC 33/PR; 2 Descrição do julgamento do RE 389.808/PR; 3 Análise do sigilo bancário como direito fundamental e as limitações legislativas e jurisprudenciais; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The trial of the AC 33/PR; 2 The trial of the RE 389.808/PR; 3 Analysis of the bancary data privacy as a fundamental right and the limitation established by legislative and case law; Final thoughts; References.*

## INTRODUÇÃO

**T**raça-se, como objetivo do presente artigo, a análise do posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento da Medida Cautelar nº 33/PR e do Recurso Extraordinário nº 389.808/PR.

O objeto de julgamento do referido recurso extraordinário e ação cautelar é a análise da negativa de vigência ao art. 5º, X e XII, da Constituição Federal diante da quebra de sigilo bancário pela Receita Federal do Brasil na oportunidade de procedimento de fiscalização sem que, para tanto, houvesse autorização judicial.

A necessidade de atenção ao posicionamento adotado nos referidos julgamentos é de suma importância diante das alterações legislativas ocorridas no Brasil desde a edição da LC 105/2001 e a pendente análise de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2.386, 2.389, 2.390, 2.406 e 2859-6.

A estrutura do artigo é composta de relatório dos julgados com demonstração do posicionamento de cada ministro para apenas posteriormente realizar a respectiva análise crítica, a qual consta no Capítulo 4.

## 1 DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO DA AC 33/PR<sup>2</sup>

A lide foi levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal por meio da proposição de ação cautelar inominada movida por GVA Indústria e Comércio S.A. para pleitear efeito suspensivo ativo ao RE 389.808<sup>3</sup> para evitar que a Receita

<sup>2</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Cautelar nº 33/PR. Recorrente: G.V.A. Indústria e Comércio S/A. Recorrido: União. Julgada improcedente. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28AC%24%2ESCLA%2E+E+33%2ENUME%2E%29+OU+%28AC%2EACMS%2E+ADJ2+33%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ajgmahd>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

<sup>3</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 389.808. Recorrente: G.V.A. Indústria e Comércio S/A. Recorrido: União. Relator Ministro Marco Aurélio, 09 de maio de 2011. Disponível

Federal do Brasil obtivesse acesso aos dados bancários da recorrente enquanto a ação principal estivesse *sub judice*.

A motivação do RE e da ação cautelar foi o julgamento pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que decidiu, em sede de apelação em mandado de segurança, que a quebra do sigilo bancário não afrontaria, *a priori*, os direitos e as garantias individuais de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, cuja ementa foi no seguinte sentido:

Tributário. Repasse de dados relativos à CPMF para fins de fiscalização de imposto de renda. Sigilo bancário. O acesso da autoridade fiscal a dados relativos à movimentação financeira dos contribuintes, no bojo de procedimento fiscal regularmente instaurado, não afronta, *a priori*, os direitos e garantias individuais de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e de inviolabilidade do sigilo de dados, assegurados no art. 5º, X e XII, da CF/1988, conforme entendimento sedimentado no tribunal. No plano infraconstitucional, a legislação previu o repasse de informações relativas a operações bancárias pela instituição financeira à autoridade fazendária, bem como a possibilidade de utilização dessas informações para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento do crédito tributário porventura existente (Lei nº 8.021/1990, Lei nº 9.311/1996, Lei nº 10.174/2001, Lei Complementar nº 105/2001). As disposições da Lei nº 10.174/2001 relativas à utilização das informações da CPMF para fins de instauração de procedimento fiscal relacionado a outros tributos não se restringem a fatos geradores ocorridos posteriormente à edição da lei, pois, nos termos do art. 144, § 1º, do CTN, aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização,

---

em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622715>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas. Apelação desprovida.

Conforme consta no relatório do Ministro Revisor Joaquim Barbosa, o recurso extraordinário chegou ao STF em 20 de fevereiro de 2003, com a busca da jurisdição<sup>4</sup> para afastar por inconstitucionais a aplicação dos dispositivos da Lei nº 10.174/2001, da Lei Complementar nº 105/2001 e do Decreto nº 3.724/2001, os quais permitem a requisição de informações bancárias pela Receita Federal diretamente às instituições financeiras, e a utilização dessas informações “para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para o lançamento, no âmbito da procedimento fiscal, do crédito fiscal, do crédito tributário porventura existente [...]” (art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/1996).

Diante da necessidade de evitar a perda do objeto da ação em razão da possibilidade de a Receita Federal realizar a fiscalização com potencial inconstitucionalidade, a recorrente propôs, conjuntamente, a referida ação cautelar com a finalidade de agregar efeito suspensivo ativo ao recurso extraordinário.

A ação cautelar foi recebida sob o nº 33/PR, sendo distribuída ao Ministro Marco Aurélio, que deferiu liminar nos seguintes termos:

Jurisdição. Poder de cautela. Recurso extraordinário. Eficácia suspensiva. Liminar. Sigilo de dados bancários. Afastamento. Risco. Art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001. Arts. 4º e 5º do Decreto nº 3.724/2001. Constitucionalidade declarada. Ação cautelar. Liminar deferida.

Na oportunidade do julgamento do mérito, em 24 de novembro de 2010, o Plenário do STF negou provimento à cautelar, em votação resultada em 5 a 4, sendo vencidos os Ministros Cezar Peluso, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio de Mello.

---

<sup>4</sup> Os pedidos do mandado de segurança foram os seguintes: conceder a segurança para que a RFB “i) se abstenha de requisitar outras informações pertinentes à movimentação financeira da requerente perante qualquer instituição bancária; ii) mantenha em absoluto sigilo as informações de movimentação bancária da requerente que já se encontram em seu poder; e, ainda, iii) se abstenha de utilizar, para quaisquer fins, as informações bancárias obtidas mediante a quebra do sigilo bancário sem intervenção judicial, até julgamento final do RE 389.808/PR”.

Para julgar improcedente a medida cautelar, foram utilizados os argumentos a seguir comentados.

O primeiro argumento foi de ordem *processual*, exarado pelo Ministro Redator para o Acórdão Joaquim Barbosa, o qual argumentou que não seria cabível a medida cautelar para agregar efeito suspensivo ativo diante da ausência de previsão legal para tanto, como também pela ausência dos requisitos da certeza de direito e irreversibilidade da medida. Os argumentos do ilustre ministro não serão abordados neste artigo, pois possuem referencial exclusivamente processual e não abordam o mérito da matéria propriamente dito.

Em relação ao mérito, foram dois os posicionamentos existentes.

O Ministro Dias Toffoli, no voto vencedor do julgamento da cautelar, argumentou que não haveria quebra do sigilo bancário quando houvesse fiscalização da Receita Federal do Brasil, pois ocorreria mera troca de sigilo bancário para sigilo fiscal, *verbis*:

Senhor Presidente, a minha reflexão sobre o tema vai no seguinte sentido: os dados bancários e financeiros de todo cidadão, em grande parte, estão, inclusive, sob a guarda de instituições privadas. Em outras palavras, um gerente de banco tem acesso aos dados do cidadão; se ele divulgar esses dados, ele comete um crime, o crime de quebra de sigilo. No meu entender, o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de janeiro de 2001, ao permitir essa ação fiscal e esse acesso, ele o faz exatamente resguardando o sigilo, e não quebrando o sigilo; numa possibilidade de acesso à transferência do sigilo, na forma do parágrafo único do art. 6º. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere esse artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

O Ministro Gilmar Mendes também julgou improcedente a ação cautelar em relação ao mérito, ao realizar a análise da concorrência de pressupostos constitucionais que regulam o tema, os quais residem no art. 5º, X, em favor do contribuinte, e no art. 145, § 1º, em favor da fiscalização da Receita Federal do Brasil. E, diante da inexistência de “direito evidente” entre a incompatibilidade

do art. 6º da LC 105/2001 com a Carta Magna, entendeu o Ministro Gilmar Mendes que não seria o caso de procedência da ação cautelar.

Foi o voto do Ministro Joaquim Barbosa que acabou sendo o voto-condutor que definiu o julgamento da Ação Cautelar nº 33/PR, a qual foi ementada no seguinte sentido:

Recurso extraordinário. Tutela de urgência (poder geral de cautela). Requisitos. Ausência. Processual civil. Referendo de decisão monocrática (art. 21, V, do RTSTF). Constitucional tributário. Dados bancários protegidos por sigilo. Transferência de informações sigilosas da entidade bancária ao órgão de fiscalização tributária federal sem prévia autorização judicial. Lei Complementar nº 105/2001. Lei nº 10.174/2001. Decreto nº 3.724/2001. A concessão de tutela de urgência ao recurso extraordinário pressupõe a verossimilhança da alegação e o risco do transcurso do tempo normalmente necessário ao processamento do recurso e ao julgamento dos pedidos. Isoladamente considerado, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade sobre o tema é insuficiente para justificar a concessão de tutela de urgência a todo e qualquer caso. Ausência do risco da demora, devido ao considerável prazo transcorrido entre a sentença que denegou a ordem e o ajuizamento da ação cautelar, sem a indicação da existência de qualquer efeito lesivo concreto decorrente do ato tido por coator (21.09.2001-30.06.2003). Medida liminar não referendada. Decisão por maioria.

## 2 DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO DO RE 389.808/PR

Superada a Ação Cautelar nº 33/PR, na oportunidade do julgamento o Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, em 15 de dezembro de 2010, ele foi *provido*, tendo como condução o voto do Ministro Marco Aurélio e sendo vencidos os Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Ellen Gracie.

A ementa do julgado foi no seguinte sentido, *verbis*:

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 República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

## **2.1 POSICIONAMENTO VENCEDOR NO RE 389.808/PR – MINISTRO MARCO AURÉLIO, GIMAR MENDES, RICARDO LEVANDOWSKY, CELSO DE MELLO E CESAR PELUSO**

O voto vencedor do Ministro Marco Aurélio estruturou-se na ponderação dos princípios constitucionais contidos no art. 1º, III, quanto à dignidade da pessoa humana e à necessidade de segurança prevista nos arts. 5º e 6º da CF para, enfim, invocar a inviolabilidade do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, de dados das comunicações telefônicas como garantia constitucional, impondo, como requisito para sua quebra, a necessidade de acesso ao Judiciário com a finalidade de assegurar o risco de lesão ou ameaça a direito – art. 5º, XXXV.

Ponderou que, em relação à inviolabilidade de correspondências, a própria Constituição Federal prevê exceções, sendo que o primado do Judiciário seria a garantia de que a relativização da garantia fundamental dar-se-ia apenas mediante ato fundamentado e nas hipóteses e forma contempladas em lei. Entendeu o Ministro Marco Aurélio que a relativização do sigilo dar-se-ia com finalidade única de investigação criminal ou instrução processual penal.

Decidiu enfim que, em síntese, a regra insculpida constitucionalmente seria assegurar a privacidade das correspondências, bem como das comunicações telegráficas de dados e telefônicas, “correndo à conta de exceção a possibilidade de ser mitigada por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Assim, o afastamento do sigilo apenas seria constitucional mediante ato de órgão equidistante, ato do Estado-juiz, que não figura em relação jurídica a envolver interesses.

Concluiu o Ministro Marco Aurélio que garantir o direito ao acesso a órgão vinculado ao Ministério da Fazenda acabaria ferindo a regra insculpida no art. 5º, X, da Constituição Federal do Brasil, pois a quebra pela Receita Federal do Brasil serviria não para persecução penal, mas para o fim de cobrança de tributos, fato que incidiria em coação política e contrariaria jurisprudência sedimentada do STF nos Verbetes nºs 70, 323 e 547<sup>5</sup>.

O dispositivo restou consignado que o *passo* banalizaria o que a Constituição Federal quer protegido – a privacidade do cidadão –, deferindo, assim, a ordem para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários da empresa recorrente, demonstrando conflito entre a Lei Complementar nº 105/2001, Lei nº 9.311/1996 e Decreto nº 3.724/2001 e a Constituição Federal.

Assim, de forma sintética, é possível afirmar que o Ministro Marco Aurélio entendeu que a relativização do sigilo bancário deve ser feita condicionada a uma análise equidistante, ou seja, do Juiz-Estado, apenas em ação criminal, o qual terá a competência para ponderar os diversos interesses envolvidos em causa específica, mantendo-se a garantia do sigilo para todos os efeitos.

O Ministro Gilmar Mendes, apesar de ter votado negando seguimento à AC 33/PR, modificou seu entendimento na oportunidade do julgamento do RE para se filiar ao entendimento do Ministro Marco Aurélio, fazendo ressalva apenas que a quebra do sigilo por meio judicial não estaria adstrita às ações penais. Transcreve-se:

Por que há de ser tão difícil, numa matéria que é relevante e tão suscetível a abusos, obter-se essa declaração do próprio Judiciário, diante uma medida cautelar?

[...]

No que diz respeito ao acesso à conta com todas as suas consequências, não se trata de negar esse acesso, mas simplesmente de exigir – essa é a premissa do voto do Relator e também do voto do Ministro Celso

---

<sup>5</sup> “Verbete nº 70. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”. “Verbete nº 323. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”. “Verbete nº 547. Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”.



de Mello proferido na cautelar – que, tendo em vista o valor de que se cuida dos direitos fundamentais, haja a observância do princípio da reserva de jurisdição. Portanto, não se trata de impedir o acesso.

Assim, ambos os ministros apenas discordaram quanto à amplitude da jurisdição, pois, enquanto o Ministro Marco Aurélio entende que a quebra estaria limitada à persecução criminal, o Ministro Gilmar Mendes expressou entendimento de que, para que se mantivesse o Estado Democrático e de Direito, seria necessário manter a reserva de jurisdição a qual não estaria limitada à persecução criminal.

## **2.2 POSICIONAMENTO DIVERGENTE NO RE 389.808/PR DOS MINISTROS DIAS TOFFOLI, AYRES BRITO, CÁRMEN LÚCIA E ELLEN GRACIE**

Inicialmente, em relação aos votos vencidos, registra-se o voto do Ministro Dias Toffoli, o qual votou por negar provimento ao recurso extraordinário, sustentando que não haveria afronta ao art. 5º, X e XI, diante da previsão do art. 145 da Constituição, que permitiria a administração tributária “identificar, respeitados os direitos e garantias individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

Assim, segundo argumento do Ministro Toffoli, no caso em julgamento, “não há que se falar de quebra de sigilo, há que se falar de transferência do dever de manter o sigilo, porque a quebra é crime, é ilícito”.

Impõe-se transcrever ainda o seguinte trecho da decisão em que o Ministro Dias Toffoli constrói seu raciocínio:

A Receita Federal já detém o conjunto maior, que corresponde à declaração do conjunto total de nossos bens. No nosso caso, essa obrigação anual se dá por força de lei, *ex leges*, não por força de decisão judicial. Se esse não fosse o caso, a Receita Federal teria, todo ano, de acionar o Judiciário para que ele compelsse os cidadãos brasileiros a apresentar anualmente a sua declaração de bens, declaração do patrimônio total de bens. Esse é o conjunto maior; a atividade econômica, que é a movimentação bancária, é o conjunto menor.

Se a Receita Federal tem acesso ao conjunto maior, como ela não pode ter acesso ao conjunto menor? E o § 1º do art. 145 muito sabiamente ressaltou: “identificar, respeitados os direitos individuais [...]”.

[...]

A maioria dos brasileiros faz movimentação bancária em bancos privados, com caixas de banco, funcionários de bancos, escriturários de bancos, gerentes de bancos tendo acesso total a essas movimentações. Todos com o dever de sigilo. O auditor da Receita Federal não tem responsabilidade? Tanto o caixa de banco que quebre o sigilo será penalizado quanto o auditor da Receita Federal do Brasil se o fizer. Por todas essas razões, Senhor Presidente, e verificando que há previsão constitucional e que a lei que regrou a transferência respeita os direitos e garantias fundamentais, tudo nos termos do § 1º do art. 145 da Constituição e da legislação que regulamenta essa transferência, criminalizando a quebra, eu nego provimento ao recurso, com as vênias ao eminente ministro relator.

A Ministra Cármen Lúcia acompanhou o voto do Ministro Dias Tofolli expressando entendimento similar.

Por fim, ainda nesta esteira, o Ministro Ayres Britto sustentou a possibilidade de quebra do sigilo uma vez que a Constituição Federal regulamenta a atividade do Fisco, sendo que a quebra serviria para aferir a capacidade contributiva de cada contribuinte. Invocou a aplicação dos arts. 37, XXII, 131, § 3º, e art. 145, § 1º.

É interessante observar, na análise do Ministro Ayres Britto, na qual sustentou que o sigilo utilizado na Constituição serviria para “três atividades ou setores factuais de incidência: comunicações telegráficas, comunicações de dados e comunicações telefônicas”, sendo que a razão de tal garantia seria para preservar a privacidade das pessoas privadas e evitar a interceptação clandestina. Impõe-se transcrever parte do voto:

Então me parece que a conjugação do inciso XII com o inciso X da Constituição abona a tese de que o que se

proíbe não é o acesso a dados, mas a quebra do sigilo, é o vazamento do conteúdo de dados. É o vazamento, é a divulgação. E, no caso, as leis de regência, ao falar das transferências de dados sigilosos, é evidente que elas impõem ao órgão destinatário desses dados a cláusula da confidencialidade, cuja quebra implica a tipificação ou o cometimento de crime. Por outro lado, esse tipo de interpretação que se desata do voto do Ministro Dias Toffoli faz, implicitamente, uma distinção muito cara à Ministra Cármen Lúcia e a mim mesmo. Sempre que posso, como a Ministra Cármen Lúcia também, faço uma distinção entre o ser e o ter.

O que o Direito tem em conta cada vez mais, notadamente o direito constitucional, é a preservação dos dados do ser.

Os dados do ter, do patrimônio, dos rendimentos, as atividades econômicas, na sua objetividade, tudo isso é vocacionado para uma abertura. O futuro não vai preservar senão os dados do ser. Os dados do ter serão cada vez mais escancarados, porque patrimônio e renda são obtidos da sociedade, e a sociedade precisa saber o modo pelo qual esses bens, conversíveis em pecúnia, foram obtidos e em que eles consistem. Isso é da lógica natural de uma sociedade que faz da transparência e da visibilidade verdadeiros pilares da democracia. De maneira que, com essas palavras, desprovejo o recurso, na linha do voto, que tenho como o exemplar, do Ministro Dias Toffoli.

Conforme se extrai do voto acima, o Ministro Ayres Brito faz importante colocação, que alhures será abordada, na relação entre o ser e o ter. Que os dados do patrimônio não teriam relação com a intimidade do indivíduo, pois representam seu *ter*, enquanto a Constituição Federal quer proteger é a intimidade do ser, seus dados sensíveis.

Da demonstração dos votos dos ministros que desproveram o recurso extraordinário pode-se sintetizar que os argumentos são os seguintes:

a) não haveria quebra de sigilo na coleta de dados do Poder Público, mas mera transferência de sigilo; b) que a Constituição Federal autoriza a Receita Federal a investigar os cidadãos; c) que a Constituição teria como objetivo proteger dados do *ser*, e não dados do *ter*.

### **3 ANÁLISE DO SIGILO BANCÁRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E AS LIMITAÇÕES LEGISLATIVAS E JURISPRUDENCIAIS**

#### **3.1 OS LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL AO SIGILO BANCÁRIO (ARTIGO 5º, XII) OS LIMITES AOS LIMITES E AS RAZÕES DE DECIDIR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Para se permitir uma análise crítica ao julgado do STF, faz-se necessário estabelecer as premissas que serão adotadas.

Como método de abordagem, faz-se necessário evidenciar a correção ou a ausência de amparo argumentativo na decisão do STF, segundo o entendimento de cada ministro na evidenciação dos limites dos direitos fundamentais e dos limites aos limites<sup>6</sup>.

Para atingir esse objetivo, primeiramente se impõe esclarecer que, conforme magistério do Professor Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais, apesar de serem os bens tutelados de maior importância nas cartas constitucionais, não são absolutos, no sentido de serem “absolutamente blindados contra qualquer tipo de restrição em sua esfera subjetiva e objetiva, e nenhuma ordem jurídica pode protegê-los de maneira ilimitada”<sup>7</sup>.

Especificamente em relação ao sigilo bancário, ele restou garantido como direito fundamental no art. 5º, X e XII, da Constituição Federal, que, apesar de não constar na norma de forma expressa, caracteriza-se por ser subcategoria ao sigilo garantido às correspondências, comunicações telegráficas de dados e

---

<sup>6</sup> Ibidem, p. 398.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 396.

de comunicação telefônica, sendo reconhecido como tal pelo próprio Supremo Tribunal Federal<sup>8</sup>, pela doutrina<sup>9</sup> e pelo legislador ordinário<sup>10</sup>.

O texto constitucional contido no art. 5º, XII, estabelece o seguinte, *verbis*:

Art. 5º<sup>11</sup> 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:

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

[...]

Novamente, o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>12</sup> ensina acerca deste direito o seguinte, *verbis*:

Assim como os demais direitos pessoais, também o direito à privacidade não se revela ilimitado e imune a intervenções restritivas. Todavia, ao não prever, para a

---

<sup>8</sup> Ministro Maurício Corrêa cita os seguintes precedentes: MS 1.047/SP e 1.959/DF: RHC 31.611, Rel. designado Min. Afrânio Costa, J. 25.07.1951, DJU 28.09.1953, p. 2880 (apenso ao n. 222); MS 2.172, Rel. Min. Nelson Hungria, J. 10.07.1953, DJU 05.01.1954; RMS 2.574/MG, Rel. Min. Villas Boas, J. 10.07.1957, RTJ 2/429; RMS 9.057/MG, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, J. 13.09.1961, RTJ 20/84; RMS 1.5925/GB, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, J. 20.05.1966, RTJ 37/373; AG 40.883/GB, Rel. Min. Hermes Lima, J. 10.11.1967, DJU 06.03.1968; RE 71.640/BA, Rel. Min. Djaci Falcão, J. 17.09.1971, RTJ 59/571; RE 82.700/SP, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, J. 11.11.1975, RTJ 76/655; MS 21.172/AM, Rel. Min. Soares Nuños, J. 27.09.1978, DJU 20.10.1978; RE 94.608/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, J. 06.04.1984, RTJ 110/196; AG (AgRg) 115.469-1/SP, Rel. Min. Rafael Mayer, J. 28.11.1986, DJU 12.12.1986; HC 66.284/MG, Rel. Min. Carlos Madeira, J. 24.05.1988, RTJ 127/891; HC 67.913/SP.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 396.

<sup>10</sup> A Lei nº 4.595/1964, que regula o sistema financeiro, foi recepcionada pela CF de 1988 com *status* de lei complementar e, em seu art. 38, garante o direito ao sigilo bancário.

<sup>11</sup>

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 395.

privacidade e intimidade, uma expressa reserva legal, além de afirmar que se cuida de direitos invioláveis, há que reconhecer que a Constituição Federal atribuiu a tais direitos um elevado grau de proteção, de tal sorte que uma restrição apenas se justifica quando necessária a assegurar a produção de outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente relevantes (no caso, portanto, de uma restrição implicitamente autorizada pela Constituição Federal), de tal sorte que é em geral na esfera dos conflitos com outros direitos que se pode, em cada caso, avaliar a legitimidade constitucional da restrição.

Sérgio Covello<sup>13</sup>, em livro destacado sobre o tema, defende o sigilo bancário sob uma perspectiva mais pessoalizada, referindo o seguinte, *verbis*:

O sigilo bancário existe para proteger a intimidade do cidadão. Esta é a sua causa de ser. Sua causa final. Os bancos, no exercício de seu comércio, adentram na vida privada de seus clientes e outras pessoas, inteirando-se de dados, aos quais, não fosse o desempenho de seu mister, jamais teriam acesso, porque geralmente aparecem excluídos do conhecimento alheio. Se, para exercer sua profissão, os bancos adentram na esfera da intimidade das pessoas, logicamente devem respeitá-la.

Na intimidade, incluem-se tantos fatos de ordem espiritual como de ordem material, valendo ressaltar que o património e actividade comercial de uma pessoa constituem, indubitavelmente, projecção de sua personalidade, máxime numa sociedade capitalista como a ocidental, e é muito compreensível que as pessoas tenham interesse em preservar este aspecto da personalidade da indiscrição alheia. Nota-se, em quase todas as pessoas, certo pudor natural no que concerne à soma de seus bens, ao seu ordenado, a sua renda, a suas dívidas e a seu sucesso ou fracasso nas operações...

---

<sup>13</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001. p. 137.

Arnoldo Wald<sup>14</sup>, por sua vez, também em estudo relacionado ao tema, demonstra a existência de posicionamentos que abordam o sigilo bancário em conformidade à Lei nº 4.595/1964, fazendo referência que

historicamente o sigilo bancário tornou-se uma condição *sine qua non* da própria existência dos bancos e do exercício de suas funções, sendo sua existência indispensável para a manutenção e o desenvolvimento do sistema bancário. Chegou-se até a afirmar que o sigilo bancário constitui as pilastras do crédito e a garantia de uma economia sadia.<sup>15-16</sup>

A primeira restrição expressa que encontra o direito ao sigilo bancário é de ordem legislativa, na LC 105/2001, a qual prevê que não constitui quebra de sigilo o dever de as instituições financeiras prestarem informações à Receita Federal do Brasil das movimentações realizadas pelos contribuintes mensalmente, nos termos regulados pelo Decreto nº 4.489/2002. Em relação a essas determinações, cumpre destacar que estão pendentes de julgamento no STF as ADIns 2.386, 2.389, 2.390, 2.397, 2.406 e 2.859-6, as quais, na oportunidade de seu julgamento, abordarão novamente o tema tratado neste artigo, fato que demonstra a importância de aprofundamento do tema.

Uma vez reconhecido o sigilo bancário como direito fundamental constitucionalmente positivado, especifica-se que seus limites serão “toda ação ou omissão que dificulte, reduza ou elimine a sua proteção, que afete o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminua os deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo)”<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> WALD, Arnold. O sigilo bancário no projeto de Lei Complementar nº 70. In: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n. 1, p. 1999.

<sup>15</sup> Nesse mesmo sentido de abordagem, vide BELLINETTI, Luiz Fernando. Limitações legais ao sigilo bancário. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 18, p. 144, 1996.

<sup>16</sup> Importante também destacar os estudos realizados em Portugal acerca do sigilo bancário como condição necessária para o desenvolvimento econômico no País, inclusive com exposição de motivos em âmbito legislativo no Decreto-Lei nº 2/1978, demonstrando como aquele país tratava o tema em época que estava buscando se reerguer economicamente e antes das determinações da OCDE à Comunidade Europeia: PORTUGAL. Despacho Normativo nº 357, de 1979. Disponível em: <<http://www.legislacao.org/primeira-serie/despacho-normativo-n-0-357-79-credito-deverao-administracao-gestao-59623>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direito fundamentais na perspectiva constitucional.

Em relação às espécies de limitações, a doutrina indica existirem pelo menos três formas, quais sejam: expressa disposição constitucional; por norma legal promulgada com fundamento na Constituição; e em relação a restrições por força de colisões entre direitos fundamentais<sup>18</sup>, sendo que as limitações dos direitos fundamentais somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição.

O controle material diz com a proteção essencial desses direitos, bem como com a exigência da análise da proporcionalidade e da razoabilidade, mas também com o que tem se convencido designar como a proibição de retrocesso.

A doutrina ensina que, para a restrição de determinado direito fundamental, em especial quando colidente com outros direitos fundamentais, a análise do princípio da proporcionalidade seria o método eficaz para esse objetivo.

Conforme ensina Ingo W. Sarlet:

O princípio da proporcionalidade, que constitui um dos pilares do Estado Democrático e de Direito brasileiro, desponta como instrumento metódico de controle dos atos – tanto comissivos como omissivos – dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados.<sup>19</sup>

O princípio da proporcionalidade atua como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais, atuando no plano da proibição do excesso.

Impõe-se ainda referir que, neste estudo, abordaremos a possibilidade de afastamento/restrrição do direito ao sigilo bancário frente à persecução *fiscal*, nos termos abordados no caso acima relatado. Assim, apesar de grande importância, não abordaremos as hipóteses da quebra desse sigilo na persecução penal, nas CPIs, ou ainda em casos de busca patrimonial nas lides de direito de família em que se cita o exemplo da busca pelo cônjuge ou filho.

---

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direito fundamentais na perspectiva constitucional, p. 404.

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direito fundamentais na perspectiva constitucional, p. 405.



### 3.2 ANÁLISE CRÍTICA DO ARGUMENTO PROTEÇÃO AO SER X PROTEÇÃO AO TER

Conforme foi evidenciado na transcrição do julgamento antes realizada, os exmos. Ministros Ayres Brito e Cármem Lúcia utilizaram como norte de suas ponderações que o sigilo bancário não estaria garantido como direito fundamental, pois guardam dados do “ter”, enquanto a Constituição Federal busca proteger as informações do “ser”, em sua esfera íntima.

Refere-se que, no direito português, Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>20</sup> adotam posicionamento similar em relação ao tema inferindo o seguinte, *verbis*:

A teleologia intrínseca dos direitos de personalidade justifica fundamentalmente o direito ao segredo do ser (direito à imagem, direito à voz, direito à intimidade da reserva de vida privada...). É problemática a inclusão nestes direitos de personalidade do pretense direito ao segredo do ter (segredo bancário, segredo dos recursos financeiros e patrimoniais... sigilo fiscal). Além de não haver qualquer princípio ou regra constitucional a dar guarida normativa a um segredo do ter [...].

Apesar do posicionamento dos ilustres doutrinadores lusos, a atual jurisprudência do Tribunal Constitucional português aponta para entendimento divergente.

Com efeito, verifica-se, nos Acórdãos n<sup>o</sup>s 602/2005 e 442/2007, que o TC tem se posicionado no sentido de que não é o conhecimento da situação patrimonial de uma pessoa que é intrusivo da sua privacidade, mas sim o fato de que, com base nesse conhecimento, pode-se “propiciar um retrato fiel e acabado da forma de condução de vida privada, do respectivo titular”<sup>21</sup>.

Ainda no Acórdão n<sup>o</sup> 442/2007, restou consignado que o segredo bancário consiste num “direito ao segredo do ter”, por oposição ao “direito ao segredo do ser”, em que se incluiria o direito à reserva de intimidade da vida privada, ao decidir que,

<sup>20</sup> CANOTILHO, Gomes; VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 468 e 469.

<sup>21</sup> PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão n<sup>o</sup> 442/2007 do TC. Requerente: Presidente da República. Requerido: Presidente da Assembleia da República. Rel. Maria João Antunes, de 30 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070442.html>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

através da análise do destino das importâncias pagas na aquisição de bens ou serviços, pode facilmente ter-se uma percepção clara das escolhas e do estilo de vida do titular da conta, dos seus gostos e propensões, numa palavra, do seu perfil concreto enquanto ser humano. O conhecimento de dados económicos permite, afinal, a invasão da esfera pessoal do sujeito, com revelação de facetas da sua individualidade própria – daquilo que ele é e não daquilo que ele tem.<sup>22</sup>

É interessante cotejar a discussão traçada no Tribunal Constitucional português com o julgado do Supremo Tribunal Federal trazido a lume. No referido julgado daquele Tribunal, analisou-se a constitucionalidade dos arts. 69, n.º 2, e 110, n.º 2, do Código de Procedimento e Processo Tributário, que permitia à administração tributária quebrar o sigilo bancário de pessoas sujeitas a determinados cargos públicos mediante simples notificação ao contribuinte, o qual, por sua vez, se quisesse evitar tal persecução, deveria buscar abrigo judicial. Na oportunidade, foram abordados argumentos similares aos abordados pelo STF, aprofundando apenas o evidente confronto que existe entre o sigilo bancário e a justiça e igualdade fiscal que em nosso tribunal ainda não chegou a ser debatido.

No referido julgamento luso, o argumento que se desvelou vencedor foi o de que a movimentação das contas de depósito ou dos movimentos com cartões acaba evidenciado o estilo de vida do titular da conta, dos seus gostos e propensões – em outras palavras, do seu perfil concreto enquanto ser humano. “O conhecimento de dados económicos permite, afinal, a invasão da esfera pessoal do sujeito, com revelação de facetas da sua individualidade própria – daquilo que ele é e não daquilo que ele tem<sup>23</sup>”.

---

<sup>22</sup> PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão n.º 442/2007 do TC. Requerente: Presidente da República. Requerido: Presidente da Assembleia da República. Rel. Maria João Antunes, de 30 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070442.html>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

<sup>23</sup> PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão n.º 442/2007 do TC, p. 22.

Para corroborar esse entendimento, poderíamos, inclusive, buscar argumentos na filosofia<sup>24</sup> de José Ortega y Gasset<sup>25</sup>, que tem sua frase consagrada (“*yo soy yo y mi circunstancia*”)<sup>26</sup> no sentido de que não podemos compreender um indivíduo se dispensarmos conhecer as circunstâncias em que vive.

Partindo-se da premissa de que a vida econômica de determinado sujeito em uma sociedade capitalista é parte significativa de sua manifestação em sociedade, ou seja, de sua circunstância direta e imediata, verificamos que os dados bancários, de fato, revelam e fazem parte da própria forma de expressão do ser, inclusive de sua esfera íntima.

No campo do Direito, Celso Ribeiro Bastos<sup>27</sup>, de uma forma mais direta e pontual, afirma que “a vida do homem pode ser escrita a partir de seu talão de cheques e, nas sociedades mais avançadas, dos cartões de crédito e magnéticos”.

Já no âmbito da Corte Constitucional, o Ministro Celso de Mello já havia sustentado acerca do sigilo bancário entendimento similar, no seguinte sentido de que

trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, X), cuja proteção normativa busca erigir e reservar, em favor do indivíduo – e contra a ação expansiva do arbítrio do Estado – uma esfera de autonomia inatingível e indevassável pela atividade persecutória do Poder Público, apta a inibir e a vedar o próprio acesso dos agentes governamentais.<sup>28</sup>

Nesse mesmo julgamento, o Ministro Carlos Velloso posicionou-se no seguinte sentido:

<sup>24</sup> Sabe-se que o estudo do “ser” é um dos problemas de maior complexidade encontrado na filosofia, sendo-lhe destinada área específica chamada ontologia ou metafísica. Para o presente estudo, far-se-ia excedente a sua análise de forma aprofundada.

<sup>25</sup> GASSET, José Ortega y. *Meditaciones del Quijote*. Publicaciones de la Residencia de Estudiantes. Madrid. 1914. Disponível em: <<https://archive.org/stream/meditacionesdelq00orte#page/6/mode/2up>>: “Hemos de buscar a nuestra circunstancia, tal como ella es, precisamente en lo que tiene de limitacion, de peculiaridade, el lugar acertado en la inmensa perspectiva del mundo. No detenernos en éxtasis ante los valores hieráticos, sino conquistar a nuestra vida individual el puesto oportuno entre ellos. En suma: la reabsorción de la circunstancia es el destino concreto del hombre” (p. 43).

<sup>26</sup> GASSET, José Ortega y. *Meditaciones del Quijote*. *Meditaciones preliminares*, p. 43.

<sup>27</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, p. 386.

<sup>28</sup> BRASIL Supremo Tribunal Federal. Petição nº 577/DF, 03/1992. RTJ 148, fl. 371.

A relevância do direito ao sigilo bancário – que traduz, na concreção de seu alcance, uma das projeções realizadoras do direito à intimidade impõe, por isso mesmo, cautela e prudência ao Poder Judiciário na determinação da ruptura da esfera de privacidade individual, que o ordenamento jurídico, em norma de salvaguarda pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional (CF, art. 5º, X).

Assim, apesar do argumento de que o sigilo bancário restaria apenas albergado pela esfera do “ter”, não guardando relação direta em relação à esfera do “ser”, comporta-se como argumento relativamente desprovido de fundamentação constitucional, filosófica ou hermenêutica suficiente para servir de amparo para afastá-lo do rol de direitos fundamentais, uma vez que, conforme acima evidenciado, as transações bancárias, atualmente, revelam as manifestações econômicas do indivíduo, revestindo-se dos requisitos de dados sensíveis.

Refere-se que o próprio Ministro Celso de Mello, na oportunidade do julgamento MS 23.669/DF<sup>29</sup>, salientou que “o sigilo bancário não tem caráter absoluto, deixando de prevalecer, por isso mesmo, em casos excepcionais, diante da exigência imposta pelo interesse público”.

### **3.3 O SIGILO PERANTE O FISCO E A EXIGÊNCIA DA PROPORCIONALIDADE**

Por fim, realiza-se a análise crítica do posicionamento dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Dias Toffoli, os quais foram dissonantes entre si.

Na oportunidade do julgamento, o Ministro Dias Toffoli manifestou, de forma singela, que a quebra do sigilo bancário sequer ocorreria no caso de transferência dos dados ao Fisco, pois haveria mera troca de titulares da informação, ou seja, o sigilo bancário transformar-se-ia em sigilo fiscal, mantendo-se protegido o direito fundamental ao sigilo em si.

<sup>29</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Segurança nº 23.669/DF. Relator Ministro Celso de Mello. Imp. Antonio Ribeiro de Albuquerque. Imp. Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. DJ 14.02.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+23669%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/mmkkxyv>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

Deduz-se dessa argumentação que o Ministro Dias Toffoli entende que o contribuinte perante o Fisco não teria direito ao sigilo na mesma medida que não detém frente ao caixa do banco a que está vinculado e que a responsabilização ocorreria apenas em caso de ato ilícito, que seria a disponibilização dos dados ao público.

Impõe-se referir, com a devida vênia, que o Ministro Dias Toffoli utilizou técnica heurística chamada *homonímia sutil*<sup>30</sup>, a qual consiste em “tornar a afirmação apresentada extensiva também àquilo que, fora a identidade de nome, pouco ou nada tem em comum com a coisa de que se trata”.

Com efeito, conforme foi evidenciado alhures, o sigilo bancário busca resguardar a intimidade do contribuinte não apenas em relação à população em geral, mas também em relação ao Estado, sendo que permitir ao Fisco o acesso às contas bancárias sem qualquer necessidade de processo judicial seria permitir a invasão do aspecto da manifestação econômica do cidadão. Nesse sentido, argumentar que o sigilo bancário não seria oponível frente ao Fisco seria o mesmo que lhe destituir de eficácia, uma vez que se trata de direito de defesa frente ao Estado, enquadrando-se na modalidade de direito de primeira dimensão.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, por sua vez, na oportunidade da decisão, filiou-se ao entendimento do Ministro Marco Aurélio no sentido de que a transferência dos dados bancários para o Fisco configurar-se-ia em quebra de sigilo, sendo que, para que fosse possível tal atitude, far-se-ia imprescindível a análise equidistante do Judiciário, erigindo, assim, como requisito para a relativização do sigilo a reserva do Judiciário.

Refere-se que o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes na oportunidade do julgamento restou incompleto ao deixar de demonstrar quais deveriam ser os requisitos a ser analisados pelo Juízo para permitir a quebra do sigilo.

Tal informação, entretanto, encontra resposta em seu livro *Curso de direito constitucional*<sup>31</sup>, oportunidade em que manifesta o seguinte:

<sup>30</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. *38 estratégias para vencer qualquer debate - A arte de ter razão*. Trad. Camila Werner. São Paulo: Faro Editorial, 2014. p. 42.

<sup>31</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, p. 325.

O sigilo haverá de ser quebrado em havendo necessidade de preservar um outro valor com *status* constitucional, que se sobreponha ao interesse na manutenção do sigilo. Além disso, deve estar caracterizada a adequação da medida ao fim pretendido, bem como a sua efetiva necessidade – i. é, não se antever outro meio menos constrictivo para alcançar o mesmo fim.

Assim, o Ministro Gilmar Mendes, enquanto doutrinador, ensina que, para que se faça possível a quebra do sigilo, a análise do princípio da proporcionalidade é medida que se impõe, devendo analisar os seus requisitos de *adequação, necessidade e proporcionalidade* em sentido estrito.

Em relação ao referido princípio da proporcionalidade, a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet traz como amparo que “o princípio da proporcionalidade, que constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito brasileiro, desponta como instrumento metódico de controle dos atos dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados”<sup>32</sup>.

Para a efetivação de seus deveres de proteção, corre o Estado – por meio de seus órgãos e agentes – o risco de afetar de modo desproporcional outro(s) direito(s) fundamental(is), inclusive o(s) direito(s) de quem esteja sendo acusado de violar direitos fundamentais de terceiros. Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais –atuantes, nesta perspectiva, como direitos de defesa. O princípio da proporcionalidade atua aqui, no plano da proibição do excesso, como um dos principais limites às limitações de direitos fundamentais.

Acerca dos requisitos de análise do princípio da proporcionalidade, os requisitos seriam “(a) adequação ou conformidade, no sentido de um controle

---

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*, p. 337.

de viabilidade (isto é, idoneidade técnica) de que seja em princípio possível alcançar com o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s)”<sup>33</sup>.

Ainda se teria que cumprir o requisito da (b) necessidade ou exigibilidade, que significa “a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto de restrição, exame que envolve duas etapas: o exame da igualdade de adequação de meios (a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim) e, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo”<sup>34</sup>.

E, por fim, passa-se ao crivo da proporcionalidade em sentido estrito, que trata da “análise comparativa entre os meio utilizados e os fins colimados”.

Assim, segundo o voto vencedor e com amparo na doutrina, para que se faça possível a quebra do sigilo bancário do contribuinte, a busca do juízo com a necessária análise do princípio da proporcionalidade é medida que se impõe.

Sob esse prisma, podemos analisar se a quebra do sigilo bancário é tão necessária à Receita Federal para fiscalização a ponto de cumprir os referidos requisitos. Impõe-se manifestar que a Receita goza de meios de auditoria consagrados nas técnicas contábeis, sendo que estes dispensam a análise da conta-corrente bancária do contribuinte. A Receita possui meios suficientes para, antes de solicitar a quebra do sigilo bancário, apurar a sua real necessidade, amparada, em especial, em técnicas de auditoria que demonstrem ao Juízo a necessidade de se proceder na quebra do sigilo diante da potencialidade de ilícitos.

Nesse sentido, em respeito ao princípio da proporcionalidade, para o cumprimento do requisito da necessidade, a Receita buscaria amparo em técnicas contábeis que Boynton, Johnson e Kell<sup>35</sup> esclarecem da seguinte forma: “Procedimentos de auditoria são os métodos que o auditor utiliza para coletar e avaliar material de evidência suficiente e competente”. Refere-se que a Receita Federal do Brasil, para realizar procedimento de auditoria, goza de meios que possibilitam, inclusive, realizar o cruzamento dos dados entre a declaração de Imposto de Renda e declarações das contribuições, notas fiscais de compra, conhecimentos de transporte em relação a todos os demais documentos fiscais.

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 339.

<sup>34</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 339.

<sup>35</sup> BOYNTON, William C.; JOHNSON, Raymond N.; KELL, Walter G. *Auditoria*. Trad. da 73. ed. do original *Modern Auditing* por José Evaristo dos Santos. São Paulo: Atlas, 2002. p. 209.

Também é possível à Receita proceder na análise de todos os signos presuntivos de riqueza do contribuinte, tais como bens imóveis, veículos e, atualmente, até mesmo dos bens de uso e consumo.

Assim, para superar os requisitos da necessidade e adequação, far-se-ia necessário ao Fisco demonstrar que cumpriu a auditoria, esgotando os meios que já estão ao seu alcance para que então, apenas após cumprido esse requisito, uma vez obtidos os elementos que apontem para distorções nas declarações do contribuinte, passe a buscar, em sua esfera mais íntima, o eventual ilícito.

Consigna-se, por fim, que, apesar de a Receita Federal do Brasil ser órgão impessoal de fiscalização vinculado ao governo federal, sabe-se que o Ministério da Fazenda traça metas de arrecadação e, além disso, seus operadores são seres humanos, fatos esses que, por si só, evidenciam que a outorga de poderes levará, em eventuais casos, a potencial devassa injustificada na esfera privado do cidadão.

Tal situação reflete tutela legítima no conceito clássico de direito fundamental na condição de direitos fundamentais de defesa. Nesse sentido, traz-se à colação mais um ensinamento do Ministro Gilmar Mendes, *verbis*:

A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Essa definição de direitos fundamentais – apesar de ser pacífico na doutrina o reconhecimento de diversas outras – ainda continua ocupando lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais.<sup>36</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizada a análise do acórdão e dos votos de forma específica, pode-se afirmar que a posição adotada no voto vencedor resguarda, de forma potencial, o direito fundamental à privacidade na quebra do sigilo bancário ao determinar a necessidade de busca do Estado-juiz para que aprecie o cumprimento dos requisitos do princípio da proporcionalidade.

<sup>36</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 470.



Com essa orientação jurisprudencial, o STF garante, pelo menos por ora, que a quebra do sigilo seja evitada caso não estejam presentes elementos suficientes para garantir a constitucionalidade de sua supressão.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Cautelar nº 33/PR. Recorrente: G.V.A. Indústria e Comércio S/A. Recorrido: União. Julgada improcedente. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AC%24%2ESCLA%2E+E+33%2ENUME%2E%29+OU+%28AC%2EACMS%2E+ADJ2+33%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ajmahd>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 389.808. Recorrente: G.V.A. Indústria e Comércio S/A. Recorrido: União. Relator Ministro Marco Aurélio, 09 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622715>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4.595, de 1964*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14595.htm)>.

BOYNTON, William C.; JOHNSON, Raymond N.; KELL, Walter G. Auditoria. Trad. da 73. ed. do original *Modern Auditing* por José Evaristo dos Santos. São Paulo: Atlas, 2002.

CANOTILHO, Gomes; VITAL MOREIRA. *Constituição da República portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.

GASSET, José Ortega y. *Meditaciones del Quijote*. Publicaciones de la Residencia de Estudiantes. Madrid, 1914. Disponível em: <<https://archive.org/stream/meditacionesdelq00orte#page/6/mode/2up>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão nº 442/2007 do TC. Requerente: Presidente da República. Requerido: Presidente da Assembleia da República. Rel. Maria João Antunes, de 30 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070442.html>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Despacho Normativo nº 357, de 1979*. Disponível em: <<http://www.legislacao.org/primeira-serie/despacho-normativo-n-o-357-79-credito-deverao-administracao-gestao-59623>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012.

SCHOPENHAUER, Arthur. *38 estratégias para vencer qualquer debate – A arte de ter razão*. Trad. Camila Werner. São Paulo: Faro Editorial, 2014.

WALD, Arnold. O sigilo bancário no projeto de Lei Complementar nº 70. In: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo: RT, n. 1, p. 1999.