



Gustavo Cesar Mazutti

**O SIGILO BANCÁRIO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF:
proteção constitucional e questões sobre a sua
relatividade**

**Monografia apresentada à
Escola de Formação da Sociedade
Brasileira de Direito Público – SBDP, sob
a orientação da Professora Carla Osório.**

**São Paulo
2011**

Resumo: A Constituição Federal de 1988 não prevê expressamente a obrigatoriedade de sigilo às informações bancárias das pessoas, dando espaço a dúvidas sobre a existência de uma proteção constitucional ao sigilo bancário e sobre a possibilidade de qualificá-lo como um direito fundamental, enquanto decorrência de valores como a privacidade e a intimidade. Trata-se de um tema, portanto, que envolve grande questionamento quanto à interpretação das garantias fundamentais. Ademais, os parâmetros da relativização do sigilo bancário (isto é, afastamento nos casos concretos) envolvem controvérsia: em que ocasião e em nome de que interesse pode ocorrer seu afastamento? Quais são os critérios e quem pode decretar a quebra do sigilo? O que ocorre com a quebra ilegal? Esta monografia busca apurar o entendimento do STF acerca da relação entre o sigilo bancário e a CF/88 e, também, como o Tribunal responde essas questões, tendo em vista ser ele o “guardião da Constituição” e o responsável, em última instância, pela análise dos preceitos constitucionais.

Acórdãos citados: PET-QO 577; MS 21.729; MS 23.452; MS 23.851; ADI 1.570; RE 418.416; Inq 2.245; MS 22.801; PET 3.898; Inq 2.250; AC 33; Inq-AgR 2.593; RE 389.808.

Palavras-chave: Sigilo bancário; privacidade; intimidade; proteção constitucional; relatividade do sigilo bancário; quebra de sigilo bancário.

SUMÁRIO

1. Considerações Iniciais	4
1.1 Introdução.....	4
1.2 Definição do objeto de pesquisa	6
1.3 Por que estudar o sigilo bancário?	7
1.4 Breve descrição do sigilo bancário na legislação brasileira.....	10
2. Metodologia: desenvolvimento da pesquisa e técnicas utilizadas	13
3. Estudo empírico sobre o sigilo bancário conforme a jurisprudência do STF ...	17
3.1. Breve panorama dos casos analisados.....	17
3.2. O sigilo bancário e a Constituição de 1988.....	22
3.2.1. O sigilo bancário tem proteção constitucional?.....	22
3.2.1.1. Entendimento majoritário.....	23
3.2.1.2. Entendimento minoritário.....	27
3.2.1.3. Conclusão parcial: da constitucionalidade do sigilo bancário	31
3.2.2. Caso tenha, qual é (são) o(s) dispositivo(s) que o estabelece(m)?.....	32
3.3. Em que ocasião (ocasiões) o STF entende que está autorizado o afastamento do sigilo bancário?	38
3.3.1. Em nome de que interesse pode o sigilo bancário ser excetuado?.....	45
3.3.2. Quais são os critérios definidos pelo STF para a decretação da quebra?	46
3.3.3. Quem está autorizado a ter acesso aos dados sigilosos segundo o STF?	49
3.3.3.1. As Comissões Parlamentares de Inquérito têm esse poder?	52
3.3.3.2. O Ministério Público tem esse poder?	56
3.3.3.3. O Tribunal de Contas da União tem esse poder?	60
3.3.3.4. O Banco Central tem esse poder?	63
3.3.3.5. A Administração Fazendária tem esse poder?.....	67
3.4. Qual a consequência imputada a quem afasta o sigilo sem ter legitimidade para tanto?	80
4. Considerações Finais	82
5. Referências Bibliográficas	88

1. Considerações iniciais

1.1. Introdução

O final do século XX e o início do século XXI nos trouxeram uma nova maneira de viver. Com o intenso desenvolvimento tecnológico, em especial no setor da informática, nos comunicamos instantaneamente por meio de mensagens, acompanhamos fatos ocorridos do outro lado do mundo em tempo real e conhecemos a vida privada de qualquer pessoa por meio das chamadas “redes sociais”¹. Nestes sites, podemos conhecer diversas informações sobre uma pessoa: quem são seus amigos, onde estuda e trabalha, quais são seus hobbies, com quem troca mensagens, dentre outras funções. Nossa vida privada nunca esteve tão exposta como no mundo contemporâneo.

O direito tem buscado acompanhar essas inovações tecnológicas, embora sua capacidade de atualização seja inferior à capacidade da ciência e da tecnologia. Um exemplo dessa busca do Direito é a implantação do processo eletrônico, o qual traz uma série de vantagens² em relação ao processo materializado em papel.

No que tange à tutela do direito à privacidade e à intimidade, esta nunca esteve tão em pauta como agora. Recentemente, por exemplo, um jornal “sensacionalista” britânico foi acusado de interceptar as comunicações telefônicas de uma série de artistas famosos do Reino Unido³.

A preocupação em se proteger a privacidade e a intimidade foi também refletida em diversos dispositivos previstos na Carta Constitucional. Neste sentido, com a mudança da ordem constitucional a partir de 1988, diversos

¹A “rede social” mais famosa do mundo, o *Facebook*, divulgou em julho de 2010 ter mais de 500 milhões de usuários. Notícia disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/vida-digital/facebook-atinge-500-milhoes-de-usuarios-no-planeta>.

²Sobre as principais vantagens, podem ser encontradas em artigo disponível na internet: <http://www.cnj.jus.br/imprensa/artigos/13315-a-verdadeira-reforma-do-judicio>.

³A notícia pode ser encontrada em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/07/apos-escandalo-de-escutas-tabloide-vai-deixar-de-circular-no-reino-unido.html>.

direitos foram garantidos aos indivíduos como forma de equalizar uma relação jurídica tão desigual, como a existente entre o Estado e os cidadãos.

No art. 5º, em seus incisos X, XI, XII e XIV, a Carta Magna procurou proteger o direito à privacidade e à intimidade. O primeiro desses incisos traz uma cláusula geral de proteção, dizendo que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Já os outros três são mais específicos no objeto que tutelam: respectivamente, o sigilo da casa como asilo inviolável da pessoa, da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e da comunicação telefônica e, por último, do sigilo profissional.

Destarte, o Direito garante diversos meios a todo cidadão para que ele mantenha afastadas do conhecimento de outrem as circunstâncias pertinentes à sua personalidade. Esta faculdade de manter sigilo e de resistir ao devassamento assume cada vez mais relevância no mundo contemporâneo, seja porque a evolução tecnológica tornou mais complexa a sua proteção, seja porque não há consenso acerca do que deve ser protegido.

Neste contexto, um dos aspectos mais discutido no âmbito jurídico nos dias atuais diz respeito ao sigilo das informações bancárias das pessoas⁴, cuja

⁴O conceito de sigilo bancário, mais especificamente sua natureza jurídica, é algo controverso tanto na doutrina, como na jurisprudência. O maior debate se dá entre aqueles que defendem tratar-se de um “direito” e aqueles que afirmam ser uma “obrigação”. Destaca-se no primeiro sentido a jurisprudência do STF – como afirma, por exemplo, o Min. Sepúlveda Pertence (STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 31): “(...) não posso conceder a violação do direito ao sigilo bancário, por mais relativo que ele seja (...)” -, enquanto no segundo destaca-se a doutrina – como afirma COVELLO (2001: 86): “*sigilo bancário é a obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional*”. A meu ver, na realidade, não se trata de uma divergência quanto ao conceito, mas sim quanto ao foco. Em outros termos, o sigilo bancário envolve uma relação jurídica, na qual figuram como sujeitos (ativo e passivo, respectivamente) o indivíduo e o banco. A importância de classificar o sujeito como ativo ou passivo é saber se a parte é titular de um direito ou de um dever na relação jurídica. Assim, dizer que o sigilo bancário é “direito” ou “obrigação” é apenas uma questão de foco (privilegiando-se ora o pólo ativo, ora o passivo), como destaca, por exemplo, FONSECA (2010: 4): “*A correta conceituação do sigilo bancário é a de que sua representatividade não é a mesma para o indivíduo e para o banco, posto que, para o primeiro, trata-se de um direito e, para o segundo, de uma obrigação*”.

proteção constitucional é controvertida, pois não há menção expressa a esse direito nos incisos do art. 5º explicitados ou em qualquer outra parte da Constituição. Sua proteção pela Carta Magna depende, portanto, de interpretação.

Por sua relevância atual, o sigilo bancário será o tema da presente pesquisa. Nos próximos tópicos, explicitaremos a sua importância e como será feita a sua análise.

1.2. Definição do objeto da pesquisa

Como já foi mencionado na Introdução, em nenhum dos incisos do artigo 5º a expressão “sigilo bancário” está presente. Essa é uma das grandes discussões dentro deste tema, isto é, se ele é protegido constitucionalmente ou não. Essa e outras discussões inerentes ao sigilo bancário, como por exemplo, que órgãos teriam o poder de afastar o sigilo destes dados, serão abordadas neste trabalho, sempre com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Além de ser a proposta das monografias da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), esse tipo de abordagem é extremamente útil quando o tema sob análise é tão complexo e controvertido.

O STF é considerado no Brasil o “guardião da Constituição”. Este Tribunal é o responsável por responder a questionamentos constitucionais e é o intérprete por excelência da Magna Carta. Desta maneira, é fácil entender o porquê de um estudo empírico, com base nas decisões do STF: se ele faz, em última instância, a análise dos preceitos constitucionais, suas decisões são importantes para entendermos o tema do sigilo bancário, assim como os limites que ele impõe ao poder do Estado.

Os principais questionamentos desta monografia podem ser resumidos em três grandes perguntas. A primeira delas busca entender qual é a relação

entre o sigilo bancário e a Constituição Federal de 1988. Para isso, foram formulados dois questionamentos: o sigilo bancário tem proteção constitucional? Caso tenha, qual é (são) o(s) dispositivo(s) que o estabelece(m)?

Já a segunda tem o fito de evidenciar em que ocasião (ocasiões) o STF entende que está autorizado o afastamento do sigilo bancário. Esta segunda pergunta se desdobra em outros questionamentos: em nome de que interesse pode o sigilo bancário ser excetuado? Quais são os critérios definidos pelo STF para a decretação da quebra? Quem está autorizado a ter acesso aos dados sigilos? Destarte, essa segunda questão procurará definir quais são os critérios objetivos e subjetivos para o afastamento do sigilo bancário.

Por fim, a terceira questão busca entender o que ocorre ao sujeito que determina o afastamento do sigilo bancário sem ter poder para tal. Assim, a questão é a seguinte: qual a consequência imputada a quem afasta o sigilo bancário sem ter legitimidade para tanto?

Todas essas questões são comumente levantadas pelos estudos doutrinários. Entretanto, a análise doutrinária acaba sendo fulcro de pensamentos e ideologias de cada autor. O STF também não está imune a essa crítica, mas se levarmos em conta que é o entendimento desta Corte que vincula os outros tribunais e os operadores do Direito, o estudo de suas decisões passa a ser extremamente útil. Portanto, a proposta desta monografia é buscar verificar quais são as respostas dadas pelo Tribunal para essas questões.

1.3. Por que estudar o sigilo bancário?

Os bancos são entidades poderosas com presença constante na vida dos cidadãos. Se em tempos passados o indivíduo só eventualmente entrava

em contato com essas instituições, hoje em dia não há quem não tenha de se relacionar, direta ou indiretamente, com esse tipo de empresa⁵.

Se nosso relacionamento com o banco foi ampliado nas últimas décadas, cresceu também o rigor na defesa do direito à privacidade e à intimidade de quem se utiliza do serviço bancário, como mostra a expansão legislativa sobre o tema. Antes de 1964, poucas eram as normas que protegiam o sigilo dos dados bancários⁶. A partir de 1964, com a L. 4.595 (também chamada de “Lei de Reforma Bancária”), diversas outras leis foram criadas (vide o tópico 1.4 infra).

Tanto a ampliação do relacionamento indivíduo-banco, quanto a expansão legislativa, são indícios de uma possível modificação no âmbito de proteção do sigilo bancário.

Além disso, as informações bancárias podem ter repercussão na vida privada de uma pessoa: as movimentações financeiras e os gastos podem, inclusive, caracterizar aspectos de sua personalidade (até de forma negativa, como por exemplo, pelo fato de exagerar nos gastos ou de economizar em demasia sem necessitar). Não se trata, portanto, de mero sigilo contábil, mas de proteção ao direito à privacidade e à intimidade. COVELLO (2001: 161-162), por exemplo, observa o seguinte:

“Pelo patrimônio, o homem projeta sua personalidade, de tal sorte que não é apenas um simples dado patrimonial que permanece velado pelo segredo, mas um traço moral de sua personalidade: como ele gasta o dinheiro, como amalha a sua fortuna, com quais pessoais negocia, etc. O *quantum* que o ser humano ganha, o montante que despense com sua manutenção e lazer, as dívidas que contrai expressam modos

⁵Os empresários recorrem aos bancos procurando capitais para investir e desenvolver seus negócios. Os trabalhadores necessitam abrir uma conta corrente para terem seu salário depositado. O cidadão comum utiliza os serviços bancários para efetuar o pagamento de um título ou de uma conta. Enfim, o fato é que todos nós de alguma maneira nos relacionamos com essas instituições financeiras. Aliás, não é nem mais necessário sair de casa para se ter contato com o banco, bastando acessar a Internet. Isso também tem contribuído para a intensificação da relação banco-indivíduo.

⁶As principais regras do período anterior a 1964 eram os artigos 17, 119 e 120 do Código Comercial de 1850 e o art. 154 do Código Penal, que o abrangia como sigilo profissional. Nesta época, o sigilo bancário era praticamente inquestionável.

de ser tão importantes, quanto qualquer manifestação espiritual da personalidade”.

Com efeito, se o sigilo bancário, ao ser expressão do direito à privacidade e intimidade, também visa proteger as circunstâncias que se referem à personalidade das pessoas⁷, alterações em sua proteção justificam uma pesquisa voltada a este tema.

Ademais, a opção por ele nesta monografia deu-se em virtude do grande desrespeito ao sigilo desses dados no Brasil, de um lado, e da importância que assume a quebra na investigação e repressão aos delitos no País, de outro. Dois acontecimentos políticos podem ilustrar isso. O primeiro, ocorrido em 2006, consistiu na ampla divulgação dos dados bancários da conta do caseiro Francenildo pelos meios de comunicação, depois de supostas ordens do então Ministro da Fazenda Antônio Palocci Filho⁸. O segundo é o esquema do “Mensalão”: a produção de provas seria complicada se as autoridades judiciárias não tivessem a possibilidade de decretar o afastamento do sigilo desses dados⁹.

No que se refere à investigação de delitos, o sigilo bancário é questão inerente à tensão dialética entre persecução criminal e Estado Democrático de Direito, sobretudo na nova ordem constitucional, a qual veio a substituir um período anterior de autoritarismo. Embora a quebra do sigilo bancário seja muitas vezes o meio mais eficaz para a descoberta de desvios de dinheiro público, uma das pragas do Estado brasileiro, em todos os Estados regidos por uma ordem democrática, na qual é impositiva a observância das “regras do jogo”, a persecução criminal não pode fingir que tais regras não existem. Por isso, este trabalho procurará analisar quando, no entendimento do STF, este meio pode ser utilizado licitamente.

⁷Esse é o enfoque dado pelo STF nos acórdãos analisados. A doutrina cita outros bens protegidos pelo sigilo bancário. COVELLO (2001: 16), por exemplo, afirma que o sigilo bancário confere também proteção à atividade negocial, ao sistema financeiro e à economia nacional.

⁸Para maiores informações sobre esse caso, indicamos a consulta à página disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u468525.shtml>.

⁹Por conta da dificuldade de se coletar provas contra os 40 denunciados, a quebra do sigilo dos dados bancários passou a ser o principal instrumento da investigação, como se verifica em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL395421-5601,00.html>.

Outra razão para o estudo desse tema é o fato de haver uma tendência mundial de flexibilização do sigilo bancário, como ressalta FONSECA (2010: 21). Este trabalho procurará também verificar, se possível a partir da análise de acórdãos, se a jurisprudência do STF tem seguido a tendência dos tribunais constitucionais de outros países no sentido de permitir cada vez mais a quebra do sigilo bancário. Caso se conclua pela admissão dessa flexibilização pelo STF, a análise procurará ainda avaliar, quando possível, se ela tem como base a aplicação da Justiça ou se há algum outro tipo de interesse, especialmente do Estado (tributação, desvios de recursos públicos, dentre outros).

Em suma, sendo o sigilo bancário expressão de aspectos importantes da personalidade de uma pessoa – como a privacidade e a intimidade –, uma possível alteração em sua proteção, advinda da intensificação da relação banco-indivíduo e da expansão legislativa, é razão suficiente para justificar uma pesquisa voltada a este tema. Não obstante, o fato de a quebra do sigilo bancário ser importante instrumento para investigação de ilícitos, o grande desrespeito ao segredo por parte de algumas autoridades brasileiras e a tendência mundial de flexibilização jurisprudencial do sigilo bancário também contribuem para demonstrar ser relevante uma reflexão atual sobre o sigilo bancário¹⁰.

1.4. Breve descrição sobre o sigilo bancário na legislação brasileira

¹⁰Uma das grandes reflexões sobre o sigilo bancário pode ser resumida na seguinte pergunta: por que dar tratamento sigiloso às informações bancárias? De certa forma, já respondemos essa pergunta quando apontamos que o sigilo bancário pode ter reflexo na vida privada de uma pessoa. Mas existem outras justificativas, que são bem resumidas por COVELLO (2001: 16-17): "O sigilo bancário tem *justificação político-filosófica*, por garantir a autonomia privada do cidadão e preservar a liberdade individual; *justificação econômica*, porque consolida a confiança do público no sistema bancário, especialmente no momento histórico atual, quando as grandes fortunas são valores mobiliários, e *justificação sociológica*, porque, na atualidade, domina nas relações humanas uma postura de discrição com relação à riqueza, ao contrário de tempos pretéritos em que o luxo e a ostentação constituíam a regra".

Este tópico se faz necessário devido ao fato de as normas referentes à proteção do sigilo bancário, às quais os acórdãos do STF muitas vezes fazem referência, serem numerosas e esparsas no ordenamento jurídico brasileiro. O fim deste item é sistematizar as normas infraconstitucionais referentes ao sigilo bancário.

O sigilo bancário para as operações e movimentações financeiras das instituições bancárias no Brasil foi expressamente¹¹ previsto pela primeira vez pela L. 4.595 de 1964. Esta lei, em seu art. 38, previa tratamento sigiloso aos dados bancários, com a possibilidade de afastamento desse sigilo – em hipóteses taxativamente previstas nos parágrafos desse artigo –, definindo também um crime de “quebra de sigilo bancário”¹².

Segundo a L. 4.595/64, os sujeitos que poderiam decretar o afastamento do sigilo bancário seriam: o Poder Judiciário, o Poder Legislativo (inclusive por meio das CPIs) e agentes fiscais. A autoridade fiscal poderia, por meio de um processo administrativo em andamento, solicitar às instituições financeiras informações bancárias a respeito dos contribuintes sob ação fiscal¹³.

No entanto, o STJ entendeu que o sigilo bancário do contribuinte não poderia ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal¹⁴. O STF não chegou a analisar a constitucionalidade da norma em plenário¹⁵.

¹¹Utilizo o termo “expressamente”, porque antes a proteção era feita por meio de artigos do Código Comercial de 1850 e do Código Penal de 1940.

¹²“§ 7º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis”.

¹³“§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente”;

¹⁴STJ: REsp 37.566/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 28/03/94.

¹⁵A análise feita pelo STF acerca do poder da Administração Fazendária só seria feita quando entrou em vigor a LC 105/01. Não houve análise no tocante à L. 4.595/64.

Após essa primeira lei, diversas posteriores buscaram alargar o rol de legitimados a decretar o afastamento do sigilo bancário e de facilitar a sua quebra, especialmente no tocante à Administração Fazendária.

A L. 8.021/90 atribuiu à autoridade fiscal competência para solicitar informações de instituições financeiras após iniciado o procedimento fiscal, sem a necessidade de instauração de processo fiscal¹⁶, estabelecendo um afrouxamento dos critérios antes existentes.

A L. 9.311/96 instituiu a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), autorizada pela EC 12/96, permitindo à Administração Fazendária saber os valores circulados nas contas e verificar se havia ou não correspondência com o declarado à fiscalização (como por exemplo, na declaração de imposto de renda).

Já na L. 10.174/01, passou a autoridade fiscal a poder utilizar as informações prestadas pelos bancos referentes à movimentação financeira da CPMF para iniciar processo fiscal contra os contribuintes que tivessem movimentado recursos incompatíveis com os declarados. Portanto, essas três leis flexibilizaram os critérios para o afastamento do sigilo, possibilitando com isso a utilização de novos meios para localizar prováveis sonegadores.

A edição da LC 105/01 buscou dissipar as dúvidas e suprimir as deficiências que até então existiam sobre o sigilo bancário, inclusive no que tange à possibilidade de afastamento pela autoridade fiscal¹⁷. Questiona-se¹⁸ se os meios utilizados pela presente lei foram os mais adequados para tal.

¹⁶Art. 8º: Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595 de 1964”.

¹⁷Entretanto, o poder da autoridade fiscal ainda é controvertido, cf. tópico 3.3.3.5 infra.

¹⁸A Confederação Nacional da Indústria (CNI), a Confederação Nacional do Comércio (CNC), o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e o Partido Social Liberal são os requerentes das ADIs 2386, 2389, 2390, 2397 e 2406 ajuizadas perante o STF e atualmente sob a responsabilidade do Min. Dias Toffoli. Essas ações não serão analisadas neste trabalho, porque elas não foram levadas à julgamento. Uma possível monografia poderá ser feita quando do julgamento dessas ações.

Houve ampliação do rol de legitimados a decretar o afastamento do sigilo bancário¹⁹, aparentemente tornando normal um procedimento antes tratado como excepcional²⁰.

Além disso, dois dispositivos inovadores dessa lei são muito importantes para a sua compreensão sistemática: o art. 1º, §3º, o qual evidencia as hipóteses em que não ocorre a violação ao dever de sigilo e o art. 1º, §4º, o qual estabelece o rol de ilícitos que permitem a quebra do sigilo.

Vale mencionar ainda a existência de dois decretos²¹: o Decreto 4.489/02, que passou a regular o art. 5º e o Decreto 3.724/01, regulamento do art. 6º, ambos da LC 105/01.

2. Metodologia: desenvolvimento da pesquisa e técnicas utilizadas.

Neste tópico, será exposto, sinteticamente, como se deu o processo de pesquisa sobre o sigilo bancário, além de como foram fixados os métodos definitivos para esta investigação, construídos durante sua elaboração.

Na introdução deste presente trabalho, foi afirmado que o meio a ser utilizado na pesquisa seria a jurisprudência do STF. As decisões do Tribunal estão disponíveis a todos no site da Corte²². A análise a ser desenvolvida na monografia ficará restrita aos acórdãos contidos nesta página da Internet,

¹⁹Afirmo que a LC 105/01 aumentou o rol de legitimados, porque adicionou exceções em relação à L. 4.595/64. Por exemplo, em seu art. 2º, § 1º e no art. 2º, § 3º há a previsão de que o Banco Central do Brasil e a CVM (Comissão de Valores Mobiliários), em hipóteses excepcionais e taxativas, poderão afastar o sigilo bancário.

²⁰Nos dizeres do Min. Celso de Mello (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 103): "*Tenho enfatizado que a quebra do sigilo bancário – ato que se reveste de extrema gravidade jurídica – só deve ser decretado, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, (...)*".

²¹As ADIs ajuizadas contra a LC 105/01 também questionam a constitucionalidade desses decretos, porque eles teriam possibilitado a *fiscalização continuada* sobre os dados bancários das pessoas, isto é, independentemente de processos fiscais instaurados e da indispensabilidade da quebra.

²²O site do Supremo Tribunal Federal (STF) na internet é o: <http://www.stf.jus.br>.

facilitando o acesso de quem queira fazer uma leitura mais completa dos mesmos.

Utilizei a expressão “sigilo *adj* bancário” como palavras-chave de busca no setor de jurisprudência desse site. Como meu objetivo é estudar o sigilo bancário na atual ordem constitucional, estabeleci como marco temporal apenas as decisões posteriores a 1988, ano em que a Constituição atualmente em vigor foi promulgada, instaurando uma nova ordem constitucional.

Outro critério importante adotado por mim foi a escolha apenas de decisões do Plenário do STF. Busquei privilegiar decisões tomadas por todos os Ministros, e não por turmas ou decisões monocráticas, por acreditar ser esta a melhor maneira de tentar encontrar o posicionamento da Corte sobre o tema.

O resultado dessa primeira consulta foi a de 61 (sessenta e um) acórdãos. O meu objetivo nesta monografia era o de fazer uma pesquisa qualitativa, buscando entender os principais argumentos dos Ministros no tocante ao tema do sigilo bancário. Tal análise seria inviável com um número tão extenso de ações. Ainda assim, fiz uma leitura de todos os acórdãos, para verificar se a análise de todos seria pertinente tendo em vista a finalidade desta monografia.

Nesta leitura preliminar, verifiquei que diversos acórdãos apenas repetiam questões já debatidas em acórdãos anteriores. Um exemplo é a discussão sobre se as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) possuem poder para decretar o afastamento do sigilo bancário. No MS 23.452²³, o Plenário entendeu que elas têm sim tal prerrogativa, desde que suas decisões sejam fundamentadas. Tal paradigma foi aplicado em diversos outros acórdãos²⁴ encontrados na busca de jurisprudência. Pelo fato de ser o STF o competente para julgar Mandados de Segurança (MS) impetrados contra o

²³STF: MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999.

²⁴Neste sentido: MS 23.454, MS 23.619, MS 23.466, MS 23.480, MS 23.554, MS 23.553, MS 23716, MS 23.964, MS 23.868, MS 23.957, MS 23.960, MS 23.959, MS 23.953, MS 23.879, MS 23.974, MS 23.843, MS 23.835, MS 23.860, MS 23.882, MS 24.028, MS 24.217, MS 24.135 MS 24.029, PET-AgR 2.805, MS 23.875, ACO 730, MS 24.749, MS 24.817, MS 25.668, MS 25.510.

presidente da CPI, todos eles foram analisados pelo Tribunal, mas sem inovar no que se refere ao entendimento sobre o poder das CPIs de decretar a quebra do sigilo²⁵. Assim, apresento esses acórdãos como reforço do que foi decidido no MS 23.452, mas não analiso especificadamente cada um.

Apurei também que muitos acórdãos versavam tão-somente sobre temas processuais (por exemplo, discussão acerca da competência do STF, sobre a ocorrência de cerceamento de defesa, a respeito da possibilidade de agravo regimental). Neste sentido, mais acórdãos foram excluídos do universo de pesquisa²⁶.

A seguir, elaborei com a minha orientadora algumas questões centrais, que entendemos serem as mais importante para uma análise do tema do sigilo bancário. A partir dessas questões, pude reduzir ainda mais o número de acórdãos a serem estudados, excluindo aqueles impertinentes para respondê-las.

A primeira questão busca entender qual é a relação entre o sigilo bancário e a Constituição Federal de 1988. Para isso, foram formulados dois questionamentos: o sigilo bancário tem proteção constitucional? Caso tenha, qual é (são) o(s) dispositivo(s) que o estabelece(m)? - Os seguintes acórdãos discutem esse tema: PET-QO 577, MS 21.729, RE 418.416, Inq 2.245.

A segunda questão tem o fito de apurar em que ocasião (ocasiões) o STF entende que está autorizado o afastamento do sigilo bancário. Importante consignar que esta segunda pergunta se desdobra em outros questionamentos: em nome de que interesse pode o sigilo bancário ser excetuado? Quais são os critérios definidos pelo STF para a decretação da quebra? Quem está autorizado a ter acesso aos dados sigilos? – Os seguintes

²⁵Quando digo “sem inovar”, refiro-me ao fato de o STF apenas reproduzir seu entendimento do MS 23.452, tanto no tocante ao poder das CPIs, quanto aos critérios necessários para a decretação da quebra. Na realidade, a maior discussão sobre o sigilo bancário nessas ações era a ausência de fundamentação para a decretação da quebra do sigilo bancário – requisito essencial, segundo o entendimento do STF.

²⁶Inq-AgR 897, Rcl 511, Inq-QO 732, Pet-AgR 1564, MS-AgR 23.448, MS-AgR 23.466, HC 80.100, HC 80.717, MS-AgR 24.090, CR-AgR 8.622, CR-AgR-ED 8.622, ACO-QO 730, HC 84.758, MS-AgR 25.081, Inq-AgR 2206, MS-REF-MC 27483, Inq-QO 2245 e Inq-AgR 2245.

acórdãos discutem esse tema: PET-QO 577, MS 21.729, MS 23.452, MS 23.851, ADI 1.570, RE 418.416, Inq 2.245, MS 22.801, Inq 2.250, AC 33, Inq-AgR 2.593 e RE 389.808.

A terceira questão foi assim formulada: qual é a consequência imputada a quem afasta o sigilo bancário sem ter legitimidade para decretá-lo? – O seguinte acórdão discutia essa questão: PET 3.898.

Somando-se, foram selecionados treze acórdãos: PET-QO 577, MS 21.729, MS 23.452, MS 23.851, ADI 1.570, RE 418.416, Inq 2.245, MS 22.801, PET 3.898, Inq 2.250, AC 33, Inq-AgR 2.593 e RE 389.808.

De todos os acórdãos elencados acima, apenas o Inq-AgR 2.593²⁷ não estava disponível na íntegra no site do STF. Apenas a ementa estava disponível. Para resolver tal situação, procurei enviar e-mail para o setor de pesquisa de jurisprudência²⁸ do site. Em resposta, o setor me informou de que se tratava de inquérito policial protegido por sigilo judicial e de que apenas o conteúdo fornecido pelo site poderia ser disponibilizado. Nova tentativa foi feita por meio de ligação telefônica para o gabinete do Min. Relator da ação, o Min. Ricardo Lewandowski. Novamente a resposta foi negativa, com o mesmo argumento. Em face de não ter sido possível a leitura do acórdão Inq-AgR 2593, ele não será analisado na íntegra nesta pesquisa²⁹.

Por fim, vale consignar aqui uma última técnica utilizada. Com o fito de facilitar o contato do leitor com as ações, possibilitando uma leitura mais dinâmica e agradável, foram dados nomes aos acórdãos, conforme será visto no tópico 3.1 desta monografia.

²⁷STF: Inq-AgR 2.593, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 09/12/2010.

²⁸O procedimento pode ser feito no seguinte endereço do site do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaPesquisaJurisprudenciaEmAil>.

²⁹Apenas a ementa será utilizada, porque demonstra importante entendimento do Tribunal quanto à transferência de dados sigilosos.

3. Estudo empírico sobre o sigilo bancário conforme a jurisprudência do STF.

Conforme já exposto, as respostas para os diversos questionamentos em torno do sigilo bancário foram buscadas na jurisprudência do STF. O estudo empírico demonstrou ter um valor inequívoco no tema, na qualidade de orientação para os demais tribunais e para os operadores do direito.

Os dados coletados e as conclusões extraídas serão expostos nos tópicos a seguir da seguinte maneira: no primeiro item deste capítulo, farei uma breve descrição dos casos analisados nesta monografia, tendo em vista uma aproximação dos casos com o leitor. Nos itens posteriores, buscarei as respostas aos questionamentos centrais a respeito do tema do sigilo bancário.

3.1. Breve panorama dos casos analisados.

Este item será dedicado a fazer uma breve descrição dos casos analisados nesta monografia, com o objetivo de facilitar a leitura.

A primeira ação analisada pelo Plenário do STF após a Constituição de 1988 foi chamada por mim de "caso Magri"³⁰, em alusão ao ex-ministro do Trabalho e da Previdência Social no governo de Fernando Collor de Mello, Antônio Rogério Magri. Trata-se de uma petição de requerimento de quebra do sigilo bancário das contas correntes e dos extratos bancários relativos ao ex-ministro nos anos de 1991 e 1992, ajuizada perante o STF³¹ por um delegado da Polícia Federal, que instaurou inquérito policial após notícia jornalística denunciar suposto desvio de recursos. Foi a primeira vez que o Plenário da

³⁰STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992.

³¹A competência do STF para a quebra advinha da prerrogativa de função do ex-ministro.

Corte se manifestou sobre o sigilo bancário e os Ministros foram enfáticos ao ressaltar a necessidade de decisão judicial para a decretação da quebra.

A segunda ação é o “caso do Ministério Público”³². Com o fim de instruir procedimento administrativo que também investigava desvio de recursos públicos, o Ministério Público Federal, por meio do Procurador-Geral da República, requisitou diretamente ao Banco do Brasil a lista dos beneficiários de empréstimos feitos pelo governo federal a empresários do setor sucroalcooleiro, além de informações a respeito da situação desses beneficiários para com o Banco. Em face dessa requisição, o Banco do Brasil impetrou Mandado de Segurança contra o constrangimento provocado pelo ofício do PGR, alegando que não havia decisão judicial.

Na terceira manifestação³³, o STF estava diante do seguinte dilema: poderia uma CPI afastar o sigilo bancário? A Constituição de 1988, no seu art. 58, § 3º, equiparou os poderes de investigação da autoridade judiciária e os da CPI, mas as manifestações anteriores dos Ministros do STF (especialmente no “caso Magri”) foram tão enfáticas no sentido de apenas o Judiciário poder autorizar a quebra do sigilo, que passou a haver dúvida quanto a essa prerrogativa das CPIs³⁴.

Posteriormente, houve decisão do Plenário do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade – ADI 1.570³⁵. Não se tratava de nenhuma lei sobre o sigilo bancário, mas sim da Lei de Organizações Criminosas³⁶, na qual se questionava os poderes investigatórios dos juízes e dentre eles, o de

³²STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995. O nome dado provém da discussão subjacente: se o MP pode afastar o sigilo bancário.

³³Compreende duas ações: MS 23.452 e MS 23.851. Por envolverem determinadas CPIs, denominei, respectivamente, de “caso da CPI do Sistema Financeiro” (STF: MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999) e “caso da CPI do Futebol” (STF: MS 23.851, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/09/2001).

³⁴À época dos julgamentos desses precedentes, estava em vigor a lei 4.595/64. Ela previa expressamente que “as Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil” (art. 38, § 3º).

³⁵STF: ADI 1.570, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 02/12/2004

³⁶Por conta disso, denominei este caso de “caso da Lei de Organizações Criminosas”.

decretar a quebra do sigilo bancário de ofício e sem requerimento das partes. A análise desse acórdão foi importante, porque o STF procurou delimitar o poder do Judiciário na decretação da quebra.

O Tribunal tratou novamente do sigilo bancário no julgamento do RE 418.416³⁷, no qual as principais provas se baseavam supostamente em dados bancários obtidos de maneira ilícita³⁸. Denominei de “caso do Crime de Contrabando”, porque esse era o crime imputado ao requerente. A importância do caso foi a fixação do entendimento do Tribunal acerca da expressão “dados” do art. 5º, inciso XII da Constituição Federal (vide tópico 3.2.2).

Poucos meses após, o Plenário do STF julgou um dos casos mais importantes da História do Tribunal, o inquérito do “caso do Mensalão”³⁹. A discussão em torno do sigilo bancário surgiu porque a quebra da obrigação de manter sigilo sobre determinadas informações bancárias foi o principal instrumento processual penal na obtenção de provas contra os envolvidos na corrupção. Os Ministros debateram se havia ilicitude nas provas obtidas através de quebra feita pelo Banco Central do Brasil. Ao final, os Ministros entenderam que as informações não haviam sido obtidas por quebra do Banco Central, mas sim por prévia autorização judicial e por determinação da “CPMI dos Correios”.

Embora a LC 105/01 já estivesse em vigor há 6 anos, o STF se manifestou pela primeira vez sobre ela apenas em 2007. Trata-se de MS impetrado pelo Banco Central contra ordem do Tribunal de Contas da União (TCU), o qual teria requisitado informações bancárias de clientes sem autorização judicial, a pretexto de realizar uma auditoria. A importância do

³⁷STF: RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006

³⁸A principal prova utilizada contra o acusado havia sido obtida a partir da análise de dados contidos em computador, o qual foi regularmente apreendido por decisão judicial de busca e apreensão. Assim, a ilicitude da prova, segundo o requerente, estaria não no objeto apreendido, mas na quebra do conteúdo registrado no computador sem autorização judicial (especialmente os dados bancários).

³⁹STF: Inq 2.245, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/08/2007.

caso foi a discussão sobre a existência de autorização para esse órgão⁴⁰ fazer isso.

O sigilo bancário voltaria a ser tema amplamente discutido na imprensa e no Tribunal: tratava-se de denúncia oferecida pelo Procurador-Geral da República em face de Antonio Palocci Filho (ex-ministro da Fazenda), Jorge Mattoso (ex-presidente da Caixa Econômica Federal) e Marcelo Netto (ex-assessor de imprensa do Ministério da Fazenda), dando-os como incursos nas sanções do art. 10 da LC 105/01, cumulado com o art. 29 do Código Penal, sob acusação de quebrar ilicitamente o sigilo bancário do caseiro Francenildo dos Santos Costa⁴¹. O caso é relevante para o entendimento do que seja o crime de quebra do sigilo bancário, isto é, quando o afastamento do sigilo é feito ilicitamente.

A relação entre a quebra do sigilo bancário e casos de corrupção parece ser íntima: o afastamento do sigilo foi o principal instrumento utilizado em novo inquérito analisado pelo STF, em que o indiciado era um deputado federal pelo Estado de Roraima⁴². O deputado foi acusado de desviar recursos públicos federais, sendo-lhe imputado o crime de peculato (art. 312 do Código Penal), pois ao invés de utilizar as verbas públicas para a implantação da cultura do café no município de São Luiz do Anauá, ele teria desviado todo o dinheiro para a conta bancária de uma empresa de "fachada"⁴³.

Os três últimos casos (AC 33, RE 389.808 e Inq-AgR 2.593) envolvem o aspecto mais polêmico do sigilo bancário: se a Administração Tributária tem poder para decretar a quebra do sigilo por si própria, sem decisão judicial. Essa discussão não se dá apenas no Brasil, mas no mundo todo⁴⁴. Quanto ao Inq-AgR 2.593, não foi possível fazer uma análise detida, porque conforme foi

⁴⁰Por isso, chamei de "caso do TCU" (STF: MS 22.801, Rel. Min. Menezes Direito, j. 17/12/2007).

⁴¹STF: PET 3.898, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27/08/2009. Chamei de "caso Francenildo".

⁴²STF: Inq 2250, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 02/11/2010. Chamei de "caso do deputado de Roraima".

⁴³O relato do caso pode ser encontrado em: http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_patrimonio-publico-e-social/25-8-11-2013-fraude-em-licitacao-justica-condena-ex-prefeitos-acusados-de-desvio-de-recursos-da-uniao.

⁴⁴Cf. FONSECA (2010: 21).

dito anteriormente, ele não estava disponível no site. A AC 33⁴⁵ e o RE 389.808⁴⁶, embora sejam ações diferentes, tratam dos mesmos fatos⁴⁷, mas no primeiro caso trata-se do julgamento de cautelar com pedido de liminar, e no segundo de mérito. A questão fática será detalhada no momento oportuno (vide tópico 3.3.3.5).

O quadro a seguir ilustra a relação entre o número da ação e o nome escolhido por mim, tendo em vista ser uma maneira de facilitar a leitura e a fixação dos casos pelo leitor⁴⁸.

Número da ação	Nome dado neste trabalho
PET-QO 577	"Caso Magri"
MS 21.729	"Caso do Ministério Público"
MS 23. 452	"Caso da CPI do Sistema Financeiro"
MS 23. 851	"Caso da CPI do Futebol"
ADI 1.570	"Caso da Lei de Organizações Criminosas"
RE 418.416	"Caso do Crime de Contrabando"
Inq 2.245	"Caso do Mensalão"
MS 22. 801	"Caso do TCU"
PET 3.898	"Caso Francenildo"

⁴⁵STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010.

⁴⁶STF: RE 398.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010.

⁴⁷Ambas envolviam a Administração Fazendária. Por isso, juntei as ações como "caso do Fisco".

⁴⁸O Inq-AgR 2.593 não foi nomeado por mim, porque como foi dito no item 2 ("Metodologia") deste trabalho, apenas a ementa dessa ação estava disponível. Seria inviável, portanto, nomeá-la sem saber o conteúdo da ação.

Inq 2.250	“Caso do deputado de Roraima”
AC 33	“Caso do Fisco” (cautelar / julgamento da liminar)
RE 389.808	“Caso do Fisco” (julgamento de mérito)

3.2. O sigilo bancário e a Constituição de 1988.

Início a partir deste item a busca por respostas às questões centrais ligadas ao tema do sigilo bancário. Os dois primeiros questionamentos têm como objetivo evidenciar qual é, na interpretação do STF, a relação entre o sigilo bancário e a Constituição Federal de 1988. O sigilo bancário tem proteção constitucional? - se a resposta for positiva, qual é (são) o(s) dispositivo(s) que o protege(m)? É o que faremos nos tópicos seguintes.

3.2.1. O sigilo bancário tem proteção constitucional?

Tendo em vista não ser o sigilo bancário expresso na Constituição, há dois posicionamentos possíveis: o sigilo bancário é, ainda assim, tema constitucional, estando implícito num dos dispositivos da Carta ou o sigilo bancário é apenas tema infraconstitucional - e, portanto, está abaixo da Constituição em grau de hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro.

No tocante ao primeiro entendimento, da leitura dos acórdãos, foi possível concluir que diversos Ministros do STF entendem haver uma relação entre o sigilo bancário e o direito à privacidade e à intimidade, e justamente em face desta relação é que se poderia defender a proteção constitucional ao sigilo bancário.

Pelo segundo entendimento, o sigilo bancário seria um direito que a legislação infraconstitucional garantiu aos cidadãos: em primeiro lugar pela L. 4.595/64, que teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, e depois pela LC 105/01.

Analisaremos cada um desses entendimentos, classificando-os, inclusive, em entendimento majoritário e minoritário conforme a jurisprudência do STF.

3.2.1.1. Entendimento majoritário

Da análise dos acórdãos, foi possível extrair que a imensa maioria dos Ministros do STF entende ser o sigilo bancário protegido constitucionalmente. Se não defenderam esse posicionamento de maneira expressa, ao menos não foram contra essa idéia, como foram o Min. Francisco Rezek e o Min. Sepúlveda Pertence. Caso se entenda ser errôneo tirar conclusão numérica, ao menos se pode afirmar que na atual⁴⁹ composição da Corte essa parece ser a posição consolidada: apenas o Min. Joaquim Barbosa e o Min. Dias Toffoli não foram expressos no sentido de haver proteção constitucional ao sigilo bancário. Todos os demais Ministros o fizeram⁵⁰, ainda que de forma indireta⁵¹.

⁴⁹“Atual” composição da Corte aqui é a que decidiu os últimos casos analisados neste trabalho: Ellen Gracie, Carmen Lúcia, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Marco Aurélio, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Dias Toffoli. Não é possível afirmar a posição do recém-empossado Min. Luiz Fux, porque não há acórdão do universo de pesquisa em que ele vota.

⁵⁰Cf. trecho da Min. Carmen Lúcia (STF: Inq 2250, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 02/11/2010, p. 46): “(...) de que teria havido prova ilícita, no sentido de que teria sido obtido mediante quebra do princípio constitucional do sigilo bancário, da garantia constitucional do sigilo bancário”. Do Min. Ricardo Lewandowski (STF: RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006, p. 1293-1294): “Pode ter havido, em tese, uma lesão ao art. 5º, inciso X, que impede a violação da intimidade ou da privacidade da pessoa. (...) A cláusula constitucional abrigada no art. 5º, inciso X, não confere imunidade absoluta ao sigilo bancário, (...)”. Do Min. Carlos Britto (STF: RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006, p. 1303): “Quanto ao inciso X, de que fala o Min. Ricardo Lewandowski, a matéria toda está imbricada (...)”. Do Min. Marco Aurélio (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 75): “Em última análise, tenho que o sigilo bancário está sob a proteção do disposto nos incisos X e XII do art. 5º da CF”. Do Min. Celso de Mello (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 103): “A relevância

O posicionamento que preconiza estar o sigilo bancário protegido constitucionalmente relaciona o sigilo bancário com o direito à privacidade e à intimidade. Existiria uma relação de gênero e espécie entre eles, ou seja, o sigilo bancário seria espécie, da qual o direito à privacidade e à intimidade seria gênero. É, por exemplo, o entendimento do Min. Carlos Velloso, no seguinte trecho:

“O sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie do direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (...)” (STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 16)⁵².

Em outras palavras, entendem os Ministros do STF que o sigilo bancário reflete questões da privacidade e da intimidade das pessoas e em face disso, estaria o sigilo bancário dentro do âmbito de incidência do direito à privacidade e à intimidade.

É importante registrar que os Ministros não fizeram menção à outra explicação para a proteção constitucional do sigilo bancário⁵³. Por isso, nos

do direito ao sigilo bancário – que traduz uma das projeções realizadoras do direito à intimidade – (...) que o ordenamento jurídico, em norma de salvaguarda, pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional (CF, art. 5º, X)”. Da Min. Ellen Gracie (STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 62): “A CF não afirma direta e expressamente o sigilo bancário. Assegura, isto sim, nos termos do ser art. 5º, incisos X e XII, a inviolabilidade da vida privada, bem como o sigilo de dados, (...). São garantias fundamentais aplicáveis não apenas às pessoas físicas, mas também às pessoas jurídicas (...)”

⁵¹Digo “indireta” aqui, porque o Ministro não expressou claramente se o sigilo bancário é protegido ou não pela Constituição, mas é o que se pode inferir de certas passagens. É o caso do Min. Gilmar Mendes (STF: Inq 2245, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/08/2007, p. 801): “E, quanto ao fundamento, a rigor, eu não me balançaria a discutir o tema à luz do inciso XII; eu discutiria à luz do inciso X” e do Min. Cezar Peluso, que ao refutar a tese de que o sigilo bancário esteja protegido pelo inciso XII, diz (STF: Inq 2245, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/08/2007, p. 801): “Mas, Ministro, à luz do inciso X é mais simples de resolver”.

⁵²No mesmo sentido e a título de exemplo, trecho do voto do Min. Maurício Corrêa (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 95): “Uma das conseqüências do entendimento de que o direito ao sigilo bancário pertence à categoria maior do direito à privacidade é que (...)”. Do Min. Paulo Brossard (STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 33): “O sigilo bancário é um aspecto do direito à privacidade, (...)”. Do Min. Celso de Mello (STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 27): “a relevância do direito ao sigilo bancário (...) traduz, na concreção do seu alcance, uma das projeções realizadoras do direito à intimidade (...)”.

⁵³Mesmo se levarmos em conta apenas a opinião do Min. Marco Aurélio e do Min. Celso de Mello, isto é, que o fundamento da proteção constitucional do sigilo bancário está no fato de as informações bancárias estarem armazenadas em dados (vide tópico 3.2.2), esse entendimento não deixa de levar em consideração ser o sigilo bancário um aspecto do direito à privacidade das

limites desta monografia, não há como se cogitar a proteção constitucional ao sigilo bancário sem recorrer ao direito à privacidade e à intimidade, direito fundamental consagrado pela Constituição nos incisos X, XI, XII e/ou XIV do art. 5º da Carta.

No tocante à justificação dessa relação entre o sigilo bancário e o direito à privacidade e à intimidade, a principal maneira encontrada pelos Ministros do STF nos acórdãos foi a utilização de exemplos. No parecer do Vice-Procurador Geral da República no “caso do Ministério Público”⁵⁴ há menção a dois exemplos, os quais foram utilizados por diversos Ministros em seus votos:

“É possível que os dados bancários, em certos casos, deixem entrever aspectos da vida privada, como ocorreria, por exemplo, na revelação de gastos com especialidades médicas de certas enfermidades ou de despesas com pessoas das relações afetivas mais íntimas, que o cliente queira manter em segredo” (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 119).

Tal relação seria extensiva, inclusive, às pessoas jurídicas⁵⁵, embora nenhum exemplo envolvendo pessoas jurídicas tenha sido mencionado pelos Ministros. Apenas na doutrina encontramos exemplos. Neste sentido, FERRAZ JR. (2007: 177) nos apresenta um esclarecedor: um empréstimo obtido por uma empresa junto à instituição financeira que, além do sentido contábil, pode representar também uma estratégia de expansão em um mercado disputado, na qual o sucesso da expansão depende de tratamento sigiloso.

peças, pois o tratamento sigiloso garantido aos “dados” também é uma característica da privacidade.

⁵⁴STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 119.

⁵⁵É o que afirma, por exemplo, a Min. Ellen Gracie (STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 62): “A CF não afirma direta e expressamente o sigilo bancário. Assegura, isto sim, nos termos do ser art. 5º, incisos X e XII, a inviolabilidade da vida privada, bem como o sigilo de dados, (...). São garantias fundamentais aplicáveis não apenas às pessoas físicas, mas também às pessoas jurídicas (...)”.

Os exemplos mencionados demonstram, de fato, a pertinência de valores como a privacidade e a intimidade em torno do sigilo bancário⁵⁶. Todavia, os Ministros não apresentam uma razão para tal, isto é, eles afirmam que o sigilo bancário está dentro do âmbito de incidência do direito à privacidade e à intimidade, mas não explicam o porquê disso.

A argumentação, a meu ver, não pode se restringir apenas a exemplos, já que a função dos exemplos é *ilustrar* algo e não *justificar*. Os Ministros do STF tratam essa relação entre sigilo bancário e privacidade como algo *óbvio* ou como *decorrência lógica e natural*.

Entretanto, não se trata de uma relação tão óbvia a ponto de não merecer fundamentação. O Min. Francisco Rezek, por exemplo, apresenta certa dificuldade em enxergar tal relação:

“Tenho dificuldade extrema em construir, sobre o art. 5º, sobre o rol constitucional de direitos, a mística do sigilo bancário (...). O inciso X do rol de direito fala assim numa intimidade onde a meu ver seria extraordinário agasalhar a contabilidade, mesmo a das pessoas naturais, e por melhor razão a das empresas” (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 118).

Por mais claros que sejam os reflexos das informações bancárias sobre a vida privada da pessoa, a meu ver, o STF foi omissos em não apresentar o *fundamento jurídico* dessa relação e seria importante fazê-lo, para justificar a adequada proteção ao sigilo bancário. Dizer simplesmente que o sigilo bancário está dentro do âmbito de proteção do direito à privacidade e à intimidade é *insuficiente*⁵⁷, havendo divergência até mesmo dentro do Tribunal, vide a manifestação do Min. Francisco Rezek. A justificativa para a relação entre eles

⁵⁶Os exemplos mostram que os bancos não só tomam conhecimento da situação patrimonial do indivíduo, mas também dos seus negócios, de seus planos e projetos, de seus gastos pessoais e de outras particularidades que integram a esfera mais íntima da personalidade (relações familiares, amizades, lazeres, etc.).

⁵⁷A não apresentação das premissas acaba sendo algo constante nas decisões do STF. A principal consequência é que isso dificulta a compreensão do que foi decidido, tornando as razões das decisões obscuras. A meu ver, isso fragiliza o discurso de proteção aos direitos fundamentais, pois estes permanecem desguarnecidos de uma casuística coerente nas decisões do Tribunal.

será novamente discutida quando tratarmos das questões concernentes à *relatividade* do sigilo bancário (vide tópico 3.3 infra), onde testaremos uma explicação que aparece implícita na argumentação de alguns Ministros.

Por fim, é necessário fazer apenas um esclarecimento concernente ao *direito à privacidade e à intimidade*. Embora haja diferença entre os conceitos de privacidade e intimidade reconhecidos pela jurisprudência do STF⁵⁸ e pela doutrina⁵⁹, *para efeito de proteção ao sigilo bancário*, os Ministros do STF não apresentam uma distinção entre eles - ambos protegem os dados bancários das pessoas da mesma maneira. Por isso, faço a opção *pragmática* de tratá-los como se fosse um único direito, isto é, como o objeto de estudo desta monografia é "o sigilo bancário segundo a jurisprudência do STF" e os Ministros não apresentam nenhuma repercussão dessa distinção entre privacidade e intimidade na proteção do sigilo bancário, optei por tratá-los indistintamente.

3.2.1.2. Entendimento minoritário

Passemos à análise do segundo posicionamento (infraconstitucionalidade), defendido pelos Min. Francisco Rezek e Min. Sepúlveda Pertence no "caso do Ministério Público". Analisaremos, sobretudo,

⁵⁸Nos acórdãos lidos, a diferença entre a privacidade e a intimidade foi exposta por iniciativa do Min. Carlos Britto, o qual afirmou (STF: RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006, p. 1303): "(...) a Constituição Federal não confunde privacidade com intimidade. Tanto que usa de duas palavras diferentes, ligando uma à outra pela conjunção aditiva e. Privacidade, para mim, é uma comunicação reservada entre pessoas, digamos, "em petit comité". É a pessoa se relacionando com seus amigos, com seus parentes. Ao passo que intimidade é a pessoa consigo mesma, sozinha. Exemplo: alguém escrevendo um diário - está no uso da sua intimidade". Da distinção apresentada, pode-se concluir que intimidade é aquela relação da pessoa consigo própria, onde ela guarda as informações de foro íntimo - o exemplo do diário é ilustrativo -, enquanto privacidade é a relação da pessoa com outras, em âmbito próprio (família, amigos, colegas de trabalho). Por refletir informações de foro íntimo, isto é, aquelas que dão consistência à personalidade da pessoa, a intimidade está mais resguardada: devassar essas informações pode gerar a quebra da integridade moral do sujeito. Por isso, a ninguém é dado exigir da pessoa que transmita a informação, e caso essa transmissão ocorra, o receptor deve ter extrema lealdade.

⁵⁹Para uma análise mais detida, recomenda-se a obra de FERRAZ JR. (2004).

os argumentos levantados pelo primeiro Ministro, pois o segundo manifestou ser esta a sua opinião⁶⁰, mas não apresentou argumentos para tal.

De maneira geral, este posicionamento parte de uma interpretação literal da Constituição: não há dispositivo na Constituição, logo, não existe um direito ao sigilo bancário. Para o Min. Francisco Rezek, o inciso X da Constituição fala em uma intimidade na qual não se poderia incluir a mera “contabilidade”, mesmo a das pessoas naturais, e por melhor razão a das empresas. Ou seja, entende ele que as operações ativas e passivas das contas das pessoas não poderiam se incluir no conceito de intimidade⁶¹.

Todavia, logo em seguida, o mesmo Ministro parece entrar em contradição com o anteriormente dito, ao transcrever parte do parecer do Vice-Procurador Geral da República. A despeito de o Vice-Procurador consignar serem excepcionais⁶² os casos em que o sigilo bancário reflete aspectos da privacidade e da intimidade das pessoas e de uma maneira geral, confirmar a visão de Rezek, os exemplos dados reconhecem⁶³, *independentemente de serem exceções*, que as operações bancárias podem ter relação com a privacidade de alguém.

Mas, a visão apresentada pelo Min. Francisco Rezek merece maiores reflexões. Ao classificar as operações referentes à privacidade como exceções, ele não dá parâmetros para que o direito à privacidade e à intimidade incida em relação a dados bancários ditos de caráter “privado” e não incida sobre os que não sejam deste tipo. Em outras palavras, o Ministro se olvida da

⁶⁰Cf. o trecho (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 169): “O sigilo bancário só existe no Direito brasileiro por força da lei ordinária. Não entendo que se cuide de garantia com status constitucional. Não se trata da intimidade protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal”.

⁶¹Esse argumento, a meu ver, já foi refutado. No item anterior desta monografia apresentei exemplos de como o sigilo bancário pode se referir ao direito à privacidade e à intimidade de uma pessoa. Tais exemplos são demonstrações peremptórias de como o sigilo bancário podem refletir a privacidade e a intimidade de uma pessoa.

⁶²Após apresentar os exemplos, o Vice-Procurador Geral da República disse que se tratam de exceções (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 119): “Isso, contudo, é exceção, porque, em regra, as operações e serviços bancários não podem ser referidos à privacidade, no sentido em que é protegido no inc. X do art. 5º da CF/88”.

⁶³O trecho do parecer em que são destacados os exemplos já foi utilizado no item 3.2.1.1 deste trabalho.

dificuldade *pragmática* que isso poderia ter, isto é, se haveria alguma forma de o direito proteger uma parte das movimentações e não proteger a outra.

Isso nos leva a outro problema: como dissociar *a priori* o que na movimentação bancária é expressão da privacidade e o que não é? Seria necessário que o cliente do banco especificasse se o seu gasto diz respeito ou não à intimidade sempre que fizesse uma movimentação?

Assim, a contraposição entre *intimidade* e *contabilidade* feita pelo Min. Francisco Rezek, além de não apresentar, em minha opinião, uma boa justificativa para considerar esse direito infraconstitucional, também criaria uma série de dificuldades quanto à sua aplicação.

Parece em verdade não ser essa contraposição entre intimidade e contabilidade a razão principal que o leva a defender o caráter infraconstitucional para o sigilo bancário, mas sim, a meu ver, o receio de que uma eventual aceitação do *status constitucional* do sigilo bancário pudesse inviabilizar o acesso às informações bancárias por parte de algumas autoridades⁶⁴, como o Ministério Público e o Fisco, cuja competência para afastar o sigilo é duvidosa⁶⁵.

Com efeito, se considerarmos que o sigilo bancário é criação da lei infraconstitucional, qualquer lei posterior, pela máxima *lex posterior revogat lex priori*, poderia criar exceções ao sigilo bancário, ou restringi-lo⁶⁶. Dessa maneira, caso o legislador entendesse que o Ministério Público, o Fisco ou qualquer ente estatal deveria ter o poder de quebrar o sigilo bancário, bastaria a promulgação de uma lei que os autorizasse.

⁶⁴Cf. trecho do Min. Francisco Rezek (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 121): "*Numa reflexão extra-legal, observo que a vida financeira das empresas e das pessoas naturais não teria o porquê de enclausurar-se ao conhecimento da autoridade legítima – não a justiça tão-só, mas também o parlamento, o Ministério Público, a administração executiva, já que esta última reclama, pela voz da autoridade fiscal, o inteiro conhecimento do patrimônio, dos rendimentos, dos créditos e débitos até mesmo do mais discreto dos contribuintes assalariados*".

⁶⁵V. itens 3.3.3.2 e 3.3.3.5 desta monografia.

⁶⁶Nesse sentido, as diversas leis tendentes a aumentar o poder da Administração Fazendária, já destacadas no item 1.4 deste trabalho e a LC 105/01.

O Min. Francisco Rezek apresenta ainda outro argumento importante, o qual merece análise. Segundo ele, haveria de se perguntar por que não quis o constituinte, seguido pelo legislador, dar ao cadastro bancário proteção igual à das comunicações telefônicas, só devassáveis mediante endosso judiciário à autoridade executiva investigante. Vê-se, pois, que ele utiliza um argumento assentado na interpretação subjetiva⁶⁷ (ou seja, aquela que busca compreender a vontade do legislador) para buscar justificativas.

A conclusão do Ministro retoma a diferença apontada por ele entre intimidade e contabilidade. Ao comparar o sigilo bancário com a comunicação telefônica, argumenta ele que apenas esta última cobre aquela *estrita privacidade pessoal* do inciso X.

De fato, existem diferenças entre o sigilo bancário e o sigilo telefônico. Porém, entendo que tal justificativa é absolutamente inconsistente. Em primeiro lugar, é difícil conceituar o que seria a *estrita privacidade* e o Ministro não apresentou seu entendimento sobre isso. Em segundo lugar, conforme já demonstramos nos itens anteriores, sigilo bancário não pode ser considerado um mero sigilo de números na conta de alguém, como se gastos não pudessem refletir informações da “*estrita privacidade*”.

O único argumento apresentado pelo Min. Francisco Rezek para defender seu posicionamento de que apenas o sigilo telefônico mereceu *status constitucional* foi afirmar que a escuta telefônica, se autorizada à máquina policial sem decisão judicial, levaria inevitavelmente a abusos, os quais dificilmente poderiam ser punidos. Nesse sentido, o aval do juiz seria a garantia de que a quebra da privacidade seria sempre indispensável para a persecução penal, além de ficar registrada nos autos, sob a responsabilidade conjugada de quem a pediu e de quem a autorizou.

Novamente, em que pese o esforço argumentativo do Ministro, as razões apresentadas para se concluir que apenas o sigilo telefônico teria *status*

⁶⁷Cf. ENGISCH (2008: 165).

constitucional são novamente frágeis. Tanto a exposição a abusos, como o controle a respeito de sua indispensabilidade para a persecução penal, são *igualmente válidos* para a quebra do sigilo bancário. É inegável que a quebra do sigilo telefônico expõe com maior visibilidade a privacidade e a intimidade das pessoas do que a quebra do sigilo bancário. Mas, concluir pela infraconstitucionalidade do sigilo bancário apenas por não refletir no *mesmo grau* tal direito das pessoas, parece-me ser uma conclusão inconsistente.

Destarte, após análise da argumentação apresentada pelo Min. Francisco Rezek, as razões apresentadas por ele para justificar a exclusão do sigilo bancário do âmbito de incidência do direito à privacidade e à intimidade e, conseqüentemente, tratar o sigilo bancário como previsão da legislação infraconstitucional, são, a meu ver, insuficientes e frágeis.

3.2.1.3. Conclusão parcial: da constitucionalidade do sigilo bancário.

Da análise dos acórdãos, é possível concluir que o STF entende ter o sigilo bancário *status constitucional*. Esse entendimento é o mais consolidado na jurisprudência histórica do Tribunal e aparenta ser unânime na atual composição, embora ainda careça de uma base sólida no tocante à justificação, sobretudo na relação entre o sigilo bancário e os conceitos de privacidade e intimidade.

No tocante à defesa da *infraconstitucionalidade* para o sigilo bancário, foi um posicionamento defendido por apenas dois Ministros, os quais, inclusive, já não compõem mais a Corte. Além disso, pela análise exaustiva dos argumentos levantados, foi demonstrado serem argumentos frágeis e insuficientes para sustentar o entendimento.

Em face disso, a conclusão deste item é no sentido de que a constitucionalidade do sigilo bancário é não só a posição mais *coerente*, como também a mais *consolidada*.

3.2.2. Caso tenha, qual é (são) o(s) dispositivo(s) que o estabelece(m)?

Da conclusão do item anterior, resta saber agora qual é, de acordo com o Tribunal, o dispositivo da Constituição Federal de 1988 que estabelece de maneira implícita o sigilo bancário.

Se a sua proteção constitucional advém do direito à privacidade e à intimidade, o *status constitucional* também deve ter origem nos dispositivos desse direito fundamental. A Carta Magna o consagra nos incisos X, XI, XII e/ou XIV do art. 5º. Na verdade, de antemão, pode-se excluir o inciso XI, já que este trata da "inviolabilidade da casa como asilo da pessoa física", não tendo, portanto, relação com o sigilo bancário. Assim, três hipóteses são levantadas: incisos X, XII e XIV.

A partir da análise dos acórdãos, foi possível observar que todos os Ministros fazem alusão ao inciso X, embora nem todos entendam que *somente* ele protege o sigilo bancário. Dois Ministros fazem referência ao inciso XII, de modo conjunto ao X e apenas o Min. Ilmar Galvão foi expresso em fazer referência ao inciso XIV⁶⁸.

⁶⁸Preconiza o inciso XIV do art. 5º: "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional". Os demais Ministros não explicam porque desconsideram esse dispositivo. Uma hipótese é a de que o sigilo a que o banco está adstrito não pode ser comparado ao de outros profissionais, como o médico, o psicólogo e o advogado. Estes últimos estão obrigados a guardar sigilo, visando à preservação da saúde (física e mental) ou à consciência do indivíduo. Haveria nestes casos forte relação entre o sigilo da informação e o princípio da dignidade da pessoa humana. Não há como comparar com os bancos, pois quem recorre a eles busca o lucro ou ao menos alguma vantagem (juros baixos, investimentos, custódia de dinheiro).

A discussão a respeito de qual seria o dispositivo que estabelece o sigilo bancário ocorreu especialmente em três acórdãos: no “caso do Ministério Público”, no “caso do crime de Contrabando” e no “caso do Mensalão”. Nesses acórdãos, a grande questão debatida pelos Ministros foi a interpretação do inciso XII.

Particularmente importante em torno do inciso XII é a discussão acerca da inviolabilidade do *sigilo de dados*, expressão que não existia nas constituições anteriores. Segundo a interpretação dos Ministros do STF, os “dados” se referem a dados informáticos⁶⁹, isto é, aquelas informações que compõem a memória de um computador. A intenção da Constituição de 1988 teria sido, então, a de expandir a proteção da privacidade para uma nova modalidade tecnológica de comunicação utilizada pelas pessoas.

A partir disso, devemos nos perguntar: qual é a relação entre *dados* (informáticos, segundo a interpretação do STF) e o *sigilo bancário*? Na realidade, há estrita relação entre eles, especialmente no mundo contemporâneo, pois com a evolução tecnológica as informações bancárias das pessoas deixaram de ser registradas em papel e passaram a ser armazenadas em dados de computador. Em face disso, dois Ministros do STF – o Min. Marco Aurélio e o Min. Celso de Mello⁷⁰ – defendem que a expressão “sigilo de dados” protege qualquer tipo de informação armazenada em dados informáticos e, por consequência, também protege as *informações bancárias*. Assim, para esses dois Ministros, o sigilo bancário teria amparo tanto no inciso X, como no XII.

⁶⁹Se os “dados” do inciso XII realmente fizerem referência a dados informáticos, justificável a sua ausência nas constituições anteriores, já que a Informática é uma inovação tecnológica recente (década de 80 e 90).

⁷⁰O Min. Celso de Mello usa a doutrina de Arnaldo Wald, para afirmar que as constituições brasileiras jamais haviam feito a referência ao sigilo das informações bancárias, como o fizeram as cartas dos EUA e da Argentina por meio da expressão “sigilo em relação aos papéis”, na qual o sigilo bancário poderia ser subsumido. Com o desenvolvimento tecnológico, os “papéis” se transformaram em “dados”, geralmente armazenados em computadores. A nossa Carta, assim, ao prever o sigilo aos “dados”, tornou “(...) evidente que a proteção ao sigilo bancário adquiriu nível constitucional, impondo-se ao legislador, o que, no passado, podia ser menos evidente” (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 72).

Posta a questão desta maneira, ela parece simples. Todavia, a interpretação do inciso XII envolve controvérsia. Há divergência, sobretudo, quanto ao objeto tutelado pela expressão “sigilo de dados”: se são invioláveis *os dados* (considerados em si mesmos) – se pensarmos na expressão de maneira isolada - ou se são as *comunicações de dados* – considerando, agora, a interpretação de todo o artigo. Portanto, é indispensável uma análise mais detida do dispositivo. É o que faremos a seguir.

Em primeiro lugar, é necessário fazer uma leitura atenciosa da norma e dar atenção a dois elementos gramaticais: à vírgula e às conjunções aditivas “e”. Ambos estão destacados em negrito. A redação do dispositivo é a seguinte:

“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”.

Veja que a dúvida acerca do que é de fato protegido pela expressão “sigilo de dados” provém da maneira como este dispositivo está escrito. No tocante à telegrafia e telefonia, o dispositivo é claro em afirmar serem as *comunicações* invioláveis, enquanto silencia no tocante aos dados.

Uma reação a essa idéia poderia ser: “Não era necessária a utilização da palavra *comunicações* antes da expressão *de dados*, porque ela está subentendida na frase, já que o legislador havia mencionado anteriormente ser esse o objeto quando falou nas *comunicações telegráficas*”⁷¹. Todavia, se fosse desta maneira, por que teria o legislador dito *comunicações telefônicas* e não apenas *telefônicas*⁷²?

⁷¹Trata-se de uma figura de linguagem do nosso idioma denominada “zeugma”, que é a supressão de uma palavra já mencionada anteriormente e que está subentendida. Ela consiste na omissão de um termo facilmente identificável pelo contexto ou por elementos gramaticais presentes na frase com a intenção de tornar o texto mais conciso e elegante. É o caso, por exemplo, da seguinte frase: “João estava atrasado. Preferiu não entrar” (Ele, João, preferiu não entrar).

⁷²Ou seja, o dispositivo deveria estar assim redigido: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial,

O fato de a norma ter silenciado quanto ao objeto tutelado pela expressão *sigilo de dados* levou os Ministros do STF a grande divergência interpretativa. A posição da maioria deles é a de que se tutelam as *comunicações de dados*. Segundo eles, a vírgula no texto da norma acaba dividindo o dispositivo em dois blocos: um primeiro bloco formado pelo “sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas” e um segundo bloco formado pelo “de dados e das comunicações telefônicas”. Nas palavras do Min. Cezar Peluso:

“É interessante observar a redação do dispositivo, porque há realmente duas cláusulas no texto. A correspondência como tal e a comunicação telegráfica são tratadas em conjunto. A comunicação de dados, como fenômeno típico do mundo moderno e que é a rede mundial de computadores, é, ao lado da comunicação telefônica, processo muito rápido de transmissão e está na segunda cláusula” (STF: RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006, p. 1309)

A figura a seguir nos ajuda a visualizar a tese defendida:

Introdução da norma	É inviolável
Bloco 1	<u>o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas</u>
Vírgula	,
Bloco 2	<u>de dados e das comunicações telefônicas</u> , 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.

nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Ao que parece, o Min. Cezar Peluso entende que haveria duas modalidades de comunicação e, por isso, o artigo as dividiu em duas. Ao explicar a tese, preconizou o Ministro:

“Então, houve, ao que parecer, preocupação de tratar em conjunto duas grandes classes ou duas grandes modalidades de comunicação, mas compreendendo todas. Sem dúvida, o inviolável, nos termos da Constituição, não são quaisquer elementos da informação ou de informática, mas os processos de comunicação em si. O objeto tutelado, portanto, é o processo de comunicação, enquanto restrito aos comunicantes, independentemente do conteúdo da comunicação, porque se trata, na verdade, de resguardar a privacidade dos interlocutores em ato típico de intersubjetividade” (STF: RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006, p. 1309).

Nas três ações em que o tema foi debatido, diversos Ministros recorreram a obras doutrinárias para embasar seus votos, em especial à obra *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, do jurista Tercio Sampaio Ferraz Junior. Um trecho é bastante utilizado nos acórdãos e, por isso, reproduzo neste trabalho:

“A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação. Doutro modo, se alguém, não por razões profissionais, ficasse sabendo legitimamente de dados incriminadores relativos a uma pessoa, ficaria impedido de cumprir o seu dever de denunciá-lo” (STF: RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006, p. 1225).

Destarte, no entendimento da maioria dos Ministros do STF e da doutrina mais qualificada, o que fere o direito à privacidade e à intimidade é entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro.

À primeira vista, não é fácil perceber as conseqüências de se adotar uma ou outra interpretação para o sigilo bancário. Porém, uma análise mais detida verificará que os efeitos serão enormes: caso se considere a interpretação de que são invioláveis os dados em si (e isto incluiria os dados bancários), qualquer dado armazenado em um computador, por exemplo, seria inviolável.

Nos debates, os Ministros percebem isso. O Min. Sepúlveda Pertence e o Min. Cezar Peluso demonstram que essa interpretação pode causar conseqüências drásticas: bastaria o registro de uma informação em meio eletrônico, por exemplo, para torná-la inviolável, até mesmo em relação à persecução penal, já que o artigo não o excetua como o faz com as comunicações telefônicas. O Min. Cezar Peluso é enfático em defender seu ponto de vista:

“Tiro uma prova pelo absurdo: se estivéssemos pensando em sigilo de registros, isto é, entendida a palavra “dados”, não como objeto de comunicação eletrônica em processo, mas como objeto de mero registro, esta norma constitucional, além de absurda, tornaria inviável o exercício de todo um complexo de atividades estatais. Por que? Porque teríamos a seguinte contradição: se esses dados, tomados como registros, não são invioláveis em outros meios de registro, como poderiam ser invioláveis pelo simples fato de estarem armazenados num computador?” (STF: RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006, p. 1309-1310).

A interpretação de que o sigilo se refere às comunicações⁷³, a despeito de ter sido defendida pela maioria no “caso do crime de Contrabando”, voltaria a ser discutida, demonstrando ser uma questão que envolve controvérsia. Poucos meses depois, ela voltou a ser tema de debate no “caso do Mensalão”. Neste caso, como foram os outros dois, o posicionamento mais defendido pelos

⁷³O Min. Cezar Peluso é enfático ao defender essa interpretação (STF: RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006, p. 1308-1310): “*Tal norma (...) refere-se (...) à integridade do processo de comunicação ou de relacionamento intersubjetivo, como expressão da privacidade, enquanto tende a preservar esse fato intersubjetivo aos interlocutores, vedando a intrusão e, portanto, o acesso de terceiro não autorizado, ou noutras palavras, a interceptação da comunicação*”.

Ministros foi o de ser inviolável a *comunicação de dados*. Apenas o Min. Marco Aurélio, que iniciou o debate, manteve seu posicionamento de proteção aos dados.

De certa forma, após o “caso do Mensalão”, a questão parece estar pacificada na jurisprudência do STF. Com exceção do Min. Marco Aurélio, todos os Ministros entendem que o objeto do inciso XII do art. 5º da Constituição é a *comunicação de dados*. Se não se manifestaram nesse sentido, ao menos não foram contra esse entendimento.

Do exposto, a conclusão deste item é que para o STF, o sigilo bancário tem amparo tanto no inciso X, quanto no inciso XII do art. 5º. A diferença entre eles seria o objeto que tutelam: no primeiro caso, tutela-se o sigilo bancário de forma *genérica*, como reflexo do direito à privacidade e à intimidade. No segundo caso, tutela-se de maneira *específica* a *comunicação dos dados bancários*.

3.3. Em que ocasião (ocasiões) o STF entende que está autorizado o afastamento do sigilo bancário?

O tratamento sigiloso às informações bancárias dos indivíduos deve ser a regra em um Estado Democrático de Direito, por resguardar valores como a privacidade e a intimidade das pessoas. Mas, existem situações excepcionais que justificam o afastamento do sigilo bancário e o objetivo deste tópico será o de entender em quais circunstâncias ele poderá ocorrer.

Da análise dos acórdãos foi possível extrair, em primeiro lugar, que a imensa maioria⁷⁴ dos Ministros do STF entende ser o sigilo bancário um direito *relativo*⁷⁵, isto é, que pode ser relativizado (afastado) em determinadas

⁷⁴Digo “imensa maioria” ao invés de “unânime”, porque apesar de parecer ser uma idéia em comum de todos os Ministros, alguns Ministros não são expressos nesse sentido.

⁷⁵A título de exemplo, citam-se trechos em que os ministros foram expressos a essa idéia: trecho do Min. Celso de Mello (STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 26):

situações concretas. Há até certa preocupação de alguns Ministros em dizer que essa é a regra em direito comparado⁷⁶.

Em segundo lugar, quanto ao fundamento da relativização, a maioria dos Ministros apontou ser conseqüência de uma colisão de direitos, na qual outro valor ou interesse preponderante esteja envolvido. A esse respeito, o Min. Maurício Corrêa se manifestou da seguinte maneira:

“Quando dois direitos unidos em leis da mesma hierarquia entram em conflito, a prevalência de um sobre o outro é decidida segundo uma escala axiológica; mas este padrão de valores não é fornecido pela Constituição, cabendo ao intérprete da lei, orientado pelas regras de hermenêutica e de exegese e levando em conta o estágio sócio-cultural contemporâneo aos fatos, dizer sobre esta prevalência” (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 95)⁷⁷.

A Min. Ellen Gracie demonstra entendimento semelhante, ao comentar a inviolabilidade da vida privada e o sigilo de dados:

“possui caráter meramente relativo (...) cede, por isso mesmo, às exigências impostas pela preponderância axiológica e jurídico-social do interesse público”; do Min. Carlos Velloso (STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 16): *“Não é ele um direito absoluto, devendo ceder, é certo, diante do interesse público, do interesse da justiça, do interesse social, conforme, aliás, tem decidido esta Corte”*; do Min. Maurício Corrêa (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 98): *“(...) o direito ao sigilo bancário é um direito individual, mas não absoluto, porque cede diante do interesse público”*; da Min. Ellen Gracie (STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 63): *“(...) vivemos em uma sociedade complexa, em que é preciso ponderar inúmeros princípios (...). São circunstâncias da vida em que o bem coletivo, a segurança de todos, a prevenção e a repressão das infrações prevalecem sobre a conveniência individual, guardados critérios de necessidade, moderação e respeito”*; do Min. Ricardo Lewandowski (STF: RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006, p. 1294): *“(...) nenhum direito fundamental é absoluto; ele cede diante do interesse maior da coletividade, sobretudo à luz de um caso concreto. A cláusula constitucional abrigada no art. 5º, inc. X, não confere imunidade absoluta ao sigilo bancário (...)”*.

⁷⁶É o caso, por exemplo, de passagem do voto do Min. Carlos Velloso (STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 23): *“(...) quero deixar claro que não tenho o direito ao sigilo bancário em termos absolutos. Aliás, esta é a regra, em direito comparado. Assim o é na Itália, na legislação da Suíça, na jurisprudência e na doutrina alemã. Quer dizer, o segredo bancário deve ser entendido em termos relativos”*. O Ministro equiparou o modelo brasileiro ao modelo suíço, mas isso é perigoso, pois há grandes diferenças entre eles. Este, também chamado de “sigilo bancário reforçado”, obriga o banco, além das obrigações comuns de sigilo, a manter também como secretos os nomes dos correntistas e as cifras por eles mantidas. É um tratamento quase absolutório ao sigilo das informações bancárias. Em razão das críticas que este país vinha sofrendo nos últimos tempos, por prejudicar os esforços internacionais contra a criminalidade, o Estado suíço passou a rever seu modelo, adotando uma postura de cooperação internacional no âmbito penal.

“São garantias fundamentais (...). Mas, por certo, não têm caráter absoluto, como nenhum direito ou princípio tem. Preservam contra a ingerência ou a exposição indevidas. Têm um caráter *prima facie*, que deve ser contrastado, nos casos concretos, com eventuais fatores invocados como justificadores do acesso ao que, a princípio, seria privado ou sigiloso” (STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 62-63).

A ocorrência de colisões em situações concretas também é destacada pelo Min. Celso de Mello:

“Impõe-se observar que a ampliação da esfera de incidência das franquias individuais e coletivas, *de um lado*, e a intensificação da proteção jurídica dispensada às liberdades fundamentais, *de outro*, tornaram inevitável a ocorrência de situações caracterizadoras de *colisão de direitos* assegurados pelo ordenamento constitucional. Com a evolução do sistema de tutela constitucional das liberdades públicas, dilataram-se os *espaços de conflito* em cujo âmbito antagonizam-se, em função de situações *concretas* emergentes, posições jurídicas revestidas de *igual* carga de positividade normativa” (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995. p. 104-105).

Embora de difícil apreensão, a razão apontada pelo Ministro para a ocorrência de colisões é o caráter expansivo das normas de direitos fundamentais, o que leva, invariavelmente, a antagonismos entre elas nas diferentes situações. Em face disso, é importante que o intérprete esteja preparado para sopesar (ou ponderar) essas normas.

Como pode ser visto, quando os Ministros do STF defendem a relatividade do sigilo bancário, a justificativa mais recorrente é a de que, em determinadas circunstâncias concretas, pode ocorrer a colisão do direito à privacidade e à intimidade – que protege o sigilo bancário – com outro direito. Se este outro direito estiver informado por um valor ou interesse superior, o sigilo bancário pode ser afastado. Essa justificativa é denominada pela jurisprudência do STF e por diversas obras doutrinárias como *sopesamento* (ou *ponderação*).

Todavia, a possibilidade de ocorrência de colisão de direitos e a aplicação do sopesamento são conclusões a que chegam alguns Ministros do STF sem que, novamente, eles sejam expressos quanto às *premissas* adotadas. Isso torna a decisão carente de *coerência e transparência*⁷⁸.

A despeito dessa omissão por parte dos Ministros, a melhor interpretação das conclusões acima expostas, a meu ver, é a de que os direitos fundamentais – no caso em tela, o direito à privacidade e à intimidade – devem ser entendidos como normas que tenham estrutura de *princípios*. Afirmo ser a melhor interpretação, pois a idéia de colisão e de sopesamento só faz sentido se a estrutura das normas dos direitos fundamentais for de princípios, não de regras. Se fosse conflito de regras, a solução não seria ponderar, mas sim aplicar as regras de hierarquia, especialidade e temporalidade.

Neste passo, é necessário explicar a diferença entre *regras* e *princípios* para que a afirmação feita no parágrafo anterior faça sentido. Os Ministros do STF parecem seguir a linha doutrinária do jurista alemão Robert Alexy, cujas idéias foram difundidas aqui no Brasil pelo também jurista Virgílio Afonso da Silva.

Segundo ALEXY (2006), as normas jurídicas podem ser regras ou princípios, dependendo da estrutura dos direitos que elas garantem. A regra garante um direito definitivo, enquanto o princípio não, ele garante um direito apenas *prima facie* (isto é, à primeira vista).

A razão para essa diferença é que os princípios são *mandamentos de otimização*, ou seja, “normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”, conforme SILVA (2010: 46). É justamente por esse motivo que os princípios

⁷⁸Normalmente, a exposição dos pressupostos é feita de forma isolada e por iniciativa de algum Ministro. Às vezes isso é importante, pois permite uma melhor apreensão do por que a decisão seguiu determinada orientação. Entretanto, às vezes pode ser extremamente perigoso por uma série de razões, dentre as quais a possibilidade de não ser o verdadeiro pensamento da Corte, mas sim o do próprio Ministro, o qual pode estar influenciado por uma determinada ideologia ou corrente doutrinária.

têm um caráter *expansivo*, como afirmou o Min. Celso de Mello anteriormente. Por exemplo, no caso do direito à privacidade e à intimidade, tratá-lo como princípio significa dizer que ele exige a proteção da privacidade e da intimidade ao máximo, alcançando, por exemplo, o sigilo bancário.

É importante perceber que, diversamente das regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos *graus*: aspira-se pela realização máxima, mas esse grau de realização apenas pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que é difícil de ocorrer na realidade⁷⁹. Destarte, a principal diferença entre as *regras* e os *princípios* é no tocante à realização: se a regra se aplicar ao caso concreto, ela deverá ser realizada totalmente. Já no caso dos princípios não necessariamente, pois há uma diferença entre o que é garantido à primeira vista e o que é garantido definitivamente.

A proteção feita pelo princípio (por exemplo, o direito à privacidade e à intimidade que, a meu ver, deve ser entendido como *princípio*), embora almeje ser máxima, não prevalecerá em todas as ocasiões, cedendo ao colidir com outro direito que seja preponderante do ponto de vista axiológico. O sigilo bancário é ilustrativo. Como já foi dito, ele está respaldado no direito à privacidade e à intimidade. Mas, por exemplo, é possível que o manto protetor do sigilo bancário encubra a prova material de algum crime. Neste caso, o sigilo bancário pode ser afastado ao se chocar com o interesse público na repressão dos delitos⁸⁰.

Entender os direitos fundamentais como normas com estrutura de princípio – no nosso caso, o direito à privacidade e à intimidade –, a meu ver, pode explicar a relação entre esse direito e o sigilo bancário. No item 3.2.1.1, afirmei que o STF foi omissivo em não apontar o *fundamento jurídico* dessa relação. De fato, o Tribunal não o apresentou explicitamente.

⁷⁹Se pensarmos apenas nas condições jurídicas (isto é, outras regras ou princípios que podem estar envolvidos em um determinado caso concreto), é difícil imaginar a realização total de um princípio sem que ele encontre obstáculos em outros princípios ou até mesmo outras regras.

⁸⁰Desde que satisfeitos determinados critérios (v. tópico 3.3.2).

Todavia, o fundamento pode ser extraído implicitamente de algumas conclusões dos Ministros. A razão é simples. Quando a Min. Ellen Gracie ou o Min. Celso de Mello, por exemplo, dizem que o “direito à privacidade e à intimidade protege *prima facie* o sigilo bancário” ou que há certa “ampliação da esfera de incidência das franquias individuais”, a meu ver, eles querem destacar que o direito à privacidade e à intimidade deve ser entendido como um *princípio*.

Caso esta última interpretação esteja correta, fica fácil entender a relação entre esse direito e o sigilo bancário: na tentativa de proteger a privacidade e a intimidade dos indivíduos na maior medida do possível, *inevitavelmente* o direito à privacidade e a intimidade abarcaria as informações bancárias das pessoas, já que estas revelam um aspecto importante da personalidade de cada um.

Compreender os direitos fundamentais como normas com estrutura de princípio, inclusive, justifica outra posição importante de alguns Ministros do STF: o de impossibilidade de direitos absolutos. Por serem normas que almejam serem realizadas na maior medida do possível, as colisões entre tais direitos serão inevitáveis nas diversas situações do cotidiano: em algumas circunstâncias prevalecerá um, em outras circunstâncias o outro, sem que isso modifique a sua validade no ordenamento jurídico⁸¹. Não haveria um direito capaz de prevalecer em todas as colisões. É o que defende o Min. Celso de Mello na seguinte passagem:

“Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das liberdades públicas, uma vez respeitados os termos estabelecidos pela própria

⁸¹Para tornar mais *cognoscível* o que foi dito, basta pensarmos que os direitos fundamentais (caso eles tenham estrutura de princípio) são como dois gases de composições diferentes colocados dentro do mesmo recipiente: eles tentarão expandir seu volume ao máximo, mas inevitavelmente entrarão em colisão entre si – ora cedendo espaço, ora ganhando. O volume final ocupado será a compatibilização deles dentro do recipiente.

Constituição” (STF: MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/199, p. 117)⁸².

A Min. Ellen Gracie apresenta entendimento semelhante, ao mencionar os incisos X e XII do art. 5º da Constituição:

“São garantias fundamentais aplicáveis não apenas às pessoas físicas, mas também às pessoas jurídicas no que diz respeito às suas atividades internas e às informações que lhes digam particularmente respeito. *Mas, por certo, não têm caráter absoluto, como nenhum direito ou princípio tem*” (STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 62 - grifamos).

Assim, todos os direitos fundamentais podem ser restringidos (ou relativizados), pois a proteção *prima facie* de um direito fundamental é máxima até ser ele restringido por outro direito colidente nos diversos casos concretos. Nesses casos, caberia ao juiz decidir qual deverá prevalecer, especialmente por meio da idéia de *sopesamento*. Somente após será possível dizer o que é protegido definitivamente naquele caso em específico.

Do exposto, a resposta para este item, assim, é a seguinte: o STF, pelo que é possível inferir da maioria de seus Ministros, entende ser possível o afastamento do sigilo quando este colidir com outro direito preponderante. Todavia, novas indagações surgem: em nome de que interesse pode o sigilo bancário ser excetuado? Quais são os critérios para tal afastamento? Quem pode decretar a quebra? Verificaremos nos itens seguintes se há na jurisprudência do STF respostas para essas questões, as quais envolvem duas facetas: denominei a primeira de *fundamento objetivo* para o afastamento, ou seja, em nome de que interesse o sigilo bancário pode ser excepcionado e quais são os critérios para tal; e a segunda de *fundamento subjetivo*, isto é, quais sujeitos podem excepcioná-lo.

⁸²No mesmo sentido, a Min. Ellen Gracie (STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010): “*Mas, por certo, não têm caráter absoluto, como nenhum direito ou princípio tem*”.

3.3.1. Em nome de que interesse o sigilo bancário pode ser excetuado?

A questão passa a ser a definição de qual interesse afasta o sigilo das informações bancárias. Na verdade, a definição *a priori* de qual interesse prepondera depende do caso concreto, mas os Ministros costumam apresentar o *interesse público* e o *interesse da justiça* como exemplos. É o que diz o Min. Carlos Velloso:

“Não é ele um direito absoluto, devendo ceder, é certo, diante do *interesse público, do interesse da justiça, do interesse social*, conforme, aliás, tem decidido esta Corte” (STF: PET 577-QO, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 16).

O primeiro exemplo representa a idéia de que há uma prevalência do interesse coletivo sobre o interesse particular, enquanto o segundo destaca, sobretudo, o interesse na repressão aos ilícitos⁸³.

Analisando criticamente, há um problema nos exemplos: estes conceitos são extremamente vagos. Em outras palavras, poderíamos nos questionar: o que é interesse público ou o que é o interesse da justiça? Ou, em última análise, o que é público? E justiça?

Não há uma resposta a esses questionamentos e um conceito *a priori* para cada um deles. São conceitos abertos e, sendo assim, dependem de interpretação. Um segundo problema que pode surgir em face do primeiro questionamento é o seguinte: sendo tais conceitos (de interesse público, de

⁸³Quando se fala em interesse da justiça, normalmente os Ministros fazem alusão à persecução criminal, já que a “quebra” de sigilo bancário é importante instrumento processual penal na obtenção de provas contra ilícitos. Todavia, dois ministros já afirmaram uma ampliação para outros ramos do Direito. Foi o Min. Maurício Corrêa (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 95): “(...) *sempre orientadas para a busca da verdade no interesse da justiça, seja em causas de natureza penal, administrativa ou civil*” e o Min. Gilmar Mendes (STF: RE 398.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 239): “*Eu entendo que a matéria está sujeita a exame, mas não exigir que sempre haja uma investigação criminal*” (em referência ao Judiciário).

interesse da justiça) abertos, quem poderia ou deveria defini-los? Seria o Poder Legislativo ou o Poder Judiciário (e, nesse caso, o STF)⁸⁴?

De qualquer forma, a despeito de se tratarem de conceitos abertos, quando o juiz, o legislador e/ou o intérprete estiverem sopesando os valores em jogo, eles deverão fundamentar o porquê de, naquela situação específica, preponderar o interesse público ou o da justiça em detrimento ao interesse privado na manutenção do sigilo às informações bancárias. Como é perceptível, há a imposição de um ônus argumentativo. Se este não for superado, excetuar o sigilo bancário, por exemplo, passa a ser uma restrição indevida.

3.3.2. Quais são os critérios definidos pelo STF para que a decretação da quebra seja lícita?

Esse segundo questionamento é *complementar* e *simultâneo* ao questionamento sobre que tipo de interesse pode excetuar o sigilo bancário, porque a existência de interesse público e da justiça por si só não autorizam a decretação da quebra. Outros elementos devem acompanhá-lo e nosso objetivo neste tópico é investigá-los.

O primeiro critério normalmente apontado pelos Ministros é a suspeita da existência de um ilícito e indícios de autoria⁸⁵. A decretação da quebra do sigilo bancário, medida excepcional no Estado Democrático de Direito, deve ser

⁸⁴Cf. ENGISCH (2008: 205), o Poder Legislativo seria o responsável por excelência para estabelecer os critérios em que entende estar presente o interesse público, via promulgação de normas jurídicas. Todavia, essas normas jurídicas poderiam não abarcar todas as situações possíveis e gerar problemas ao intérprete nos casos concretos. Essa é a eficácia da cláusula geral: deixar o conceito maleável para o operador do direito conseguir aplicá-la às diferentes circunstâncias. A função do STF seria a de estabelecer interpretações possíveis, que prevaleceriam perante as demais instâncias do Judiciário.

⁸⁵Alguns ministros fazem alusão ao direito norte-americano, utilizando o termo "causa provável".

balizada por juízos de probabilidade⁸⁶, típico de um processo penal pautado por um modelo acusatório. Esse critério foi definido em especial no “caso Magri”, na qual esse elemento estava baseado em uma notícia jornalística.

A decisão pelo indeferimento do pedido foi tomada de maneira quase unânime⁸⁷ pelo Plenário do STF, no sentido de que a mera notícia jornalística não é motivo suficiente para que haja autorização judicial para a quebra do sigilo bancário. Seria necessário que a autoridade policial tivesse indicado os elementos comprobatórios de suspeita de ilícito e os indícios de autoria. É o que o Min. Relator Carlos Velloso procurou deixar claro:

“Verifico que há um inquérito instaurado. Não há, entretanto, a mínima prova no sentido do indiciamento (...) não veio com o pedido da autoridade policial, um mínimo de prova no sentido da autoria ou da materialidade do delito. Aliás, não há notícia do delito que teria sido praticado. Esclareço que, no voto que proferi e que agora reafirmo, indeferi o pedido de quebra do sigilo” (STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 24).

Os demais Ministros seguiram esse entendimento⁸⁸. Procurando sanar a omissão da autoridade policial quanto a esse critério, o Min. Néri da Silveira propôs a conversão do julgamento em diligência:

“Todos os votos proferidos até aqui, em linha de princípio, entendem que é possível a autorização de quebra do sigilo bancário (...), porém, no caso, há deficiência de instrução. Seria, então, de converter o julgamento desta petição, em diligência, assinando-se prazo à Polícia Federal para que

⁸⁶O juízo de probabilidade é mais rigoroso do que a possibilidade. A certeza de culpabilidade ainda não foi formada. Por isso, esse critério busca ao menos diminuir a ocorrência de injustiças: requer-se dos juízes a comprovação de que os elementos legitimam a tomada dessa medida.

⁸⁷Apenas o Min. Marco Aurélio não seguiu. Ele votou no sentido de dar procedência ao pedido.

⁸⁸O Min. Celso de Mello (STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 27-28) afirmou o seguinte: “*Sem elementos fundados de suspeita e a existência concreta de indícios idôneos de autoria de prática delituosa, não há como autorizar a “disclosure” das informações bancárias reservadas*”; o Min. Sepúlveda Pertence (p. 31): “*(...) não posso conceder a violação do direito ao sigilo bancário, por mais relativo que ele seja, com base apenas no noticiário da imprensa*”. O Min. Paulo Brossard (p. 33): “*A autoridade policial não deve encaminhar ao MP inquérito senão com elementos razoavelmente sólidos e objetivos; não pode ficar em pura especulação*”. O Min. Célio Borja (p. 38): “*Verifico que, nos autos, está entranhada uma cópia de notícia de jornal. Confesso que, com esses elementos, não me sinto animado a autorizar a suspensão de uma garantia constitucional*”.

instrua o seu pedido convenientemente em ordem a que o Tribunal decida o mérito” (STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 42).

Apenas o Min. Marco Aurélio acolheu a proposta de conversão. Todos os demais Ministros mostraram-se contrários à idéia e fundamentaram a recusa com base no modelo acusatório adotado pela Constituição de 1988⁸⁹ e na importância de se deixar claro que esse critério da pré-existência de um ilícito e indícios de autoria é obrigatório⁹⁰.

O segundo critério, relacionado ao primeiro, é a fundamentação do pedido e a demonstração do por que a medida é indispensável. Ele foi fixado tendo em vista o processo criminal, quando a quebra é realizada pelo Poder Judiciário⁹¹, mas deve também ser observado em processos administrativos e procedimentos fiscais⁹².

Os dois critérios colocados pelos Ministros do STF, a meu ver, procuram atender aos postulados básicos do *devido processo legal*⁹³ e da *proporcionalidade* da quebra⁹⁴, de forma a resguardar ao máximo os direitos

⁸⁹Cf. o Min. Celso de Mello (STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 47): “A decisão a ser proferida por esta Corte deve revelar-se emblemática dos novos tempos: é preciso acentuar, de vez, que simples indiciados ou suspeitos de práticas delituosas não mais constituem meros objetos de investigação, mas erigem-se, como convém a uma Sociedade fundada no princípio da liberdade (...). O rigor desta Corte tem um claro sentido: o de indicar à autoridade policial o seu dever de incondicional e permanente submissão a certos postulados básicos inscritos na Lei e na Constituição da República”.

⁹⁰Segundo o Min. Carlos Velloso (STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 43): “(...) a decisão, nesses casos, tem feição didática, pedagógica: o Tribunal deixa claro que o pedido deve ser instruído com certas peças, com certas provas, que o processo tem certas regras que precisam ser observadas”.

⁹¹No caso do Judiciário: “art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, (...)”.

⁹²Cf. art. 6º da LC 105/01, “quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”.

⁹³As exceções ao sigilo bancário devem ser previstos de maneira prévia e abstrata pelo ordenamento jurídico. Como bem observou o Min. Carlos Velloso (STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 16): “O segredo há de ceder, entretanto, na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei”.

⁹⁴O juízo de medida proporcional pode ser encontrado, por exemplo, no afirmado pelo Min. Celso de Mello (STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 96): “(...) impõe-se o deferimento da quebra de sigilo bancário, sempre que essa medida se qualificar como providência essencial e indispensável à satisfação das finalidades inderrogáveis da investigação (e/ou da fiscalização) estatal, e desde que não exista nenhum meio menos gravoso para a consecução de tais objetivos”.

individuais, pois a culpa do acusado só é firmada ao final, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória⁹⁵.

Diante do exposto, se percebe que estes critérios acabam sendo uma garantia contra o poder repressor do Estado. Foram eles fixados no primeiro julgamento da Corte, após a promulgação da Constituição de 1988. Os Ministros entenderam que as circunstâncias históricas requeriam maior proteção aos direitos individuais por parte do STF. O Brasil havia acabado de sair de um período autoritário, de forte repressão, e os ministros sabiam da dimensão e do papel político exercido pelo Tribunal⁹⁶.

3.3.3. Quem está autorizado a decretar a quebra e ter acesso aos dados sigilosos?

O questionamento deste tópico se refere ao fundamento subjetivo do afastamento do sigilo bancário. Nos acórdãos analisados, esse era o grande pano de fundo das demandas levadas ao STF. Aqui analisaremos em que medida a jurisprudência do Tribunal tem flexibilizado a regra de quem pode decretar a quebra.

Da análise dos acórdãos, foi possível extrair o entendimento unânime de que o Poder Judiciário tem esse poder. Esse posicionamento foi fixado na primeira ação julgada após a promulgação da Constituição de 1988 – “caso

⁹⁵Como preconiza o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII): “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁹⁶Esse posicionamento da Corte nos novos tempos pode ser visto no voto do Min. Paulo Brossard sobre a prova ser baseada em mera notícia jornalística (STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 34): “Agora, estamos diante de um caso de notoriedade nacional, em que se questiona a lisura ou a incorreção de uma autoridade. (...) Pergunto-me se o Tribunal não está sendo por demais formalista, dizendo que não sabe para que o pedido, quando todo mundo sabe para quê; dizendo que não sabe por que, quando todo mundo sabe por quê; mas é a primeira vez que o Tribunal vai apreciar esta matéria; ad cautelam deve ser prudente neste assunto. (...) Parece-me prudente que haja certo cuidado em assunto dessa delicadeza, porque é da natureza humana, pelo menos aqui nos trópicos, começar-se pela condenação. Condena-se primeiro e depois se começa o processo; mais tarde, vem a clemência, o amolecimento, a indulgência; e, muitas vezes, a indulgência se transforma em conivência”.

Magri". Todavia, em torno dessa prerrogativa do Poder Judiciário, há um entendimento mais rígido, segundo o qual *apenas* ele poderia decretar o afastamento do sigilo bancário, ou quando muito, as CPIs (v. tópico 3.3.3.2).

Esse posicionamento rígido é defendido por alguns Ministros⁹⁷. Da composição atual do STF (v. nota de rodapé nº 49), mantêm esse entendimento os seguintes Ministros: o Min. Marco Aurélio⁹⁸, o Min. Celso de Mello⁹⁹, o Min. Ricardo Lewandowski¹⁰⁰, o Min. Gilmar Mendes¹⁰¹ e o Min. Cezar Peluso¹⁰².

O fundamento deste poder do Judiciário é o interesse público e o interesse da justiça. O Min. Ilmar Galvão ainda fundamenta a exceção no princípio do *devido processo legal*, embora deixe claro se tratar de uma justificativa complementar ao interesse público:

⁹⁷Dos Ministros que não estão na atual composição da Corte e defendem essa visão de maneira expressa, destacam-se o Min. Maurício Corrêa (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 97 e 98): "(...) *está calcada em dois princípios fundamentais: o primeiro diz que o direito ao sigilo bancário é um direito individual, mas não absoluto, porque cede diante do interesse público; o segundo princípio informa que a violação do sigilo bancário só é permitida no interesse da justiça e por determinação judicial*"; o Min. Ilmar Galvão (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 127): "*Trata-se de limite somente afastável pela via judicial, em devido processo legal, e diante de razões bastantes para justificarem a decisão do juiz*"; o Min. Carlos Velloso (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 136): "*Somente pode ser realizada, a quebra do sigilo, pela autoridade judiciária, dado que esta procederá sempre com cautela (...)*".

⁹⁸Cf. trecho (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 74): "(...) *somente sendo afastável, repita-se, via ato emanado, em processo próprio, de órgão investido do ofício judicante*";

⁹⁹Cf. trecho (STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 100): "*Apenas o Judiciário, ressalvada a competência das CPIs, pode eximir as instituições financeiras do dever que lhes incumbe em tema de sigilo bancário*";

¹⁰⁰Cf. seguinte trecho (STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 52): "*Eu tenho expressado a minha preocupação no sentido de que a cada semana, praticamente, vemos os mais diferentes órgãos desejando a quebra de sigilo de dados cobertos exatamente por essa proteção constitucional sem a intermediação do Poder Judiciário. Penso que é hora de fortalecermos o Poder Judiciário. O Judiciário, que tem 16 mil magistrados em todas as suas instâncias, está disponível, a qualquer momento, se as circunstâncias e o caso assim autorizarem, a determinar a quebra do sigilo*".

¹⁰¹Cf. seguinte trecho (STF: RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 239, p. 239): "*No que diz respeito ao acesso à conta com todas as suas conseqüências, não se trata de negar esse acesso, mas simplesmente de exigir 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*".

¹⁰²Cf. seguinte trecho (STF: Inq 2.250, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 02/11/2010, p. 56): "*Sua Excelência, conforme consta do voto, autorizou a quebra do sigilo, e não a mera transferência; a quebra mesmo do sigilo. Transferência é palavra que se usa quando o sigilo é quebrado, sem difusão universal do dado sigiloso. Quebra sempre há! De outro modo, toda transferência seria admissível sem intervenção judicial, o que não é admissível*".

“Cabe a providência ao Poder Judiciário, cuja decisão, além de fundamentada e respaldada pelo devido processo legal, deverá contemplar caso específico (...), *havendo, ainda*, de ser justificada por evidente interesse público, ameaçado não por um perigo duvidoso e remoto, mas por um perigo evidente e atual” (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 129).

Alguns Ministros também destacam a qualidade de independência e imparcialidade do Poder Judiciário, questão sempre colocada quando se discute novos legitimados a decretar a quebra, como é o caso do Ministério Público e da Autoridade Fazendária (v. tópicos infra). Esse caráter é nítido na fala do Min. Carlos Velloso:

“(...) esta quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente pode ser realizada pela autoridade judiciária, dado que esta procederá sempre com cautela, com prudência, com moderação, porque estas são virtudes inerentes à magistratura, ou virtudes que os magistrados devem possuir” (STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 136).

Na visão do STF, o Judiciário possui poder para decretar a quebra do sigilo bancário, mas esse poder não pode ultrapassar os limites impostos pelo modelo acusatório, concepção de processo penal adotado pela Constituição. Essa discussão ocorreu no julgamento do “caso da Lei das Organizações Criminosas”, na qual se questionava a L. 9.034/95, cujo art. 3º¹⁰³ determinava as diligências e os procedimentos a serem adotados pelos juízes contra as organizações criminosas.

O dispositivo permitia ao juiz colher pessoalmente as provas que poderiam servir como fundamento fático-jurídico de sua própria decisão. O magistrado poderia, inclusive, decretar a quebra de ofício, isto é, sem requerimento das partes. O STF entendeu, por maioria de seus Ministros, que

¹⁰³Art. 3º: Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça”. Por sua vez, o art. 2º prevê o seguinte: “Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais”.

a quebra jamais pode ser decretada de maneira a vulnerar o modelo acusatório, pois o juiz, deste modo, estaria a exercer duas funções: a de produção probatória (incumbida ao acusador) e a de julgar. Isso contaminaria a sua imparcialidade, pois no entender dos Ministros, ele ficaria envolvido psicologicamente com a causa, característica do modelo inquisitório. Foi exatamente esse argumento que levou à inconstitucionalidade desse artigo¹⁰⁴.

Do exposto, podemos concluir ser pacífico na Corte o entendimento de que o Poder Judiciário pode decretar a quebra do sigilo bancário. A permissão está estabelecida na lei – antes na L. 4.595/64 e atualmente na LC 105/01. Nos tópicos seguintes, analisaremos outros possíveis legitimados, cf. a jurisprudência do STF.

3.3.3.1. As Comissões Parlamentares de Inquérito têm esse poder?

Esse tema foi discutido pelo STF em diversos Mandados de Segurança (MS) impetrados perante a Corte contra a decretação de quebra do sigilo bancário de pessoas investigadas por CPIs. O Tribunal firmou precedente em duas ações: “caso da CPI do Sistema Financeiro” e no “caso da CPI do Futebol”.

Na primeira ação julgada pelo STF, a qual foi por mim denominada como “caso Magri”, os Ministros do STF foram tão enfáticos em dizer que apenas o Judiciário poderia autorizar a quebra do sigilo, o que acabou por gerar dúvidas quanto à autorização dada pela Constituição no art. 58, § 3º, na qual há equiparação dos poderes de investigação da autoridade judiciária e os da CPI e pela própria lei em vigor à época dos julgamentos desses mandados – L. 4.595/64.

¹⁰⁴Ressalte-se que houve divergência do Min. Carlos Velloso: segundo ele, o procedimento previsto nessa lei possibilitou maior chance de alcançar a verdade material com a participação do juiz.

No “caso da CPI do Sistema Financeiro”, um advogado impetrou o MS contra ato do Presidente da CPI que determinou a quebra dos seus sigilos bancário, fiscal e telefônico e busca e apreensão de provas em sua casa e escritório. A questão a ser enfrentada foi sintetizada pelo Min. Relator Celso de Mello, citando o Procurador-Geral da República, na seguinte indagação: “têm as CPIs poderes para determinar a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico, assim como ordenar buscas e apreensões domiciliares?”¹⁰⁵.

Segundo o entendimento do STF neste julgamento¹⁰⁶, a resposta é positiva quanto ao sigilo fiscal e ao sigilo bancário, mas é negativa em relação ao sigilo telefônico e às buscas e apreensões. O fundamento para isso é estritamente constitucional: os poderes da CPI, que são poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, são amplos, mas não são ilimitados. Esses poderes encontrariam limite no que os juristas chamam de “princípio constitucional da reserva de jurisdição”.

Assevera tal princípio que a Constituição Federal de 1988 atribuiu com exclusividade aos órgãos jurisdicionais o conhecimento e exame de determinadas matérias, principalmente aquelas relacionadas com os direitos e garantias fundamentais, subtraindo de outros órgãos estatais a sua apreciação. Na explicação do Min. Relator Celso de Mello:

“O postulado da reserva constitucional de jurisdição - consoante assinala a doutrina de J. J. Gomes Canotilho - importa em submeter à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de verdadeira discriminação material de competência jurisdicional fixada no texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se hajam eventualmente atribuído “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” (STF: MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999, p. 95).

Segundo o Min. Celso de Mello, o fundamento para a existência dessa “reserva” é o princípio da limitação de poderes (“freios e contrapesos”,

¹⁰⁵STF: MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999, p. 94.

¹⁰⁶A decisão foi unânime pelo deferimento do mandado de segurança.

importado do direito constitucional norte-americano), cuja função é impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, de modo a neutralizar a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos poderes da República sobre os demais órgãos desta.

“Destarte, torna-se essencial reconhecer, portanto, que os poderes das CPIs – precisamente porque não são absolutos – sofrem as restrições impostas pela Constituição e encontram limite nos direitos fundamentais do cidadão, que só podem ser afetados nas hipóteses e na forma que a Carta Política estabelecer. Esse paradigma de contenção (...) reflete um dos elementos essenciais que dão substância à noção mesma de Estado Democrático de Direito” (STF: MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999, p. 113).

E quais seriam as competências circunscritas à “reserva de jurisdição”? O STF citou três competências: decretar prisão¹⁰⁷ (salvo em flagrante, pois qualquer um do povo pode fazê-la), autorizar a busca domiciliar¹⁰⁸ e decretar a interceptação telefônica (art. 5º, inciso XII, já exaustivamente analisado).

Dessa maneira, entendeu o STF que as CPIs podem quebrar o sigilo fiscal e bancário. Do ponto de vista jurídico, o sigilo bancário e o fiscal não estão compreendidos no âmbito do princípio da reserva constitucional de jurisdição, uma vez que encontram suas fundamentações no direito à privacidade e à intimidade, inscrito no art. 5º, inciso X da CF, dispositivo este que não prevê expressamente a exclusividade de ordem judicial, como o fizeram os incisos XI, XII e LXI da CF.

Todavia, o STF impôs mais limitações a serem aplicadas às comissões. É exemplo a exigência imposta aos magistrados pelo art. 93, inciso IX da Constituição, isto é, o dever de fundamentarem todas as decisões, sob pena de nulidade, além da existência de indícios de autoria e de materialidade do ilícito

¹⁰⁷Art. 5º, inciso LXI: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

¹⁰⁸ Art. 5º, inciso XI: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

e a indispensabilidade da medida. Atendidos esses requisitos, pode a CPI decretar o afastamento do sigilo bancário, conforme anotou o Min. Celso de Mello:

“(...) as Comissões Parlamentares de Inquérito podem decretar, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário de pessoas por elas investigadas, desde que justifiquem, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável legitimadora da medida excepcional e indiquem a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados (...)” (STF: MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999, p. 116).

Destarte, a despeito do forte precedente criado no “caso Magri”, de que apenas o Poder Judiciário poderia decretar o afastamento do sigilo bancário, o STF confirmou a hipótese prevista na legislação então em vigor: as CPIs têm sim a prerrogativa de “quebra” do sigilo bancário.

Já no “caso da CPI do Futebol”, o precedente firmado foi quanto à justificação da quebra. Diversos foram os MS impetrados contra atos, tidos como abusivos, devido à falta de fundamento da medida, que a CPI tratava de apresentar apenas quando da impugnação judicial, já na fase tardia de prestação de informações.

Devido a isso, o STF fixou entendimento no sentido de que a justificativa da quebra feita apenas na fase tardia de prestação das informações não a legitima. A existência contemporânea da motivação constitui pressuposto essencial de legitimação do próprio ato decisório¹⁰⁹.

¹⁰⁹Cf. voto do Min. Celso de Mello (STF: MS 23.851, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/09/2001, p. 332): “Cabe registrar, ainda, que, nem mesmo a tentativa (inconsistente) de justificar o ato ora impugnado, já na fase tardia de prestação das informações, tem o condão de legitimá-lo, pois não se revela viável indicar, a posteriori, já no âmbito do processo de mandado de segurança, as razões que deveriam ter sido expostas por ocasião da deliberação tomada pela CPI, pois a existência contemporânea da motivação – e não a sua justificação tardia – constitui pressuposto de legitimação da própria resolução adotada pelo órgão de investigação legislativa, especialmente quando esse ato deliberativo implicar ruptura da cláusula de reserva pertinente a dados sigilosos”.

Ambos os casos foram decididos de maneira unânime pelos Ministros, inclusive, são entendimentos pacíficos na jurisprudência do STF: posteriormente, esses dois precedentes foram aplicados em trinta casos¹¹⁰.

3.4.3.2. O Ministério Público tem esse poder?

A discussão a respeito da possibilidade de o Ministério Público decretar o afastamento do sigilo dos dados bancário surgiu no “caso do Ministério Público”¹¹¹. O Banco do Brasil impetrou o MS argüindo como constrangimento um ofício do Procurador-Geral da República, o qual teria requisitado informações protegidas pelo sigilo bancário.

O Ministério Público argumentou que a própria Constituição Federal reconhecia essa prerrogativa a ele no art. 129, VI¹¹² (poder ampliado pela Lei Orgânica do MP – LC 75/93, além de corroborado pela Lei do Sistema Financeiro - L. 7.492 -, no seu art. 29¹¹³) e que as informações reclamadas eram indispensáveis à instrução de procedimento administrativo para investigar a destinação do dinheiro público envolvido nas tais operações bancárias. Aduziu, ainda que a prerrogativa é reconhecida às CPIs e estas, em última análise, remetem suas conclusões ao MP, ou seja, de qualquer maneira teria ele acesso a esses dados sigilosos.

Ao iniciar o julgamento, parecia que o STF iria repetir o entendimento do “caso Magri”. Isto porque os três primeiros Ministros (Marco Aurélio,

¹¹⁰ Neste sentido: MS 23.454, MS 23.619, MS 23.466, MS 23.480, MS 23.554, MS 23.553, MS 23716, MS 23.964, MS 23.868, MS 23.957, MS 23.960, MS 23.959, MS 23.953, MS 23.879, MS 23.974, MS 23.843, MS 23.835, MS 23.860, MS 23.882, MS 24.028, MS 24.217, MS 24.135, MS 24.029, PET-AgR 2.805, MS 23.875, ACO 730, MS 24.749, MS 24.817, MS 25.668, MS 25.510.

¹¹¹STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995.

¹¹²Art. 129: São funções institucionais do Ministério Público: VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”.

¹¹³Art. 29: O órgão do MP Federal, sempre que julgar necessário, poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência, relativa à prova dos crimes previstos nesta lei. Parágrafo único: O sigilo dos serviços e operações financeiras não pode ser invocado como óbice ao atendimento da requisição prevista no caput deste artigo”.

Maurício Corrêa e Celso de Mello) a votarem se posicionaram pelo deferimento do MS. O fundamento dos votos foi o entendimento segundo o qual apenas o Poder Judiciário teria essa prerrogativa, além da falta de imparcialidade do MP¹¹⁴.

A divergência se iniciou com o Min. Francisco Rezek. Para ele:

“(...) a Lei Complementar do Ministério Público (LC 75/93) não arranhou de modo algum a integridade do art. 5º da Constituição. Deu seqüência curial e necessária ao artigo 129, VI do texto maior e o fez, admita-se ainda, de modo exemplar” (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 122).

Percebe-se na argumentação do ministro uma grande reverência¹¹⁵ ao MP¹¹⁶.

Após o voto do Min. Francisco Rezek, completaram o grupo daqueles que negam esse poder ao MP o Min. Ilmar Galvão e o Min. Carlos Velloso. Este último destacou a parcialidade do órgão¹¹⁷ e, depois, apresentou outras razões pelas quais acredita que ele não deveria ter essa prerrogativa¹¹⁸, dentre as

¹¹⁴Cf. voto do Min. Maurício Corrêa (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 97): “A Constituição outorgou ao Ministério Público novos e amplos poderes para o desempenho de suas elevadas funções, mas não foi tão longe ao ponto de lhe dar competência para exercer jurisdição extraordinária, como fez com as CPIs. Para tanto, é importante considerar que a atividade típica do MP se desenvolve perante o Poder Judiciário, onde deve postular pelas providências que entender necessárias. (...) Ressalvo, contudo, que se ao MP não é dado quebrar o sigilo bancário, nem o fiscal, isto não quer dizer que, no interesse da justiça e para a consecução das suas atribuições institucionais, não possa formular tal requerimento perante o Órgão competente do Poder Judiciário para que este decida em cada caso (...)”.

¹¹⁵Um indicativo dessa grande reverência às funções do Ministério Público é o fato de o próprio Ministro ter construído sua carreira dentro deste órgão.

¹¹⁶Cf. seguinte trecho (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 122): “O Ministério Público não age na sombra: tem a melhor forma documental suas requisições desse gênero, a que, na linguagem da norma em exame, não se há de opor sob qualquer pretexto a exceção do sigilo. Para que assim não fosse, era preciso que a Carta mesma entronizasse tal sigilo. Ela decididamente não o faz no caso de operações bancárias, e custo a imaginar o Ministério Público requisitando informações sobre o domínio – este sim resguardado pelo texto maior – da estrita intimidade das pessoas ou das comunicações”.

¹¹⁷Cf. seguinte trecho (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 136): “As funções do MP, data vênia, por mais importantes que sejam, elas são, entretanto, sobretudo, de parte, de quem requer e não decide, a quem não compete a obrigação de ser imparcial. O advogado é sempre parcial, porque defende a parte. E o MP é advogado da sociedade, é órgão de acusação na ação penal. Portanto, ele é parte, e a parcialidade é inerente à parte”.

¹¹⁸Cf. seguinte trecho (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 137): “(...) permitir que representantes do Ministério Público – e estes são aos milhares, há um mundo de

quais, a de que os erros do MP não estariam passíveis de correção por outro órgão, como os erros dos juízes estão. Logo após, o Min. Mauricio Corrêa¹¹⁹ disse ser perigoso conceder essa prerrogativa ao MP, dado a existência de “ajustamentos políticos” entre promotores em diversos locais, especialmente no interior do país.

Até este passo, parecia que a Corte manteria seu precedente rígido de que tão somente o Poder Judiciário pode decretar a quebra, ou quando muito, uma CPI do Congresso Nacional. A votação se encontrava em cinco votos a um.

Todavia, a divergência iniciada pelo Min. Francisco Rezek ganhou força a partir voto do Min. Octávio Galloti, que fundamentou de maneira diferente seu voto, partindo de outra premissa:

“(…) verifica-se que as operações, que se pretende investigar, residem no empréstimo a empresas do setor sucroalcooleiro, bancados pelo Governo Federal, por intermédio do Banco do Brasil, ou seja, entrega subsidiada pelos cofres públicos” (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 145).

O Banco do Brasil não estaria atuando como banco comercial, mas sim como autoridade pública, isto é, desempenhando a função de agente delegado do Governo Federal¹²⁰. Por isso, não estava em causa, propriamente, a quebra

representantes do MP pelo Brasil afora – promover a quebra do sigilo bancário sem possibilidade de se recorrer a uma autoridade judicial sem um devido processo legal, não é conveniente e trata mal a Constituição. Outro dia, lendo declaração do eminente PGR, S. Exa. dizia que os procuradores são autônomos para agir de modo como desejarem na fiscalização da lei. Lembro-me de uma afirmativa (...) no sentido de que o erro do juiz comumente o Tribunal corrige. Mas o erro do MP, quem corrigiria?”.

¹¹⁹A visão é ratificada (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 138): “(...) há, sobretudo, no interior do Brasil, comprometimentos, facciosidades, parcialidades, entre promotores, e às vezes até com o envolvimento de juízes, todos sabemos disso, com determinados ajustamentos políticos. É por isso que tenho receio, se se deferir a segurança, dado que poderá passar a ser uma regra de interpretação genérica. Se fosse a outorga, para a quebra desse sigilo, a determinadas autoridades do MP, na sua base hierárquica, vá lá, mas isso será interpretado genericamente. Ai é que está o risco”.

¹²⁰Cf. este trecho (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 145): “Penso que essa é uma operação na qual o Banco do Brasil não age como banco comercial. Está, ele, nesse caso, desempenhando a função de agente delegado do Governo Federal, e, por isso, não se acha em causa, propriamente, a quebra de um sigilo”.

do sigilo bancário. Ao fazer referência ao sigilo bancário, o Min. Octávio Gallotti consignou:

“(...) deste se acha imune por sua natureza, a operação realizada com dinheiros públicos, cujo dispêndio, ao revés, está sujeito, pelo art. 37¹²¹ da CF, pelo menos ao princípio da publicidade” (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 145).

Em outros termos, as operações bancárias envolvidas no “caso do Ministério Público” contêm recursos públicos. Neste sentido, o princípio aplicável a esses recursos não é o princípio da inviolabilidade da vida privada, mas sim o da publicidade. Por isso, a faculdade de manter sigilo não se aplicaria no caso. O Banco do Brasil foi apenas o meio utilizado para o empréstimo de dinheiro público¹²².

Portanto, a solução apontada pelo Min. Octávio Gallotti não foi a de dar uma autorização genérica ao MP no que tange à quebra do sigilo bancário. Na verdade, não haveria quebra de sigilo, mas a revelação de algo que não só não estava sujeito ao sigilo, como para o qual se recomendava a publicidade. Com esse fundamento, ele votou pelo indeferimento do mandado de segurança.

Essa fundamentação mudou o julgamento, pois todos os Ministros que ainda não haviam votado neste MS passaram a votar neste sentido: Néri da Silveira, Sydney Sanches, Moreira Alves e Sepúlveda Pertence. A conclusão do Pleno do STF pelo indeferimento somou seis votos, a despeito de não haver fundamentação unívoca¹²³. Assim, embora tenha havido a decisão de que o Ministério Público poderia requisitar esses dados sob sigilo, no caso específico

¹²¹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (incisos)”.

¹²²Cf. seguinte trecho (STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 144): “Quando se trata de sociedade de economia mista, a Constituição estabeleceu, no art. 173, uma equiparação, em regime jurídico, às pessoas jurídicas de direito privado, mas essa equiparação comportou sempre um temperamento, quando se cuida do controle das operações financeiras dessas entidades, que estão sujeitas, até mesmo, ao controle do Tribunal de Contas da União”.

¹²³Já que o Min. Francisco Rezek, embora tenha concluído pelo indeferimento, não fundamentou sua decisão pelo fato de se estar diante de recursos públicos, mas sim pelo motivo de sigilo bancário não estar protegido pela garantia do art. 5º, inciso X da CF (pelo menos não houve aditamento de voto na ação por parte deste).

de estar envolvido dinheiro público, é difícil dizer que essa decisão criou precedente sobre a questão relativa à possibilidade de o MP decretar a quebra de sigilo bancário ¹²⁴.

De qualquer forma, não houve uma decisão sobre a possibilidade de o Ministério Público decretar a quebra do sigilo bancário em termos gerais, pelo menos não nos acórdãos analisados. A tese aparentemente fixada¹²⁵ pelo STF é o de que envolvido dinheiro público, não se aplica a regra do sigilo bancário, mas sim o princípio da publicidade. Não houve decisões posteriores sobre a questão.

3.3.3.3. O Tribunal de Contas da União tem esse poder?

A discussão sobre se o Tribunal de Contas da União poderia decretar o afastamento do sigilo dos dados bancários de alguém apareceu no MS 22.801¹²⁶, impetrado pelo Banco Central.

O TCU havia determinado ao banco a adoção das providências necessárias para disponibilizar o acesso às transações do Sistema de Informações do mesmo, alegando que os dados bancários eram indispensáveis

¹²⁴O fato de as decisões do STF serem tomadas conforme as opiniões individuais de cada Ministro sem a necessidade de convergência sobre o fundamento da decisão cria a dificuldade de se saber exatamente qual foi a decisão do Tribunal neste caso. Neste caso, é possível indicar o que cada Ministro pensa, mas não o que a Corte pensa. Por não outra razão, Conrado Hübner Mendes, pesquisador do Direito GV e da SBDP, utiliza a metáfora das "onze ilhas" para descrever o STF. Para maiores reflexões e aprofundamento, recomenda-se a leitura de texto do próprio autor disponível no site: <http://avaranda.blogspot.com/2010/02/conrado-hubner-mendes.html>.

¹²⁵Um indicativo de que a tese de que o MP pode decretar o afastamento do sigilo bancário quando envolvido dinheiro público foi fixada é a referência feita pelo Min. Marco Aurélio, no RE 398.808, em que se discutia se a Autoridade Fazendária teria o poder de decretar a quebra. Em seu voto, o Min. fez breve resumo sobre a jurisprudência da Corte no tema e afirmou (STF: RE 398.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 239, p. 224-225): "*É certo que, no MS 21.729 (...) abriu-se uma exceção, relativa à atuação direta do Procurador-Geral da República no tocante a investigação concernente a verbas públicas. Proclamou-se, então, em 1995: "Não cabe ao Banco do Brasil negar ao Ministério Público informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público"*.

¹²⁶STF: MS 22.801, Rel. Min. Menezes Direito, j. 17/12/2007.

para a conclusão de auditoria na prestação de contas do Banco Central. Apenas tendo acesso a esses dados, o TCU cumpriria suas atribuições constitucionais e legais.

Argumentou o Banco Central que colaborou ao máximo. Todavia, estava impossibilitado de atender à totalidade das requisições, pois havia transações que não poderiam ser divulgadas em função de estarem adstritas ao sigilo bancário.

O Min. Relator Menezes Direito fez uma análise dos dispositivos da Constituição. Basicamente, ele cita dois artigos importantes: o art. 71¹²⁷, que versa sobre a competência do Tribunal de Contas da União e o art. 44, que destaca a composição do Poder Legislativo¹²⁸. Além disso, mencionou artigos da LC 105/01. Concluiu seu raciocínio da seguinte maneira:

“Como se vê dos artigos transcritos, referida Lei Complementar não conferiu ao TCU poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central” (MS 22.801, Rel. Min. Menezes Direito, j. 17/12/2007, p. 178).

O raciocínio do Ministro pode ser dividido em três partes: a primeira, de que o legislador infraconstitucional conferiu o poder de afastamento do sigilo para o Poder Legislativo (extensivo às CPIs). Este poder, segundo a Constituição, é exercido pelo Congresso Nacional, que por sua vez é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. O TCU não integraria, assim, o Poder Legislativo, mas atuaria como órgão auxiliar no controle

¹²⁷Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II”.

¹²⁸Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”.

externo, via fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta.

A segunda parte é a seguinte: embora as atividades do TCU, por sua natureza, justificassem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema. A LC 105 teria sido exaustiva na matéria, não cabendo interpretação extensiva, sob pena de ferir o princípio da legalidade e especialmente porque há direito fundamental que protege a intimidade e a vida privada (art. 5º, X da CF), no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário para ele. Ressaltou, inclusive, que a referida LC 105/01 é posterior e mais específica à L. 8443/92 – Lei Orgânica do TCU -, razão pela qual devemos nos pautar na primeira.

Por fim, o Ministro argumentou que as funções do TCU dizem respeito, exclusivamente, aos órgãos públicos, aos agentes públicos, aos bens públicos, genérica e amplamente considerados. No caso em tela, diversas operações de instituições financeiras privadas estariam armazenadas no sistema do Banco Central. Caso fossem fornecidas ao TCU, este estaria extrapolando os limites constitucionais e legais de sua função, além de invadir a esfera da vida privada dos indivíduos sem ter poder para tal.

Importante consignar que o Ministro se esforçou para consolidar que não se trata de sobrepor o interesse particular ao interesse público, mas, tão-somente, aplicar a legislação pertinente ao tema do sigilo bancário.

A posição adotada pelo Min. Menezes Direito foi acompanhada pelos demais e a decisão foi tomada de forma unânime. Apenas o Min. Carlos Britto apresentou argumento complementar aos do relator, no sentido de reforçar a função auxiliar do TCU em relação ao Congresso Nacional. Para ele, a despeito de o TCU exercer função comum com o Congresso Nacional – isto é, de fiscalização dos atos do Poder Público, notadamente do Poder Executivo -, ele atua ao lado, não de dentro do Congresso Nacional. Tratar-se-ia de duas situações distintas: a de atuar paralelamente e a de estar dentro.

3.3.3.4. O Banco Central tem esse poder?

O STF se deparou com esse questionamento no “caso do Mensalão”, um dos maiores casos de sua história, não só pela repercussão pública, mas também pelo fato de serem ao todo quase 40 denunciados, fato que tornou o processo um tanto quanto complexo¹²⁹.

O sigilo bancário emergiu neste caso como o principal instrumento processual penal para o descobrimento da “verdade real”. Nos casos de corrupção, a quebra do sigilo bancário é um dos meios mais utilizados pela Justiça, pois ele permite verificar o destino das verbas desviadas.

O que nos interessa neste caso é a discussão que os Ministros travam acerca da possibilidade de o sigilo bancário ter sido quebrado pelo Banco Central, ao responder diretamente à requisição do Procurador-Geral da República. Esta questão foi uma preliminar levantada pelo advogado de defesa de um dos réus, o publicitário Marcos Valério. Segundo a defesa, as provas usadas para respaldar uma parte da acusação foram obtidas de modo ilegal, sem autorização judicial, como preconiza a jurisprudência do Tribunal.

O Min. Relator Joaquim Barbosa, em seu voto, se manifestou da seguinte maneira sobre essa preliminar:

“Veja-se, ainda, que as remessas diretas dos documentos pelo BACEN ao Procurador-Geral da República foram por mim autorizadas, para maior celeridade processual, e me eram sempre comunicadas pelo Presidente do Banco Central” (STF: Inq 2245, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/08/2007, p. 90).

Embora o Min. Joaquim Barbosa tenha dito que as remessas diretas dos documentos pelo Banco Central ao PGR tinham sido autorizadas por ele, e

¹²⁹A complexidade pode ser confirmada pela duração do julgamento: 35 horas, em 5 dias, cf. notícia: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=&id_noticia=1950
1.

que por isso não haveria nenhuma ilicitude nessas provas, essa “remessa direta” gerou dúvidas entre os outros Ministros.

O primeiro a levantar a questão da ilicitude dessas provas foi o Min. Gilmar Mendes. Segundo ele, tais relatórios do Banco Central estavam sob a incidência do sigilo. A autarquia teria quebrado o sigilo e fornecido tais dados ao Ministério Público. Diante disso, manifestou-se no sentido de serem estas provas ilícitas e, portanto, inadmissíveis (art. 5º, inciso LVI da CF).

O Min. Marco Aurélio também seguiu esta linha, entendendo que o art. 1º, § 3º, inciso IV¹³⁰ da LC 105/01 deve ser lido de uma maneira harmônica com o disposto nos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal. Para ele, a referência a autoridades competentes do dispositivo da LC 105/01 direciona necessariamente à autoridade judiciária.

Quanto a essa norma, o Min. Cezar Peluso levantou importante questionamento. Indagou o Ministro:

“Se o BC tem e não pode deixar de ter o dever de comunicar ao MP aquilo que recolha na atividade de fiscalização, pergunto: como é que o BC pode comunicar ao MP que exista possível prática de ilícito, mas não possa dar elementos concretos ao MP para investigar? Ou seja, existe, nas contas do banco tal, irregularidade. E aí, o MP faz o quê? Tem de comunicar os elementos concretos suficiente para possibilitar o início da atividade do MP” (STF: Inq 2245, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/08/2007, p. 741-742).

O Min. Gilmar Mendes demonstrou preocupação com essa observação. Para ele, se assim fosse, bastaria que o Ministério Público sempre se dirigisse ao Banco Central para que ele contornasse a reserva de jurisdição toda vez que pedisse alguma informação em relação a qualquer cliente. Segundo seu raciocínio:

¹³⁰Art. 1º, § 3º: Não constitui violação do dever de sigilo: IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa”.

“É claro que o BC tem a fiscalização das contas, bastaria que o MP a ele se dirigisse para obter essas informações. Ele, verificando a eventual irregularidade, diria: não estou a atender ao pedido do MP, mas, cumprindo o meu dever de comunicação, estou a fazê-lo. O que representaria, em última instância, de fato, consagrar a possibilidade de o MP requisitar essas informações. Estaríamos transformando a exceção em regra” (STF: Inq 2245, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/08/2007, p. 743-744).

A seguir, alguns Ministros endossaram esse entendimento: Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Eros Grau. O Min. Ricardo Lewandowski, inclusive, manifestou sua preocupação com o problema de que primeiro se quebra o sigilo fiscal, telefônico e bancário, para apenas depois ir-se buscar uma ratificação, uma autorização judicial. Disso decorreu o discurso do Ministro nesta passagem:

“Quero afirmar, com todas as letras, em alto e bom som, que a ratificação *a posteriori* de um ato dessa natureza não convalida essa prova; quero firmar uma posição, um ponto de vista. Essa prova fica irremediavelmente maculada” (STF: Inq 2245, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/08/2007, p. 806).

O Min. Cezar Peluso tentou novamente explicar o ocorrido:

“Não há, no texto constitucional – isso decorre apenas de normas infraconstitucionais –, proibição de quebra, pelo Banco Central, dos registros. O que há aqui é a proteção a fenômeno típico da intersubjetividade, que é a comunicação, com a proibição conseqüente da interceptação da comunicação. E o Banco Central não está aqui sendo acusado de ter interceptado comunicação nenhuma. O Banco Central está sendo acusado de ter passado ao Procurador Geral da República registros de dados, nos termos da legislação infraconstitucional, isto é, da LC 105” (STF: Inq 2245, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/08/2007, p. 787-788).

Por diversas vezes, o Min. Relator Joaquim Barbosa tentou intervir no debate dos Ministros, para tentar explicar o que de fato havia ocorrido e o porquê de ele ter afastado tal preliminar. Segundo ele:

“Eu disse, aqui, que há uma forte probabilidade de que esta suposta prova, ou seja, esses relatórios do Banco Central

tenham sido juntados a estes autos não apenas em decorrência de um pedido do Procurador-Geral, mas também em decorrência das diversas quebras que houve” (STF: Inq 2245, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/08/2007, p. 810).

Ao dizer que essas provas teriam chegado aos autos também “por meio das diversas outras quebras ocorridas”, o Min. Joaquim Barbosa estava fazendo referência à decisão do ex-presidente Min. Nelson Jobim que autorizou o compartilhamento de todas as informações bancárias já obtidas pela “CPMI dos Correios”¹³¹. Isto é, as provas teriam sido juntadas aos autos pelo compartilhamento dos dados bancários quebrados pela própria CPMI, que teria legitimidade para fazê-lo (cf. tópico 3.3.3.1). Não haveria, portanto, nenhuma ilicitude nessas provas.

Mesmo com a intervenção do Min. Joaquim Barbosa, os outros Ministros continuaram a discutir a licitude ou não dessas provas. Diante do impasse, a Min. Ellen Gracie, então presidente do STF, interveio na discussão com o fito de encaminhar a votação. O Min. Joaquim Barbosa insistiu em sua opinião de que havia uma forte probabilidade de que esses dados não teriam origem ilícita, pois haviam sido juntados aos autos em decorrência das diversas quebras autorizados pela CPMI e posteriormente pelo compartilhamento autorizado pelo ex-presidente, Min. Nelson Jobim.

Em face da insistência do Min. Joaquim Barbosa, os demais Ministros consideraram a discussão prejudicada. O Min. Celso de Mello destacou que a discussão se justificou em face de o voto do Min. Joaquim Barbosa não ter sido claro neste aspecto, mas que os debates esclareceram a questão. Reforçou também que o Banco Central não teria esse poder:

¹³¹Dentre as decisões do ex-presidente Min. Nelson Jobim, o Min. Joaquim Barbosa mencionou as seguintes (STF: Inq 2245, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/08/2007, p. 84-85): *“a ratificação das decisões judiciais prolatadas nos autos das medidas cautelares de busca e apreensão e afastamento do sigilo bancário, a extensão do afastamento do sigilo bancário das empresas de Marcos Valério e autorização para compartilhamento de todas as informações bancárias já obtidas pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios, para análise em conjunto com os dados constantes destes autos”*.

“Então, a questão que respondemos era esta: é lícita a prova resultante do atendimento, pelo Banco Central do Brasil, à requisição emanada do eminente PGR, tratando-se de dados revestidos e impregnados de sigilo? E, sob esse aspecto, é evidente que os votos divergentes entendem que não era lícito ao Banco Central atender a tal requisição, mas, com os debates, esclareceu-se que exatamente esses elementos já estão nos autos, porque emanados de órgão constitucionalmente competente para decretar a quebra do sigilo bancário, ou seja, a CPMI” (STF: Inq 2245, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/08/2007, p. 812).

Apesar de a questão ter sido julgada prejudicada, ela foi importante para que o Tribunal realmente estabelecesse seu entendimento de que o Banco Central não tem a prerrogativa de quebrar por si próprio o sigilo dos dados bancários. Não houve manifestação por parte do STF se esse entendimento abarca o contido no art. 2º, § 1º da LC 105/01¹³², o qual teria permitido ao Banco Central o afastamento do sigilo, em hipóteses taxativamente previstas (na fiscalização de ilícitos cometidos por funcionários das instituições financeiras e ao proceder a inquérito na instituição financeira sob regime especial).

3.3.3.5. A Administração Fazendária tem esse poder?

Uma das questões mais polêmicas do sigilo bancário é, sem dúvida, saber se a Administração Fazendária tem, sem depender de autorização judicial, o poder de afastar o dever dos Bancos de manter segredo sobre as informações bancárias de seus clientes.

¹³²Art. 2º O dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições. § 1º O sigilo, inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, não pode ser oposto ao Banco Central do Brasil: I – no desempenho de suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras; II – ao proceder a inquérito em instituição financeira submetida a regime especial”.

Essa hipótese de exceção envolve uma colisão de preceitos constitucionais difícil de ser equacionada: ao mesmo tempo em que a Constituição protege a privacidade e a intimidade, ela atribui aos entes tributantes o poder de fiscalização¹³³, com o fim de promover a adequada tributação¹³⁴.

Para o exercício da sua função fiscalizadora, a Carta coloca, à disposição do Fisco, meios de acesso às informações econômicas dos indivíduos. Por exemplo, o art. 145, § 1º¹³⁵ da Constituição, ao prever o princípio da capacidade contributiva, dá o poder de “*identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte*”, sob o argumento de dar efetividade a esse princípio.

A questão constitucional colocada é, então, a seguinte: pode a Administração Fazendária, por si própria, afastar o sigilo das informações bancárias, já que ela tem poder de fiscalização sobre o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte?

Não obstante possível colisão de preceitos constitucionais, a legislação infraconstitucional expressamente confere esse poder à Administração Fazendária. A LC 105/01 o faz, por exemplo, no art. 5º¹³⁶ e no art. 6º¹³⁷.

¹³³Cf. FERRAZ JR. (2007: 185), “*fiscalizar, um dos sentidos da palavra controlar, significa vigiar, verificar e, nos casos de anormalidade, censurar. Fiscalização é, pois, vigilância, ou verificação continuada e, detectada a anormalidade, é censura*”. O autor aponta, assim, existir dois tipos de acesso: o *continuado* (fundamentado na vigilância) e o *intermitente* (fundamentado na anormalidade, como por exemplo, quando há processo fiscal instaurado).

¹³⁴É o que a Constituição determina em seu art. 174: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

¹³⁵Art. 145, § 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”.

¹³⁶Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços”.

¹³⁷Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de

A jurisprudência do STF se defrontou com essa questão em dois acórdãos analisados: a AC 33¹³⁸ e o RE 398.808¹³⁹. Trata-se de ações com os mesmos fatos: no primeiro caso, do julgamento de cautelar com pedido de liminar, e no segundo, de mérito. A questão fática envolvida era a seguinte: a Delegacia Regional da Receita Federal na cidade de Ponta Grossa (PR) instaurou processo administrativo fiscal contra a empresa GVA Indústria e Comércio S.A. e, com base na LC 105/01 e do Decreto 3.724/01, determinou o afastamento do sigilo das informações bancárias da empresa. De diversas formas a empresa tentou obstaculizar esse acesso direto por parte da Receita Federal: por MS, por recurso de apelação contra a denegação deste último, e por fim, com a interposição do recurso extraordinário. Quatro meses depois, a empresa ajuizou ação cautelar, requerendo efeito suspensivo ativo ao RE, com o fim de preservar a eficácia de uma possível decisão favorável à empresa¹⁴⁰.

No julgamento da AC 33, o Min. Relator Marco Aurélio deferiu a liminar, porque em seu entendimento, o afastamento do sigilo requer deliberação de órgão equidistante (isto é, decisão judicial), "(...) e o Fisco não é órgão equidistante, ele é sujeito da relação jurídica tributária, é parte interessada (...)"¹⁴¹.

O Min. Joaquim Barbosa pediu vista aos autos e apresentou voto no sentido de indeferir a liminar. Segundo seu entendimento, a LC 105/01 e o D. 3.724 expressamente permitem a requisição de informações bancárias pela Administração Fazendária. Além disso, os critérios da liminar não estavam preenchidos, em especial, a "*verossimilhança da alegação*", pois as ADIs que questionam a lei e o decreto ainda não foram decididas pelo STF, de modo que

instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente".

¹³⁸STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010

¹³⁹STF: RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010

¹⁴⁰Caso não houvesse a concessão do efeito suspensivo, a empresa sofreria a consolidação dos danos que pretendia evitar com o provimento final do RE, porque se o STF não deferisse a liminar, a Autoridade Fazendária passaria a ter acesso às informações, e assim, não seria possível a reversibilidade da medida por parte da empresa.

¹⁴¹STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 18.

o simples ajuizamento não seria suficiente para a configuração desse requisito¹⁴². Esse entendimento foi seguido também pelo Min. Carlos Britto.

Em novo voto-vista, o Min. Cezar Peluso considerou estarem presentes os requisitos processuais¹⁴³ para a concessão da liminar, corroborando a visão do Min. Marco Aurélio quanto à necessidade de se dar efetividade ao processo, o que seria frustrado ante o indeferimento. Ele foi acompanhado pelo Min. Ricardo Lewandowski, que incluiu, em seu voto, a necessidade de decisão judicial.

A controvérsia levou a um novo pedido de vista, agora do Min. Gilmar Mendes¹⁴⁴. Ele se alinhou à divergência, pois haveria compatibilidade entre o art. 6º da LC 105/01 e o Decreto 3.724 com a Constituição. Seguiram esse entendimento a Min. Carmen Lúcia e o Min. Dias Toffoli. Segundo este último:

“(...) aqui não se trata de *quebra de sigilo*, trata-se, na verdade, de uma *transferência de dados sigilosos* de um determinado portador desses dados, que tem o dever de sigilo, para um outro, que manterá a obrigação desse sigilo”

¹⁴² Afirma o Min. Joaquim Barbosa (STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 12-13): “Do contrário, poder-se-ia negar aplicação ao princípio basilar da presunção da constitucionalidade das leis – que em nosso sistema somente poderia ser afastado por decisão judicial, no controle difuso, ou por decisão do Pleno desta Corte, no controle concentrado -, com o mero ajuizamento de ADI”.

¹⁴³A utilização de precedentes do STF (em especial o MS 21.729), que defendiam essa prerrogativa apenas ao P. Judiciário (ou no máximo, ao MP quando envolvido dinheiro público – v. tópico 3.3.3.2), nas palavras do Min. Cezar Peluso (STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 35): “(...) demonstram, de forma clara, não a certeza, senão a probabilidade (mais que verossimilhança) da existência do direito constitucional, apta a fundar a tutela de urgência”.

¹⁴⁴O problema é que o processo ficou desde 04 de fevereiro de 2004 a 18 de dezembro de 2009 com o Ministro: mais de cinco anos, portanto. Tal fato nos expõe dois problemas do STF: a falta de controle quanto ao tempo em que um Ministro fica com o processo em seu gabinete, quando pede vista aos autos e a falta de clareza quanto à pauta de julgamento. Isso levou os Ministros, inclusive, a debaterem se a ação havia perdido o objeto, já que a empresa requerente já havia prestado as informações requisitadas pela Receita Federal. Cf. o Min. Gilmar Mendes (STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 55): “Continua tendo objeto, que é a própria utilização dos dados obtidos”. O longo tempo em que os autos permaneceram com o Ministro prejudicou o julgamento da ação: antes a discussão era se a Administração Fazendária poderia requisitar por si própria as informações bancárias, passando a ser então se esse órgão poderia utilizar dessas informações já obtidas. O STF tem uma resolução sobre o tempo em que um Ministro pode ficar com os autos, mas dificilmente é aplicada (cf.: <http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62628>).

(STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 57)¹⁴⁵.

Essa diferença entre “transferência” e “quebra” colocada pelo Ministro seria a seguinte: haveria transferência quando o banco fornece os dados sob sigilo para um sujeito autorizado e este mantém o sigilo sobre esses dados. Haveria “quebra” ou “devassa” com a divulgação desses dados (nos meios de comunicação, por exemplo)¹⁴⁶.

Todavia, adotar esse posicionamento no tocante ao sigilo bancário pode ser perigoso, além de ser mera questão de estratégia. *Perigoso*, porque significaria dizer que o sigilo é inviolável perante outros agentes privados, mas não perante autoridades (para estas, desde que obrigadas ao sigilo). Tal posicionamento poderia significar uma abertura às exceções ao sigilo bancário de enormes proporções¹⁴⁷. *Mera questão de estratégia*, porque essa nomenclatura se esquia do déficit argumentativo de dizer que a Administração Fazendária pode decretar o afastamento do sigilo bancário por si própria: o caminho para defendê-la se torna muito mais fácil, já que não se trataria de violação do direito à privacidade e à intimidade do indivíduo.

¹⁴⁵Compartilham dessa visão: a Min. Carmen Lúcia (STF: RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 223): “(...) também não vislumbro, aqui, agressão aos direitos fundamentais, uma vez que não me parece que tenha havido quebra da privacidade; uma vez que não está autorizado por lei a dar a público, mas apenas a transferir para um outro órgão da administração, para cumprimento das finalidades da Administração Pública, aqueles dados” e a Min. Ellen Gracie, como será visto.

¹⁴⁶Esse posicionamento encontra, inclusive, respaldo doutrinário. Citam-se os trabalhos de FERRAZ JR. (2007: 183) e de SARAIVA FILHO (1995: 15). Segundo este último, “(...) o sigilo bancário tem por finalidade a proteção contra a divulgação ao público dos negócios das instituições financeiras e de seus clientes”. Este trabalho já demonstrou anteriormente que o sigilo bancário não protege o indivíduo apenas em relação ao público, mas também (especialmente, inclusive) em relação ao Estado. Parece-me que a distinção tem origem no enfoque dado: conforme a visão dos tributaristas trata-se de mera transferência; conforme a visão dos constitucionalistas, de quebra.

¹⁴⁷Por exemplo, qualquer autoridade adstrita ao sigilo poderia requisitar dos órgãos a qualquer tempo, sem o estabelecimento de nenhum critério, porque isso envolve apenas “transferência”. O STF já se manifestou que isso não pode ocorrer sempre, o que seria um óbice para aqueles que defendem essa tese. A Corte decidiu de forma unânime no Inq-AgR 2.593 que, não é cabível, em sede de inquérito policial, o encaminhamento à Receita Federal informações bancárias obtidas por meio de requisição judicial, quando o delito for de natureza diversa daquele apurado pelo Fisco. Caso haja interesse por parte da Administração Fazendária, deve ela seguir o procedimento do art. 6º da LC 105/01.

Em face disso, esta distinção não será utilizada neste trabalho. As palavras “quebra”, “devassa” e “afastamento” ainda serão as utilizadas. Em primeiro lugar, porque apenas uma minoria (composta de três Ministros) faz essa distinção¹⁴⁸. Em segundo lugar, porque mesmo a mera transferência já envolve a “quebra” da obrigação imposta aos bancos: a diferença seria apenas quanto ao destinatário¹⁴⁹.

Após o voto do Min. Dias Toffoli, a Min. Ellen Gracie pediu vista para reexaminar melhor a matéria. Quase um ano depois, ela apresentou seu voto, no sentido de indeferir a liminar. Para chegar a essa conclusão, a Ministra utilizou-se do *sopesamento* (ou *ponderação*) de princípios¹⁵⁰: o sigilo bancário teria caráter *prima facie*, que pode ser afastado “nos casos concretos, com eventuais fatores invocados como justificadores do acesso ao que, a princípio, seria privado ou sigiloso”¹⁵¹.

No entender da Ministra, não há razão para se falar em vedação da exposição da vida privada ao domínio público, quando há requisição por parte da Administração Fazendária, até mesmo porque “os dados ou informações passam da instituição financeira ao Fisco, mantendo-se o sigilo que os preserva do conhecimento público”¹⁵²– vê-se que ela compartilha da opinião do Min. Dias Toffoli.

Além disso, ela considera que o sigilo não deve ser conservado no caso de ser empecilho a uma tributação capaz de concretizar os princípios da *personalidade* e da *capacidade contributiva*, muito menos como escudo para o

¹⁴⁸A maioria dos Ministros não faz qualquer distinção. Utilizam, em especial, “quebra” e “afastamento”.

¹⁴⁹Cf. expressa o Min. Cezar Peluso em outra ação (STF: Inq 2250, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 02/11/2010, p. 56): “Transferência é palavra que se usa quando o sigilo é quebrado, sem difusão universal do dado sigiloso. Quebra sempre há!”

¹⁵⁰Segundo a Min. (STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 63): “Não há dúvida de que toda e qualquer ingerência em questões privadas é, por definição, invasiva e, via de regra, desagradável. Contudo, vivemos em uma sociedade cada vez mais complexa em que é preciso ponderar inúmeros princípios para verificar, em cada situação, o que melhor cumpre os desígnios constitucionais, pois às pessoas não são assegurados apenas de liberdade, mas também impostas obrigações”.

¹⁵¹STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 63.

¹⁵²STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 63.

descumprimento do dever fundamental de pagar os tributos e do dever acessório de colaborar com o Fisco. No caso em questão isto restaria evidente, pois se tratava de pessoa jurídica que tem o dever de manter contabilidade comercial e fiscal, cujo conhecimento já é dado para o órgão estatal¹⁵³.

Por fim, ela analisa a LC 105/01¹⁵⁴: no art. 6º, o legislador teria compatibilizado os direitos dos contribuintes e do Fisco, conforme as circunstâncias do caso concreto¹⁵⁵, permitido o acesso da Administração Fazendária sem a necessidade de autorização judicial¹⁵⁶, mas apenas quando for efetivamente necessário e desde que conserve os dados em sigilo. Ela ainda rejeita qualquer argumento no sentido de faltar imparcialidade ao Fisco e de que seria descabido permitir ao Estado, enquanto parte da relação obrigacional, a prerrogativa de quebra do sigilo dos contribuintes: isso porque “não havendo reserva de jurisdição para o caso, o que se exige é a autorização legal (...) e, como já referido, observância da proporcionalidade”¹⁵⁷. No entender da Ministra, ambos estariam presentes.

¹⁵³Explica a Min. Ellen Gracie (STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 67): “O cotejo das movimentações financeiras com os livros comerciais e fiscais, balancetes e balanços viabiliza a conferência e a verificação da regularidade dos registros, elementos utilizados como suporte para a identificação da base de cálculo dos tributos, justificando-se plenamente sempre que tal se mostre necessário, útil e adequado em face de indícios de omissão ou falsidade na escrita da empresa”.

¹⁵⁴Segundo ela (STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 68-69), “não se trata, de modo algum, de uma lei autorizadora de monitoramento permanente ou mesmo de devassa nas contas dos contribuintes. Pelo contrário, a lei reafirma a excepcionalidade do acesso, exigindo que se dê no bojo de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e que seja considerado indispensável pela autoridade”.

¹⁵⁵O resultado do sopesamento é (STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 69): “(...) o direito à privacidade e ao sigilo cede, no caso, não apenas ao direito imediato da Administração ao exercício da fiscalização tributária, mas à própria possibilidade de uma melhor distribuição da carga tributária e à efetiva concretização dos princípios da capacidade contributiva, da isonomia e da livre concorrência, que envolvem valores caros a toda a sociedade. A LC 105/01 permitiu o acesso aos dados bancários dos contribuintes por decisão da autoridade fiscal em processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, sem a necessidade de autorização judicial”.

¹⁵⁶No entender da Min. (STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 70): “analisando-se os diversos direitos e garantias fundamentais, vê-se que a Constituição estabelece a reserva de jurisdição ao exigir “determinação judicial” para a busca domiciliar e “ordem judicial” para a interceptação telefônica e para a prisão. Contudo, inexistente cláusula correspondente quanto à garantia da inviolabilidade da vida privada e do sigilo de dados”.

¹⁵⁷STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 71.

Após o voto da Min. Ellen Gracie e já com o indeferimento consolidado (seis votos a quatro), votou o Min. Celso de Mello pelo deferimento da liminar, reforçando a necessidade de decisão judicial.

Apesar de a divergência ter ganhado neste caso, e a medida cautelar não ter sido concedida, o Tribunal permanecia dividido. O Min. Gilmar Mendes, por exemplo, interrompeu o voto do Min. Celso de Mello para demonstrar sua preocupação com a disciplina desse tema, “já que há certa desconfiança com os abusos que perpetram os órgãos eventuais de receitas”, e por isso preconiza que “deveríamos, daqui a pouco, julgar o mérito do RE”¹⁵⁸.

O julgamento do mérito dessa ação mostrou que o tema merecia maiores reflexões por parte da Corte: apenas vinte e um dias depois, o Plenário do STF julgou o RE 389.808 e o resultado foi o contrário.

Ao iniciar seu voto no RE, o Min. Relator Marco Aurélio buscou explicitar aos demais Ministros a importância do julgamento em tela: fez ele um resumo histórico da jurisprudência do STF em torno do sigilo bancário e depois procurou mostrar que as questões envolvidas¹⁵⁹ vão além da decisão de o Fisco ter ou não a prerrogativa de afastar o sigilo. Por fim, votou pelo provimento do recurso.

O julgamento do mérito desse RE parecia seguir o mesmo destino do julgamento da liminar, devido à repetição dos votos: o Min. Ricardo Lewandowski votou com o Relator e os Ministros Dias Toffoli, Carmen Lúcia e Carlos Britto votaram no sentido de não dar provimento. Todavia, o voto do Min. Gilmar Mendes mudou o rumo do julgamento e de forma surpreende: no julgamento da liminar, após permanecer com o processo por mais de cinco

¹⁵⁸STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 84.

¹⁵⁹A primeira questão diz respeito à supremacia da Constituição: qualquer norma infraconstitucional deve respeitar o que nela se contém e, reconhecer esse poder ao Fisco seria ir contra o que dispõe a CF no art. 5º, X e XII. A segunda é a análise do primado do Judiciário: não se pode transferir a atuação deste para a Receita Federal, nem para os órgãos da administração fiscal estadual e municipal (caso o STF reconhecesse à primeira esta prerrogativa, teria que reconhecer para todas as esferas federais). A terceira questão é que a regra da prerrogativa de foro seria deixada de lado, pois a Receita Federal estaria autorizada constitucionalmente a quebrar o sigilo bancário. No entender dele, ela poderia utilizar a cobrança de tributos para coagir politicamente os indivíduos.

anos, o Ministro indeferiu o pedido. No julgamento de mérito, apenas vinte e um dias após a apreciação da liminar, ele mudou de posição e votou no sentido de dar provimento ao RE.

Segundo o Ministro, sua opinião mudou após refletir sobre os votos dos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Segundo ele:

“(...) eu me fiz a pergunta que, de alguma forma, todos nós podemos nos fazer: 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 de uma medida cautelar? No que diz respeito ao acesso à conta com todas as suas conseqüências, não se trata de negar esse acesso, mas simplesmente de exigir que, tendo em vista o valor de que se cuida dos direitos fundamentais, haja a observância do princípio da reserva de jurisdição” (STF: RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 239).

Assim, no entender do Min. Gilmar Mendes, não se trata de impedir a Administração Tributária de ter acesso às informações bancárias do contribuinte. Isso ainda será possível, desde que antes ela tenha requerido perante o Poder Judiciário e este tenha deferido o pedido.

Com a mudança de voto do Min. Gilmar Mendes, o resultado do julgamento de mérito do RE poderia ser diferente da liminar. Isto porque àquela altura a votação estava empatada com três votos para cada lado, e ainda faltavam três a votar: a Min. Ellen Gracie, o Min. Celso de Mello e o Presidente do Tribunal, o Min. Cezar Peluso¹⁶⁰. O Min. Joaquim Barbosa, que havia iniciado a divergência na AC 33, estava de licença e não votaria¹⁶¹.

¹⁶⁰Na AC 33, a Min. Ellen Gracie indeferiu a liminar, enquanto o Min. Celso de Mello e o Min. Cezar Peluso deferiram. Caso os três votassem naquele momento, o resultado do julgamento de mérito poderia ser de cinco votos contra quatro pelo deferimento e, portanto, contrário ao decidido na liminar.

¹⁶¹Na AC 33, o Min. Joaquim Barbosa disse expressamente não ver incompatibilidade em se reconhecer esse poder ao Fisco. Se ele estivesse presente, o resultado, provavelmente, seria empate. Vale ressaltar que à época do julgamento do RE, a Corte estava composta por apenas dez Ministros, pois o substituto do Min. Eros Grau, aposentado em 02/09/10, ainda não havia sido escolhido.

Após o voto do Min. Gilmar Mendes, a Min. Ellen Gracie decidiu pedir vista dos autos¹⁶². Imediatamente após, o Min. Marco Aurélio fez proposta para que o Tribunal deferisse, de maneira excepcional, uma medida acauteladora de efeitos imediatos (ele citou o Mandado de Segurança) para evitar que a Receita Federal utilizasse os dados, aos quais ela teve acesso após o indeferimento da liminar¹⁶³. Caso contrário, o RE poderia perder o objeto e decisão do STF poderia ser absolutamente inócua¹⁶⁴.

O Min. Carlos Britto fez a ressalva de que a concessão de medida cautelar já havia sido decidida formalmente na AC 33 e caso o Tribunal acatasse a proposta do Min. Marco Aurélio, eles estariam concedendo efeito suspensivo de ofício. O Min. Marco Aurélio rapidamente negou e lembrou-lhe que a liminar pode ser implementada a qualquer momento, assim como pode também ser reconsiderada.

Os Ministros passaram, assim, a votar sobre a proposta do Min. Marco Aurélio. O Min. Dias Toffoli asseverou serem necessários dois requisitos para a concessão da cautelar (*periculum in mora* e *fumus boni juris*) e que, no caso, ele não via nenhuma plausibilidade jurídica. Além disso, ele chamou atenção para o fato de que a mudança de entendimento do Min. Gilmar Mendes poderia levar o Tribunal a decidir de maneira contrária em pouco tempo. Após ser lembrado pela Min. Ellen Gracie que a ausência do Min. Joaquim Barbosa

¹⁶²Afirmou a Min. Ellen Gracie (STF: RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 243): "*Senhor Presidente, manifestei-me na AC 33, longamente, inclusive sobre o mérito, já que foi um julgamento em que se avançou sobre a matéria de fundo. E, num sentido contrário ao divergente ora manifestado pelo eminente relator, também eu, assim como o Min. Gilmar Mendes, fui tomada de dúvidas a respeito do tema e, por isso, peça vista*".

¹⁶³Cf. trecho (STF: RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 244): "*Reconheço que o Tribunal cassou a liminar que implementara. Mas, a esta altura, temos um, dois, três votos a favor do provimento do recurso e três contrários, havendo votos sinalizados do Min. Celso de Mello e de Vossa Excelência (Min. Cezar Peluso) no sentido do provimento do recurso. Por isso, permito-me (...) propor que o Tribunal, excepcionalmente, implemente uma medida acauteladora para aguardar-se, e não se tornar inócuo o início da apreciação desse RE, a conclusão dessa mesma apreciação*".

¹⁶⁴Cf. o Min. Celso de Mello (STF: RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 246): "*É essencial a concessão da tutela cautelar, sob pena de completa frustração da pretensão mandamental*".

também influenciou para a modificação, ele decidiu acolher a proposta¹⁶⁵, seguido da Min. Carmen Lúcia. Isso gerou crítica por parte da Min. Ellen Gracie, pois segundo ela, o Min. Toffoli não teria tomado a sua decisão com base nos requisitos jurídicos, mas sim em face das circunstâncias de votação¹⁶⁶, como também observou o Min. Marco Aurélio¹⁶⁷.

A Min. Ellen Gracie, ao se manifestar sobre a proposta, afirmou não lhe parecer adequado o fato de o Tribunal decidir conforme as presenças eventuais no Plenário. Em face disso, ela admitiu ter pedido vista dos autos como manobra¹⁶⁸ para evitar decisões contrárias em tão pouco tempo¹⁶⁹. O Min. Cezar Peluso procurou deixar claro que a Ministra poderia sim pedir vista, mas que para isso seria necessário conceder a segurança para tornar aproveitável o resultado. Em resposta, a Min. Ellen Gracie disse que as circunstâncias

¹⁶⁵Segundo ele (STF: RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 248): "A Corte está dividida sobre o tema e, portanto, tenho que reconhecer que, mesmo não vendo eu plausibilidade jurídica nenhuma, literalmente nenhuma, eu me curvo, pela necessidade, à proposta do eminente Min. Marco Aurélio (...)".

¹⁶⁶Cf. esse trecho (STF: RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 248): "Min. Toffoli, mas a plausibilidade jurídica é toda embasada na ausência do meu voto, que na sessão anterior foi em sentido contrário ao do eminente Relator, a ausência eventual do Min. Joaquim Barbosa e a mudança de posição do Min. Gilmar Mendes?".

¹⁶⁷Cf. o trecho (STF: RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 249): "É que, ante a mudança, no voto do Min. Gilmar Mendes, o placar ficará invertido, ou pelo menos ficará empatado".

¹⁶⁸Embora a intenção da Min. Ellen Gracie seja louvável (a de evitar entendimentos contrários por conta da composição do Plenário), o uso do voto-vista como manobra nos expõe um grande problema do STF: a decisão em casos controvertidos pode depender da composição eventual do Tribunal.

¹⁶⁹Cf. o seguinte trecho (STF: RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 253): "Neste momento do julgamento, nós temos três votos, inclusive o do Relator num sentido; o voto do Min. Toffoli, da Min. Carmen Lúcia e do Min. Ayres Britto, outros três, em sentido contrário. De modo que eu não me sinto confortável para prosseguir, ainda mais diante da ausência de um Colega cuja posição é conhecida; Vossa Excelência sabe muito bem que peço vista destes autos apenas para permitir a presença do Colega ao julgamento. Para que o Tribunal não tenha resultados diferentes conforme sua composição eventual".

estavam cerceando seu direito de pedir vista¹⁷⁰, o que foi negado de maneira cordial pelo então Presidente Min. Cezar Peluso¹⁷¹.

Após esse breve debate, a Min. Ellen Gracie decidiu votar sem pedir vista dos autos. Repetiu seu entendimento quando do julgamento da liminar, pelo não provimento do recurso. Votaram, ainda, o Min. Celso de Mello e o Min. Cezar Peluso pelo provimento do recurso, destacando este último que caso o Fisco realmente necessite desses dados bancários, pode requerer perante o Poder Judiciário.

A votação final do RE foi de cinco votos a quatro pelo provimento do recurso. Portanto, o resultado do julgamento de mérito foi o oposto do anterior, decidido em liminar.

Do exposto, é possível concluir que a jurisprudência do STF, no tocante à possibilidade de a Administração Fazendária decretar a quebra do sigilo bancário sem requerer ao Poder Judiciário, ainda é incerta. Embora o Tribunal tenha dado resposta negativa na última ação que julgou, é importante salientar que ela foi fruto de uma reviravolta, possível apenas por conta das circunstâncias daquele julgamento, em especial pela ausência do Min. Joaquim Barbosa.

A questão está pendente de análise pelo Tribunal em controle concentrado de constitucionalidade, por conta das ADIs que questionam a LC 105/01 e os decretos (3.724/ 01 e 4.489/02). Em face do descrito neste item, é absolutamente imprevisível qual será a decisão do STF nessas ADIs.

¹⁷⁰V. (STF: RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 253): "*Eventualmente posta a questão da maneira como está, ela, de certa forma, cerceia o meu direito de pedir vista do processo, e diante disso é que manifesto desde logo o meu voto. Se Vossa Excelência assim entender, se encaminhar dessa maneira, eu suspendo o meu pedido de vista. Se for o caso, se eu estiver sendo cerceada no meu direito de pedir vista, eu, desde logo, manifesto o voto*".

¹⁷¹V. (STF: RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 253): "*Nós é que não vamos ter oportunidade de votar depois, se o remédio se tornar inútil. Isto é, o alcance do seu pedido de vista está garantido em qualquer hipótese, e também dos que pensam em sentido contrário. E, em atendimento a uma velha regra de cortesia em julgamento colegiado, o Min. Celso de Mello e eu não adiantamos voto, que é conhecido, mas só por isso. Agora, se não for concedida a liminar, o seu pedido de vista terá toda a utilidade, mas os nossos eventualmente poderão não ter nenhuma*".

Outra conclusão importante é um aparente descompasso entre lei, doutrina e a jurisprudência do STF¹⁷². A legislação atualmente em vigor (LC 105/01), especialmente em seu art. 6º, é expressa e clara no sentido de a Administração Fazendária poder, por si própria, decretar o afastamento do sigilo dos dados bancários, desde que atendidos os requisitos (haver procedimento fiscal ou processo administrativo e a medida ser indispensável). O mesmo se pode dizer da doutrina, pelo menos em relação às obras que li sobre o assunto¹⁷³. Já a jurisprudência do STF, a despeito de esse trabalho não ter chegado a uma conclusão quanto ao entendimento da Corte, parece que há maior resistência a essa idéia.

Na realidade, o Tribunal é dividido: cinco ministros¹⁷⁴ entendem que o Fisco tem esse poder, e os outros cinco¹⁷⁵ negam¹⁷⁶. O fato de à época dos julgamentos da AC 33 e do RE 389.808 o Plenário estar composto por dez Ministros e este ser um número par também dificultou a formação de uma posição majoritária.

Por fim, vale ressaltar que adotar um ou outro posicionamento quanto à prerrogativa da Administração Fazendária de realizar a quebra do sigilo bancário é defensável juridicamente: ambos os entendimentos estão respaldados por normas constitucionais e infraconstitucionais. A questão

¹⁷²Neste sentido, a pesquisa empírica com base nas decisões do STF parece ser de extrema valia para o aprendizado do Direito. Enquanto a lei pode ser declarada inconstitucional e o entendimento doutrinário pode ser fulcro de ideologias de cada autor, a pesquisa empírica nos dá possíveis referências de qual será a decisão, caso a ação chegue ao último órgão do Judiciário brasileiro.

¹⁷³Faço referência em especial às obras de FERRAZ JR. (2007), SARAIVA FILHO (1995) e COVELLO (2001), obras importantes sobre o sigilo bancário, além de serem citadas pelos Ministros do STF.

¹⁷⁴São eles: Dias Toffoli, Carmen Lúcia, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Carlos Britto.

¹⁷⁵Pensam assim os seguintes Ministros: Cezar Peluso, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes (estou considerando a última manifestação dele).

¹⁷⁶As decisões do STF são tomadas a partir das opiniões individuais de cada Ministro, sem a necessidade de convergência sobre o fundamento da decisão. Isso impossibilita saber o que a Corte pensa. É possível indicar o que cada Ministro pensa, inclusive, foi possível agrupá-los, mas não o entendimento do Tribunal. Novamente, a metáfora das "onze ilhas" pode ser utilizada para descrever o STF.

parece ser, então, mais de posicionamento ideológico, do que propriamente jurídico. É o que conclui COVELLO (2001: 186), conclusão da qual compartilho:

“A matéria envolve aspectos ideológicos mais do que jurídicos, tornando-se controversa, especialmente porque a exceção de que se trata importa em intervenção estatal na vida privada dos cidadãos, e o direito à intimidade é um dos últimos refúgios da personalidade do indivíduo contra o Estado todo-poderoso. Além disso, enquanto o sigilo bancário é instituição antiquíssima, já firmada na consciência dos povos, o intervencionismo estatal é relativamente recente no cenário jurídico das nações, conflitando-se com os ideais de liberdade tão acaloradamente defendidos nos tempos modernos”.

3.4. Qual a consequência imputada a quem afasta o sigilo bancário sem ter legitimidade para tanto?

O afastamento do sigilo bancário por quem não tem legitimidade para tal é criminalizado pelo art. 10¹⁷⁷ da LC 105/01, que foi analisado pelo STF quando do julgamento do “caso Francenildo”. Antônio Palocci Filho (à época Ministro da Fazenda), Jorge Mattoso (à época, presidente da Caixa Econômica Federal) e Marcelo Netto (à época, assessor de imprensa do Ministério da Fazenda) foram acusados de participarem em conjunto de uma quebra ilícita, além de terem divulgado as informações bancárias do caseiro aos meios de comunicação. A finalidade era desqualificar publicamente Francenildo, demonstrando ter ele recebido em sua conta um depósito de origem desconhecida de 40 mil reais, valor incompatível com seus ganhos, logo após ter prestado depoimento à “CPI dos Bingos”, na qual ele relatou supostos ilícitos de Palocci.

¹⁷⁷Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar”.

Este caso é ilustrativo de como a devassa de dados bancários de alguém pode ferir a privacidade e a intimidade de uma pessoa: em poucos dias, uma pessoa simples, que trabalhava como “caseiro” em uma propriedade de um Ministro, passou a ser conhecido por todo o Brasil. Além de seus gastos terem sido difundidos, sua imagem fora denegrida, pois ele era acusado de ter recebido propina para mentir em seu depoimento e, assim, prejudicar o Min. Antonio Palocci.

Os denunciados se defenderam argumentando que se tratava de fato atípico, pois o ato praticado teve incidência do parágrafo 3º¹⁷⁸ do art. 1º da LC 105/01, e não o art. 10 desta mesma lei. Em face deste argumento, o Min. Relator Gilmar Mendes buscou elucidar o que estaria no âmbito de incidência do art. 10 da LC 105/01. O problema, segundo ele, é que ao utilizar como núcleo do tipo o verbo “quebrar”, a lei não oferece precisa descrição da ação necessária para a consumação do delito.

Em primeiro lugar, segundo o Min. Gilmar Mendes, a ação típica examinada neste tipo não traz para o seu núcleo o ânimo do agente, sendo diferente, portanto, de tipos penais como o da prevaricação¹⁷⁹, em que o elemento subjetivo do tipo está presente como meta que o agente quer alcançar. Caso fosse desse modo, seria inviável dar autorização ao manuseio das contas aos servidores, gerentes e administradores das instituições financeiras e, a despeito de estarem cumprindo dever funcional ou legal, poderiam ser penalmente responsáveis com base na eventual intenção que o levou a examinar os dados bancários de alguém. A separação entre conduta lícita e ilícita seria perigosamente subjetiva e incompatível com o princípio da taxatividade.

¹⁷⁸§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo: IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;”

¹⁷⁹Art. 319 do Código Penal: “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, *para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*” (grifei).

Em segundo lugar, o Ministro registra duas hipóteses para a quebra: a de acesso indevido (ou seja, violação ou intrusão) e a de divulgação de dados. Na primeira hipótese, poderá realizar o núcleo do tipo aquele que acessa os dados da conta sem estar autorizado a tanto. Um exemplo seria o *hacker*. Para esta primeira hipótese, qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo e, portanto, se trata de um crime comum, desde que não seja uma pessoa autorizada a ter acesso.

Na segunda hipótese, a conduta “divulgar” pressupõe que o agente, detendo legitimamente a informação, a entregue ou a revele a terceiro não integrante da cadeia de pessoas autorizadas a conhecer o seu teor. Neste caso, só poderá realizar o núcleo do tipo o sujeito que detinha a autorização de acesso. Trata-se de um crime próprio, portanto.

A distinção entre as duas condutas foi importante para a solução do caso, pois o STF, por maioria de seus Ministros, recebeu a denúncia apenas em relação a Jorge Mattoso, pois somente ele teria praticado o crime de quebra ilícita do sigilo bancário, ao deter legitimamente as informações da conta de Francenildo, revelou os dados bancários à imprensa e a terceiros, incluindo o ex-ministro Antonio Palocci. O entendimento do STF neste caso poderá ser precedente para novos crimes de quebra do sigilo bancário.

4. Considerações Finais

Ao iniciar seu voto no “caso do Fisco”, a Min. Ellen Gracie fez a seguinte consideração acerca do sigilo bancário:

“O sigilo bancário constitui matéria bastante controversa nos tribunais, pois envolve alta indagação quanto à interpretação das garantias fundamentais e delicada ponderação de princípios constitucionais” (STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 61).

Essa passagem do voto da Ministra demonstra a relevância que uma pesquisa acerca do sigilo bancário poderia ter. Primeiramente, apresentarei as conclusões gerais desse trabalho, para depois fazer uma análise crítica sobre este trecho do voto da Ministra.

O primeiro passo dado nesta monografia era buscar entender a visão do STF quanto à relação entre o sigilo bancário e a Constituição Federal de 1988, dado que a Carta não o faz de maneira explícita. A análise empírica me permitiu concluir que a grande maioria dos Ministros do STF entende ser o sigilo bancário protegido constitucionalmente – através do direito à privacidade e à intimidade.

Apenas dois Ministros apresentaram visão contrária, mas as razões apontadas eram frágeis e inconsistentes. Pelo fato de esses Ministros não fazerem mais parte da composição da Corte, afirmei que na atual composição do STF o entendimento pacificado é de *constitucionalidade* para o sigilo bancário, inclusive, comprovei com trechos dos votos deles nesse sentido.

No tocante à relação entre o direito à privacidade e à intimidade e o sigilo bancário, foi possível extrair dos acórdãos lidos que o Tribunal estabelece uma relação de gênero-espécie (respectivamente). Neste aspecto, seria importante, a meu ver, que o Tribunal apresentasse uma explicação coerente para essa afirmação, até mesmo porque há quem negue tal relação – por exemplo, o Min. Francisco Rezek.

Por isso, embora eu concorde com a *conclusão* – isto é, que o sigilo bancário deva ser protegido por revelar questões atinentes à personalidade das pessoas -, acredito que faltou ao STF apontar uma *justificativa*, já que o recurso utilizado por eles para justificar foi o de usar exemplos. De fato, os exemplos comprovam a pertinência do sigilo bancário sobre a vida privada de alguém, todavia exemplos deveriam servir para *ilustrar* e não justificar.

Embora não tenham sido explícitos, a justificativa pode ser encontrada nas manifestações dos Ministros acerca da *relatividade* do sigilo bancário.

Quando a Min. Ellen Gracie ou o Min. Celso de Mello, por exemplo, dizem que o “direito à privacidade e à intimidade protege *prima facie* o sigilo bancário” ou que há certa “ampliação da esfera de incidência das franquias individuais”, a meu ver, eles querem destacar que o direito à privacidade e à intimidade deve ser entendido como um *princípio*.

Caso esta última interpretação esteja correta e o direito à privacidade e à intimidade deva ser entendido como princípio, fica fácil entender a relação entre esse direito e o sigilo bancário: na tentativa de proteger a privacidade e a intimidade dos indivíduos na maior medida do possível, inevitavelmente o direito à privacidade e a intimidade abarcaria as informações bancárias das pessoas, já que estas revelam um aspecto importante da personalidade de cada um.

A partir da conclusão de constitucionalidade do sigilo bancário, era preciso entender em qual dispositivo da Constituição ele teria amparo. Partimos da premissa de que sua proteção adviria do direito à privacidade e à intimidade e elencamos três possibilidades: os incisos X, XII e XIV do art. 5º da Carta.

Os resultados da pesquisa empírica foram os seguintes: todos os Ministros fizeram alusão ao inciso X, por ser este a cláusula geral de proteção à privacidade; apenas o Min. Marco Aurélio e o Min. Celso de Mello também fundamentaram com base no inciso XII e apenas o Min. Ilmar Galvão mencionou o inciso XIV.

A grande divergência dos Ministros do STF foi em relação à interpretação do inciso XII, especialmente no que toca a expressão “sigilo de dados”, novidade da Constituição de 1988. Embora a redação do dispositivo seja confusa quanto ao objeto protegido por essa expressão, é pacífico no Tribunal o entendimento de que se protegem as *comunicações de dados*. Assim, concluímos que para a Corte, o sigilo bancário tem amparo tanto no inciso X, quanto no inciso XII, cabendo ao primeiro a tutela genérica do sigilo bancário, enquanto ao segundo a tutela das comunicações de dados bancários.

Posteriormente, buscamos os fundamentos para se decretar o afastamento do sigilo bancário. Apenas para tornar mais didática a exposição dos fundamentos, dividi-os em fundamento objetivo (qual interesse e quais critérios são necessários para a quebra) e subjetivo (que sujeitos podem decretá-la).

Quanto ao primeiro aspecto, o STF entende ser possível excetuar o sigilo bancário quando houver algum interesse axiologicamente superior a ele: como exemplos, os Ministros citam o interesse público e o interesse da justiça. A principal solução apontada pelo Tribunal é a de que o juiz ou o operador do Direito, no caso concreto, deverá fazer um juízo de *sopesamento* ou *ponderação* em relação à colisão.

Entender o direito à privacidade e à intimidade como princípio nos auxiliou na explicação quanto à relatividade e à fundamentação constitucional do sigilo bancário. Em termos gerais, nos auxiliou também na compreensão do por que o STF desconsidera a existência de direitos absolutos.

Outro dado importante em relação à relatividade do sigilo bancário é o de que não basta, porém, a existência do mero interesse (público ou da justiça). Por se tratar de medida excepcional e de restrição a direitos individuais, a quebra deve atender certos critérios, como a existência de indícios de autoria e materialidade do ilícito, a comprovação de que a medida é indispensável e que o requerimento esteja fundamentado. Deve seguir também o procedimento previsto na lei. A meu ver, tais critérios apontados pela Corte buscam atender a um juízo de *proporcionalidade* (como há restrição da faculdade de manter sigilo às informações bancárias, que a restrição a essa garantia seja, ao menos, *proporcional*) e procuram estar em conformidade com o *devido processo legal*.

A respeito do fundamento subjetivo, nos acórdãos lidos, foi possível perceber a existência de dois posicionamentos: o primeiro, mais rígido, entende que apenas o Poder Judiciário pode excetuar o sigilo bancário, ou quando muito, as CPIs; o segundo, mais flexível, entende haver outros

sujeitos, sobretudo, porque a legislação infraconstitucional os legitimam. Esses dois entendimentos são encontrados, inclusive, na atual composição do STF.

Uma exceção extraída da jurisprudência do Tribunal é quanto ao Ministério Público. Todavia, não se trata de uma competência genérica, mas tão somente quando existir envolvimento de recursos públicos. Neste caso, entendeu o STF que o sigilo bancário não pode ser alegado, porque o princípio informador é o da publicidade, e não o da privacidade.

Quando questionado acerca da possibilidade de o TCU e o Banco Central decretarem a quebra, o STF entendeu não terem eles essa prerrogativa. Já quanto às CPIs, a Corte confirmou a previsão da lei, no sentido de terem elas essa prerrogativa.

A exceção mais polêmica, quanto à Administração Fazendária, ainda é uma incógnita no entendimento do STF. A reviravolta nas decisões do julgamento da liminar e depois do julgamento de mérito no “caso do Fisco” não nos permite extrair uma conclusão¹⁸⁰. A polêmica só será encerrada quando do julgamento das diversas ADIs ajuizadas perante o STF¹⁸¹ e que questionam dispositivos da LC 105/01.

Por fim, esta pesquisa alcançou outra resposta significativa: é imputado um crime para a quebra ilícita. Segundo o entendimento do Tribunal, o tipo penal não envolve a pesquisa anímica do sujeito e pode se materializar sob duas formas: “acesso indevido” e “divulgação”.

Além das conclusões acima delineadas, foi possível obter outras, não menos significativas.

¹⁸⁰Concluir em qualquer sentido neste caso pode ser enganoso: não é possível afirmar peremptoriamente que o Tribunal entende pela ilegitimidade do Fisco, pois a decisão de mérito só foi possível pelas circunstâncias do dia em que a ação foi julgada, isto é, diante da ausência de um Ministro, que iniciou a divergência no julgamento da liminar, além de a composição da Corte contar com apenas dez Ministros àquela época; não é possível dizer que há legitimidade do Fisco, porque a decisão de mérito foi posterior e revogou a decisão da liminar.

¹⁸¹Quando isso for feito, uma nova pesquisa poderá ser feita para se verificar se as conclusões desta pesquisa condizem com a postura do STF.

Foi possível extrair que a quebra do sigilo bancário é para o STF um importante instrumento processual penal para a investigação e repressão de ilícitos, especialmente quando o destino inexorável de diversos crimes é a conta bancária de alguém. Os casos de corrupção, uma das pragas do Estado brasileiro, são exemplificativos: se em um primeiro momento, o autor do ilícito acredita estar escondendo a prova do crime em sua conta bancária, em um segundo momento, com a determinação da quebra, essa barreira é transposta.

Cabe observar ainda que a Corte, diferentemente do que conclui FONSECA (2010: 21) em sua obra, não parece seguir a tendência dos tribunais constitucionais de outros países, no sentido de flexibilização do sigilo bancário. O “caso do Fisco” é um exemplo claro disso. O Tribunal ainda não tomou posicionamento claro a esse respeito, mas foi possível perceber que o entendimento rígido quanto à decretação da quebra ainda é forte no STF. Haveria, inclusive, incompatibilidade com a doutrina majoritária¹⁸², a qual defende essa prerrogativa ao Fisco, enquanto o STF se mostrou mais reticente.

Após a exposição das conclusões deste trabalho, é possível fazer uma análise crítica do afirmado pela Min. Ellen Gracie. De fato, trata-se de um tema bastante controvertido nos tribunais, e em especial no STF: o “caso do Ministério Público” e o “caso do Fisco” são exemplos claros. Neste último, inclusive, o Tribunal decidiu a liminar e o mérito de maneira oposta em apenas vinte e um dias.

Quanto à “delicada ponderação de princípios constitucionais”, conclusão diferente não poderia ser dada: dependendo do entendimento de cada Ministro a respeito da intervenção no direito à privacidade e à intimidade e dos valores em jogo, o caso concreto poderá ser decidido de diferentes maneiras.

¹⁸²Não apenas majoritária, como também a doutrina de maior referência, inclusive, para os Ministros do STF. As obras de FERRAZ JR. (2007), COVELLO (2001) e SARAIVA FILHO (1995) são comumente citadas por eles e todas elas defendem essa prerrogativa ao Fisco.

5. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 5ª ed. Kiel. Editora Suhrkamp Verlag, 2006 (traduzido por Virgilio Afonso da Silva, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2008).

COVELLO, Sergio Carlos. *O Sigilo Bancário*. 2ª ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2001.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 10ª ed. Lisboa. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito Constitucional*. 1ª ed. São Paulo. Editora Manole, 2007.

_____. "Privacidade e Publicidade no Limiar do Século XXI", *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, pp. 493-501, 2004.

_____. "Liberdade de informação e privacidade ou o paradoxo da liberdade", *O cinqüentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*, Edusp, São Paulo, 1999. Esse texto está disponibilizado na Internet no seguinte endereço: <http://culturaerevolucao.wordpress.com/2010/10/19/liberdade-de-informacao-e-privacidade-ou-o-paradoxo-da-liberdade/>.

_____. "Sigilo bancário", *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 14, pp. 13-27, 2001.

_____. "Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 88, pp. 440 e ss, 1993.

FONSECA, Anna Luiza Ramos. "Sigilo Bancário em Portugal e no mundo – da flexibilização ao protecionismo". Coimbra, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. "Onze Ilhas". *Folha de São Paulo, Tendências e Debates* 01.02.2010, disponível em: <http://avaranda.blogspot.com/2010/02/conrado-hubner-mendes.html>.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. "Sigilo Bancário e a Administração Tributária". *Revista de Informação Legislativa*, n. 125, pp. 14-24, 1995, disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176307>.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2010.