



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

JEZRAEL ANIZIO DE AGUIAR

A QUEBRA DE SIGILO FINANCEIRO COMO COMPETÊNCIA
EXCLUSIVA DO PODER JUDICIÁRIO EM DETRIMENTO DA
COMPETÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA

SOUSA - PB
2008

JEZRAEL ANIZIO DE AGUIAR

A QUEBRA DE SIGILO FINANCEIRO COMO COMPETÊNCIA
EXCLUSIVA DO PODER JUDICIÁRIO EM DETRIMENTO DA
COMPETÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr. Anrafel de Medeiros Lustosa.

SOUSA - PB
2008

JEZRAEL ANIZIO DE AGUIAR

A QUEBRA DE SIGILO FINANCEIRO COMO COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO
PODER JUDICIÁRIO EM DETRIMENTO DA COMPETÊNCIA DA FAZENDA
PÚBLICA

Trabalho de conclusão apresentado ao
Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
da Universidade Federal de Campina
Grande, em cumprimento aos requisitos
necessários para a obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e
Sociais.

Aprovada em: 02 de dezembro de 2008.

BANCA EXAMINADORA

Orientador – Professor Anrafel de Medeiros Lustosa

Examinadora – Professora Georgia Graziela Aragão de Abrantes

Examinador – Professor Ludemario Ramos de Araujo

Sousa – PB
Dezembro/2008

AGRADECIMENTO

Em primeiro lugar ao meu DEUS, doador da vida, por sua graça, misericórdia e fidelidade despendida ao meu favor;

Aos meus pais, pela sua dedicação, crédito e incentivo no desbravamento das dificuldades de minha caminhada;

A meu orientador Anrafel, pelas sugestões e condução otimista no desenrolar do presente trabalho,

A todos meus parentes, amigos e colegas que de alguma forma, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização deste trabalho acadêmico.

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho a meus pais, e ao amor da minha vida, que acredito ser a fonte de inspiração e razão da minha resistência para superar todas as dificuldades rumo ao sucesso.

RESUMO

Esta pesquisa científica se propõe a tratar de um tema bastante discutido nas instituições financeiras: a quebra de sigilo financeiro como competência exclusiva do Poder Judiciário em detrimento da administração pública. O trabalho desenvolvido norteou-se pelos seguintes objetivos: no primeiro momento, analisa-se o tema sob o ponto de vista, de sua definição jurídica, objeto e fundamentos, enfatizando a liberdade dada ao Estado pelo povo, quando da elaboração do Pacto Social, e a forma abusiva como o Estado usa essa liberdade para alcançar seus objetivos, mostrando a inobservância do mesmo aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito deixando de agir de acordo com o Poder Constituinte, vontade expressa do Povo na elaboração de sua Carta Constitucional, para legislar em prol dos seus próprios interesses; no segundo momento, trata-se da constitucionalidade do tema e dos vícios da adoção da legislação da competência concorrente, e no último momento, relaciona-se a competência exclusiva do Poder Judiciário com os princípios: da separação orgânica dos poderes, da indelegabilidade de atribuições, da impossibilidade de exercício simultâneo de funções e o da reserva de jurisdição. A presente pesquisa fundamentou-se, portanto, na consulta a doutrinas, códigos, leis e artigos retirados da Internet. Ao alcance da atividade proposta, apresentou-se cabível a utilização dos métodos bibliográfico e exegético-jurídico. Os estabelecimentos financeiros são sem dúvida um dos pilares mais importantes da sociedade moderna, em virtude de serem molas propulsoras da inserção de capital em forma de investimento, por vezes na forma de financiamento, sendo os principais meios de circulação de riquezas e os mais afetados por serem reféns ao mesmo tempo do cliente e do Estado. Ao final da pesquisa, deveras houve a confirmação do problema e da hipótese elaborada, quais sejam: Problema – No que se refere a competência para a quebra do sigilo financeiro, deverá ser ela exclusiva do Poder Judiciário? Hipótese – Sim, pois entende-se que a quebra de sigilo financeiro diretamente por agentes da administração sem ser submetida a apreciação do Poder Judiciário, é inconstitucional.

Palavras-chave: Sigilo bancário, instituições financeiras, constitucionalidade, competência exclusiva, Poder Judiciário.

ABSTRACT

This scientific research intends treat of a theme quite discussed in the financial institutions: The break of financial sigil as exclusive competence of Judiciary Authority to the detriment of the public administration. The break of bank secrecy as exclusive competence of Judiciary Authority. The developed work was guided by the following objectives: in the first moment, it's analyzed the theme under the point of view, of juridical definition, object and foundations, emphasizing the freedom given to the State by the people, when in the elaboration of the Social Pact, and the abusive way as the State uses that freedom to reach their objectives, showing the inobservance of the same to the basic origins of the Right's Democratic State leaving acting in agreement with the Constituent Authority, expressed wish of the People in the elaboration of his Constitutional Letter, to legislate on behalf of their own interests; in the second moment, it's treated treats of constitutionality of theme and of bad habit harms of the adoption of the legislation of the competitive competence, and in the last moment, it's link relates the exclusive competence of the Judiciary Authority with the origins: of the organic separation of the powers, of the unauthorized indelegability of attributions, of the impossibility of simultaneous exercise of functions and the of jurisdiction reservation. The present research was based, therefore, in the consultation the doctrines, codes, laws and extracted articles of the Internet. To the proposed activity's reach, was shown appropriate the use of bibliographical methods and juridical interpretations. The Financial bank establishments are without a doubt one of the most important pillars of the modern society, in virtue of they be propulsory springs of the capital insert in investment form, sometimes in the financing form, being the main means of circulation of wealth and the most affected for they be hostages at same time of the customer and of the State. At the end of research, really there was the confirmation of the problem and of the elaborated hypothesis, which are: problem - In the one what does the competence refer for the break of the financial secrecy, should she be exclusive of the Judiciary Authority? Is there exclusive competence of the Judiciary Authority for break of the bank secrecy? Hypothesis – Yes, because it's understands each other that the break of financial sigil directly for administration agents without the appreciation of the Judiciary Authority be submitted, it's unconstitutional. Other understands that the break of bank secrecy for agents of competitive competence is unconstitutional.

Key-words: Bank sigil, financial institutions, constitutionality, exclusive competence, Judiciary Authority.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Adin – Ação direta de inconstitucionalidade
Art. – Artigo
BA - Bahia
c/c – Combinado com
CE – Ceará
Cf. – Confira, confronte
CF - Constituição Federal Brasileira
CNC – Confederação Nacional do Comércio
CNI – Confederação Nacional da Indústria
CTN - Código Tributário Nacional
Dec. - Decreto
DF – Distrito Federal
DJ – Diário da Justiça
DJU – Diário de Justiça da União
DOU - Diário Oficial da União
IN – Instrução Normativa
Julg. - Julgado
LC – Lei Complementar
Min. – Ministro
MPF – Mandado de Procedimento Fiscal
MS – Mandado de Segurança
MSMC – Mandado de Segurança Coletivo
n.º - Número
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
Op. cit. – Na obra citada
p. – Página
PSL – Partido Social Liberal
RE – Recurso Extraordinário
RECR – Recurso Extraordinário Criminal
Rel. – Relator

Res. - Resolução

REsp – Recurso Especial

RMF - Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira

SRF – Secretaria da Receita Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

T. - Turma

TRF – Tribunal Regional Federal

§ - Parágrafo

§§ - Parágrafos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 DO SIGILO FINANCEIRO	13
1.1 Definição e objeto jurídico do sigilo financeiro.....	13
1.2 Fundamentos do sigilo financeiro.....	17
1.3 Hipótese de quebra do sigilo financeiro	19
CAPÍTULO 2 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DAS FORMAS DE QUEBRA DO SIGILO FINANCEIRO.....	25
2.1 Da inconstitucionalidade da Lei complementar 105/2001	29
2.2 Do sigilo financeiro como cláusula pétrea	33
2.3 Vícios materiais na concessão da quebra do sigilo financeiro de forma inconstitucional.....	34
CAPÍTULO 3 DOS PRINCÍPIOS QUE RATIFICAM A COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PODER JUDICIÁRIO PARA QUEBRA DO SIGILO FINANCEIRO	36
3.1 Dos princípios da separação orgânica dos poderes e da indelegabilidade de atribuições	36
3.2 Do princípio da impossibilidade de exercício simultâneo de funções	42
3.3 Do princípio da reserva de jurisdição	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

INTRODUÇÃO

O presente trabalho ora desenvolvido tem por objetivo fazer uma análise objetiva e estrutural sob um tema bastante discutido no mundo jurídico – financeiro, qual seja: a quebra de sigilo financeiro como competência exclusiva do Poder Judiciário em detrimento da competência da Fazenda Pública. É neste contexto que se desenvolve a pesquisa científica, na tentativa de mostrar a inconstitucionalidade da competência concorrente para quebra do sigilo financeiro. Será feito de forma sucinta e objetiva uma análise sobre os direitos e garantias individuais, desde o surgimento do Estado, passando pelos Estados Nacionais até o aparecimento do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, faz-se necessário a utilização dos métodos bibliográfico e o exegético-jurídico, com o uso de doutrinas, códigos, leis, jurisprudência e artigos da internet.

Assim, destaca-se a busca de entendimentos que abordem o tema em análise, qual seja: a quebra do sigilo financeiro como competência exclusiva do Poder Judiciário, que tem grande relevância para o mundo acadêmico e jurídico, além de ser ponto de real discussão entre doutrinadores e juristas.

Quanto à estrutura, este trabalho de conclusão de curso apresentará, no primeiro capítulo uma abordagem sistemática e conceitual sobre sigilo financeiro, sua definição jurídica, seu objeto jurídico, seus fundamentos desde o nascimento do Estado, passando pelos Estados Nacionais até o Estado Democrático de Direito, as suas hipóteses de quebra.

No segundo capítulo, delinear-se-á o tratamento constitucional da quebra do sigilo financeiro, abordando a inconstitucionalidade de leis, decretos e instruções normativas que possibilitam a quebra do sigilo bancário por outras autoridades não integrantes da magistratura, o sigilo financeiro como cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988 e os vícios materiais de se adotar a forma inconstitucional de quebra do sigilo financeiro.

No último capítulo, buscar-se-á tratar de forma clara e objetiva, as posições doutrinárias e jurídicas, que versam sobre a competência exclusiva do Poder Judiciário para quebra do sigilo financeiro, enfocando princípios, a exemplo dos

princípios, da separação orgânica dos poderes e da indelegabilidade de atribuições, da impossibilidade de exercício simultâneo de funções e o da reserva de jurisdição, em detrimento da competência concorrente não assegurada constitucionalmente.

Assim, a problematização a ser solucionada reside em saber: No que se refere a competência para quebra do sigilo financeiro, deverá ser ela exclusiva do Poder Judiciário. Tem como hipótese a ser confirmada: Sim, pois entende-se que a quebra do sigilo financeiro por parte de agentes da Fazenda Pública sem prévia autorização judicial é inconstitucional.

CAPÍTULO 1 DO SIGILO FINANCEIRO

Analisando a evolução do direito, é notório que os direitos fundamentais são considerados o alicerce de toda esta diversidade e especificidade em que se modelaram cada ramo do direito através de sua história.

Foram esses direitos, fruto de árduas e duras conquistas da sociedade, que vieram regular e garantir as relações dos indivíduos entre si, e entre si e o Estado, sendo atualmente previstos na maioria das cartas magnas, inclusive na Constituição Federal Brasileira, na qual estão inseridos a intimidade, a privacidade e o sigilo de dados. Vale antecipar que a inviolabilidade ao direito à intimidade e à vida privada alberga o direito ao sigilo financeiro, objeto de estudo deste capítulo.

1.1 Definição e objeto jurídico do sigilo financeiro

O sigilo financeiro é uma obrigação jurídica das instituições financeiras, de preservarem perante terceiros, os dados adquiridos de seus clientes, no exercício de sua atividade profissional, ressalvado previsão legal nesse sentido.

Covello¹ deu a definição sobre o instituto do sigilo financeiro como sendo a “obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional”. O citado autor justifica ainda o uso do vocábulo obrigação em seu conceito pela maior precisão de seu sentido técnico-jurídico, mais adequado à relação de crédito que se forma entre o cliente e a instituição financeira, estando o primeiro na posição jurídica de credor do silêncio do profissional que efetuou as operações e serviços a ele relacionados. Assim, às instituições financeiras e aos seus prepostos cabe o cumprimento da prestação de não revelar os dados colhidos em razão de sua atividade profissional, obrigação de não fazer.

Por sua vez, consiste a obrigação, no conceito de Pereira², como “o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra uma prestação

¹COVELLO, 2000 apud BELLOQUE, 2003, p. 66.

²PEREIRA, 1996 apud BELLOQUE, 2003, p. 66.

economicamente apreciável". Recorre o autor à etimologia, contendo o vocábulo latino *obligatio* (*ob+ligatio*) a idéia de vinculação ou liame entre pessoas determinadas ou determináveis (credor e devedor, sujeitos ativo e passivo em relação à prestação, que pode ter caráter positivo ou negativo, um fazer ou um não fazer), de forma a indicar cerceamento da liberdade de ação do devedor em benefício do credor.

Ary Brandão de Oliveira, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Miguel Reale, doutrinadores pátrios³, no entanto, refere-se ao conceito do sigilo bancário como o dever jurídico das entidades atuantes no sistema financeiro nacional.

De acordo com o que ensina Ferraz Júnior⁴, o vocábulo dever expressa uma carga ideológica, uma força moral como a que liga às promessas, ou uma aprovação social de determinada conduta à qual vincula-se. Normalmente, a obrigação é um vínculo jurídico que tem por fundamento um dever, ou seja, a primeira é o resultado objetivo do dever, implicando em uma prestação que pode ser exigida.

Ratificando a afirmação acima do Professor Sérgio Carlos Covello, no sentido da existência de uma relação jurídica obrigacional entre a instituição financeira e seu cliente, Belloque⁵ faz as seguintes ponderações:

[...] o fundamento jurídico do sigilo bancário vai um pouco mais além, ou seja, tem maior abrangência e independe de qualquer vínculo contratual entre os envolvidos. Tanto é assim que as instituições devem manter sigilo também acerca das informações que lhes forem prestadas em caráter preliminar a qualquer contratação, mesmo que esta não seja efetuada posteriormente, bem como de dados de terceiros que – não sendo clientes – de qualquer forma estejam envolvidos nas operações realizadas. O fundamento está no respeito à eleição constitucional do valor intimidade e no dever profissional de discricção, o qual, antes de jurídico, é ético e moral, além de largamente consagrado pelo costume. Por outro lado, a sanção de caráter penal imposta à conduta violadora do sigilo também denota a sua natureza de dever jurídico [...].

Tal observância por parte das instituições financeiras ficou mais concreta com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, a qual dedicou um capítulo aos direitos e deveres individuais e coletivos, consagrando a inviolação desses direitos,

³Cf. BELLOQUE, 2003, p. 67.

⁴FERRAZ JÚNIOR, 1996 apud BELLOQUE, 2003, p. 67.

⁵BELLOQUE, 2003, p. 67.

essenciais a vida do indivíduo, pois, sem essa garantia constitucional seria quase que impossível viver em um Estado Democrático.

Dessa forma, o fiscal raramente precisava recorrer à quebra do sigilo bancário para levar a bom termo o seu trabalho. Nos casos em que isso ocorra, lhe é lícito solicitar a quebra ao Juiz de Direito, que por certo, não sendo abusivo, acatará o pedido. O que não parece correto é a presunção de inidoneidade do contribuinte e a conseqüente devassa do seu sigilo bancário, sendo muito perigosa a faculdade do Fisco, que é uma espécie de exercício arbitrário das suas próprias razões. Invadir a privacidade e a intimidade do contribuinte mediante mera presunção especulativa da Receita.

Nesse sentido, o jurista Celso Bastos⁶ assinala que a vida privada de um homem pode ser escrita em minúcias a partir de seus dados financeiros. Com essa assertiva pode-se medir a importância que tem as instituições financeiras, e conseqüentemente, o sigilo bancário na vida privada da sociedade. O sigilo bancário é sem dúvida uma forma de proteção da intimidade constitucionalmente assegurada, em seu art. 5º, XII, que visa salvaguardar não apenas um direito individual, mas uma garantia constitucional de toda a sociedade. Esta presunção de inidoneidade levantada pelo Fisco quando intima um contribuinte para prestar informações, deve ser encarada como uma medida de abalos morais e creditícios de conseqüências irreparáveis.

De sorte, a lei complementar n.º 105/01, juntamente com o Decreto n.º 3.724/01 tentou estabelecer critérios para circulação e divulgação das informações obtidas, mas qual a garantia que pode existir para que a vedação legal seja realmente respeitada.

Portanto, assusta ver a facilidade com que o Poder Legislativo vem paulatinamente desrespeitando à ordem constitucional, que em nome de uma pretensa caça aos sonegadores e em busca de uma maior arrecadação, aprovam medidas tão lesivas a direitos individuais e a autonomia do Poder Judiciário.

Juntamente com o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, o inciso XII, consagra a individualidade, bem como a privacidade de informações pessoais como bens de privacidade individual, sendo inconstitucional qualquer medida de caráter

⁶BASTOS, 1995 apud BELLOQUE, 2003, p. 170 – 173.

consultivo, que não esteja sob o esteio do Judiciário, sob suspeita de forte violação aos princípios constitucionais.

Porém, não é o que acontece. Diariamente a Constituição é arduamente combatida por ilegalidades e abusos que desrespeitam seus princípios e as cláusulas pétreas, ou seja, atacam diretamente o alicerce do Estado Democrático de Direito.

Outro ponto que merece destaque é o princípio constitucional da presunção de inocência, elencado no artigo 5.º, LVII, da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; princípio que foi totalmente transgredido, em face da postura inquisitorial do Governo na busca desesperada de compelir as manifestações criminosas dos sonegadores ao Erário Público.

Dessa forma, a responsabilidade do crime fiscal só poderá ocorrer após o trânsito em julgado do processo criminal, nem mesmo a instância administrativa tem competência para julgar e processar a atitude do contribuinte como lesiva ou não ao Fisco, apenas, pode a Receita, apurar se houve ou não o fato gerador do tributo, o *quantum*, e se o tributo é ou não devido, cabendo apenas ao Judiciário na instauração e instrução do processo criminal, concluir se o contribuinte é ou não sonegador de impostos. Porque, até o trânsito em julgado do processo criminal, a presunção de idoneidade é constitucionalmente garantida pela Carta Magna, sendo uma total discrepância aos preceitos constitucionais as atitudes malfadadas do Fisco no intento de descobrir e coibir os infratores fiscais, pois não é agindo no abuso da força, nem da autoridade que se vai chegar ao êxito de evitar a sangria monetária do Erário pelos sonegadores.

1.2 Fundamentos do sigilo financeiro

No intuito de defender os interesses da coletividade que o forma, surgiram os princípios basilares do Estado Moderno, conseqüentemente o Estado Democrático de Direito, em que todos são iguais perante a lei, ninguém é punido sem que antes lei estabeleça a possibilidade de punição, todos tem direito a ampla defesa e ao contraditório nos procedimentos administrativos e judiciais, não se pode privar nenhum homem de seus bens sem a obediência do devido processo legal, e a dignidade, a privacidade, a honra dos cidadãos tem proteção constitucional inderrogável.

Viga mestra do sistema constitucional moderno é a divisão dos poderes, como pensada por Montesquieu⁷, em que o Estado possui três funções, a legislativa, a executiva e a jurisdicional, as quais, pelo método de freios e contrapesos, levaria a permanência da justiça e da liberdade.

O Estado nasce no espaço aberto pela liberdade, os homens inicialmente livres e em estado de harmonia, resolvem criar o Estado para assim poderem evoluir ainda mais em seus relacionamentos sociais. O Estado já nasce limitado em seus poderes, não é o Estado que se auto-limita, mas sim o povo que confere ao Estado poderes limitados, porquanto reserva para si aquela parte de sua liberdade que é intocável e está protegida no mundo moderno por uma Constituição e seus princípios fundamentais.

John Locke também defendia a limitação do poder, podemos tomar como evidência o trecho de sua obra "Segundo tratado sobre o governo civil"⁸:

[...] seja qual for a forma de comunidade civil a que se submetam, o poder que comanda deve governar por leis declaradas e aceitas, e não por ordens extemporâneas e resoluções imprecisas. A humanidade estará em uma condição muito pior do que no estado de natureza se armar um ou vários homens com o poder conjunto de uma multidão para forçá-los a obedecer os decretos exorbitantes e ilimitados de suas idéias repentinas, ou a sua vontade desenfreada e manifestada no último momento, sem que algum critério tenha sido estabelecido para guiá-los em suas ações e justificá-las[...].

A partir do século XVIII, com o nascer da era das constituições, o tributo se afirma como um preço pago pela liberdade. O homem deixa de contribuir para o

⁷MONTESQUIEU, 2000 apud BELLOQUE, 2003, p. 115.

⁸LOCKE, 2001 apud BELLOQUE, 2003, p. 114.

Estado com o seu próprio corpo, com o seu trabalho, e passa a pagar tributos como preço de sua liberdade.

O agir moral de um Estado há que estar pautado por uma série de valores que permeiam a sociedade, os valores de justiça, de verdade, de honestidade, de confiança, que estão inculcados naquilo que pode-se chamar de moral brasileira. Um grupo de normas morais que contemplam os valores acima citados pode e deve ser juridicizado pelo Direito, ou seja, este conjunto de valores deve ser acolhido no ordenamento jurídico através de normas, de acordo com Kelsen on-line⁹ “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma, [...], designada como norma superior”.

No Brasil este processo de juridicização de valores morais é patente em diversos enunciados jurídicos espalhados pelo Texto Constitucional, a se destacar, a juridicização do princípio da moralidade pública no artigo 37, caput, da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental no artigo 1º, III, o direito à liberdade no artigo 5º, caput.

Colocadas estas premissas, passa-se a indagar: quais são os valores que devem ser protegidos por uma moralidade tributária? Se o Estado nasce no espaço aberto pela liberdade, quais são os limites a que está sujeito o fisco brasileiro em seu direito de tributar? A resposta: o grande valor a ser observado pelo fisco é a liberdade e o principal limite a que está sujeito o fisco é o limite da liberdade. O valor liberdade se sobrepõe ao direito de tributar do fisco, porque este, direito de tributar, é corolário direto daquele, liberdade. O Estado só pode tributar porque o valor liberdade abriu espaço para isto.

Ora, se o fisco federal através de normas complementares, decretos e instruções normativas invade afrontosamente o direito de liberdade do cidadão-contribuinte, direito este protegido constitucionalmente pelos art. 5º, inciso X e XII, em seu agir falta a legitimidade de uma lei tributária constitucional que o ampare, falta a participação do judiciário no ato da tocabilidade no direito de liberdade do cidadão, enfim, legislar contra Direitos e Garantias Fundamentais protegidos pela Constituição Federal é uma repudiante ofensa ao direito de liberdade.

⁹KELSEN, 1974 apud SACCANI, 2006, “in”, www.jdtl.com.br

A legislação tributária, artigo 96 do Código Tributário Nacional – CTN, há que observar a Constituição Federal, não apenas na visão estática dos enunciados jurídicos. A legislação tributária há que observar a Constituição Federal no agir prático da moral tributária do fisco brasileiro, na aplicação do valor liberdade como princípio norteador e limitador do direito de tributar. Admitir a quebra do direito de liberdade do cidadão, mediante ofensa a seu sigilo financeiro via instrução normativa (IN-SRF 802/2007) ou até mesmo através da Lei Complementar nº. 105/07 é um retrocesso.

Louvável a intenção de combater o sonegador, mas por que não permitir, como insculpido na Constituição Federal, a apreciação do Judiciário? Quais os critérios para se diferenciar o sonegador do contribuinte honesto? Como assegurar a privacidade e a segurança, frente a esse superpoderoso órgão, de quem sempre pagou em dia seus tributos?

1.3 Hipóteses de quebra do sigilo financeiro

Os arrazoamentos sobre o tema se intensificaram e tornaram-se fruto de discussão, com a publicação no Diário Oficial da União, do dia 10 de janeiro de 2001, da Lei Complementar nº 105 e do Decreto nº 3.724. Com base nesta legislação, as autoridades fazendárias, passaram a justificar que para fiscalizar as contas bancárias dos contribuintes não era mais necessária autorização do Poder Judiciário, como se pode observar nos seguintes dispositivos legais que regem a matéria:

Lei Complementar nº 105/2001

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§3º Não constitui violação do dever de sigilo:

VI - a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.

Art. 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 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 (grifo nosso)*.

Decreto nº 3.724/2001

Art. 1º Este Decreto dispõe, nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 sobre a requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal e seus agentes, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, em conformidade com o art. 1º, §§ 1º e 2º, da mencionada Lei, bem assim esclarecer procedimentos para preservar o sigilo das informações obtidas.

Art. 2º A Secretaria da Receita Federal, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal, somente poderá examinar informações relativas à terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.

§2º O procedimento de fiscalização somente terá início por força de ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), instituído em ato da Secretaria da Receita Federal, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º deste artigo.

Art. 4º Poderão requisitar as informações referidas no caput do art. 2º as autoridades competentes para expedir o MPF.

§1º A requisição referida neste artigo será formalizada mediante documento denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) e será dirigida, conforme o caso, ao:

III - presidente da instituição financeira, ou entidade a ela equiparada, ou a seu preposto;

IV - gerente de agência.

§ 2º A RMF será precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira, necessária à execução do MPF.

Portanto, conforme se observa dos enunciados normativos acima dispostos, a legislação infraconstitucional e o seu regulamento passaram a outorgar ao Poder Executivo a legitimidade de resolver o confronto entre o interesse público e o direito fundamental individual (cláusula pétrea), determinando e promovendo a quebra do sigilo financeiro por decisão exclusiva sua, sem a prévia autorização do Poder Judiciário.

Tal possibilidade altera profundamente o ordenamento jurídico brasileiro, por colidir com princípios resguardados na Constituição, em seu artigo 5º, tais como o direito à privacidade e intimidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil – CF, de forma inédita e inovadora em nosso ordenamento jurídico, consagrou a inviolabilidade de dados como um dos direitos fundamentais do cidadão, dispondo no artigo 5º:

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

Discute-se na doutrina acerca da localização do sigilo financeiro no bojo da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que o sigilo bancário constitui expressão do direito da intimidade e privacidade, tendo por fundamento o inciso X do artigo 5º da Constituição: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

Também o Superior Tribunal de Justiça entendeu, em diversos julgados, que o sigilo bancário pode ser quebrado com autorização judicial, porém em situações excepcionais, diante de fundadas razões, sendo imprescindível demonstrar a necessidade das informações solicitadas, com o estrito cumprimento das condições legais autorizadas. Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INTERESSE PÚBLICO. POSSIBILIDADE EM FACE DE ORDEM DE JUIZ COMPETENTE. ART. 5º, X, XII E LV, DA CARTA MAGNA. PRECEDENTES. 1- Pacífica a orientação deste Egrégio Tribunal Superior no sentido de que o 'sigilo bancário não constitui direito absoluto, podendo ser desvendado diante de fundadas razões, ou da excepcionalidade do motivo, em medidas e procedimentos administrativos, com submissão a precedente autorização judicial. Constitui ilegalidade a sua quebra em processamento fiscal, deliberado ao alvitre de simples autorização administrativa¹⁰.

¹⁰REsp. nº 114741/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Milton L. Pereira, DJ de 18/12/1998, "in" www.ambito-juridico.com.br

Havendo autorização judicial, obviamente sendo essa acompanhada de decisão motivada, com justificativa razoável, é possível a quebra do sigilo bancário. Todavia, a questão que se coloca aqui é mais complexa.

A Lei Complementar 105/01 prevê a possibilidade de acesso, pela Administração Tributária, aos dados sigilosos mantidos pelas instituições financeiras, sem a devida autorização do Poder Judiciário. O artigo 6º da referida lei dispõe que:

As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Ademais, em virtude do disposto no artigo 6º da já citada lei, expediu o Poder Executivo Federal o Decreto nº 3.724/01, cuja atribuição foi de regulamentar o artigo 6º, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal e seus agentes, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a ela equiparadas. O decreto supramencionado criou um procedimento administrativo – fiscal para a "quebra" do sigilo bancário, onde duas condições são indispensáveis, quais sejam, procedimento de fiscalização em curso e indispensabilidade da violação de dados.

De outra parte, o procedimento de fiscalização somente terá início em face de ordem expressa constante em Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), por auditor fiscal da Receita Federal. Contudo, nos casos de flagrante constatação da prática de infração à legislação tributária, que venha a colocar em risco os interesses da Fazenda Nacional, o procedimento fiscalizatório deverá ser iniciado imediatamente, e, no prazo de cinco dias, contados de sua data de início, será expedido MPF especial, no qual será oficializada a ciência ao sujeito passivo.

O "Mandado de Procedimento Fiscal" tem o único objetivo de conferir uma pseudo-legitimidade à quebra do sigilo bancário. Todavia, para surpresa e indignação, prevê o referido Decreto uma série de hipóteses que dispensam o

referido Mandado de Procedimento Fiscal, como, por exemplo, no caso de procedimento de fiscalização que seja realizado no curso de despacho aduaneiro. Se mesmo com o Mandado de Procedimento Fiscal já não havia contraditório, sem ele resta ainda mais flagrante o total desrespeito à ordem constitucional.

Neste ponto é preciso tratar da chamada reserva constitucional de jurisdição, que será melhor aprofundada no capítulo 3 desta pesquisa. Este seria um postulado no sentido da submissão de determinadas decisões ao âmbito exclusivo de ação dos magistrados, tendo em vista que, o conhecimento de informações bancárias ou financeiras está inserido na referida reserva constitucional. Com efeito, a Constituição estabelece em seu artigo 5º, inciso XXXV que: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

A exceção é o já pacificado entendimento pelo Supremo Tribunal Federal de que a matéria atinente ao sigilo bancário não está acobertada pelo princípio constitucional da reserva de jurisdição porque há expressa autorização dada às Comissões Parlamentares de Inquérito, para decretar a quebra, quando necessária, conforme fundamenta Alexandre de Moraes¹¹ no artigo 58 da Constituição Federal – CF:

§3º As comissões parlamentares de inquérito, *que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores (*grifo do autor*).

Essa autorização dada às Comissões Parlamentares de Inquérito é apenas uma ressalva expressa no texto constitucional, que não retira do sigilo bancário a proteção pela reserva de jurisdição no que tange a qualquer outro órgão que pretenda quebrá-lo. Prevalece a reserva de jurisdição no que tange ao sigilo bancário, admitindo-se as Comissões Parlamentares de Inquérito como uma exceção em que essa reserva não será observada. Mantém-se a reserva íntegra, porém, a qualquer outra hipótese que se apresente.

¹¹MORAES, 2006, p. 66.

CAPÍTULO 2 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DAS FORMAS DE QUEBRA DO SIGILO FINANCEIRO

É evidente que a "máquina estatal" encontra-se há muito, com enorme *déficit*, sendo muitos os motivos que ocasionaram e mantêm tal rombo orçamentário. Entretanto, deve-se no momento se ater somente ao que concerne à sonegação fiscal, que vem aumentando a cada exercício.

Na suposta busca de sonegadores fiscais, o Estado tem procurado meios capazes de evitar ou, ao menos, identificar e, por conseguinte, punir tais "deturpadores" do fluxo de caixa estatal.

Uma das medidas adotadas é a exigência, por parte da Receita Federal, ainda no âmbito administrativo, de todos os extratos de contas bancárias e aplicações financeiras, relativos ao período fiscalizado de determinado contribuinte, sendo ele pessoa física ou jurídica.

De acordo com o que foi exposto desde o início desta pesquisa, o sigilo bancário afigura-se como uma garantia constitucional, prevista nos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Tal garantia insere-se na própria intimidade e vida privada dos cidadãos. Contudo, com base na Lei 105/2001 e o Decreto 3.724/2001, a Receita Federal tem requisitado aos contribuintes fiscalizados os já citados documentos bancários, sob pena de não o fazendo, sujeitarem-se ao agravamento de onerosas multas ali previstas.

Iniciado o procedimento de fiscalização e não havendo atendimento por parte do contribuinte acerca das exigências fazendárias, a Secretaria da Receita Federal correspondente expede um ofício conhecido como "Requisições de Informações sobre Movimentações Financeiras (RMF's)" às instituições financeiras nas quais o contribuinte possui conta, almejando os esclarecimentos sobre a movimentação financeira de seu respectivo titular.

Porém, muitas das vezes, no curso deste procedimento administrativo, não é facultado ao contribuinte o acesso aos motivos pelos quais levaram ao afastamento do sigilo financeiro pela autoridade fiscal.

Desse modo, fica o contribuinte sem condições de submeter o procedimento efetivado ao crivo do Poder Judiciário, tendo em vista que desconhece o fundamento

que conduziu a autoridade fiscal à conclusão de que seja indispensável o exame da documentação bancária dos fiscalizados, não tendo, inclusive, como verificar se o caso se enquadra em alguma das hipóteses de indispensabilidade previstas no art. 3º do decreto regulamentador da Lei Complementar 105/2001 – Decreto 3.724/01.

Ora, o art. 3º da Lei 9.784, de 29/01/99, que regula o processo administrativo *lato sensu* na esfera federal assegura ao administrado o direito de "ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas".

De certa forma, é justificável que tenha o Fisco acesso às informações relativas a fatos relevantes, para fins de tributação. Contudo, o aludido acesso deve ser assegurado sem prejuízo dos direitos do contribuinte, eis que devem ser respeitados seus direitos individuais e nos termos da lei, conforme preconiza o art. 145, §1º da CF/88.

Um dos argumentos utilizados pela Receita Federal para a quebra indiscriminada do sigilo bancário do contribuinte é que deve prevalecer o interesse público sobre o privado. Todavia, não bastam remissões à máxima da supremacia do interesse público sobre o particular. Interesse público não pode ser confundido com interesse da Fazenda, pois se isto vier acontecer, a ponto de justificar a violação de artigos constitucionais, nada mais restará como garantia individual.

Analisando o contexto da LC 105/01, sobretudo em seu art. 1º, extrai-se que as instituições financeiras têm o dever e a obrigação de manter o sigilo nas operações e serviços que elas prestarem. Já em relação ao art. 6º, evidente está a manobra do legislador, pois confere amplos poderes a autoridade administrativa, protegendo essa conduta sob o manto do sigilo em seu parágrafo único.

De qualquer modo, o art. 6º da LC 105/01, na verdade, autoriza o acesso irrestrito da Fazenda Nacional às informações do contribuinte fiscalizado, permissão essa que consubstancia evidente inconstitucionalidade, por não espelhar uma interpretação apurada ou sistêmica de seu conjunto.

Denota-se ainda mais a flagrante inconstitucionalidade ao se analisar o Decreto 3.724, de 10 de janeiro de 2001, que regulamenta o art. 6º da LC 105/01, cujos principais dispositivos, deixam claro a possibilidade de quebra do sigilo de

dados e informações financeiras por atos de autoridades administrativas, sem qualquer controle judicial.

Muito embora o mencionado decreto exija a motivação para expedição do que se denominou de "Mandado de Procedimento Fiscal (MPF)", o qual dá origem ao já citado ofício para "Requisição sobre Movimentação Financeira (RMF), a mesma somente poderá ser percebida pelo Poder Judiciário, eis que importa na restrição de direito individual.

É necessário esclarecer que afastar a obrigatoriedade de sujeição da quebra de sigilo bancário ao crivo do Poder Judiciário implica conceder à Fazenda poderes de investigação, acusação, julgamento e condenação.

Fica evidente que os mencionados dispositivos ordenam a descoberta imediata de dados dos contribuintes fiscalizados, deparando-se, por derradeiro, em uma subversão de valores protegidos pelo Direito e pela vontade expressa do legislador constituinte.

Nos dizeres de Celso Ribeiro de Bastos¹, ao tratar sobre sigilo bancário, elucida, observe-se:

A conclusão inexorável é que todos entram em contato com os bancos e aí deixam registrada uma parcela de sua vida íntima, de tal sorte que a bibliografia de um homem poderia ser escrita a partir de seus extratos bancários (...) Hoje, praticamente a vida do homem pode ser escrita a partir de seu talão de cheques e, nas sociedades mais avançadas, pelos cartões de crédito e magnéticos. Permitir-se que o sigilo bancário venha a ser rompido por qualquer forma extraordinária para salvaguarda de interesse de outrem, no mínimo, idêntico, é expor a segurança individual a um constante e absurdo temor frente às possibilidades de controle direto ou pelo vazamento de alguma informação. Seria próprio do mais repugnante autoritarismo esse procedimento.

Insta salientar que inúmeras vezes o Supremo Tribunal Federal foi decisivo ao se manifestar que o sigilo de dados de operações financeiras é o desdobramento do direito à privacidade assegurado no inciso X do artigo 5º da CF/88, que constitui ainda uma das formas de expressão da liberdade prestigiada pela Administração

¹BASTOS, 1995 apud BELLOQUE, 2003, p. 170 – 173.

Pública ou pelo Ministério Público através da ordem judicial, conforme denota-se pelo julgado infra transcrito, on-line²:

CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. CF. ART. 129, VIII. I – A norma inscrito no inciso VIII, do art. 129, da CF, não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a CF consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa, II – RE não conhecido.

Neste diapasão, impende citar acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido nos autos do Recurso Especial nº 196.413, assim ementado, on-line³:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. 1. Firmou-se o entendimento desta Corte sobre a ilegalidade da quebra do sigilo bancário, sem autorização prévia do Poder Judiciário, devido à garantia constitucional da inviolabilidade dos direitos individuais. 2. Recurso Especial Improvido.

Pela análise das citações supra, conclui-se que o sigilo dos dados bancários e operações financeiras constituindo, pois, uma espécie do direito à intimidade, jamais admitiria ruptura sem a provocação do Poder Judiciário e na forma incondicional proclamada nos dispositivos da LC 105/01.

Pelo exposto, demonstrou-se patentemente que a Lei Complementar 105/2001 e o Decreto 3.724/2001, infringiram de modo cristalino os incisos X e XII do artigo 5º da Carta Magna, não podendo, por conseguinte, que a quebra de sigilo bancário seja usada, indiscriminadamente, pela Fazenda Pública ou demais "órgãos fiscalizadores".

²RECR 215301/CE, DJ 28/05/99, Relator Min. Carlos Velloso, "in", www.ambito-juridico.com.br

³STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Julg. em 01/03/2001, "in", www.ambito-juridico.com.br

2.1 Da inconstitucionalidade da Lei Complementar 105/2001

O artigo 145, parágrafo primeiro, da Constituição Federal é sobremaneira importante para a defesa da inconstitucionalidade da Lei Complementar 105/2001:

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 (grifo nosso)*.

Nesta hipótese, a norma acima descrita explicitamente limita a atividade da administração tributária ao subordiná-la ao respeito aos direitos individuais. Diante disso, não merece guarida a tese segundo a qual ao se confrontar os direitos constitucionalmente amparados - sigilo bancário e fiscalização tributária - o segundo se sobrepõe ao primeiro em virtude da relevância dos bens jurídicos envolvidos.

Assevera Sacha Calmon⁴ que o poder de polícia conferido ao Fisco, devem sempre obedecer os devidos processos e procedimentos legais e respeitar os direitos individuais, e é essa a razão de estar ele colocado na Constituição. Em outras palavras, o Fisco não pode promover devassas na intimidade do contribuinte, o sentido de o poder de fiscalização estar na Constituição é justamente para deixar clara a valiosa ressalva de se resguardar os direitos individuais.

A defesa da Lei Complementar 105/01 fundamentou-se nos Princípios da igualdade, pessoalidade, capacidade contributiva, solidariedade e interesse público. Sem dúvida esses são princípios que devem ser observados. Diante do exposto em momento algum é negado a aplicação dos mesmos. Todavia, a quebra do sigilo bancário pela Administração Fazendária não vem afirmar esses princípios e sim destruir outros princípios tais como o Princípio da Intimidade, Inviolabilidade de Dados e Reserva Constitucional de Jurisdição.

Essa pesquisa, de forma alguma, defende a inacessibilidade do Fisco às atividades econômicas do contribuinte. Todavia, justamente por está em um Estado

⁴COELHO, 1999 apud BELLOQUE, 2003, p. 130.

Democrático de Direito é que, ao lado da Justiça Social é preciso também não esquecer-se dos direitos e garantias individuais. Assim sendo, parece que a melhor forma de balancear essas duas necessidades é através da autorização judicial, que seria um meio termo que estaria assegurando tanto a pretensão do Fisco, quanto os direitos do contribuinte. Com a autorização judicial, todos os princípios citados, inclusive aqueles elencados pelo Fisco, serão respeitados.

Como manifestação do direito fundamental à intimidade, privacidade e sigilo de dados, o sigilo bancário deve ser ponderado com os demais interesses e comandos constitucionais, sempre diante de circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso concreto. O árbitro de tal ponderação somente pode ser o Poder Judiciário, a quem compete, em última instância, proteger as agressões e limitações impostas aos direitos fundamentais.

Os hábitos da vida privada e a intimidade da pessoa estão expressamente resguardados no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal. Pois bem, se o sentido único da proteção ao sigilo de dados fosse resguardar a vida privada das pessoas, que sentido teria ser esse enunciado no inciso XII? Bastaria o inciso X para que restasse protegido tal direito. Todavia, a Constituição entendeu necessária a inserção expressa da inviolabilidade do sigilo de dados no texto constitucional. Diante disso, só se pode concluir que o inciso XII vem impedir a violação da conta bancária, ainda que se analise somente os montantes globais mensalmente movimentados. Se o inciso XII não existisse, faria sentido o argumento de que não subsiste a menor possibilidade de invasão da intimidade ou vida privada das pessoas com a regra do artigo 5.º da LC 105/2001, que é a comunicação ao Fisco em §2º “[...] montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados”; mas com sua presença na Constituição cai por terra a força de tal argumento. Basta caminhar do inciso X para o XII do artigo 5º da CF de 1988 para provar a insustentabilidade dessa alegação.

O mesmo artigo 5.º, §2º, da LC 105/2001, é o fundamento legal alegado pela receita quando editou e publicou a Instrução Normativa – IN nº 802 de 27 de dezembro de 2007, que determina às instituições financeiras a apresentação de informações sobre todas as contas de pessoas físicas que movimentaram acima de R\$ 5 mil e de pessoas jurídicas, acima de R\$ 10 mil, por semestre. A medida visa

compensar, o banco de dados fornecido automaticamente, com a incidência da CPMF nas movimentações financeiras em contas bancárias. A citada IN levou a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB no dia 25 de janeiro de 2008, a ingressar com uma Adin com pedido de liminar contra o artigo 5.º da Lei Complementar federal n.º 105/2001 on-line ⁵, tendo em vista que não cabe ação de inconstitucionalidade contra instrução normativa, mas sim contra a LC 105/01, na qual é baseada a medida da Receita Federal. Existem outras cinco Adins todas atinentes a preceitos da legislação complementar ou ordinária que propiciam a transmissão à administração tributária de dados da movimentação financeira do contribuinte, cobertos, pelo sigilo bancário, a saber, on-line ⁶:

a) ADIn 2386 – Confederação Nacional do Comércio, CNC: LC 105/01, ARTS. 5º e 6º; b) ADIn 2389 – Partido Social Liberal, PSL: L 10174/01; c) ADIn 2390 – Partido Social Liberal, PSL: LC 105/01, arts. 5º, 6º e § 1º; D. 3724/01; d) ADIn 2397 – Confederação Nacional da Indústria, CNI: LC 105/01, art. 3º, § 3º; art. 6º e a remissão a ele feita no art. 1º, § 3º, VI; art. 5º e §§; LC 104/01: art. 1º (na parte em que altera o art. 98 da Lei 5172/66 e lhe acrescenta o inciso II e o § 2º); D. 3724/01; e) ADIn 2406 – Confederação Nacional da Indústria, CNI: Lei 9311/96, art. 11 e § 2º; Lei 10174/01, art. 1º (que introduz § 3º ao art. 11 da L. 9311/96).

O Fisco pretendendo alcançar fatos geradores já ocorridos e justificar a retroatividade da possibilidade de quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, ampara-se no parágrafo primeiro do artigo 144 do Código Tributário Nacional. Preceitua o referido dispositivo:

Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros (grifo nosso).

⁵ADIN da OAB junto ao STF para derrubar quebra de sigilo bancário, “in”, www.forumjuridico.org

⁶CASSONE, 2006, “in”, www.ambito-juridico.com.br

De fato, novos critérios de apuração ou processos de fiscalização retroagem para alcançar fatos geradores já ocorridos. Mas no caso em tela há uma peculiaridade que não permite de forma alguma que se aplique esse parágrafo, qual seja, o fato de se tratar de um direito individual: a questão pertinente ao sigilo bancário, ao dar expressão concreta a uma das dimensões em que se projeta, especificamente, a garantia constitucional da privacidade, protege a esfera de intimidade financeira das pessoas.

Assim sendo, não se pode admitir a retroatividade de uma norma que colida diretamente com um direito individual.

Enfim, os diversos posicionamentos deixam claro que a Lei Complementar 105/01 é inconstitucional, tanto do ponto de vista da quebra do sigilo bancário em si, quanto do procedimento fiscal nela previsto, qual seja, investigação sem contraditório.

Lamentavelmente as leis do Brasil muitas vezes são feitas por interesses políticos em detrimento das reais necessidades que deveriam fundamentá-las.

Certo é que a finalidade arrecadatória do Estado é relevante, posto que o interesse público deve ser resguardado. Todavia, os direitos e garantias individuais também são sobremaneira importantes, prova disso é a localização dos mesmos no início da Constituição Federal.

Essa pesquisa não busca defender interesses particulares, nem tampouco sonegadores, e sim sustentar a inviolabilidade do direito ao sigilo, a não ser que por autorização judicial seja permitida sua quebra.

É evidente que a Constituição sopesou os princípios do interesse público, dever de solidariedade, capacidade contributiva, igualdade, privacidade, reserva jurisdicional e segurança jurídica de maneira extremamente ponderada. Daí a defesa da inconstitucionalidade da Lei Complementar 105/2001 que entra em choque direto com o seu artigo 5º.

2.2 Do sigilo financeiro como cláusula pétrea

Tem prevalecido no STF corrente que diz ser o sigilo bancário respaldado no art. 5º, X, CF/88, na medida que deve ser considerado como sendo uma das "proteções específicas do direito à intimidade", na grata expressão do Ministro Celso de Melo (STF, MSMC - 23639/DF).

Por outro lado, existe outra corrente representada pela Desembargadora Federal do TRF da 3ª Região - Diva Malerbi⁷ - que reconhece guarida ao sigilo financeiro na cláusula da inviolabilidade aos dados, inovação da Constituição Federal de 1988, pois que o âmbito de proteção do direito não se restringe à proibição à violação, mas compreende também o dever de terceiros que estejam colocados na contingência de ter de divulgá-los.

O ilustre Ives Gandra da Silva Martins⁸, explicita que vislumbra o sigilo bancário insculpido nos incisos X e XII do art. 5º, da CF/88, uma vez que a expressão "sigilo de dados" hospeda no seu íntimo a espécie "sigilo bancário", artigo 5º, XII, além de tal matéria encontra-se respaldada também no direito à intimidade, artigo 5º, X, como se vê:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

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

Portanto, como o sigilo bancário encontra abrigo no artigo 5º, X e XII da CF/88, e por isso mesmo é cláusula pétrea protegida pelo manto do art. 60, §4º, IV, da CF/88, não é sequer suscetível de ser abolido por Emenda Constitucional. De acordo com Alexandre de Moraes⁹:

⁷MALERBI, 2000 apud BELLOQUE, 2003, p. 77.

⁸MARTINS, 1995 apud BELLOQUE, 2003, p. 77.

⁹MORAES, 2006, p. 66.

A interpretação da maioria do Supremo Tribunal Federal considerando o sigilo bancário direito individual coloca-o na condição de "cláusula pétrea" (CF, art. 60, §4.º, IV), impedindo, dessa forma, a aprovação de emenda constitucional tendente a aboli-lo ou mesmo modificá-lo estruturalmente.

2.3 Vícios materiais na concessão da quebra do sigilo financeiro de forma inconstitucional

O principal argumento de inconstitucionalidade da LC 105/2001 e do Decreto n.º 3.724/2001, é reforçado por outro princípio/garantia processual constitucional que é o do contraditório e da ampla defesa, previsto no inciso LV, do art. 5º, da Carta Magna, diante de sua inafastabilidade até mesmo frente aos acusados em geral, pois a quebra do sigilo bancário, além de violar a intimidade, a vida privada, ambas preservadas no inciso X, do art. 5º da CF, e retirar uma condição imprescindível da atividade bancária, que é a segurança na relação cliente/bancos, ainda atrapalha o próprio êxito da atividade bancária.

A inconstitucionalidade nasce com a possibilidade de ser requerida, a quebra do sigilo financeiro, por uma das partes interessadas na suposta investigação. O caminho apontado para a quebra seria a consulta realizada a um terceiro, imparcial, desinteressado, nesse caso, um membro do Poder Judiciário que ao receber o pedido de quebra de sigilo bancário, analisaria os argumentos trazidos pelo Fisco, e mesmo que concedesse uma liminar permitindo tal ato, posteriormente abriria espaço ao contribuinte para o mesmo se manifestar a respeito do pedido, tornando o princípio do contraditório e da ampla defesa efetivo. Assim, somente nessa hipótese estaríamos respeitando o arcabouço constitucional de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

A supressão da ordem judicial na quebra do sigilo bancário não poderia ter sido feita por normas complementares, como o foi, muito menos por emenda constitucional diante do peso de ser uma cláusula pétrea, ou seja, a Constituição Federal em seu artigo 60, §4º, inc. IV, repugna propostas de emendas constitucionais tendentes a abolir direitos e garantias individuais, como são as garantias de inviolabilidade de dados e da intimidade. Há limitação jurídica material

ao poder constitucional de emenda reformador, no tocante as cláusulas pétreas, de reserva absoluta.

Outro ponto que se deve anotar é a previsão, através do Decreto já mencionado, em seu art. 7º, § 6º, de que os documentos sigilosos serão guardados em condições especiais de segurança, cabendo indagar que condições são essas e se realmente elas existem.

Além dos argumentos jurídicos, ora trazidos, os fáticos também se fazem presentes, pois a manutenção do sigilo bancário, apesar de não ser condição única, é vital para atrair investimentos externos, uma vez que sem ela, pode criar uma atmosfera de insegurança junto ao contribuinte, que estaria, mais uma vez, a mercê de uma nova forma de corrupção.

CAPÍTULO 3 DOS PRINCÍPIOS QUE RATIFICAM A COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PODER JUDICIÁRIO PARA QUEBRA DO SIGILO FINANCEIRO

Neste último capítulo, cabe uma análise sucinta sobre a competência exclusiva do Poder Judiciário para quebra do sigilo financeiro em detrimento da competência da administração pública, sob o ponto de vista dos princípios: da separação orgânica dos poderes, da indelegabilidade de atribuições, da impossibilidade do exercício simultâneo de funções e por fim do princípio da reserva de jurisdição.

3.1 Dos princípios da separação orgânica dos poderes e da indelegabilidade de atribuições

Na maioria das vezes que ouve-se falar em funções do Estado, associa-se estas com exteriorização de seu poder, uma vez que antes de tudo, essa segmentação do poder estatal, vem a ser sua organização jurídica personificada, com âmbito de validade próprio. Dessa forma, o Estado pode aquilo que a sua Constituição determina, limita ou permite, ao passo que a Constituição é ditada pelo Poder Político Soberano (Poder Constituinte), exercido temporariamente num determinado instante, representando a vontade do povo.

De forma que, o Poder Político é único, indivisível, dele necessitando o Estado para organizar-se, para manter a ordem e em fim subsistir. O Estado sem poder se converte em um vazio de substância, em um não Estado, razão pela qual esse poder é essencialmente uno. Neste contexto, as funções do Estado são separadas e não o seu Poder. Particularmente podem ser criados órgãos distintos, com atribuições distintas, para o desenvolvimento dessas funções, sem que a unicidade do Poder reste comprometida.

Deve-se à Montesquieu a sistematização final da repartição de poder, através da idéia que previa a criação de órgãos distintos e independentes uns dos outros para o exercício de específicas e determinadas atividades. O Barão de Montesquieu

on-line¹ ao observar a interferência do Estado na sociedade verificou a existência de três funções básicas: 1ª) produtora do ato geral; 2ª) produtora do ato especial; e 3ª) solucionadora de controvérsias. No particular, apesar das duas últimas aplicarem o disposto no ato geral, porém, seus objetivos eram diversos, pois enquanto uma visava executar, administrar e dar o disposto no ato geral para desenvolver a atividade estatal, a outra tinha por objetivo solucionar controvérsias entre os súditos e o Estado ou entre os próprios súditos.

Todavia, no absolutismo, o Príncipe concentrava o exercício do poder de forma absoluta, exercitando-o por si ou por meio de auxiliares as distintas funções, sem a existência de órgãos independentes uns dos outros, pois a vontade do Príncipe era a fonte do ato geral, do especial e daquele solucionador de controvérsia. Em resumo, legislação, execução e jurisdição dependiam de seu querer.

Por isto, Michel Temer on-line², ao meditar sobre o tema ensina que:

O valor da doutrina de Montesquieu está na proposta de um sistema em que cada órgão desempenhasse função distinta e, ao mesmo tempo, que a atividade de cada qual caracterizasse forma de contenção da atividade de outro órgão do poder. É o sistema de independência entre os órgãos do poder e do inter-relacionamento de suas atividades. É a fórmula dos 'freios e contrapesos' a que alude à doutrina americana. (...) O Poder não deve ser exercido incontroladamente, sob pena de vermos instaurada uma ditadura. Sem a separação funcional - à qual está incita a idéia de independência dos órgãos, a sua colaboração recíproca e o sistema de checks and balances - os direitos individuais não poderiam estar garantidos, diante da onipotência do Ente estatal.

Neste mesmo sentido, Valmir Pontes Filho³ esclarece que:

O Poder não deve ser exercido incontroladamente, sob pena de vermos instaurada uma ditadura. Sem a separação funcional - à qual está incita a idéia de independência dos órgãos, a sua colaboração recíproca e o

¹NOGUEIRA, 2001, "in" <http://jus2.uol.com.br>

²TEMER, 2000 apud NOGUEIRA, "in" <http://jus2.uol.com.br>

³PONTES FILHO, 2000 apud NOGUEIRA, op. cit.

sistema de checkes and balances - os direitos individuais não poderiam estar garantidos, diante da onipotência do Ente estatal.

Abraçando estes mesmos princípios, o jurista argentino Agustin Gordillo⁴ adverte:

Também é importante advertir acerca da fundamental importância política que tem a interpretação que se dá à teoria da divisão dos poderes; ela foi concebida como garantia da liberdade, para que o poder através de mútuo controle e interação dos três grandes órgãos do Estado: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Falar, portanto, em divisão de poderes - no sentido de outorga das funções estatais, em regime de exclusividade, a órgãos distintos e independentes - é defender a liberdade, é impedir o absolutismo.

Esta concepção está totalmente impregnada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma vez que observamos no seu art. 2º e art. 60, de forma categórica, tal concepção:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

III - a separação dos Poderes.

Portanto, fica evidenciado que apesar da separação dos poderes cada órgão do Poder exerce, preponderantemente, uma função, e, secundariamente, as duas outras. Da preponderância advém a tipicidade da função; da secundariedade, a atipicidade. Neste passo, as funções típicas do Legislativo, Executivo e Judiciário são, em razão da preponderância, legislar, executar e julgar.

⁴GORDILHO, 1973 apud NOGUEIRA, op. cit.

Com efeito, quanto ao Executivo se tem reconhecido atipicamente, até possibilidade de legislar em situações especialíssimas através de Leis Delegadas mediante expressa delegação do Congresso Nacional:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

ou através de Medidas Provisórias de forma transitória e nos casos de relevância e urgência:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

Entretanto, neste particular, é importante frisar que a atipicidade da função no caso das Leis Delegadas é tão proeminente que o Executivo deverá solicitar autorização ao Congresso Nacional para que este lhe delegue competência para editar instrumento normativo com força de lei sobre matérias específicas (CF, art. 68), sendo expressamente vedada a delegação de competência para editar Lei Delegada sobre os direitos individuais:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

Art. 68, §1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, ou de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

Já no que se refere às Medidas Provisórias, cumpre ressaltar também a atipicidade da função, tanto que a própria Constituição prevê esta transitória hipótese do poder de legislar (60 dias de eficácia) nos casos de relevância e urgência. Porém, não autoriza que esta modalidade legislativa de hierarquia de lei

ordinária possa disciplinar ou restringir os direitos individuais por ser cláusula pétrea (CF, art. 60, §4º, IV). Cabe ressaltar ainda que as Medidas Provisórias para serem convertidas em lei deverão ser submetidas ao exame do Congresso Nacional, preservando assim a tipicidade do poder de legislar o qual é inerente ao Poder Legislativo.

Portanto, percebe-se que a Assembléia Constituinte de 1988 transferiu para a Constituição sua grande preocupação com a ingerência do Poder Executivo no campo dos direitos e garantias individuais, uma vez que esta delicada questão envolve a própria consistência e estrutura do Estado Democrático de Direito.

Deste modo, a Constituição procurou afastar das atribuições do Poder Executivo qualquer forma de restrição aos direitos e garantias individuais através dos instrumentos que possui para exercer a atipicidade da função legisferante.

De igual forma, deve ser reconhecida a atipicidade da função jurisdicional atribuída ao Poder Executivo quando cria órgãos ou organiza instâncias recursais para apreciar defesas e recursos administrativos. Todavia, estes órgãos vinculados ao Poder Executivo no desempenho da atividade atípica de solucionar litígio estão impedidos de fazê-lo quando este exercício venha impor restrição ao direito individual, justamente porque esta matéria é cláusula pétrea (CF, art. 60, §4º, IV).

Ademais, é imperioso esclarecer que a função jurisdicional dentro do rol de atribuições é uma função típica do Poder Judiciário, e por isso não poderia sequer ser delegada ao Poder Executivo sem a autorização expressa e específica da Constituição.

Tais conclusões se extraem do ordenamento jurídico constitucional em razão de um princípio que no dizer de Mizabel Abreu Machado Derzi⁵ "dita o sentido e inteligibilidade do sistema": o da indelegabilidade de atribuições típicas de um para o outro órgão do Poder. Todavia, cabe ressaltar que este princípio comporta unicamente as exceções previstas na própria Constituição de forma expressa e específica.

Dessa forma, no momento que a Constituição assinalou a independência entre os Poderes, naturalmente pressupôs a separação (CF, art. 2º c/c art. 60, §4º, III):

⁵Cf. NOGUEIRA, 2001, op. cit.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

Art. 2.º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 60. §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

III – a separação dos Poderes;

Portanto não seria de boa lógica ver a vontade soberana da Assembléia Constituinte ser ultrapassada pela vontade secundária dos órgãos de delegar suas funções típicas uns para os outros, pois se a delegação pudesse ser feita ao talante de cada Poder não haveria necessidade da autorização delegatória constitucional.

Particularmente, a Constituição prevê exhaustivamente as hipóteses de delegação, e quando não desejou que tais delegações ocorressem, obviamente não as determinou.

Foi Abraçando estes mesmos princípios que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sob o prisma eminentemente constitucional, ao analisar o art. 129, VIII, da CF/88 decidiu que somente autorização delegatória expressa da Constituição poderia legitimar o Ministério Público a promover a quebra do sigilo bancário diretamente sem a autorização judicial, como se vê:

CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. C. F., ART. 129, VIII. I - A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da C.F., não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a C.F. consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa. II - R.E. não conhecido, on-line⁶.

Neste julgamento do RE 215.301-0 são extraídas as seguintes premissas do voto condutor do Ministro Carlos Velloso:

⁶STF, 2ª T., RE nº 215.301-0, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13.04.99, DJ 28.05.99, "in" www.ambito-juridico.com.br

VOTO, O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Ora, no citado inc. VIII, do art. 129, da C.F., não está escrito que poderia o órgão do Ministério Público requerer, sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de alguém. E se consideramos que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade que a Constituição consagra, art. 5º, inc. X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria a ação do Ministério Público para requerer, diretamente, sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa, on-line⁷.

Partindo deste mesmo ponto de vista, o Juiz Jirair Aram Megueriam⁸, do TRF da 1ª Região, ao analisar o Agravo de Instrumento nº 2001.01.00.031437-0/BA (DJU 20.08.01) interposto por um contribuinte, terminou atribuindo efeito suspensivo ao recurso por considerar inconstitucional alguns dispositivos que autorizavam a Administração a quebra de sigilo bancário sem a prévia autorização do Poder Judiciário, em razão de infringir o princípio da separação dos poderes:

No caso em exame, quando o art. 1º, §3º, VI e art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 c/c art. 1º; art. 2º, §2º; art. 4º, III e IV, §2º do Decreto nº 3.724/2001 autorizam a Administração a quebra do sigilo bancário (CF, art. 5º, X e XII) sem a prévia autorização do Poder Judiciário, traz a baila situação onde o Poder Executivo pretende ter legitimidade para exercer uma função típica do Poder Judiciário, o que contraria o princípio da independência e separação orgânica dos Poderes e o princípio da indelegabilidade de atribuições, inclusive por faltar a autorização delegatória expressa e específica da Constituição neste sentido.

3.2 Do princípio da impossibilidade de exercício simultâneo de funções

Ademais, cumpre ressaltar ainda que também não se coaduna com o princípio da impossibilidade de exercício simultâneo de funções a quebra do sigilo financeiro da forma como estabelecida na norma infraconstitucional e na regulamentação.

⁷CASSONE, 2006, "in" www.ambito-juridico.com.br

⁸NOGUEIRA, 2001, op. cit.

No ordenamento constitucional também se extrai o princípio da impossibilidade do exercício simultâneo de funções, segundo o qual quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, ficando evidente que o exercício simultâneo de funções não é tolerado pela Constituição (salvo as hipóteses expressamente mencionadas), pois o objetivo constitucional é cristalino: quer-se preservar a independência de cada órgão do Poder.

Ora, se o princípio da impossibilidade do exercício simultâneo de funções se manifesta na convicção do nosso sistema constitucional (CF, art. 56, I), com mais força ainda, e por que não dizer ostensivamente, com relação ao Poder Judiciário e a função jurisdicional, quando se observa o contexto do art. 2º; art. 95, Parágrafo único, I c/c art. 5º, XXXVII e LIII, da CF/88.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário;

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério,

Art. 5º, XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção,

LIV – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Desta forma, quando as normas infraconstitucionais e regulamentares passaram a outorgar ao Poder Executivo a legitimidade de resolver o confronto entre o interesse público e o direito fundamental individual (cláusula pétrea) para determinar e promover a quebra do sigilo bancário por decisão exclusiva sua, independentemente de autorização judicial para fazê-lo, na verdade estava autorizando ao mesmo funcionário subordinado ao Poder Executivo a legitimidade para instaurar a acusação (art. 2º, §2º, do Dec. nº 3.724/2001) e efetivar a quebra do sigilo bancário garantido constitucionalmente (art. 4º, do Dec. nº 3.724/2001).

Abraçando este mesmo princípio, e desdobrando-o no caso concreto de forma lapidar, o Ministro Carlos Velloso ao relatar o já citado RE 215.301-0 on-line⁹, foi acompanhado pelo voto dos Ministros Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim, realizando as seguintes ponderações no seu voto condutor:

VOTO. O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Todavia, já deixei expresso no voto que proferi no MS 21.729-DF, por se tratar de um direito que tem status constitucional, a quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente a autoridade judiciária, que tem o dever de ser imparcial, por isso mesmo procederá com cautela, com prudência e com moderação, e que, provocada (...) poderá autorizar a quebra do sigilo. Então, como poderia a parte, que tem interesse na ação, efetivar, ela própria, a quebra de um direito inerente a privacidade, que é garantido pela Constituição? (...) Há órgãos e órgãos... que agem individualmente, e alguns, até, comprometidos com o poder político. O que não poderia ocorrer, indago, com o direito de muitos, por esses Brasis, se o direito das pessoas ao sigilo bancário pudesse ser quebrado sem maior cautela, sem a interferência da autoridade judiciária.

Logo, se o funcionário que instaura a acusação (art. 6º, da LC 105/2001 c/c art. 2º, §2º, do Dec. nº 3.724/2001) exerce função típica do Poder Executivo, então, esse mesmo funcionário subordinado ao Poder Executivo não pode ao mesmo tempo exercer função típica do Poder Judiciário (art. 6º, da LC 105/2001 c/c art. 4º, do Dec. nº 3.724/2001) que importe em restringir um direito inerente à privacidade garantido pela Constituição, sob pena de violação ao princípio da impossibilidade do exercício simultâneo de funções.

3.3 Do princípio da reserva de jurisdição

Ademais disso, cumpre ressaltar ainda que também não se coaduna com o princípio da reserva de jurisdição a quebra do sigilo bancário por decisão exclusiva da administração, independente de autorização judicial.

⁹STF, 2ªT., RE nº 215.301-0, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 13.04.99, DJ 28.05.99, "in" www.ambito-juridico.com.br

É importante esclarecer que o princípio da reserva constitucional de jurisdição foi disseminado pelo ilustre constitucionalista lusitano J. J. Gomes Canotilho¹⁰, para quem por efeito de uma verdadeira discriminação material de competência jurisdicional fixada no texto da Carta Política, a prática de determinados atos que impliquem em restrições a direitos resguardados pela Constituição somente podem ser ordenados por magistrados.

No particular, o Ministro do STJ - Antônio de Pádua Ribeiro on-line¹¹ - ao comentar sobre o princípio da reserva constitucional de jurisdição, RE nº 215.301-0, já esclareceu que:

A função específica, atribuída pela Constituição ao Poder Judiciário, é a de compor os litígios em nome do Estado. É a denominada função jurisdicional, que na sua essência, se funda no inciso XXXV do art. 5º daquela Lei Maior, nestes termos: 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'. Ao lado dessa função típica, os órgãos do Poder Judiciário exercem outras, previstas na própria Constituição.

No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello on-line¹², reportando-se ao princípio da reserva constitucional de jurisdição já decidiu que:

O postulado da reserva constitucional de jurisdição - consoante assinala a doutrina (J. J. Gomes Canotilho, 'Direito Constitucional e Teoria da Constituição', p. 580 e 586, 1998, Almedina, Coimbra) - importa em submeter, à esfera única dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem haja eventualmente atribuído o exercício de 'poderes de investigação próprios das autoridades judiciais'. Isso significa - considerada a cláusula da primazia judiciária que encontra fundamento no próprio texto da Constituição - que esta exige, para a legítima efetivação de determinados atos, notadamente daqueles que implicam restrição a direitos, que sejam eles ordenados apenas por magistrados (Neste mesmo sentido: MSMC 23614/DF, Min. Carlos Velloso, julg. 12.01.00, DJ 01.02.00, p. 118; MS 23454- DF, Min. Marco Aurélio, j. 29.05.99, DJ 07.06.99, p. 04; MS 23.466-DF, Min. Sepúlveda Pertence, j. 17.06.99, DJ 22.06.99, p. 31).

¹⁰CANOTILHO, 1998 apud NOGUEIRA, op. cit.

¹¹RIBEIRO, "in" <http://jus2.uol.com.br>

¹²STF, MS 23452/RJ, Min. Celso de Mello, julg. 01.06.99, DJ 08.06.99, p. 11, "in" www.ambito-juridico.com.br

Logo, como a determinação que possibilita ter acesso aos dados bancários do contribuinte é um exercício de típica função do judiciário, como defende-se até agora, então, entende-se que tal função apenas pode ser exercida por um magistrado.

Assim, no caso em exame, como o art. 1º, §3º, VI e art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 c/c art. 1º; art. 2º, §2º; art. 4º, III e IV, §2º do Decreto nº 3.724/2001 autorizam a quebra do sigilo bancário (CF, art. 5º, X e XII) por decisão exclusiva da administração, independente de autorização judicial, traz ao foco situação onde o Poder Executivo pretende ter legitimidade para exercer uma função típica do Poder Judiciário, sem autorização expressa e específica da Constituição para fazê-lo, o que contraria o princípio da reserva constitucional de jurisdição (art. 2º; art. 60, §4º, III; art. 95, Parágrafo único, I; art. 5º, XXXV, XXXVII e LIII c/c a inteligência do art. 58, §3º da CF/88).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Passeando-se nesta pesquisa científica, foi detectado que apesar de haver grande discussão sobre a reserva de jurisdição ao Poder Judiciário para quebra do sigilo financeiro, observou-se que não existe argumento que possa contrapor o intocável conteúdo assegurado pelos direitos e garantias fundamentais por serem cláusula pétrea, ou seja, não são passíveis de alteração nem mesmo por emenda constitucional.

Com o intuito de analisar as questões postas sobre a competência exclusiva do Poder Judiciário para quebra do sigilo financeiro, a atividade de investigação científica desenvolvida, começa por uma abordagem conceitual sobre sigilo bancário e os direitos fundamentais, onde explicitou suas principais definições, seu objeto jurídico, e a necessidade de centralizar essa competência numa autoridade que não seja parte interessada na quebra do sigilo financeiro, evitando a devassa do direito a intimidade.

O segundo capítulo dedicou-se ao tratamento constitucional do sigilo financeiro, abordando diversas fundamentações legais, doutrinárias e até jurisprudenciais acerca da inconstitucionalidade das leis infraconstitucionais, decreto e até instrução normativa que possibilita a quebra do sigilo financeira por agentes da fazenda pública, que é parte interessada nesta quebra. Abordou ainda a defesa do sigilo financeiro como cláusula pétrea e os vícios materiais da quebra do sigilo financeiro por autoridade incompetente.

Desta forma, alcançados os resultados propostos, quais sejam: que a competência para quebra do sigilo financeiro é exclusiva do Poder Judiciário, de acordo com o que foi claramente explicitado no corpo desta pesquisa: confirma-se o problema e a hipótese formulada. Sendo aquele retratado na seguinte problematização: esclareceu constitucionalmente a presente pesquisa sobre a exclusividade da competência do Poder Judiciário para quebra do sigilo financeiro? E a hipótese: sim, obstante existiu afronta aos direitos e garantias fundamentais provocadas pela legislação infraconstitucional que contestava essa premissa, mas todas esclarecidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADIN da OAB junto ao STF para derrubar quebra de sigilo bancário, 2008.
Disponível em: <http://www.forumjuridico.org/index.php?showtopic=4776>

BELLOQUE, Juliana Garcia, Sigilo bancário : análise crítica da LC 105/2001 / Juliana Garcia Belloque. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BESERRA, Fabiano Holz. Limites da jurisdição perante o poder legislativo.
Disponível em: http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060803limites_fabiano_beserra.php

BORBA, Claudio. Direito tributário: teoria e 1000 questões / Claudio Borba. – 16ª ed. atual. até e Emenda Constitucional nº 42/03. – Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

CASSONE, Vittorio. Sigilo Bancário e privacidade: aspectos doutrinários, 2006.
Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 21. ed. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

CORREIA, Naiana Batista, A exceção do sigilo bancário pela autoridade fiscal, Rede de ensino Luiz Flávio Gomes, 2008. Disponível em:
<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/53263/a-excecao-do-sigilo-bancario-pela-autoridade-fiscal-naiana-batista-correia>

HARADA, Kiyoshi, Direito financeiro e tributário / Kiyoshi Harada. – 8. Ed. – São Paulo : Atlas, 2001.

JESUS, Damásio E. de, 1935-Direito penal, V.1. Parte geral / Damásio E. de Jesus. – São Paulo, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de, Direito constitucional / Alexandre de Moraes. – 19. Ed. – São Paulo : Atlas, 2006.

NOGUEIRA, Júlio, A quebra do sigilo bancário, 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>

SACCANI, Maurício Ribas, Sigilo bancário: Colisão de direitos, 2006. Disponível em: <http://www.idtl.com.br/artigos/168.html>

Vade Mecum acadêmico de direito / Anne Joyce Angher organização. – 4. ed. – São Paulo : Rideel, 2007. – (Coleção de leis Rideel).