

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.314 SÃO PAULOV O T O (vencido)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Entendo, Senhor Presidente, e já o disse neste Tribunal, que a majestade da Constituição não pode ser transgredida nem degradada pela potestade do Estado, pois, em um regime de perfil democrático, ninguém, a começar dos agentes e autoridades do aparelho estatal, pode pretender-se acima e além do alcance da normatividade subordinante dos grandes princípios que informam e dão essência à Lei Fundamental da República.

Por tal razão, votarei vencido neste caso, que se soma aos dois julgamentos realizados na semana passada em cujo âmbito registrou-se – e digo isto com todo o respeito – preocupante inflexão hermenêutica, de índole regressista, em torno do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando, em minha percepção, o avanço de uma significativa agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais em nosso País.

Reafirmando a posição que adotei no julgamento plenário do RE 389.808/PR, ênfatico, uma vez mais, neste processo, que a controvérsia suscitada na presente causa impõe algumas reflexões em torno do delicadíssimo tema pertinente ao alcance da norma inscrita no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição, cujo texto, ao consagrar a tutela jurídica de valores essenciais, dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)” (grifei).

Cabe esclarecer, desde logo, que a noção de privacidade leva em consideração as múltiplas dimensões em que essa ideia nuclear se desenvolve, projetando-se, p. ex., no plano da privacidade financeira, que se revela comum tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas.

Esse tema ganha maior relevo se se considerar o círculo de proteção que o ordenamento constitucional estabeleceu em torno das pessoas, notadamente dos

*contribuintes do Fisco, **objetivando** protegê-los **contra** ações eventualmente arbitrárias praticadas pelos órgãos estatais da Administração Tributária, **o que confere** especial importância ao postulado da proteção judicial efetiva, que torna inafastável a necessidade de autorização judicial para efeito de exposição e revelação de dados protegidos pela cláusula do sigilo bancário.*

*Na realidade, **a reserva de jurisdição** traduz inestimável garantia institucional de proteção a direitos, liberdades e prerrogativas fundamentais das pessoas em geral, cuja integridade **merece** tutela especial do Estado, **concretizada** mediante respeito à cláusula constitucional da proteção judicial efetiva.*

***Em havendo situação de colidência entre princípios impregnados** de qualificação constitucional, **como pode ocorrer** entre as prerrogativas institucionais da Administração Tributária, de um lado, e os direitos e garantias básicas dos contribuintes, de outro, **a resolução** desse estado de antagonismo deverá constituir objeto de um pertinente juízo de ponderação, a ser exercido **não** por um dos sujeitos parciais da relação litigiosa, que certamente atuaria “pro domo sua”, **mas**, isso sim, por um **terceiro** juridicamente desinteressado, **como** os órgãos integrantes do Poder Judiciário do Estado.*

*Não tem sentido, contudo, que o legislador haja outorgado essa competência à própria Administração Tributária, **incumbindo-a de superar**, ainda que mediante critérios e procedimentos indicados na lei, **a situação de polaridade conflitante** que a opõe ao contribuinte, **quando**, na realidade, essa função, de caráter eminentemente arbitral, **deve** ser desempenhada pelo Poder Judiciário, **que ostenta**, nessa particular condição institucional, **o atributo** – inerente à jurisdição – da “terzietà”.*

***A primazia judiciária**, por isso mesmo, **fundada** no postulado da essencialidade do controle jurisdicional, **verdadeiro** “parágrafo régio do Estado democrático de Direito”, **na feliz expressão** do saudoso GARCIA DE ENTERRÍA, **desempenha importantíssimo papel** na defesa e amparo dos direitos das pessoas, **notadamente** quando postas em situação de antagonismo em suas desiguais relações com a potestade do Estado.*

***Já se enfatizou** que os órgãos estatais da Administração Tributária **não guardam**, em relação ao contribuinte, **posição** de equidistância **nem** dispõem do*

atributo (**apenas** inerente à jurisdição) da “*terzietà*”, **o que põe em destaque o sentido tutelar** da cláusula **inscrita no § 1º** do art. 145 de nossa Lei Fundamental.

Com efeito, a própria Constituição da República, em seu art. 145, § 1º, **ao dispor** sobre o sistema tributário nacional, **prescreve**, *em caráter impositivo*, que a Administração Tributária, **quando** no exercício de sua competência, **respeite** os direitos individuais das pessoas em geral **e** dos contribuintes em particular.

Impende reconhecer, desde logo, **que não são absolutos** – *mesmo porque não o são* – os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da Administração Tributária, **cabendo assinalar**, por relevante, Senhores Ministros, **presente** o contexto ora em exame, que o Estado, **em tema** de tributação, **está sujeito à observância** de um complexo de direitos e prerrogativas **que assistem**, *constitucionalmente*, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. **Na realidade**, os poderes do Estado **encontram**, nos direitos e garantias individuais, **limites intransponíveis**, cujo desrespeito **pode caracterizar** ilícito constitucional.

Daí a necessidade de rememorar, sempre, a **função tutelar** do Poder Judiciário, **investido** de competência institucional **para neutralizar** eventuais abusos das entidades governamentais, que, **muitas vezes deslembadas da existência**, em nosso sistema jurídico, **de um verdadeiro “estatuto constitucional do contribuinte”** – **consubstanciador** de direitos e limitações **oponíveis ao poder impositivo** do Estado (Pet 1.466/PB, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “*in*” Informativo/STF nº 125) – **culminam por asfixiar**, *arbitrariamente*, o sujeito passivo da obrigação tributária, **inviabilizando-lhe**, *injustamente*, **trate-se** de obrigação tributária principal, **cuide-se** de obrigação tributária acessória ou instrumental, a prática de garantias legais e constitucionais **de que é legítimo titular**, **fazendo instaurar**, assim, **situação que só faz conferir** permanente atualidade **ao “dictum”** do Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. (“*The power to tax is not the power to destroy while this Court sits*”), **em palavras segundo as quais**, em livre tradução, “o poder de tributar não significa nem envolve o poder de destruir, pelo menos enquanto existir esta Corte Suprema”, **proferidas**, ainda que como “*dissenting opinion*”, **no julgamento**, em 1928, **do caso** “*Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi Ex Rel. Knox*” (277 U.S. 218).

Não se desconhece que a Administração Tributária **já dispõe** de instrumentos suficientes e necessários à **preservação de seus legítimos interesses, como resulta**, por exemplo, do próprio Código Tributário Nacional e da Lei nº 8.397/92, que instituiu a medida cautelar fiscal, viabilizando-se, desse modo, o eficaz exercício do poder estatal **voltado** ao contribuinte **para levá-lo** a cumprir a sua obrigação de pagar tributos *quando legitimamente exigíveis*.

A submissão do Fisco às limitações **decorrentes da cláusula da reserva de jurisdição não desampara** os direitos dos entes tributantes, pois estes sempre poderão pretender o acesso às contas bancárias e aos dados **existentes** em instituições financeiras, **referentes** aos contribuintes, **desde** que o façam **por intermédio** do Poder Judiciário, expondo a sua postulação ao controle e à supervisão dos juízes e Tribunais.

O que me parece significativo, no contexto ora em exame – e assim já me pronunciei no julgamento do RE 389.808/PR –, é que a Administração Tributária, **embora** podendo muito, **não pode tudo**, eis que lhe é **somente** lícito atuar, *“respeitados os direitos individuais e nos termos da lei”* (CF, art. 145, § 1º), **consideradas**, sob tal perspectiva, e para esse efeito, as limitações decorrentes do próprio sistema constitucional, cuja eficácia restringe, como natural consequência da supremacia de que se acham impregnadas as garantias instituídas pela Lei Fundamental, o alcance do poder estatal, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República.

Cumpre ter presente, neste ponto, Senhores Ministros, a propósito do tema ora em exame, a advertência do Supremo Tribunal Federal, cujo magistério jurisprudencial – apoiando-se em autorizado entendimento doutrinário (HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO, “Processo Tributário”, p. 76/86, item n. 2.5.2, 2004, Atlas; SACHA CALMON NAVARRO COELHO, “Curso de Direito Tributário Brasileiro”, p. 893/907, itens ns. 17.12 a 17.20, 8ª ed., 2005, Forense; HUGO DE BRITO MACHADO, “Curso de Direito Tributário”, p. 214/223, itens ns. 1 a 1.6, 21ª ed., 2002, Malheiros; ROQUE ANTONIO CARRAZZA, “Curso de Direito Constitucional Tributário”, p. 404/411, item n. 3, 21ª ed., 2005, Malheiros, v.g.) – orienta-se no sentido de preservar o contribuinte contra medidas arbitrárias adotadas pelos agentes da Administração Tributária, muitas das quais configuram atos eivados de ilicitude, quando não de transgressão à ordem jurídica

fundada **na própria** Constituição da República (**RTJ** 162/3-6, 4, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **RTJ** 185/237-238, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **RE** 331.303-**-AgR/PR**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, *v.g.*).

Sustenta-se que o litígio constitucional em questão **não envolve** quebra do sigilo bancário, **mas, sim, mera transferência** de dados sigilosos **ou simples compartilhamento** de informações reservadas **existentes** sobre os contribuintes e as pessoas em geral nas instituições financeiras.

Vejo, nessa alegação, **um claro eufemismo** *que mal consegue disfarçar* uma situação *de evidente inconstitucionalidade* **que afeta** a pretensão do Estado **de manter**, *por deliberação própria e sem controle jurisdicional prévio*, **uma contínua fiscalização** do Poder sobre os sujeitos passivos da relação jurídico-tributária.

Na realidade, a circunstância de a administração estatal **achar-se investida** de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária **não a exonera** do dever de observar, **para efeito do correto desempenho** de tais prerrogativas, **os limites** impostos pela Constituição **e** pelas leis da República, **sob pena** de os órgãos governamentais **incidirem em frontal desrespeito** às garantias **constitucionalmente** asseguradas aos cidadãos em geral **e** aos contribuintes, em particular.

O procedimento estatal da Administração Tributária **que contrarie** os postulados consagrados pela Constituição da República **revela-se inaceitável**, Senhores Ministros, **e não pode ser corroborado** por decisão desta Suprema Corte, **sob pena de inadmissível subversão** dos postulados constitucionais **que definem**, *de modo estrito*, os limites – *inultrapassáveis* – que restringem os poderes do Estado **em suas relações** com os contribuintes **e** com terceiros, **tal como advertiu** o Supremo Tribunal Federal **em julgamento** consubstanciado em acórdão assim ementado:

“ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – FISCALIZAÇÃO – PODERES – NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTES E DE TERCEIROS.

– Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da Administração Tributária, **pois o Estado, em tema de tributação**,

*inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas **que assistem**, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, **limites intransponíveis**, cujo desrespeito **pode caracterizar** ilícito constitucional.*

*– A Administração Tributária, por isso mesmo, **embora** podendo muito, **não pode tudo**. **É que**, ao Estado, **é somente lícito** atuar, '**respeitados** os direitos individuais **e nos termos** da lei' (CF, art. 145, § 1º), **consideradas**, sobretudo, e para esse específico efeito, **as limitações** jurídicas decorrentes do próprio sistema **instituído** pela Lei Fundamental, **cuja eficácia** – **que prepondera** sobre todos os órgãos e agentes fazendários – **restringe-lhes** o alcance do poder de que se acham investidos, **especialmente** quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, **que são titulares** de garantias **impregnadas** de estatura constitucional e **que**, por tal razão, **não podem ser transgredidas** por aqueles **que exercem** a autoridade em nome do Estado. (...)."*

(HC 93.050/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Posta a questão nesses termos, **mostra-se imperioso assinalar**, considerados os aspectos **subjacentes** à controvérsia em exame, **que se revela inacolhível**, segundo entendo, a **pretensão** da Administração Tributária, **que busca afastar**, "*ex propria auctoritate*", **independentemente** de prévia autorização judicial, o **sigilo bancário** do contribuinte.

Não se pode ignorar que o **direito à intimidade** (e, também, o **direito à privacidade**) – **que representa** importante manifestação dos direitos da personalidade – **qualifica-se** como expressiva **prerrogativa** de ordem jurídica que consiste em reconhecer, **em favor da pessoa**, a existência de **um espaço indevassável** destinado a **protegê-la contra indevidas interferências e intrusões de terceiros na esfera de sua vida privada**.

Daí a correta advertência feita por CARLOS ALBERTO DI FRANCO, **para quem** "*Um dos grandes desafios da sociedade moderna é a preservação do direito à intimidade. Nenhum homem pode ser considerado verdadeiramente livre, se não dispuser de garantia de inviolabilidade da esfera de privacidade que o cerca*".

Por isso mesmo, **a transposição arbitrária**, para o domínio público, de questões meramente pessoais, **sem** qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, **tem o**

significado de grave transgressão ao postulado constitucional **que protege o direito à intimidade e à privacidade** (**MS 23.669-MC/DE**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **pois** este, **na abrangência** de seu alcance, **representa** o “direito de excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida privada” (HANNAH ARENDT).

É **certo** que a garantia constitucional da intimidade (e da privacidade) **não tem** caráter absoluto. **Na realidade**, como já decidiu esta Suprema Corte, “**Não há**, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam **de caráter absoluto**, mesmo porque razões de **relevante** interesse público **ou** exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades **legitimam**, ainda que **excepcionalmente**, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição” (**MS 23.452/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO). **Isso não significa**, contudo, **que o estatuto constitucional das liberdades públicas** – nele compreendida a garantia fundamental da intimidade e da privacidade – **possa ser arbitrariamente desrespeitado** por qualquer órgão do Poder Público.

Nesse contexto, **põe-se em evidência** a questão pertinente **ao sigilo bancário**, que, ao dar expressão concreta a **uma** das dimensões em que se projeta a garantia constitucional da privacidade, **protege**, especificamente, a esfera de **privacidade financeira** das pessoas.

Embora o sigilo bancário, **também ele, não tenha** caráter absoluto (**RTJ 148/366**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **RTJ 172/302-303**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **MS 23.452/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **deixando de prevalecer**, por isso mesmo, **em casos excepcionais**, diante **de exigências** impostas pelo interesse público (SERGIO CARLOS COVELLO, “O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade”, “in” Revista dos Tribunais, vol. 648/27), **não se pode desconsiderar**, no exame dessa questão, que o sigilo bancário **reflete** uma expressiva **projeção** da garantia fundamental da privacidade – **e da privacidade em sua dimensão financeira** – das pessoas em geral e dos contribuintes em particular, **não se expondo**, em consequência, **enquanto valor constitucional que é** (VÂNIA SICILIANO AIETA, “A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental”, p. 143/147, 1999, Lumen Juris), a intervenções estatais **ou** a intrusões do Poder Público **desvestidas** de causa provável **ou destituídas** de base jurídica idônea.

Tenho insistentemente salientado, em decisões várias que já proferi nesta Suprema Corte, que a tutela jurídica da intimidade (e, também, da privacidade) constitui – qualquer que seja a dimensão em que se projete – uma das expressões mais significativas em que se pluralizam os direitos da personalidade. Trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CE, art. 5º, X), cuja proteção normativa busca erigir e reservar, sempre em favor do indivíduo – e contra a ação expansiva do arbítrio do Poder Público – uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade desenvolvida pelo aparelho de Estado.

O magistério doutrinário, bem por isso, tem acentuado que o sigilo bancário – que possui extração constitucional – reflete, na concreção do seu alcance, um direito fundamental da personalidade, expondo-se, em consequência, à proteção jurídica a ele dispensada pelo ordenamento positivo do Estado.

O eminente Professor ARNOLDO WALD, em precisa abordagem do tema (“Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas”, vol. 1/206, 1992, RT), expendeu lúcidas considerações a respeito dessa questão, destacando a essencialidade da tutela constitucional na proteção político-jurídica da intimidade e da privacidade pessoais e da liberdade individual:

“Se podia haver dúvidas no passado, quando as Constituições brasileiras não se referiam especificamente à proteção da intimidade, da vida privada e do sigilo referente aos dados pessoais, é evidente que, diante do texto constitucional de 1988, tais dúvidas não mais existem quanto à proteção do sigilo bancário como decorrência das normas da lei magna.

Efetivamente, as Constituições Brasileiras anteriores à de 1988, não só não asseguravam o direito à privacidade como também, quando tratavam do sigilo, limitavam-se a garanti-lo em relação à correspondência e às comunicações telegráficas e telefônicas, não se referindo ao sigilo em relação aos papéis de que tratam a Emenda nº IV à Constituição Americana, a Constituição Argentina e leis fundamentais de outros países. Ora, foi em virtude da referência aos papéis que tanto o direito norte-americano quanto o argentino concluíram que os documentos bancários tinham proteção constitucional.

Com a revolução tecnológica, os ‘papéis’ se transformaram em ‘dados’ geralmente armazenados em computadores ou fluindo através de

impulsos eletrônicos, ensejando enormes conjuntos de informações a respeito das pessoas, numa época em que todos reconhecem que a informação é poder. A computadorização da sociedade exigiu uma maior proteção à privacidade, sob pena de colocar o indivíduo sob contínua fiscalização do Governo, inclusive nos assuntos que são do exclusivo interesse da pessoa. Em diversos países, leis especiais de proteção contra o uso indevido de dados foram promulgadas e, no Brasil, a inviolabilidade dos dados individuais, qualquer que seja a sua origem, forma e finalidade, passou a merecer a proteção constitucional em virtude da referência expressa que a eles passou a fazer o inciso XII do art. 5º, modificando, assim, a posição anterior da nossa legislação, na qual a indevassabilidade em relação a tais informações devia ser construída com base nos princípios gerais que asseguravam a liberdade individual, podendo até ensejar interpretações divergentes ou contraditórias.

Assim, agora em virtude dos textos expressos da Constituição e especialmente da interpretação sistemática dos incisos X e XII do art. 5º da CF, ficou evidente que a proteção ao sigilo bancário adquiriu nível constitucional, impondo-se ao legislador, o que, no passado, podia ser menos evidente.” (grifei)

O direito à inviolabilidade dessa franquia individual – **que constitui**, insista-se, **um dos núcleos básicos** em que se desenvolve, em nosso País, **o regime** das liberdades públicas – **ostenta**, como precedentemente enfatizado, caráter **meramente** relativo. **Não assume nem se reveste** de natureza absoluta. **Cede**, por isso mesmo, **e sempre em caráter excepcional**, às exigências impostas **pela preponderância axiológica e jurídico-social** do interesse público, **tal como acentuado**, em diversos julgamentos, **por esta Suprema Corte (AI 528.539/PR, Rel. Min. CEZAR PELUSO – AI 655.298-AgR/SP, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.):**

“CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. CF art. 5º, X.

*I. – Se é certo que o sigilo bancário, **que é espécie** de direito à privacidade, que a Constituição protege – art. 5º, X –, **não é** um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. (...).”*

(RE 219.780/PE, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei)

A pesquisa da verdade, *nesse contexto*, constitui um dos princípios dominantes e fundamentais no processo de “*disclosure*” das operações celebradas no âmbito das instituições financeiras. Essa busca de elementos informativos – elementos estes que compõem o quadro de dados probatórios essenciais para que o Estado desenvolva **regularmente** suas atividades e realize os fins institucionais a que se acha vinculado –, sofre os necessários condicionamentos que a ordem jurídica impõe à ação do Poder Público.

Tenho enfatizado, *por isso mesmo*, que a quebra do sigilo bancário – **ato que se reveste de extrema gravidade jurídica e que se submete**, *por isso mesmo*, **ao postulado da reserva de jurisdição** – **só** deve ser decretada, *e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade*, quando existentes fundados elementos que justifiquem, **a partir** de um critério essencialmente apoiado na prevalência do interesse público, a necessidade da revelação dos dados **pertinentes** às operações financeiras ativas e passivas **resultantes** da atividade desenvolvida pelas instituições bancárias.

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

É preciso salientar, *neste ponto*, **que a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **proclamou a plena compatibilidade jurídica** da quebra do sigilo bancário com a norma inscrita no art. 5º, **incisos X e XII**, da Constituição (**Pet 577-QO/DF**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU de 23/04/93), **reconhecendo possível** autorizar – *quando presentes fundadas razões* – a pretendida “*disclosure*” das informações bancárias reservadas (**RTJ** 148/366).

Mais do que isso, esta Suprema Corte salientou, **ao julgar o Inq 897-AgR/DF**, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, DJU de 02/12/94, que, **não sendo absoluta a garantia pertinente ao sigilo bancário**, **torna-se lícito afastar**, *quando de investigação criminal se cuidar*, *p. ex.*, **a cláusula de reserva** que protege as contas bancárias nas instituições financeiras, **revelando-se** *ordinariamente* **inaplicável**, para esse específico efeito, a garantia constitucional do contraditório.

Impõe-se observar, por necessário – e tal como adverte JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (“Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 220/224, 1987, Livraria Almedina, Coimbra) – 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.

Vários podem ser, dentro desse contexto excepcional de conflituosidade, os critérios destinados à solução *das colisões de direitos*, que vão desde o estabelecimento de uma ordem hierárquica pertinente aos valores constitucionais tutelados, passando pelo reconhecimento do maior ou menor grau de *fundamentalidade* dos bens jurídicos em posição de antagonismo, até a consagração de um processo que, privilegiando a unidade e a supremacia da Constituição, viabilize – a partir da adoção “de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito” (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “*op. loc. cit.*”) – a harmoniosa composição dos direitos em situação de colidência.

Sendo assim, impor-se-á 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 – consoante *adverte a doutrina* – não exista “nenhum meio menos gravoso para a consecução de tais objetivos” (IVES GANDRA MARTINS/GILMAR FERREIRA MENDES, “Sigilo Bancário, Direito de Autodeterminação sobre Informações e Princípio da Proporcionalidade”, “in” Repertório IOB de Jurisprudência nº 24/92 – 2ª quinzena de dezembro/92).

Contudo, para que essa providência extraordinária, *e sempre excepcional*, que é a decretação da quebra do sigilo bancário, seja autorizada, revela-se imprescindível a existência de causa provável, vale dizer, de fundada suspeita quanto à ocorrência de fato cuja apuração **resulte exigida** pelo interesse público.

Na realidade, **sem causa provável** (*a ser valorada pelo Poder Judiciário e não* pela própria Administração Tributária), **não** se justifica a “*disclosure*” das contas bancárias, **sob pena** de inadmissível consagração do arbítrio estatal **e** de inaceitável opressão do indivíduo pelo Poder Público, **eis que** a decretação da quebra do sigilo **não pode converter-se** num instrumento de indiscriminada **e** ordinária devassa da vida financeira das pessoas em geral.

A quebra do sigilo bancário importa, **necessariamente**, em inquestionável **restrição** à esfera jurídica das pessoas afetadas por esse ato **excepcional** do Poder Público. **A pretensão estatal** voltada à “*disclosure*” das operações financeiras **constitui** fator de grave ruptura das delicadas relações – *já estruturalmente tão desiguais* – existentes entre o Estado e o indivíduo, **tornando possível, até mesmo,** quando **indevidamente** acolhida, **o próprio comprometimento** do sentido tutelar que inequivocamente qualifica, *em seus aspectos essenciais*, **o círculo de proteção** estabelecido em torno da prerrogativa pessoal **fundada no direito constitucional à privacidade.**

Dentro dessa perspectiva, revela-se de inteira pertinência **a invocação doutrinária** da cláusula do “*substantive due process of law*” – já consagrada e reconhecida, **em diversas decisões proferidas por este Supremo Tribunal Federal,** como instrumento de expressiva limitação constitucional **ao próprio poder** do Estado (**ADI 1.063/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ADI 1.158/AM**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*) –, **para efeito** de submeter o processo de “*disclosure*” às exigências de seriedade **e** de razoabilidade.

Daí o registro feito por ARNOLDO WALD (“*op. cit.*”, p. 207, 1992, RT), **no sentido** de que “*A mais recente doutrina norte-americana fez do ‘due process of law’ uma forma de controle constitucional que examina a necessidade, razoabilidade e justificação das restrições à liberdade individual, não admitindo que a lei ordinária desrespeite a Constituição, considerando que as restrições ou exceções estabelecidas pelo legislador ordinário devem ter uma fundamentação razoável e aceitável conforme entendimento do Poder Judiciário. Coube ao Juiz Rutledge, no caso Thomas v. Collins, definir adequadamente a função do devido processo legal ao afirmar que: ‘Mais uma vez temos de enfrentar o dever, imposto a esta Corte, pelo nosso sistema constitucional, de dizer onde termina a liberdade individual e onde começa o poder do Estado. A escolha*

do limite, sempre delicada, é-o, ainda mais, quando a presunção usual em favor da lei é contrabalançada pela posição preferencial atribuída, em nosso esquema constitucional, às grandes e indispensáveis liberdades democráticas asseguradas pela Primeira Emenda (...). Esta prioridade confere a essas liberdades santidade e sanção que não permitem intromissões dúbias. E é o caráter do direito, não da limitação, que determina o standard guiador da escolha. Por essas razões, qualquer tentativa de restringir estas liberdades deve ser justificada por evidente interesse público, ameaçado não por um perigo duvidoso e remoto, mas por um perigo evidente e atual” (grifei).

A exigência de preservação do sigilo bancário – enquanto meio expressivo de proteção ao valor constitucional da intimidade – impõe ao Estado o dever de respeitar a esfera jurídica **de cada pessoa**. A ruptura desse círculo de imunidade **só se justificará** desde que ordenada por órgão estatal investido, nos termos de nosso estatuto constitucional, de competência jurídica para suspender, excepcional e motivadamente, a eficácia do princípio da reserva das informações bancárias.

Em tema de ruptura do sigilo bancário, somente os órgãos do Poder Judiciário dispõem do poder de decretar essa medida extraordinária, sob pena de a autoridade administrativa interferir, indevidamente, na esfera de privacidade constitucionalmente assegurada às pessoas. Apenas o Judiciário, ressalvada a competência das Comissões Parlamentares de Inquérito (CF art. 58, § 3º), pode eximir as instituições financeiras do dever que lhes incumbe em tema de sigilo bancário.

Daí a correta decisão **emanada** do E. Superior Tribunal de Justiça, que, em julgamento sobre o tema ora em análise, assim apreciou a questão **pertinente à indispensabilidade** de prévia autorização judicial para efeito de quebra do sigilo bancário:

“SIGILO BANCÁRIO – INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS –
AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

O sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso X).

Por isso, cumpre às instituições financeiras manter sigilo acerca de qualquer informação ou documentação pertinente à movimentação ativa e

passiva do correntista/contribuinte, **bem como** dos serviços bancários a ele prestados.

Observadas tais vedações, cabe-lhes atender às demais solicitações de informações encaminhadas pelo Fisco, **desde** que decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e subscritas por autoridade administrativa competente.

Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei. (...)."

(RDA 197/174, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO – grifei)

A efetividade da ordem jurídica, a eficácia da atuação do aparelho estatal e a reação social a comportamentos qualificados pela nota de seu desvalor ético-jurídico **não** ficarão comprometidas **nem** afetadas, **se se reconhecer** aos órgãos do Poder Judiciário, com fundamento e apoio nos estritos limites de sua competência institucional, a prerrogativa de ordenar a quebra do sigilo bancário. Na realidade, a intervenção jurisdicional constitui fator de preservação do regime das franquias individuais **e impede**, pela atuação moderadora do Poder Judiciário, **que se rompa**, injustamente, a esfera de privacidade das pessoas, **pois** a quebra do sigilo bancário **não pode nem deve** ser utilizada, ausente a concreta indicação de uma causa provável, **como instrumento de devassa indiscriminada** das contas mantidas em instituições financeiras.

A tutela do valor **pertinente** ao sigilo bancário **não significa** qualquer restrição ao poder de investigar e/ou de fiscalizar do Estado, **eis que** o Ministério Público, as corporações policiais **e os órgãos incumbidos da Administração Tributária** e previdenciária do Poder Público **sempre poderão requerer aos juízes e Tribunais** que ordenem às instituições financeiras o fornecimento das informações reputadas essenciais à apuração dos fatos.

Impõe-se destacar, neste ponto, **que nenhum embaraço** resultará do controle judicial **prévio** dos pedidos de decretação da quebra de sigilo bancário, **pois**, consoante já proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, **não sendo absoluta** a garantia pertinente ao sigilo bancário, **torna-se lícito afastar**, em favor do interesse público, a cláusula de reserva que protege as contas bancárias nas instituições financeiras.

Não configura demasia insistir, Senhor Presidente, na circunstância – que assume indiscutível relevo jurídico – de que a natureza **eminentemente** constitucional **do direito à privacidade impõe**, no sistema normativo consagrado pelo texto da Constituição da República, a necessidade de intervenção jurisdicional no processo de revelação de dados (“*disclosure*”) pertinentes às operações financeiras, ativas e passivas, de qualquer pessoa eventualmente sujeita à ação investigatória (ou fiscalizadora) do Poder Público.

A inviolabilidade do sigilo de dados, **tal como proclamada** pela Carta Política em seu art. 5º, XII, **torna essencial** que as exceções derogatórias à prevalência desse postulado só possam emanar de órgãos estatais – **os órgãos do Poder Judiciário** (*e, excepcionalmente*, as Comissões Parlamentares de Inquérito) –, **aos quais** a própria Constituição Federal **outorgou** essa especial prerrogativa de ordem jurídica.

A equação direito ao sigilo/dever de sigilo exige – para que se preserve a necessária relação de harmonia entre uma expressão essencial dos direitos fundamentais reconhecidos em favor da generalidade das pessoas (**verdadeira liberdade negativa, que impõe** ao Estado um claro dever de abstenção), de um lado, **e** a prerrogativa que inquestionavelmente assiste ao Poder Público de investigar comportamentos de transgressão à ordem jurídica, de outro – **que a determinação de quebra** do sigilo bancário **provenha** de ato emanado de órgão do Poder Judiciário, cuja **intervenção moderadora** na resolução dos litígios, *insista-se*, **revela-se garantia** de respeito **tanto** ao regime das liberdades fundamentais **quanto** à supremacia do interesse público.

Sendo assim, Senhor Presidente, **e tendo em consideração** as razões expostas, **entendo** que a decretação da quebra do sigilo bancário, *ressalvada* a competência extraordinária das CPIs (CF, art. 58, § 3º), **pressupõe, sempre**, a existência **de ordem judicial**, *sem o que não se imporá* à instituição financeira **o dever** de fornecer, **seja** à Administração Tributária, **seja** ao Ministério Público, **seja, ainda**, à Polícia Judiciária **ou** ao Tribunal de Contas da União, **as informações** que lhe tenham sido solicitadas.

Desse modo, Senhor Presidente, **e em face** das razões expostas, *peço vênia* **para acompanhar**, *na divergência*, o douto voto **proferido** pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO.

É o meu voto.