



**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANÇAS PÚBLICAS**

OLAVO VENTURIM CALDAS

**SIGILO BANCÁRIO E FISCAL E A PREVENÇÃO
E O COMBATE À CORRUPÇÃO NA GESTÃO
DE RECURSOS PÚBLICOS**

BRASÍLIA

2011

OLAVO VENTURIM CALDAS

**SIGILO BANCÁRIO E FISCAL E A
PREVENÇÃO E O COMBATE À CORRUPÇÃO
NA GESTÃO DE RECURSOS PÚBLICOS**

Monografia apresentada como requisito para obtenção do título no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Tributário e Finanças Públicas, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Msc. Flávio Rezende Dematté

BRASÍLIA

2011

RESUMO

A presente monografia busca analisar os institutos do sigilo bancário e fiscal em conjunto com dever do Estado de realizar ações de fiscalização, prevenção e combate à corrupção na gestão de recursos públicos. A partir do estudo dos direitos e garantias fundamentais (a intimidade e a vida privada) e da pesquisa na doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União sobre o tema, investiga quais informações em poder do Estado brasileiro estão acolhidas por estes institutos. Cuida, também, de verificar em quais situações legais as informações protegidas por sigilo bancário e fiscal podem ser utilizadas por órgãos do Estado responsáveis pelo controle e fiscalização dos recursos públicos no desempenho de seu papel institucional e de suas atribuições. Discute, ainda, a importância da mitigação ou flexibilização do sigilo bancário e do sigilo fiscal como forma de aperfeiçoar e ampliar os mecanismos de fiscalização de recursos públicos e prevenção à corrupção e aumentar a eficiência e a efetividade da aplicação de recursos públicos.

Palavras chave: sigilo fiscal; sigilo bancário; recursos públicos; corrupção; direito à intimidade.

ABSTRACT

This monograph analyze the institutes of banking secrecy and tax secrecy in conjunction with the State's duty to carry out enforcement actions, prevent and combat corruption in public resource management. From the study of fundamental rights and guarantees (intimacy and privacy) and research in the doctrine and jurisprudence of the Supreme Court and the Court of Audit of Brazilian State investigates what information is held by the Brazilian state are protected by bank secrecy and tax secrecy. Take care, too, to check in what situations legal information protected by bank secrecy and tax secrecy can be used by the Brazilian state agencies to monitor and supervise the use of public resources. Also addresses the importance of mitigating or easing of bank secrecy and tax secrecy as a way to improve and expand mechanisms for monitoring public funds and prevent corruption and increase efficiency and effectiveness of public resources. Discusses the importance of mitigating or easing of bank secrecy and tax secrecy as a way to improve and expand mechanisms for monitoring public funds and prevent corruption and increase efficiency and effectiveness of public resources.

Keywords: tax secrecy, banking secrecy, public resources, corruption, right to privacy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. DOS “DIREITOS FUNDAMENTAIS”, “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS” E “DIREITOS INDIVIDUAIS”: DA RELATIVIDADE DO DIREITO A INTIMIDADE E A VIDA PRIVADA	8
2.1 DO DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA	12
2.2 DA RELATIVIDADE DOS DIREITOS À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA.....	15
3. DO SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS E FISCAIS.....	20
3.1. DO SIGILO BANCÁRIO	20
3.1.1. CONCEITO, FUNDAMENTO E NATUREZA JURÍDICA.....	20
3.1.2. SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL.....	22
3.1.3. A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001.....	25
3.2. DO SIGILO FISCAL	33
4. FISCALIZAÇÃO E PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO NA APLICAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS E O SIGILO DE DADOS FISCAIS E BANCÁRIOS	40
4.1. FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DOS RECURSOS PÚBLICOS NO BRASIL... 40	
4.1.1 O CONTROLE INTERNO.....	43
4.1.2 O CONTROLE EXTERNO.....	48
4.2 HIPÓTESES LEGAIS DE UTILIZAÇÃO DE DADOS BANCÁRIO E FISCAIS PROTEGIDOS POR SIGILO NAS FISCALIZAÇÕES, AUDITORIAS E PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO NA APLICAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS ..	50
4.2.1. DAS HIPÓTESES LEGAIS DE EXCEÇÃO AO SIGILO FISCAL.....	50
4.2.2. DAS HIPÓTESES LEGAIS DE EXCEÇÃO AO SIGILO BANCÁRIO	52
4.3. FLEXIBILIZAÇÃO DO SIGILO FINANCEIRO PARA A FISCALIZAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS E PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO.....	54
5. CONCLUSÃO	63
6. REFERÊNCIAS.....	65

1. Introdução

O presente estudo monográfico apóia-se na pesquisa do tipo dogmática-instrumental para investigar com base na doutrina e jurisprudência do Brasil problema prático de acesso a dados supostamente protegidos por sigilo bancário ou fiscal para fins de utilização na fiscalização de recursos públicos pelos Órgãos de Controle do Estado Brasileiro.

Um dos grandes fatores de discórdia nos Estados contemporâneos, notadamente dos que estão ainda em processo de desenvolvimento, está relacionado à carga tributária imposta aos contribuintes para manter as atividades estatais. Em geral, os cidadãos estão descontentes com o esforço financeiro (tributos) exigido pelo Estado e a retribuição estatal por esse esforço.

No Brasil, especificamente, o clamor popular pela redução da carga tributária e os constantes casos de desvios e má aplicação de recursos públicos acirram os debates sobre esse tema, principalmente pela elevada carga tributária que em 2009, segundo apuração da Receita Federal do Brasil, atingiu 33,58% do Produto Interno Bruto (PIB). Um percentual elevado quando comparado a outros países e relacionado ao nível e qualidade dos serviços disponibilizados à população brasileira.

O braço do Estado Brasileiro que arrecada tributos é muito eficiente. Dotado de mecanismos legais e instrumentais (acesso a diversas fontes de informação, sistemas de informática de última geração, prerrogativas legais de fiscalização e acesso irrestrito a dados fiscais, financeiros e cadastrais dos contribuintes) para identificar os contribuintes que tentam burlar o dever de recolher tributos.

Por outro lado, os órgãos do Estado Brasileiro que aplicam os recursos arrecadados, realizam obras, administram programas sociais, prestam serviços públicos, concedem subsídios apresentam uma série de problemas: estrutura inadequada, casos de corrupção, desvios de recursos, escândalos, beneficiários indevidos, etc.

A corrupção é um grande desafio para os governos no mundo moderno, principalmente nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, pois, causa diversos problemas: a ineficiência de licitações e privatizações, atrasos e burocracia, pagamentos corruptos, desigualdades e danos à legitimidade política.

Do exposto, fica patente a necessidade dos países de adotarem medidas para ampliar as ações de prevenção e combate à corrupção, principalmente um maior compartilhamento de informações entre seus órgãos e entidades. Todavia, deve-se refletir sobre como essas ações interferem nos direitos e garantias fundamentais que limitam o Poder do Estado e garantem a proteção aos direitos da personalidade.

Com a utilização de técnicas de pesquisa bibliográfica (consulta livros, revistas e periódicos jurídicos científicos, dissertações e teses) e documental em bases de dados secundários (acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União) buscou-se trazer a lume respostas as seguintes questões: a) Quais os limites legais para acesso aos dados protegidos por sigilo bancário ou fiscal dos beneficiários de recursos públicos por parte dos órgãos de fiscalização, prevenção e combate à corrupção? b) O sigilo de dados bancários e o sigilo de dados fiscais podem ser mitigados ou flexibilizados para fornecer insumos à fiscalização, à prevenção e ao combate à corrupção na gestão de recursos públicos?

É razoável pensar que em se tratando de aplicação e gestão de recursos públicos os direitos individuais devem ceder espaço aos interesses coletivos da sociedade e que os institutos do sigilo fiscal e bancário não podem servir de escudo para dificultar ou inibir as ações de fiscalização e prevenção da corrupção. Por outro lado, parece racional que a mitigação ou flexibilização do sigilo financeiro dos dados amplia a eficiência e a efetividade das ações de fiscalização, prevenção e combate à corrupção na gestão de recursos públicos. Estes temas são objetos de verificação na presente monografia.

2. Dos “direitos fundamentais”, “direitos e garantias fundamentais” e “direitos individuais”: Da relatividade do direito a intimidade e a vida privada

A compreensão dos institutos do sigilo bancário e fiscal passa pelo estudo dos direitos fundamentais. Esses direitos limitam o arbítrio e a interferência estatal nas liberdades individuais e garantem a tutela dos direitos civis e políticos dos cidadãos.

A lição de Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 513) traz delimitação semântica da expressão “direitos fundamentais”. O autor constata a utilização de outras expressões (“direitos do homem”, “direitos humanos”) para também designar os “direitos fundamentais”. Segundo o referido autor a “designação de ‘fundamentais’ é dedicada àquele **conjunto de direitos assim considerados por específico sistema normativo-constitucional**”, ao passo que as outras terminologias são geralmente utilizadas em tratados e convenções internacionais. (grifos nossos)

Ainda sobre o tema e com base no sistema constitucional brasileiro, Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p.515), afirma não ser possível a equiparação das terminologias “direitos fundamentais” e “direitos individuais”. Os “direitos “individuais” são “espécies dos direitos e garantias ‘fundamentais’, que estão inseridos na Constituição de 1988, no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Christiano Mendes Wolney Valente (2006, p.35) assim delimita o conteúdo dos direitos fundamentais, *verbis*:

Todos aqueles direitos, positivados ou de outra forma reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, que digam respeito a tudo aquilo que a comunidade jurídica científica entende, ou o próprio ordenamento jurídico determine, em um dado momento cultural mundial, por essencial para a vida, subsistência, convívio e realização plena dos seres humanos, quer individualmente, quer dentro das instituições, quer difusamente considerados.

Buscando uma perspectiva histórica dos direitos fundamentais, Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 308) assevera que foi o cristianismo deu impulso

para acolhimento da idéia de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial. Em seguida, segundo o referido autor, “nos os séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certo número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado.”

Essas idéias, conforme relata Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 308), influenciaram sobremaneira a Declaração de Direitos de Virgínia (1776) e a Declaração Francesa (1789) que são considerados marcos decisivos da positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem.

A partir dessa visão histórica, a doutrina em geral destaca três gerações de direitos fundamentais: a **primeira geração** abrange os direitos indispensáveis a todos os homens referentes a liberdades individuais (de consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, etc.) e que foram conquistados durante as revoluções americana e francesa; os direitos fundamentais de **segunda geração** são os chamados direitos sociais (assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, etc.) e tem origem nas reivindicações de justiça social decorrentes da revolução industrial e do Estado Liberal; a **terceira geração** de direitos fundamentais é caracterizada pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que não visam a proteção do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos (direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural).

Essa distinção entre gerações de direitos fundamentais, para Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 310), é apenas uma forma de “situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica”. E conclui que “os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos”.

Paulo Bonavides (2006, p.570) sustenta a existência da quarta geração de direitos fundamentais que são o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Segundo o autor desses direitos “depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima

universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

Com base na Constituição Federal de 1988, José Afonso da Silva (2006, p. 184), traz uma visão da positivação dos direitos fundamentais e sugere classificação para estes direitos em seis grupos: (1) direitos individuais (art. 5º); (2) direitos à nacionalidade (art. 12); (3) direitos políticos (arts. 14 a 17); (4) direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss.); (5) direitos coletivos (art. 5º); e (6) direitos solidários (arts. 3º e 225).

José Afonso da Silva (2006, p.412) distingue **os direitos** que são “os bens e vantagens conferidos pela norma” **das garantias** que “são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens”. Em relação às garantias constitucionais dos direitos fundamentais, o referido autor enumera dois tipos de garantias: (1) Garantias gerais; (2) Garantias constitucionais¹. Estas últimas subdividem-se em:

(a) **garantias constitucionais gerais**², que são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, visam impedir o arbítrio, com o que constituem, ao mesmo tempo, técnicas assecuratórias de eficácia das normas conferidoras dos direitos fundamentais;(b) **garantias constitucionais especiais**, que são prescrições constitucionais que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para imporem o respeito e a exigibilidade desses direitos; são, portanto, prescrições do Direito Constitucional positivo que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou mesmo de particulares, protegem a eficácia, aplicabilidade e inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial. (grifos nossos)

Ao discorrer sobre a função dos direitos fundamentais, Alexandre de Moraes (2003, p. 58) recorre a lição de J. J. Gomes Canotilho, que afirma que esses

¹ Outra classificação adotada por Jose Afonso da Silva (2006, p.413) para as garantias constitucionais é a que considera a natureza do direito garantido e subdivide-as em: individuais, coletivas, sociais e políticas.

² Para Jose Afonso da Silva (2006, p.412-413) são exemplos das garantias constitucionais gerais: a existência de constituição rígida que declare os direitos fundamentais e suas garantias e estructure órgãos jurisdicionais dotados de independência e imparcialidade, com capacidade, de fato e de direito, para solucionar conflitos de interesses interindividuais e, especialmente, os que se manifestam entre o indivíduo e o Estado.

direitos possuem dupla perspectiva, *verbis*:

(1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Em relação aos destinatários dos direitos fundamentais, Melissa Folmann (2003, p. 42) destaca que “os direitos fundamentais se estendem às pessoas jurídicas na medida da compatibilidade de sua natureza” a autora cita artigo 52 do Código Civil de 2002³ para reafirmar essa posição e transcreve trecho sobre o tema da obra de Pontes de Miranda, *verbis*:

No direito brasileiro, a pessoa jurídica é capaz de todos os direitos, salvo, está visto, aqueles que resultam de fatos jurídicos em cujo suporte fáctico há elemento que ele não pode satisfazer. (...) O direito público por vezes lhe atribui direitos subjetivos, pretensões, ações e exceções, como acontece aos partidos políticos e aos sindicatos. (sic)

As principais características encontradas nos direitos fundamentais são elencadas por Renato Bernardi (2005, p. 32), citando Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes, *verbis*:

historicidade - os direitos fundamentais têm caráter histórico, isto é, se formos rebuscar seus antecedentes, encontraremos uma cadeia evolutiva, no pico da qual eles se situam; **universalidade** - os direitos fundamentais, por natureza, são destinados a todos os seres humanos; **limitabilidade** - os direitos fundamentais não são absolutos. Isso quer dizer que, por vezes, dois direitos fundamentais podem chocar-se, hipótese e que o exercício de um implicará a invasão do âmbito de proteção do outro; **concorrência** - tal predicado indica que os direitos fundamentais podem ser ‘acumulados’; e, **irrenunciabilidade** - os direitos fundamentais são irrenunciáveis. Com isso, os indivíduos não podem deles dispor” (destacamos).

³ Artigo 52, CC 2002. “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

2.1 Do direito à intimidade e à vida privada

Os direitos a intimidade e a vida privada são espécies da categoria de direitos individuais que fazem parte dos direitos e garantias fundamentais previstos no Título II da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988, em seu Título II, elenca rol de direitos e garantias fundamentais vigentes no sistema jurídico nacional. Como parte desse rol de direitos, no inciso X, do artigo 5º, da Constituição Federal, como direito e garantia individual do cidadão, consta o direito à intimidade e a vida privada, nos seguintes termos: “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”. (*grifos nossos*)

Christiano Mendes Wolney Valente (2006, p.57) cita Paulo José da Costa Jr. que define intimidade como o valor que reflete “a necessidade de encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometidos pelo ritmo da vida moderna; de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada da curiosidade dos olhares e dos ouvidos ávidos.”

Numa perspectiva histórica, Maria Jose de Oliveira Lima Roque (2003, p.63) afirma existir nas instituições gregas e romanas alguns indícios da preocupação com o direito à privacidade ou intimidade. Por exemplo, cita que no direito Romano já existia leis garantindo sigilo de correspondência, inviolabilidade do domicílio e liberdade religiosa (Edito de Milão de 313).

Essa proteção à intimidade foi sendo aperfeiçoada ao longo da evolução das sociedades. Relata Maria Jose de Oliveira Lima Roque (2003, p.64) que somente muito após o advento dos Direitos da Personalidade no universo jurídico, é que ocorreu a gênese do direito à intimidade. O Cristianismo contribuiu para a formação da cultura de “Direitos da Personalidade”, pois pregava que o homem é fim e não meio. É criatura de Deus, feito a sua imagem e semelhança e, portanto, cheio de dignidade.

Essa filosofia cristã influenciou o campo da política, provocando a limitação do poder do Estado e culminando com a proclamação pela Assembléia Constituinte Francesa de 1789, da “Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem”.

No Brasil, Carta Imperial de 1824, a Constituição da República de 1891 e as todas as demais Constituições previam o direito à inviolabilidade do domicílio e ao sigilo das correspondências que indiretamente protegiam a intimidade e a vida privada dos cidadãos. Entretanto a primeira menção expressa ao direito à intimidade e à proteção à vida privada foi introduzida na Constituição de 1988.

Em âmbito do direito internacional, conforme destaca Maria Jose de Oliveira Lima Roque (2003, p. 75) merecem destaque como percussoras do reconhecimento internacional dos direito à intimidade e à vida privada, a “Declaração dos Direitos do Homem”, de 1945, da Organização das Nações Unidas - ONU e a “Declaração Americana e Universal”, de 1948, da Organização dos Estados Americanos – OEA.

O artigo 12 da Declaração Universal da OEA de 1948, assim dispõe sobre a questão da proteção à vida privada e à intimidade: “Ninguém será objeto de invasões arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados a sua honra e a sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais invasões ou atentados”.

Também cabe registrar, em relação à proteção da honra e da intimidade, o disposto no Art. 11 da Convenção Interamericana dos Direito Humanos, assinada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, *verbis*:

1 – Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2 - Ninguém pode ser objeto de influências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em sua casa ou em sua correspondência, ou de ataques ilegais à sua honra ou reputação. 3 – Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais influências e ataques.

Para melhor esclarecer os fundamentos do direito à intimidade e a

necessidade de resguardar a privacidade dos cidadãos, Melissa Folmann (2003, p.46) destaca a teoria alemã dos Círculos Concêntricos, que informa existir quatro círculos que envolvem a pessoa em sua convivência social: o do público, o da privacidade, o da intimidade e o do segredo. A referida autora assim descreve cada círculo:

Círculo do público – representa aquela parte da pessoa aberta ao conhecimento de todos; é o principal vínculo de sociabilidade do homem, onde ocorre a troca de conhecimentos mais vastos, sem a menor privação; **Círculo da privacidade** – diz respeito àquele contexto mais restrito, não aberto ao público, mas a algumas pessoas de maior confiança ou familiaridade, aquele círculo em que o homem não troca só informações mas sentimentos, testemunhos; **Círculo da intimidade** – corresponde a parcela mais própria do indivíduo, a do encontro do indivíduo consigo mesmo, seus problemas, alegrias, limitações e pensamentos mais íntimos, ao direito de estar só, sendo que qualquer um, até mesmo a família, pode ferir esse círculo se nele penetrar; **Círculo do segredo** - é o mais restrito de todos os círculos, o segredo, se refere ao que a pessoa no âmago da existência quer resguardar de todos. **(Grifos nossos)**

Juliana Garcia Belloque (2003, p. 21) justifica a existência dessa proteção afirmando que o direito a intimidade é um valor primordial em uma sociedade pluralista que garanta autonomia individual, *verbis*:

O resguardo da esfera de intimidade da vida privada é indispensável ao desenvolvimento da identidade pessoal e da personalidade humana, pois possibilita a experimentação de situações privadas, particulares, de forma independente, sem interferências exteriores de repressão ou julgamento sociais. (...) Em outras palavras, a esfera privada é condição para a livre estruturação de cada indivíduo em direção à autenticidade, sobretudo nas sociedades de massa modernas, em que prevalece a uniformização moral e intelectual.

José Afonso da Silva (2006, p. 207) para detalhar ainda mais esse direito, cita René Ariel Dotti que afirma a intimidade como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legítimo de evitar os demais”. Nessa forma mais restrita o direito a intimidade abrangeria: **a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência e o segredo profissional**”. (grifos nossos)

A Constituição de 1988 ao estatuir em seu art. 5º, XI que “a casa é o asilo inviolável do indivíduo”, conforme destaca José Afonso da Silva (2006, p. 207), reconhece que o homem tem direito fundamental a “um lugar em que, só ou com sua

família, gozara de uma esfera jurídica privada e íntima que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana”.

Do mesmo modo, o texto constitucional garante sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, no inciso XII, do artigo 5º, *verbis*:

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.

O direito ao sigilo das correspondências, das comunicações e dos dados, no entender de José Afonso da Silva (2006, p.207), além de estar relacionado com o direito de expressão, o direito de comunicação, direito de liberdade de expressão do pensamento, protege os segredos pessoais, que se dizem apenas aos correspondentes.

Por fim, o segredo profissional obriga a quem exerce uma profissão regulamentada, em razão da qual há de tomar conhecimento do segredo de outra pessoa, a guardá-lo com fidelidade, como destaca José Afonso da Silva (2006, p.208). Neste caso, como lembra o referido autor, “o titular do segredo é protegido pelo direito à intimidade, pois o profissional, médico, advogado (...) não pode liberar o segredo, devassando a esfera íntima, de que teve conhecimento, sob pena de violar aquele direito e incidir em sanções civis e penais.

2.2 Da relatividade dos direitos à intimidade e à vida privada

Os direitos à intimidade e à vida privada como espécies de direitos e garantais fundamentais consagrados pela Constituição Federal encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados na Carta Magna.

Alexandre de Moraes (2003, p. 60-61) apresenta trecho de decisão

do Supremo Tribunal Federal (RT-STF 709/418; STJ – 6ª T. RHC nº 2.777-0/RJ – Rel. Min. Pedro Aciole), que corrobora o pensamento exposto acima, *verbis*:

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

No mesmo sentido, o artigo 29 da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas é referenciado por Alexandre de Moraes (2003, p. 62) para reafirmar a relatividade dos direitos fundamentais, *verbis*:

toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. **No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais**, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração. (grifos nossos)

Ao analisar as limitações aos direitos fundamentais, Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p.133), afirma que “uma séria de fatores rechaçam uma visão totalitária dos direitos fundamentais”. No entendimento da referida autora a universalidade dos direitos torna imperativa sua limitação, pois “sendo os direitos fundamentais atribuídos a todas as pessoas, não há como conceber sua fruição permanente e simultânea sem que haja uma disciplina ordenadora a viabilizar que estes coexistam”.

Renato Bernardi (2005, p.39) sugere como conceito de restrição para um direito fundamental a “limitação ou diminuição do âmbito material de incidência da norma concessiva, tornando mais estreito o núcleo protegido pelo dispositivo constitucional, interferindo diretamente no conteúdo do direito fundamental que a norma visa proteger”. O referido autor defende dois grupos de

restrições que podem ser aplicadas aos direitos fundamentais, *verbis*:

(a) restrições ou limites expressos na Constituição, englobando as restrições diretamente constitucionais (previstas expressamente na Constituição) e as restrições efetuadas pela legislação infraconstitucional com autorização expressa da Constituição (restrições indiretamente constitucionais); e, (b) restrições ou limites imanentes (que decorrem da convivência dos direitos e que, portanto, não se encontram expressos na Constituição, mas decorrem de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Assim, pode concluir que quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve buscar coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, buscando harmonizar o texto constitucional com sua finalidade precípua.

Uma nova tese sobre a relatividade do direito à intimidade é trazida por Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 570), que defende que com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04 que alterou a redação do inciso IX do artigo 93 da CF de 1988, “o decreto de sigilo não poderá sopesar o direito à intimidade e a liberdade de informação quando o interesse público impuser a divulgação da notícia, devendo ser prestigiado, de modo absoluto, o direito individual à informação”.

Sustenta Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 570) que após a EC 45/04, presente, *in concreto*, o interesse público à informação, cederá sempre o direito à intimidade em favor da liberdade de informação. A afirmação tem fundamento na parte final do art. 93, IX, que afasta, por completo, o direito da personalidade quando residir interesse público na divulgação de fato.

Em conclusão, destaca Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 571) que a alteração constitucional afastou exclusivamente o direito à intimidade quando se notar o interesse público à divulgação. Continua a hermenêutica constitucional vinculada à técnica da ponderação de interesses no referente à vida privada, honra e imagem, mesmo que haja interesse público à informação.

Para Eurico Marcos Diniz de Santi (2009, p.10) existem dois diversos espectros de informação relativos à intimidade e de não interferência na vida privada do indivíduo: o primeiro cuida de informações invioláveis porque representam o próprio núcleo da proteção destes direitos; o segundo trata de

informações irrelevantes para o núcleo da proteção desses direitos e, portanto, sujeitas a limitação e regulamentação mediante lei. Em resumo, o professor Eurico de Santi, enumera os dois tipos de informações, *verbis*:

(i) informações protegidas constitucionalmente em nome da intimidade e privacidade do indivíduo que NÃO podem sofrer interferência ilegítima do Poder Público; (ii) informações protegidas constitucionalmente em nome da intimidade e privacidade do indivíduo que podem sofrer regulação LEGÍTIMA do Poder Público, mediante lei, para concretização de outras posições também constitucionais.

Para melhor ilustrar essa posição, Eurico Marcos Diniz de Santi (2009, p.11) apresenta o seguinte quadro resumo que expressa de forma didática e visual os limites do direito à intimidade e à vida privada:

Lícito	DENTRO do núcleo de proteção - Informações protegidas constitucionalmente em nome da intimidade e a vida privada do indivíduo que NÃO podem sofrer interferência ilegítima do Poder Público, exemplo: inviolabilidade da residência, sigilo de correspondência e comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.	FORA do núcleo de proteção - Informações protegidas constitucionalmente em nome da intimidade e a vida privada do indivíduo que PODEM sofrer regulação LEGÍTIMA do Poder Público, exemplo: transferência do sigilo bancário para efeito fiscal dos dados numéricos de movimentação financeira, sem identificação da origem ou dos destinatários.
Ilícito	Quebra de sigilo: ato inconstitucional	Quebra de sigilo: ato inconstitucional e ilegal (LC 105)

Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 385) também confirma que esses direitos não possuem caráter absoluto ou ilimitado, principalmente, quando está em questão o interesse da coletividade, *verbis*:

O sigilo bancário tem sido tratado pelo STF e pelo STJ como assunto sujeito à proteção da vida privada dos indivíduos. Consiste na obrigação imposta aos bancos e aos seus funcionários de discricção, a respeito de negócios, presentes e passados, e de pessoas com que lidaram, abrangendo dados sobre a abertura e o fechamento de contas e a sua movimentação. O direito ao sigilo bancário, entretanto, não é absoluto, nem ilimitado.

Assim, a partir dos posicionamentos acima transcritos, passemos a analisar os institutos do sigilo fiscal e do sigilo bancário, sob o prisma do aumento da eficiência e da efetividade das ações de fiscalização, prevenção e combate à

corrupção na gestão de recursos públicos para identificar a existência de limites e possibilidade de flexibilização.

3. Do sigilo de dados bancários e fiscais

3.1. Do sigilo bancário

3.1.1. Conceito, fundamento e natureza jurídica

As raízes do sigilo bancário estão ligadas ao costume. Melissa Folmann (2003, p.91) explica que esse instituto tem origem na Grécia Antiga, onde os templos religiosos eram usados para cultos, guarda de dinheiro e prática de atividades bancárias. Todas estas atividades eram consideradas sagradas. Mais tarde os romanos criaram o conceito jurídico de segredo. Com a positivação do direito esse costume foi reconhecido pelos diplomas jurídicos passando então a contar com a proteção da lei.

Sérgio Carlos Covello (2001, p.16-17), cita Cazorla Prieto que afirma que o instituto do sigilo bancário, tem justificação *político-filosófica*, *econômica* e *sociológica*, nos seguintes termos:

o sigilo bancário tem *justificação político-filosófica*, por garantir a autonomia privada do cidadão e preservar a liberdade individual; *justificação econômica*, porque consolida a confiança do público no sistema bancário, especialmente no momento histórico atual, quando as grandes fortunas mobiliárias são valores mobiliários, e *justificação sociológica*, porque, na atualidade, domina nas relações humanas uma postura de discrição com relação à riqueza, ao contrário de tempos pretéritos em que o luxo e a ostentação constituíam a regra.

Na busca do real alicerce do instituto do sigilo bancário, o ilustre mestre Sérgio Carlos Covello (2001, p.113-164) afirma não existir unanimidade na doutrina nacional acerca desse tema e apresenta oito teorias que debatem o fundamento do sigilo bancário (teoria contratualista, teoria da responsabilidade civil, teoria consuetudinária, teoria do segredo profissional, teoria da boa fé ou do dever de lisura, teoria legalista, teoria do direito à intimidade dos Bancos, teoria do direito

da personalidade), ao final conclui que o sigilo bancário é “manifestação do direito à intimidade e encontra seu fundamento necessário na própria natureza humana, sendo um dos direitos da personalidade”.

Marcelo Figueiredo (2002, p. 78), com base nos ensinamentos do doutrinador Sérgio Carlos Covello, apresenta uma síntese das teorias acima elencadas, que transcrevemos a seguir:

a) a teoria contratualista, como sendo o contrato o fundamento do sigilo bancário que se estabelece entre os bancos e o cliente, com variações para a “teoria do mandato” e a “teoria do depósito”; **b) a teoria da responsabilidade civil**, ou teoria delitual ou do ato ilícito, propugnada pelos civilistas, buscando na responsabilidade civil do banco, ou seja, no dever de não prejudicar a outrem (*neminem laedere*), sancionado pela obrigação de reparar o dano. O segredo é, assim, considerado como um interesse público do sujeito, cuja revelação provoca dano e, desta feita, constitui ato ilícito, sanção ao infrator; **c) a teoria consuetudinária**, através da qual o sigilo se tornou obrigação jurídica em virtude do uso, tradicional e universalmente observado pelos bancários, os quais, por serem atos de comércio, devem ser interpretados de conformidade com os usos e costumes da prática comercial, evoluindo para um tipo de “segredo profissional; **d) a teoria da boa-fé ou do dever da lisura**, através da qual o instituto é embasado “na natureza e na importância econômica e no caráter eminentemente fiduciário da atividade bancária, embora disposição legal alguma o sancione expressa e diretamente”; **e) a teoria legalista**, tendo como fonte imediata a lei; **f) a teoria do direito à intimidade dos bancos** que advoga o sigilo bancário como manifestação do direito à intimidade da empresa de crédito ou para proteger a intimidade do indivíduo, o correntista; **g) a teoria do direito de personalidade**, que considera o sigilo bancário como manifestação do direito genérico à intimidade e, portanto, um dos direitos da personalidade, encontrando seu fundamento na própria natureza humana.

Melissa Folmann (2003, p.94), afirma que o sigilo de dados bancários “refere-se ao direito do cliente da instituição financeira de não ter divulgados a terceiros informações acerca das operações que efetiva com e através do banco”.

Para Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 477) no STF e STJ o sigilo bancário tem sido tratado como assunto sujeito à proteção da vida privada dos indivíduos e consiste “na obrigação imposta aos bancos e a seus funcionários de discrição, a respeito dos negócios, presentes e passados, de pessoas com que lidaram, abrangendo dados sobre a abertura e o fechamento de contas e a sua movimentação”.

Sérgio Carlos Covello (2001, p.84-85), cita o ilustre jurista português Alberto Luís, que assim conceitua o sigilo bancário, *verbis*:

consiste na discricção que os Bancos, ou seus órgãos e empregados devem observar sobre os dados econômicos e pessoais dos clientes que tenham chegado ao seu conhecimento através do exercício das funções bancárias. Por cliente tem de entender-se aqui não só aquele que realiza operações no banco, mas também todo aquele que entra em relações pré-negociais não chegadas a bom termo e em resultado das quais o banco ficou a dispor de um conjunto de informações que pertencem à esfera de sua vida privada e que ela própria não deseja ver divulgada.

Após analisar o pensamento de diversos autores sobre o conceito de sigilo bancário, Sérgio Covello (2001, p-86) define o sigilo bancário como “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 conceito acima formulado, segundo Sérgio Covello (2001, p-87) revela a natureza jurídica do sigilo bancário: obrigação jurídica, ou seja, vínculo pelo qual o Banco fica sujeito a cumprir uma prestação em proveito de outrem.

Já Maria José Oliveira Lima Roque (2003, p.96) afirma ser o regime jurídico do sigilo bancário semelhante ao do sigilo profissional e cita a lição de Nelson Hungria para ratificar suas colocações, nos seguintes termos:

O dever de sigilo profissional não é absoluto. Depara toda uma série de exceções declaradas na lei, explícita ou implicitamente, ou imposta pela necessidade de defesa e salvaguarda de interesses mais relevantes. Há deveres jurídicos que superam o dever de sigilo, do mesmo modo que há interesses jurídicos de alta importância moral com primazia sobre o direito de segredo.

3.1.2. Sigilo Bancário no Brasil

O primeiro diploma legal a conceder certo arrimo legal ao sigilo bancário, como relata Sergio Covello (2001, p.74), foi o Código Comercial de 1850.

Este normativo apesar de não mencionar expressamente o instituto do “sigilo bancário”, trata de “sigilo mercantil”, aplicável também aos Bancos, conforme os artigos 119 e 120 do referido diploma legal. Quanto ao “sigilo mercantil” o artigo 17, do Código Comercial de 1850, assim enunciava:

nenhuma autoridade, Juízo ou Tribunal, debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja, pode praticar, ordenar alguma diligência para examinar se o comerciante arranja ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou mesmo se tem cometido algum vício.

Em 1940, com o início da vigência do Código Penal, o delito de violação de segredo profissional foi tipificado com a finalidade de proteger a vida privada do cidadão contra eventual indiscrição de confidentes necessários. O artigo 154 do Código Penal de 1940 punia a violação do dever de segredo profissional, nos seguintes termos:

Revelar alguém, sem justa causa, segredo de que tenha ciência, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja violação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa de CR\$ 1.000,00 a CR\$ 10.000,00. Parágrafo único – somente se procede mediante representação.

O artigo 154 do Código Penal não trata expressamente dos profissionais da atividade bancária e dos banqueiros, mas segundo Sergio Covello (2001, p. 75), a amplitude do preceito permitiu que à doutrina enquadrá-los no rol das pessoas destinatárias da norma, reconhecendo esses profissionais como confidentes necessários, legalmente obrigados à discrição.

A reorganização do sistema bancário brasileiro, pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, trouxe o reconhecimento expresso em nosso Direito do instituto do sigilo bancário, conforme os termos do artigo 38 do referido diploma legal, *verbis*:

Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei nº 1579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

§ 4º Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º, deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

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

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

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

Com a Carta Magna de 1988, conforme salienta Melissa Folmann (2003, p.121), a tutela do sigilo bancário passou a ter fundamento em três pilares: “doutrina do sigilo bancário como manifestação do direito à intimidade, nos termos do art. 5º, X, CF/88; doutrina do sigilo bancário como manifestação da proteção ao sigilo de dados, conforme art. 5º, XII, CF/88; e, a doutrina do sigilo bancário como manifestação do direito à liberdade”.

A Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, que criou a CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira) diante da possibilidade da Administração tributária ter acesso aos montantes globais de movimentação financeira realizados pelos particulares (conforme § 2º, do artigo 11) vedou a utilização dessas informações para constituição do crédito tributário com base nessas informações,

nos termos do § 3º, do artigo 11, da referida lei: “§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos”.

Com a edição da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, o instituto do sigilo bancário sofreu reestruturação significativa. Entretanto, algumas das inovações trazidas pela Lei Complementar 105/2001 são objetos de ações de declaração de inconstitucionalidade que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal. Passemos a seguir ao estudo específico da referida Lei Complementar.

3.1.3. A lei Complementar nº 105/2001

O advento da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências, trouxe reestruturação significativa no direito de sigilo bancário.

Como regra geral, o sigilo bancário deve ser observado pelas instituições financeiras em suas operações ativas e passivas e serviços prestados, nos termos do artigo 1º da Lei Complementar nº 105/2001.

A Lei Complementar nº 105/2001, no §1º do artigo 1º, define rol de instituições financeiras obrigadas ao dever de sigilo:

I – os bancos de qualquer espécie; II – distribuidoras de valores mobiliários; III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários; IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos; V – sociedades de crédito imobiliário; VI – administradoras de cartões de crédito; VII – sociedades de arrendamento mercantil; VIII – administradoras de mercado de balcão organizado; IX – cooperativas de crédito; X – associações de poupança e empréstimo; XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros; XII – entidades de liquidação e compensação; XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.

As empresas de fomento comercial ou factoring também foram obrigadas a obedecer às normas aplicáveis às instituições financeiras, conforme

previsto no § 2º, do artigo 1º da Lei Complementar nº 105/2001.

Em que pese a obrigação de conservação do sigilo bancário pelas instituições financeiras definidas no artigo 1º da Lei Complementar nº 105/2001, esse dever foi excetuado pelas hipóteses elencadas no § 3º, do mesmo artigo. Assim, nos termos da lei, não consiste em quebra de sigilo bancário a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito e, ainda, o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei no 9.311, de 24 de outubro de 1996 (CPMF);

Além dessas exceções, também não são considerados violação do dever de sigilo, nos termos do §3º, do artigo 1º, da Lei Complementar nº 105/2001, a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa, bem com a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados.

O inciso VI, do §3º, do artigo 1º, da Lei Complementar nº 105/2001, não considera violação ao dever de sigilo, a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º da Lei Complementar nº 105/2001. Passamos a estudar estes artigos mais detidamente:

A primeira exceção desse grupo foi destinada ao Banco Central do Brasil, conforme incisos I e II, §1º, Art. 2º, da Lei Complementar nº 105/2001, que permite o acesso a informações, inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, quando no desempenho de suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras; e ao proceder a inquérito em instituição financeira submetida a regime especial.

O Art. 3º, da Lei Complementar nº 105/2001, garante o acesso a informações protegidas por sigilo financeiro, por meio de ordem do Poder Judiciário,

preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.

Às Comissões de Inquérito Administrativo quando destinadas a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido, e à Advocacia-Geral da União quanto às informações e aos documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte, em ambos os casos mediante autorização do Poder Judiciário, nos termos dos § 1º e § 3º do Art. 3º, da Lei Complementar nº 105/2001.

Também, às Comissões Parlamentares de Inquérito, nos termos do § 1º do Art. 4º, da Lei Complementar nº 105/2001, em relação às informações e os documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais.

Do mesmo modo, à administração tributária da União, segundo o caput e § 1º do Art. 5º, da Lei Complementar nº 105/2001, poderá acessar dados bancários dos contribuintes quanto as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços (esse acesso é restrito a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os 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).

Às autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, também poderão acessar dados protegidos por sigilo, em relação aos 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, nos termos do Art. 6º, da Lei Complementar nº 105/2001.

À Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do Art. 7º, da Lei Complementar nº 105/2001, mediante a instauração de inquérito administrativo e autorização da autoridade judiciária competente, quanto a documentos relativos a bens, direitos e obrigações de pessoa física ou jurídica submetida ao seu poder

disciplinar registrados junto às instituições financeiras de informações.

O Ministério Público quando o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, no exercício de suas atribuições, também poderão acessar informações protegidas por sigilo, conforme Art. 9º, da Lei Complementar nº 105/2001, para verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, juntando à comunicação os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos.

Como visto acima nos dispositivos da Lei Complementar nº 105/2001 é obrigação das instituições financeiras a manutenção do sigilo bancário. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. E ainda pune com as mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas, nos termos do caput e parágrafo único do artigo 10 da Lei Complementar nº 105/2001.

Também o servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.

As modificações trazidas pela Lei Complementar nº 105/2001, segundo alguns doutrinadores, introduziram um novo conceito, a “transferência de sigilo bancário”, diverso do conceito de “quebra de sigilo”, conforme ensina Eurico Marcos Diniz de Santi (2009, p.18), nos seguintes termos:

Uma coisa é a fundamentação da transferência do sigilo bancário ao Fisco para fins de concretização do interesse público, da igualdade e da legalidade. Outra coisa e outros, completamente diversos, são os fundamentos que pretendem sustentar a relativização do sigilo para efeito da atuação do Banco Central, do Ministério Público, das CPI's e das autoridades policiais.

Eurico Marcos Diniz de Santi (2009, p.18) transcreve palavras do

ilustre ministro Gilmar Ferreira Mendes para corroborar seu entendimento, *verbis*:

A propósito, a Lei Complementar n. 105/2001 atribui a agentes tributários, no exercício do seu poder de fiscalização, o poder de requisitar informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras, independentemente de autorização judicial. A lei cerca a providência de cuidados formais com vistas a minimizar os custos para o direito à privacidade do investigado e assegurar que esteja nítida a necessidade da medida. O sigilo haverá de ser quebrado em havendo necessidade de preservar um outro valor com status constitucional, que se sobreponha ao interesse na manutenção do sigilo. Além disso, deve estar caracterizada a adequação da medida ao fim pretendido, bem assim a sua efetiva necessidade. [...] O pedido de quebra de sigilo bancário ou fiscal deve estar acompanhado de prova da sua utilidade. Cumpre, portanto, que se demonstre que 'a providência requerida é indispensável, que ela conduz a alguma coisa' (STF: Pet. 577, RTJ, 148/374); vale dizer, que a incursão na privacidade do investigado vence os testes da proporcionalidade por ser adequada e necessária.

Os dispositivos legais que autorizaram a transferência do sigilo bancário despertaram em setores da sociedade organizada inconformismo e críticas, principalmente devido ao acesso a dados protegidos por sigilo bancário sem autorização judicial, o que representaria uma afronta à garantia constitucional da inviolabilidade dos direitos individuais.

Melissa Folmann (2003, p.113), a época da edição da Lei Complementar nº 105/2001 entendeu que o texto aprovado afrontava diversos dispositivos da Constituição de 1988, nos seguintes termos:

A edição da Lei Complementar 105/01 com o Decreto 3.724/01 vem propiciar uma gama de afrontas ao texto constitucional, haja vista o número de princípios e direitos que joga ao vento como que a desmoronar todo o sistema erigido há anos. Dentre os direitos constitucionais que afronta estão: a privacidade (art. 5º,X) o sigilo (art. 5º, XII), acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LIV), decisão fundamentada (art. 93, IX), presunção de inocência (art. 5º, LVII), e livre concorrência (art. 170, IV). Além disso, atenta contra o princípio da tripartição de poderes e da proporcionalidade.

Logo após a edição da Lei Complementar nº 105/2001, Marcelo Figueiredo (2002, p. 77) relata a existência de duas ações diretas de inconstitucionalidade – ADIN's que tratam a questão, impetradas pela Confederação Nacional das Indústrias e pelo Partido Social Liberal, questionando os

seguintes dispositivos, *verbis*:

Dispositivos tidos como inconstitucionais pela CNI: - Lei Complementar nº 105: §3º do artigo 3º; artigo 5º, caput e seus parágrafos. E no inciso VI do § 3º do artigo 1º, remissão ao artigo 5º; artigo 6º. E no inciso VI do § 3º do artigo 1º, a remissão ao artigo 6º; subsidiariamente, a declaração parcial de inconstitucionalidade do artigo 6º, com redução de texto, retirando-se a palavra “administrativa” e dando-se a interpretação conforme a Constituição da expressão “autoridade”, como sendo sempre a judicial; - Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, que regulamenta o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001; - Lei Complementar nº 104: artigo 1º, na parte em que dá nova redação ao artigo 198 da Lei nº 5,172, de 25 de outubro de 1996, especialmente no tocante aos textos contidos no inciso II do § 1º e no § 2º, introduzidos neste artigo. Dispositivos tidos como inconstitucionais pelo Partido Social Liberal: - o § 4º do artigo 1º, artigo 5º, seus incisos e parágrafos, artigo 6º e seu parágrafo único, todos da Lei complementar nº 105/01, e, em consequência todo o Decreto nº 3.724/01.

Os pedidos de declaração de inconstitucionalidade das disposições dos artigos 5º e 6º da LC 105/2001 estão fundados na impossibilidade de autoridade administrativa requerer informações sobre as movimentações financeiras do sujeito passivo sem análise judicial prévia, com possível violação ao direito à intimidade, previsto no artigo 5º, inciso X da Constituição e o direito ao sigilo de dados, contido no artigo 5º, inciso XII, também da Constituição.

O site eletrônico do Supremo Tribunal Federal, na data de 20 de janeiro de 2010, registrava cinco ações diretas de inconstitucionalidade – ADIN’s que questionavam dispositivos da Lei Complementar nº 105/2001 e da Lei nº 9.311/1996. Essas ações foram apensadas e divididas em dois grupos, conforme despacho proferido na ADIN nº 2386, em 24 de setembro de 2001, pelo Ministro Relator Sepúlveda Pertence, DJ. 02/10/2001, que transcrevemos a seguir:

DESPACHO. Em razão da distribuição da primeira delas - ADIn 2390 - e da coincidência total ou parcial dos objetos das demais, por distribuição ou redistribuição, sou relator de cinco ações diretas de inconstitucionalidade, com pedido de cautelar, todas atinentes a preceitos da recente legislação complementar ou ordinária que propiciam a transmissão à administração tributária de dados da movimentação financeira do contribuinte, cobertos, em princípio, pelo sigilo bancário. Assim: 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. 198 da L. 5172/66 e lhe acrescenta o inciso II e o § 2º); - D. 3724/01; e) ADIn 2406 - Confederação Nacional da Indústria,

CNI: - L. 9311/96, art. 11 e § 2º; - L. 10174/01, art. 1º (que introduz § 3º ao art. 11 da L. 9311/96. Na forma da orientação do Plenário (v.g., ADIn 1460, 17.3.99, Sanches, DJ 25.6.99), determino a apensação, para processo e julgamento conjuntos, das cinco ADIns relacionadas, em dois grupos distintos: a) ADIns 2386 e 2397, apensadas à ADIn 2390, incluindo-se na autuação as requerentes das primeiras como litisconsortes ativas no processo da última; b) a ADIn 2406 apensada à ADIn 2389, anotando na autuação a requerente desta, como litisconsorte ativo, o autor da primeira.

Em razão do fim da vigência da CPMF, em 31 de dezembro de 2007, as ADIN's de nº 2406 e 2389 foram julgadas prejudicadas e arquivadas, conforme Decisão proferida na ADIN nº 2386, em 28 de fevereiro de 2008, pelo Ministro Relator Menezes Direito, DJE 05/03/2008, *verbis*:

Decido. Verifico que, em 31/12/2007, exauriu-se a vigência da CPMF, assim como da Lei nº 9.311/1996, cujo art. 11, §3º constituía o objeto desta ação. É o que sobressai claramente do art. 90, §1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003, que tem a seguinte redação: 'Art. 90. O prazo previsto no caput do art. 84 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fica prorrogado até 31 de dezembro de 2007. § 1º Fica prorrogada, até a data referida no caput deste artigo, a vigência da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, e suas alterações.' É manifesta, portanto, a prejudicialidade da ação direta, como anota, aliás, a jurisprudência dominante deste Tribunal em casos semelhantes(...). Ante o exposto, nos termos do art. 21, inciso IX, do Regimento Interno, julgo prejudicada a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Em 20 de janeiro de 2011, em consulta ao site eletrônico do Supremo Tribunal Federal, verificou-se que ações diretas de inconstitucionalidade do primeiro grupo (ADIN's 2386 e 2397, apensadas à ADIN 2390) estavam conclusas ao Ministro Relator ainda sem uma decisão final.

Entretanto, cabe destacar, decisão do Supremo Tribunal Federal, de 15 de dezembro de 2010, no Recurso Extraordinário nº 389.808, Relator Ministro Marco Aurélio, Recorrente: empresa G.V.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A, Recorrida: União, ainda sem acórdão publicado, que o Tribunal, por maioria e nos termos do voto Ministro Relator Marco Aurélio, deu provimento ao recurso extraordinário, considerando que o acesso da administração tributária aos dados protegidos por sigilo bancário só é possível com a autorização do poder Judiciário.

Nota-se que essa posição da Suprema Corte é totalmente oposta ao primeiro julgamento ocorrido sobre o tema na ação cautelar nº 33 - ajuizada para o fim de atribuir efeito suspensivo a recurso extraordinário - em que, por seis votos a quatro, admitiu-se a quebra independentemente de autorização judicial.

Contudo a questão ainda não está resolvida, Luis Henrique C. Pires (2010) em artigo público no jornal Valor Econômico, em 25/01/2011, argumenta que se o ministro Joaquim Barbosa tivesse participado do julgamento e mantido sua posição adotada na cautelar, o resultado teria ficado empatado (cinco a cinco). Além disso, aguarda-se ainda a nomeação do 11º ministro, cujo entendimento será essencial na definição da matéria. Há várias ADIN's que aguardam julgamento (nºs 2.386, 2.390, 2.397 e 4.010) e o tema já teve sua repercussão geral reconhecida (RE nº 601.314), além dos inúmeros casos individuais que já estão e ainda chegarão à Corte.

Podemos verificar que é grande a resistência na doutrina e nos tribunais em permitir a flexibilização do acesso à administração tributária aos dados protegidos por sigilo bancário, mesmo depois do advento da Lei Complementar 105/2001.

Quanto aos órgãos de controle externo e interno que atuam na fiscalização e auditoria de recursos públicos essa situação também não é diferente.

Sobre o tema, a decisão do Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 22.801/DF, rel. Min. Menezes Direito, DJ 17.12.2007, que concedeu razão ao Banco Central do Brasil – BACEN contra ato do Tribunal de Contas da União – TCU que, ao proceder à auditoria na prestação de contas do impetrante, relativa ao exercício de 1995, determinara-lhe que fosse disponibilizado o acesso às transações do Sistema de Informações do Banco Central – SISBACEN de potencial interesse ao controle externo, sob pena de multa.

No caso, entendeu-se que a Lei Complementar nº 105/2001, que dispôs específica e exaustivamente sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, não conferiu ao TCU poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. Previu-se na Lei Complementar apenas a possibilidade de quebra do sigilo bancário por

determinação do Poder Judiciário, do Poder Legislativo federal, bem como das Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (LC 105/2001, artigos 3º e 4º, §§ 1º e 2º).

Por fim, em relação a possível quebra de sigilo determinada pelo Ministério Público segundo Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 477), a jurisprudência do STF “admite a quebra apenas pelo Judiciário ou por Comissão Parlamentar de Inquérito, mas resiste a que o Ministério Público possa determiná-la diretamente, por falta de autorização legal”.

Entretanto, há precedente do próprio STF, conforme relata Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 477), que autoriza a requisição do Ministério Público ao Banco do Brasil de dados relativos a concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro, nos seguintes termos:

não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público.(MS 21.729, DJ de 19-10-2001, Rel. para o acórdão Min. Néri da Silveira.

3.2. Do sigilo fiscal

As atividades de fiscalização desempenhadas pela administração tributária são essenciais para manutenção do Estado. Eduardo de Moraes Sabbag (2005, p. 293) salienta que a garantia de uma salutar arrecadação tributária passa pela eficácia da administração tributária, que se traduz em “[I] procedimentos fiscalizatórios adequados, em [II] cobrança judicial dos importes tributários inscritos em dívida ativa e, finalmente, em [III] medidas de controle e verificação da regularidade fiscal do contribuinte”.

O Sistema Tributário Nacional tem como um de seus princípios a graduação do montante de imposto devido pelo contribuinte de acordo com sua capacidade econômica. É o chamado “princípio da capacidade contributiva”, previsto no § 1º, do artigo 145, da Constituição Federal que estabelece

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.** (grifamos)

A identificação do patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, pela administração tributária é viabilizada pelo Código Tributário Nacional, que exclui, no seu Art. 195, para os efeitos da legislação tributária, a aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito do Fisco de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los.

Nesse sentido, o Art. 197, do CTN, estabelece que, mediante intimação escrita, são obrigados de prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício; II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras; III - as empresas de administração de bens; IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais; V - os inventariantes; VI - os síndicos, comissários e liquidatários; VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Essa obrigação, nos termos do parágrafo único do artigo 197 do CTN, não é aplicada a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Para resguardar os direitos individuais dos contribuintes a Fazenda Pública e seus servidores estão proibidos de divulgar as informações obtidas em razão do desempenho das atividades da administração tributária. Esse comando normativo encontra-se positivado no artigo 198 do Código Tributário Nacional, a seguir transcrito:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

André Portela (2007, p.15) sustenta que a proteção à manipulação de dados de cidadãos detidos pelos entes públicos e privados tem origem constitucional e foi estruturada em quatro premissas fundamentais

a) indicação dos bens jurídicos objetos de proteção contra a manipulação indevida da informação, com respectiva previsão de regimes de responsabilidades e recomposição dos danos eventuais ocasionados (art. 5º, X, da CF/88); b) proteção da inviolabilidade dos meios de transmissão da informação (art. 5º, XII, da CF/88); c) imposição de sigilo da fonte da informação quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV, da CF/88); e, d) proteção da informação comercial objeto de requisição por autoridade estrangeira (art. 181, da CF/88).

Analisando a primeira premissa acima elencada que trata da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. O referido autor salienta que o legislador decidiu proteger os bens jurídicos dos mais valiosos para os cidadãos, não importando a natureza da informação que possa ser objeto de manipulação indevida, afirma que “não importa se os dados são de natureza econômica, comercial, afetiva, familiar ou individual, o que interessa é a constatação do nexo de causalidade entre a manipulação dos dados e a violação dos bens jurídicos indicados”.

Em conclusão, André Portela (2007, p.15), defende que a doutrina majoritária consolidou o entendimento de inclusão no âmbito do art. 5º, XII, da CF/88, das informações armazenadas nos arquivos públicos e privados, tais como os pertencentes a Bancos, Centrais de Proteção ao Crédito, Receita Federal e

outros órgãos detentores de informação.

No mesmo sentido, Augusto Carlos Cavalcante Melo (2008, p.46) entende o sigilo fiscal como uma espécie do sigilo de dados, e por isso, teria fundamento na Constituição da República do Brasil que prevê como um dos direitos fundamentais o do sigilo de dados, assegurando sua inviolabilidade. Afirma o autor ser majoritária na doutrina a idéia de que “toda e qualquer legislação infraconstitucional que previr a quebra de sigilo fiscal sem autorização judicial fundamentada é inconstitucional”.

Melissa Folmann (2002, p.77) cita Parecer da Advocacia-Geral da União para afirmar ser o sigilo fiscal meio de proteção ao direito à privacidade, genericamente garantido pelo inc. X do art. 5º da Constituição.

No lado oposto, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2003, p. 423) sustenta a imprecisão do termo “sigilo fiscal”. Para o autor “existe um dever para os servidores do fisco de não revelar informações sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades”. Em conclusão, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2003, p. 427) afirma que o sigilo fiscal

não tem previsão expressa na Constituição Federal. Também a Lei, no caso o Código Tributário Nacional, garantiu a inviolabilidade dos negócios e das atividades do contribuinte, mas alterado em sua redação original, não mais prevê a garantia do *sigilo da situação fiscal*, expressamente. Também foi visto que não há paradigma no direito comparado de um princípio equivalente. Ao contrário, existe, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, um princípio que estabelece o dever de contribuir e ser responsável para com a sociedade da qual se participa.

Na mesma linha de pensamento, mas tratando da fiscalização da aplicação de recursos públicos, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2001, p. 155), assim assevera:

Durante o processamento das contas públicas, mesmo à vista da indubitável ocorrência de irregularidades, os tribunais de contas têm tido dificuldades nas investigações, em face da bandeira do sigilo fiscal e tributário ser, muitas vezes, levantada como ofensa à privacidade dos cidadãos, o que estaria, em tese, contrariando a Carta Magna. O fato é que o sigilo fiscal e

tributário não faz parte do extenso rol de direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988 e representa, sim, uma ofensa ao interesse público, principalmente quando se trata de prejuízos ao erário, estranhamente protegidos por aqueles que defendem o sigilo, como garantia protegida pelo manto da lei.

O legislador pátrio, nos mesmos moldes do instituto do sigilo bancário, criou exceções ao instituto do sigilo fiscal. Nota-se que a Lei Complementar 104/2001, além da quebra do sigilo fiscal por requisições de autoridade judiciária no interesse da justiça, permitiu o acesso aos dados protegidos por sigilo fiscal por meio de solicitação de autoridade administrativa, no interesse da Administração, nos termos dos incisos I e II do §1º, do artigo 198, *verbis*:

Art. 198 - § 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

Como requisitos para o acesso aos dados, o inciso II, § 1º, do artigo 198, da Lei Complementar nº 104/2001, exige que seja comprovado a instauração de processo administrativo, no órgão ou entidade respectiva, e que o acesso aos dados tenha o objetivo de investigar o sujeito passivo da obrigação tributária por prática de alguma infração administrativa.

Outra formalidade para realização do intercâmbio de informações protegidas por sigilo fiscal no âmbito da Administração Pública é a exigência de entrega pessoal das informações a autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo, conforme § 2º, do artigo 198, da Lei Complementar nº 104/2001.

As alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 104/2001 no inciso II, § 1º, do artigo 198 do CTN também provocaram controvérsias na doutrina e jurisprudência em relação ao compartilhamento de informações fiscais entre os órgãos da administração pública e a mitigação da proteção constitucional da intimidade e da vida privada.

Como já relatado no item 3.1.3, existem ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN's 2386 e 2397, apensadas à ADIN 2390) que questionam no Supremo Tribunal Federal, as referidas alterações no inciso II, § 1º, do artigo 198 do CTN que estavam conclusas ao Ministro Relator ainda sem uma decisão final.

Além das exceções ao dever de sigilo acima elencadas, a Lei Complementar 104/2001, incluiu no Código Tributário Nacional o §3º do artigo 198 do CTN que permitiu a divulgação informações relativas à: “Art.198 - § 3º [...] I – representações fiscais para fins penais; II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; III – parcelamento ou moratória.”

Outra inovação trazida pela Lei Complementar nº 104/2001 foi a autorização para o intercâmbio de informações protegidas pelo sigilo fiscal, entre as Fazendas Públicas integrantes da federação, e entre o Brasil e Estados estrangeiros. Para tanto, é necessário a formalização de convênios ou previsão em lei específica, nos termos do artigo 199 e seu parágrafo único, que transcrevemos a seguir:

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio. Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.

Augusto Carlos Cavalcante Melo (2008, p.49) ao tratar da hipótese de exceção do sigilo referente à assistência mútua entre as Fazendas Públicas, relata que as informações armazenadas em cada um dos seus bancos de dados, decorrem do poder de fiscalizar seus sujeitos passivos das respectivas obrigações tributárias. O autor assevera que essa possibilidade de compartilhamento é fundamentada no inciso XXII do artigo 37 da Constituição de 1988, *verbis*:

Art. 37, XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma

integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

4. Fiscalização e prevenção da corrupção na aplicação de recursos públicos e o sigilo de dados fiscais e bancários

4.1. Fiscalização e controle dos recursos públicos no Brasil

A Administração Pública no Brasil, em todas suas ações deve seguir princípios definidos no *caput* do artigo 37 da Constituição da República de 1988 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). Assim cada ato administrativo deve ser efetuado seguindo as normas pertinentes e ter objetivo no interesse coletivo.

A não observância das normas legais ou o desrespeito aos princípios administrativos constitucionais, por desvio de finalidade ou por falta de competência do agente público para realização do ato administrativo, pode gerar vício e causar sua anulação pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.

Com fundamento no artigo 37, da Constituição de 1988, Domingos Poubel de Castro (2008, p.20) afirma que a administração pública está sujeita a um regime jurídico especial, denominado *regime de direito público* ou *regime jurídico-administrativo*. Para Poubel, a característica essencial deste regime está

na admissibilidade da idéia de que a execução da lei, por agentes públicos, exige o deferimento de necessidades prerrogativas a autoridade, para que o interesse público predomine sobre o interesse privado; e na formulação de que o interesse público não pode ser livremente disposto por aqueles que recebem o dever-poder de realizá-los.

Na lição de Lincoln Magalhães da Rocha (2001, p.123), o termo “controle” tem origem no direito administrativo e constitui uma das fases da atividade administrativa. Nesse sentido, o referido autor informa que foi o Decreto Lei nº 200/67, que estruturou e organizou a atuação do Tribunal de Contas da União, bem como estabeleceu normativamente cinco princípios fundamentais que se impõem ao gestor público para a atividade administrativa: **Planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle.** (grifos nossos)

Domingos Poubel de Castro (2008. p.27) destaca que a expressão “controle” “tem origem no latim *rotulum*, que designava a relação dos contribuintes. Era a partir dessa lista que se contratava a operação do cobrador de impostos”. O vocábulo, segundo o autor, foi incorporado por diversos idiomas e apresenta os seguintes significados: “dominação (hierarquia/subordinação), direção (comando), limitação (proibição) vigilância (fiscalização contínua), verificação (exame), registro (identificação)”.

Flávio da Cruz (2006, p. 121) entende que a ação de controlar consiste em “acompanhar, obter opinião e ter condições de redirecionar as ações ainda no decorrer do exercício e de aprimorar o planejamento”. A ação de controle está diretamente relacionada com a ação de planejar, como função gerencial básica.

Do ponto de vista do Estado, num regime democrático, Domingos Poubel de Castro (2008. p.36) relaciona os seguintes mecanismos de controle que podem ser utilizados:

o sistema de freios e contrapesos representado pela divisão e independência dos Poderes da União e pelos diferentes níveis de governo da Federação; a fiscalização dos partidos políticos; a eleição periódica dos governantes; a pressão exercida pela opinião pública e pela imprensa; e, os sistemas de controle interno e externo.

Todos esses mecanismos estão contemplados no texto constitucional pátrio vigente, inclusive o controle social, nos termos do §2º, do artigo 74, da CF/88, que estabelece que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

A Constituição de 1988 trouxe, também, uma seção específica para tratar da fiscalização contábil, financeira e orçamentária da Administração Pública na União que será exercida pelo Congresso Nacional por seu Órgão de controle externo e pelos sistemas de controle interno de cada Poder, conforme o artigo 70, que define:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta,

quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

No âmbito da União, o Tribunal de Contas da União – TCU e a Controladoria-Geral da União – CGU, exercem respectivamente as funções de controle externo e interno.

Ao tratar das agências de controle interno e externo no Brasil, Adailton Amaral Barbosa Leite (2010, p. 38), afirma que o TCU e a CGU se enquadram no que a literatura denomina alternativamente de instituições de fiscalização superiores (IFS), instituições superiores de auditoria (SAI) ou agências autônomas de auditoria (AAA). O referido autor cita estudo do Banco Mundial, que assevera que essas instituições

são úteis na gestão de gastos públicos, assegurando responsabilidade financeira e fortalecendo instituições públicas (World Bank, apud Blume e Voigt, 2007). A função dessas agências é vigiar a administração de fundos públicos e a qualidade e credibilidade dos dados financeiros dos governos (Stapenhurst e Titsworth, 2002) e contribuir para descobrir e intimidar a corrupção, melhorando a administração (Santiso, 2006).

No controle da execução orçamentária, nos termos do artigo 75 da Lei 4.320/64, órgãos de responsáveis deverão observar os seguintes aspectos, *verbis*:

Art. 75. [...] I - a **legalidade dos atos** de que resultem a arrecadação da receita ou a realização da despesa, o nascimento ou a extinção de direitos e obrigações; II - a **fidelidade funcional dos agentes da administração**, responsáveis por bens e valores públicos; III - o **cumprimento do programa de trabalho** expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços. (grifamos)

As Instituições Superiores de Auditoria (SAI), conforme Adailton Amaral Barbosa Leite (2010, p. 42) podem realizar os seguintes tipos de auditorias

a) financeira: para avaliar a precisão e acurácia das demonstrações financeiras de uma organização; b) compliance (conformidade): para examinar se as receitas e gastos governamentais foram realizados nos limites e propósitos autorizados e obedecendo à legislação pertinente; c)

performance (desempenho): auditores e especialistas avaliam o retorno dos impostos em benefícios para os contribuintes.

Por fim, em relação ao momento de realização das ações de controle, Lincoln Magalhães da Rocha (2001, p.126) destaca que ele pode ser:

Controle prévio ou preventivo (a priori) - é o que antecede à conclusão do ato, como requisito de sua eficácia. **Controle concomitante ou sucessivo** - é todo aquele que acompanha a realização de auditoria durante a execução do orçamento; fiscalização de um contrato em andamento; **Controle subsequente ou corretivo (a posteriori)** - é o que se efetiva após a conclusão do ato controlado, visando corrigir eventuais defeitos, declarar sua nulidade ou eficácia.

Passemos a tratar de outras características, competências e formas de atuação das SAI's responsáveis pelas atividades de controle interno e externo no Brasil na esfera do governo federal.

4.1.1 O controle interno

A lei 4.320, de 17 de março de 1964, é o normativo que estabelece as Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal e traz as principais diretrizes para o sistema de controle interno no Brasil.

Adailton Amaral Barbosa Leite (2010, p. 88) assevera que a lei 4.320/64 representou “uma profunda inovação, ao determinar a criação de um sistema de controle interno, não apenas para verificar a conformidade legal, mas voltado para a verificação de resultados e integrado ao sistema de formulação e implementação de políticas”.

Entretanto, o autor afirma que o controle continuou “utilizando-se dos registros contábeis como seu insumo essencial, restringindo-se a verificar se as despesas realizadas respeitavam os limites fixados na lei orçamentária e demais aspectos da legalidade das despesas”, e essa situação só foi corrigida, nos anos 90,

com a reforma do sistema de controle e a implantação de capacidades institucionais para a realização de avaliações de desempenho.

O controle interno segundo Lincoln Magalhães da Rocha (200, p.124), pode ser assim conceituado

é todo aquele realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito da própria administração. Assim, qualquer controle efetivado pelo Executivo sobre seus serviços ou agentes é considerado interno, como interno será também o controle do Legislativo ou do Judiciário, por seus órgãos de administração, sobre o seu pessoal e os atos administrativos que pratiquem. Portanto, é o conjunto de procedimentos adotados no âmbito de cada um dos Poderes do Estado, ou órgãos ou entidades que neles se integram para, resumidamente, comprovar a legalidade e avaliar os resultados.

Flávio da Cruz (2006, p. 121) apresenta um conceito de controle interno com base em estudo, de 1949, do Comitê de Procedimentos de Auditoria do American Institute of Certified Public Accountants, de New York, *verbis*:

O controle interno compreende o plano geral da organização e o conjunto ordenado dos métodos e medidas adotadas dentro de uma empresa para salvaguardar o seu patrimônio, verificar a exatidão e a veracidade das informações contábeis, promover a eficiência das operações e fomentar maior adesão à política prescrita pela gerência.

Em relação às instituições de controle interno do Brasil, como a Controladoria-Geral da União, o IPEA (2010, p.219), afirma que podem ser assim compreendidas

organizações intragovernamentais ou intrapoderes, como as corregedorias, as controladorias e as auditorias que monitoram o cotidiano das atividades da estrutura ao qual fazem parte. No caso do governo federal, a Controladoria-Geral da União (CGU) se enquadra formalmente nesse exemplo, na medida em que monitora a destinação dos recursos da União para a administração direta e indireta, assim como a dos recursos descentralizados para os estados, os municípios e as ações de parcerias que são realizadas com diversas organizações.

A instituição de órgãos responsáveis pelas atividades de controle interno é obrigação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Nos termos do artigo 74 da Constituição Federal da República de 1988 esses órgãos devem atender as seguintes finalidades:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Cabe destacar o disposto no § 1º, do artigo 74, da CF/88, que estabelece que os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

O modelo de sistema de controle definido pela constituição para os entes da administração federal, por determinação do artigo 75, da Constituição da República de 1988 deve ser aplicado, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Nos termos da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a **Controladoria-Geral da União** possui a competência de assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à **defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão** no âmbito da administração pública federal (grifos nossos)

A regulamentação do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal, conforme o Decreto nº 3.591, de 6 de setembro de 2000, definiu dois instrumentos básicos de ação:

a) a auditoria, para avaliar a gestão pública, pelos processos e resultados gerenciais e a aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; b) a fiscalização, para comprovar se o objeto dos programas de governo corresponde às especificações estabelecidas, atende às necessidades para as quais foi definido, guarda coerência com as condições e características pretendidas e se os mecanismos de controle são eficientes.

Domingos Poubel de Castro (2008. p. 162) destaca que as auditorias no sistema de controle interno podem ser classificadas em:

a) avaliação de gestão - objetiva emitir opinião com vistas a certificar a regularidade das contas de um gestor. Para tanto, verifica a observância da legalidade nos atos praticados; a probidade na aplicação dos dinheiros públicos; a adequada administração de valores e outros bens da União; a eficiência dos sistemas de controles administrativos e contábil; a avaliação dos resultados operacionais e a execução dos programas de governo; b) acompanhamento de gestão - objetiva antecipar os trabalhos da auditoria de gestão, sendo realizada ao longo do exercício, atuando em tempo real sobre os atos efetivos e os efeitos potenciais de uma unidade ou entidade federal; c) contábil - objetiva confirmar os valores apresentados nas demonstrações financeiras. Consiste na confirmação dos valores apresentados nas demonstrações contábeis da unidade ou entidade, através do exame dos registros contábeis e dos documentos de suporte aos mesmos; d) operacional ou de desempenho - objetiva avaliar as ações gerenciais e os procedimentos operacionais, das unidades ou entidades, programas, projetos, atividades, ou segmentos destes. e) especial - objetiva o exame de fatos ou situações consideradas relevantes, de natureza incomum ou extraordinária, sendo realizadas para atender determinação expressa de autoridade competente.

Outro instrumento utilizado pelos órgãos de controle é a Tomada de Contas Especial – TCE, que é um processo instaurado em caráter excepcional que visa apurar culpabilidade do agente, identifica a omissão no dever de prestar contas ou um dano ao erário, decorre de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, determinado a quantificação do dano, visando à recomposição do patrimônio público.

Lincoln Magalhães da Rocha (200, p.124) destaca que a TCE é um procedimento instaurado pela autoridade integrante da própria unidade

administrativa ou superior hierárquico àquela em que ocorreu o dano ou omissão de prestar contas. Os órgãos de controle têm obrigação de acompanhar as TCE e o podem, ainda, recomendar a instauração desse procedimento. Ao final do procedimento, as TCE são encaminhadas ao Tribunal de Contas da União para julgamento.

Por fim, a Controladoria-Geral da União, segundo Adailton Amaral Barbosa Leite (2010, p. 103), desempenha outras funções que não são típicas de uma SAI, a CGU ampliou suas formas de atuação que não se restringem à fiscalização típica, e também atua em

operações especiais - Ações decorrentes de parcerias estabelecidas com os Ministérios Públicos (Federal e estaduais), COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras e Polícia Federal; portal da transparência - Um site de livre acesso a informações detalhadas sobre os gastos da União, por execução direta, por transferências para estados e municípios e beneficiários dos programas de transferência direta de renda); e. sindicâncias patrimoniais - Investigações da CGU em parceria com a Receita Federal e COAF, visando detectar casos de enriquecimento ilícito entre servidores públicos.

A sindicância patrimonial, que surgiu com o Decreto nº 5.483, de 30 de junho de 2005, é definida como um procedimento meramente investigatório, de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agente público federal, nas situações em que esse apresente uma evolução patrimonial incompatível com sua renda e disponibilidades.

Vânia Lúcia Ribeiro Vieira e outros (2006, p. 2) observam que a sindicância patrimonial possui caráter inquisitorial, por isso, “não são asseguradas ao servidor, no âmbito desse procedimento, as garantias do contraditório e da ampla defesa, já que neste momento nenhum fato ilícito lhe é imputado”. Em relação à competência de acompanhamento da evolução patrimonial dos servidores e de instauração do procedimento de sindicância patrimonial, na Administração Pública Federal, a autora destaca que

No âmbito da Controladoria-Geral da União cabe à Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas, conforme estabelece o Decreto nº 5.683, de 24 de janeiro de 2006, em seu art. 17, V, “acompanhar a evolução patrimonial dos agentes públicos do Poder Executivo Federal e

observar a existência de sinais exteriores de riqueza, identificando eventuais incompatibilidades com a sua renda declarada”. Por sua vez, cabe à Diretoria de Informações Estratégicas, que integra essa Secretaria, nos termos do art. 18, inc. V, do aludido Decreto, “o exame sistemático das declarações de bens e renda dos servidores públicos federais, instaurando, quando necessário, procedimento de investigação preliminar para apurar eventual enriquecimento ilícito”. Já à Corregedoria-Geral da União cabe, conforme dispõe o art. 15, incisos III e IV, “conduzir investigações preliminares, inspeções, sindicâncias, inclusive as patrimoniais, e processo administrativos disciplinares” e “instaurar ou requisitar a instauração, de ofício ou a partir de representações e denúncias, de sindicâncias, processos administrativos disciplinares e demais procedimentos correccionais para apurar a responsabilidade por irregularidades praticadas no âmbito do Poder Executivo Federal”.

4.1.2 O controle externo

A instituição do controle externo no Brasil tem origem com proclamação da República. A mudança do regime monárquico para o regime republicano gerou necessidade de criação de um órgão independente para exercer o controle financeiro sobre as contas do governo.

Lincoln Magalhães da Rocha (200, p.124) destaca que foi com a 1ª Constituição da República de 1891 que o Tribunal de Contas da União passou a ter existência constitucional, sobre influência de Rui Barbosa e de Serzedello Correa, com a função de proceder ao controle de legalidade dos atos administrativos. O referido autor assim conceitua a atividade de controle externo

é o que se realiza por órgãos estranho à Administração responsável pelo ato controlado como, por exemplo, surgiram diversos atos normativos que estruturaram e regulamentaram a atuação dos órgãos encarregados desta atividade.

Na visão do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicadas – IPEA (2010, p.216) o Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo no Brasil,

é parte integrante do conjunto de instituições da accountability horizontal, uma vez que cabe ao órgão verificar a regularidade e eficiência da gestão

financeira do governo federal, dando publicidade aos seus trabalhos e prestando informações tanto para o Congresso Nacional como para a sociedade. Além disso, promove a responsabilização contra quem praticou eventuais desvios por meio de denúncia ao Ministério Público de Contas (MPC) e, também, pode propor medidas para minimizar os riscos de corrupção. Neste contexto, a atuação do TCU está orientada pelo controle da regularidade, da eficiência e da economicidade.

O artigo 81 da Lei 4.320/64 define que o controle da execução orçamentária, pelo Poder Legislativo, ou “controle externo” terá por objetivo “verificar a probidade da administração, a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos e o cumprimento da Lei de Orçamento”.

A Constituição da República de 1988 ampliou substancialmente as atribuições do controle externo prevista na Lei 4.320/64, conforme prevê o Art. 71, foi reafirmado o papel de auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo sobre a gestão financeira da administração pública.

Sobre o tema, o estudo elaborado pelo IPEA (2010, p.216), ao tratar da evolução do desenho institucional do TCU, assevera que a expressão “auxiliar” deve ser entendida no sentido de

prestar apoio ou subsidiar e de maneira alguma deve ser interpretada como qualquer tipo de subordinação direta com o Congresso Nacional. Essa autonomia, em relação ao Congresso Nacional, fica ainda mais evidenciada na medida em que o TCU administra seu próprio orçamento, possui corpo de funcionários em regime estatutário, e é o responsável pelo regimento interno e pela lei orgânica que organizam o funcionamento e as atividades do órgão. Além dessas questões, seu colegiado de dirigentes – os ministros – usufruem as mesmas garantias de vitaliciedade, estabilidade e inamovibilidade do cargo que são comuns aos membros do alto escalão da magistratura federal. Desse modo, o órgão de controle de contas possui instrumentos institucionais que lhe garante independência no desempenho de suas funções.

As atribuições adquiridas pelo TCU após a Constituição de 1988 estão sintetizadas a seguir

a) Apreciar as contas anuais do presidente da República; b) Julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos; c) Apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões civis e militares; d) Realizar inspeções e auditorias por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional; e) Fiscalizar as contas nacionais das empresas

supranacionais; f) Fiscalizar a aplicação de recursos da União repassados aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios; g) Prestar informações ao Congresso Nacional sobre as fiscalizações realizadas; h) Aplicar sanções e determinar a correção de ilegalidades e irregularidades em atos e contratos; i) Sustar, se não atendido, a execução de ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; j) Emitir pronunciamento conclusivo, por solicitação da Comissão Mista Permanente de senadores e deputados, sobre despesas realizadas sem autorização; k) Apurar denúncias apresentadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato sobre irregularidades ou ilegalidades na aplicação de recursos federais; l) Fixar os coeficientes dos fundos de participação dos estados, do Distrito Federal e dos municípios e fiscalizar a entrega dos recursos aos governos estaduais e às prefeituras municipais.

4.2 Hipóteses legais de utilização de dados bancário e fiscais protegidos por sigilo nas fiscalizações, auditorias e prevenção da corrupção na aplicação de recursos públicos

Ao analisar o institutos do sigilo fiscal e bancário no item 3 deste estudo verificamos que a apesar da Constituição de 1988 estabelecer direito de proteção ao acesso a dados financeiros dos indivíduos que possam violar a intimidade, a vida privada, a honra (art. 5. X), e também garantir a proteção ao 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 em que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual pena (art. 5º, XII), esses direitos encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados na Carta Magna.

4.2.1. Das hipóteses legais de exceção ao sigilo fiscal

Dentre as hipóteses de exceção que permitem o acesso aos dados protegidos por sigilo fiscal, previstas na legislação infraconstitucional (Código Tributário Nacional), passemos a analisar as que podem ser utilizadas para fins específicos de fiscalização, auditoria, prevenção e combate à corrupção.

a) Requisição de autoridade judicial no interesse da justiça (inciso I, § 1º, Art. 198, CTN) - essa é a hipótese mais tradicional de acesso a dados fiscais e não gera dúvidas na doutrina e jurisprudência, pois contempla a autorização do Poder Judiciário conforme as premissas adotadas no direito.

Ocorre, na maioria das vezes, nas operações para investigação de desvio de recursos públicos, realizadas de forma conjunta entre órgãos do governo federal (Ex. Ministério Público, Polícia Federal e Controladoria-Geral da União, Receita Federal). Nesse caso, se houver necessidade, a autorização judicial para acesso aos dados protegidos por sigilo financeiro pode ser estendido a todos os órgãos participantes da operação, inclusive os órgãos de controle.

b) Solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública (inciso II, § 1º, Art. 198, CTN) - desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

Essa talvez seja a forma mais utilizada para acesso a dados fiscais pelos órgãos de controle interno no Poder Executivo Federal. Em geral ocorre nas sindicâncias patrimoniais, processos administrativos disciplinares e processos de tomadas de contas especiais, e auditorias e fiscalizações para apuração de ilícitos administrativos e desvios de recursos públicos.

Entretanto, como salienta André Portela (2007, p.24), o legislador estabeleceu uma série de condições para o acesso as informações protegidas por sigilo fiscal: a) comprovação do interesse da Administração na informação; b) instauração de processo administrativo regular; c) finalidade de apurar prática de infração administrativa; d) entrega pessoal dos dados entre os representantes de uma e outra autoridade administrativas, mediante recibo formal de entrega.

Sobre o tema cabe destacar o Acordo de Cooperação firmado entre a Controladoria-Geral da União e a Secretaria de Estado da Fazenda – SEF, de Minas Gerais, cujo extrato foi publicado no Diário Oficial da União nº 205, seção 3, de 26 de outubro de 2010, com o objetivo de estabelecer mecanismos de cooperação entre os partícipes, com vistas à verificação da idoneidade de

documentação relativa ao Fisco Estadual utilizada na comprovação da aplicação dos recursos federais no Estado de Minas Gerais.

Entre as formas de cooperação previstas no Acordo está a realização de intercâmbio de informações cadastrais e fiscais (inciso III, da cláusula segunda do acordo). A SEF/MG se compromete em disponibilizar para a CGU, nos termos do inciso II, da cláusula quarta: “a) Fornecer dados de contribuintes inscritos em seu Cadastro de Contribuintes do ICMS que digam respeito aos trabalhos desenvolvidos pela CGU; e b) encaminhar informações que possibilitem identificar a inidoneidade de documentação fiscal integrante das prestações de contas da aplicação de recursos federais.”

O Acordo de Cooperação, entretanto, ressalta que o intercâmbio de informações que se encontrem protegidas por sigilo restringir-se-á àquelas indispensáveis à ação de fiscalização sobre a aplicação de recursos federais e sobre a verificação de autenticidade de documentos fiscais, e será feita com a estrita observância das prescrições contidas no art. 198, § 2º do Código Tributário Nacional, e do disposto no art. 26, §§2º e 3º da Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001.

d) Divulgação de informações fiscais sobre as inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública. (§ 3º, Art. 199) – a divulgação desses dados é feita de forma ativa, na internet, e está mais afeta ao controle social. Entretanto, essas informações também são utilizadas nas auditorias de acompanhamento da gestão pública para verificar a eficiência na cobrança das dívidas tributárias.

4.2.2. Das hipóteses legais de exceção ao sigilo bancário

Da mesma forma que o direito ao sigilo fiscal dos contribuintes pode ser mitigado para atender ao interesse público de controlar os recursos públicos e combater à corrupção, o direito ao sigilo bancário também pode sofrer limitações. A Lei Complementar nº 105/2001 apresenta diversas hipóteses de exceção ao instituto

do sigilo bancário⁴, trataremos, a seguir, das hipóteses relacionadas às atividades dos órgãos de controle de recursos públicos:

a) informações ordenadas pelo Poder Judiciário. (Art. 3º, da LC nº 105/2001) - hipótese de acesso a dados bancários que não contestada pela doutrina e jurisprudência, pois requer a autorização do Poder Judiciário conforme as premissas adotadas no direito. É comum nas operações especiais realizadas pelos órgãos de combate à corrupção (MPF, PF, CGU e RFB) onde, em caso de necessidade, o sigilo é compartilhado para todos os órgãos envolvidos, inclusive para a CGU. O caráter sigilo da informação deve ser preservado mediante acesso restrito às partes autorizadas, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à investigação.

b) Solicitações das Comissões de Inquérito Administrativo destinadas a apurar responsabilidade de servidor público (§º 1 do Art. 3º, da LC nº 105/2001) – nesta hipótese as comissões disciplinares de inquérito, apresentando indícios de necessidade e pertinência, por meio da à Advocacia Geral da União, podem solicitar ao Poder Judiciário o afastamento do sigilo bancário para apuração de infrações cometidas por servidor, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido. Saliente-se que a quebra de sigilo não depende de processo judicial em curso.

c) Informações prestadas ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, de que trata o art. 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, relacionadas com servidores públicos ou recursos públicos (§ 6º, art. 2º, LC nº 105/2001) -Nos casos de indícios de ocultação de bens ou capitais provenientes de crimes contra a Administração Pública, corrupção e desvios de recursos públicos, o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários, e as instituições financeiras, fornecerão as informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações previstas no inciso I do art. 11 da referida Lei.

Cabe ressaltar, a Controladoria-Geral União é órgão integrante do Conselho do COAF, que nos termos do inciso VII, artigo 2º do Decreto nº 2.799, de 8

⁴ Conforme mencionado o item 3.1.3 deste estudo, algumas dessas hipóteses são questionadas perante o STF por meio de ADIN's nºs 2.386, 2.390, 2.397 e 4.010 que ainda encontram-se pendentes de julgamento.

de outubro de 1988 e possui prerrogativa de receber as comunicações de operações atípicas efetuadas pelas entidades integrantes do sistema financeiro e relacionadas a crimes contra a Administração Pública Federal e a seus servidores.

d) Recursos de transferências voluntárias da União para Estados e Municípios (art. 5º, XIV, XXXIII, XXXIV, LXXII, e art. 37, *caput*) - Os dados das movimentações bancárias nas contas criadas especificamente para receber recursos federais de convênios não estão protegidos pelo manto do sigilo bancário. A Constituição de 1988 estabelece como regra o dever de transparência e publicidade da Administração, conforme o inciso XXX, Art. 5º “[...] todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

4.3. Flexibilização do sigilo financeiro para a fiscalização dos recursos públicos e prevenção da corrupção

Para iniciar a discussão sobre o sigilo de dados fiscais e bancários e a fiscalização de recursos públicos, cabe transcrever trechos do Acórdão nº 816/2009, Plenário, Processo nº 013.493/2008-4, de 22 de abril de 2009, do Tribunal de Contas da União - TCU, que julgou os fatos apontados na Auditoria Operacional realizada no Programa Universidade para Todos – PROUNI e no Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – FIES, onde foram encontradas diversas irregularidades praticadas pelos beneficiários de recursos públicos, *verbis*:

32. As bolsas oferecidas no programa são integrais, para os beneficiários que comprovem possuir renda familiar per capita de até um salário mínimo e meio, ou parciais para os que possuem renda familiar per capita de até três salários mínimos. Além dessas regras, o beneficiário não pode ser portador de diploma de curso superior ou estar matriculado em instituição pública de ensino superior concomitantemente ao usufruto da bolsa ou ser financiado pelo FIES em curso ou instituição de ensino diferente daquela para a qual

foi concedida a bolsa. [...] 267. Além das conferências de dados com as informações das universidades, foram realizados batimentos com os dados constantes da Relação Anual de Informações Sociais – Rais. As informações constantes na Rais são coletadas anualmente pelo Ministério do Trabalho e do Emprego e nela consta uma série de dados referentes a empregados, funcionários públicos etc. Das diversas informações constantes no banco de dados, aquelas levadas em consideração no presente trabalho foram o grau de instrução do empregado e o valor que percebeu no ano a título de proventos. [...] 277. A partir dos dados acima, é possível perceber que mais de 23 mil beneficiários, dos quase 147,8 mil existentes na Rais, declararam receber renda familiar abaixo, inclusive, da renda pessoal recebida constante na Rais 2006. 279. [...] foi feito batimento com as informações constantes do Registro Nacional de Veículos Automotores – Renavam. O Renavam é mantido pelo Departamento Nacional de Trânsito – Denatran, do Ministério das Cidades e nele consta o registro de todos os veículos automotores, com informações sobre tipo de veículo (automóvel ou motocicleta), proprietário, marca, modelo e ano. O cruzamento com esse banco de dados teve o intuito de identificar beneficiários do ProUni que possuem veículos automotores a princípio incompatíveis com a situação econômica exigida para que o aluno seja atendido pelo programa. 281. [...] a partir dos resultados desse cruzamento de dados, existem mais de 1 mil bolsistas integrais e cerca de 700 parciais que possuem carros novos (anos 2005 a 2008). Além disso, mais de 8 mil bolsistas integrais e aproximadamente 4 mil parciais possuem motos novas (anos 2005 a 2008). 282. [...] no banco de dados analisado foram identificados vários casos de bolsistas que possuem carros considerados de luxo, como, por exemplo, Mitsubishi Pajero TR4 Flex ano 2008, GM Tracker ano 2007, Toyota Hilux ano 2007, VW 8.120 EURO3 ano 2008, Ford Ecosport ano 2007, GM Vectra 2008, Honda Civic LXS ano 2008, Toyota Corolla XLI ano 2008, entre outros. (*grifos nossos*)

A Auditoria realizada pelo TCU destaca que os programas PROUNI e FIES somaram cerca de 1,4 bilhões de reais em benefícios no ano de 2008. Este valor seria composto por 325,8 milhões reais de renúncia fiscal estimada para o PROUNI e de 1,06 bilhões de reais autorizados na Lei Orçamentária Anual para execução orçamentária do FIES.

Em relação aos prejuízos potenciais, o TCU relata que as possíveis irregularidades acima elencadas nos programas PROUNI e FIES no período de 2005 a 2008, acarretariam um dispêndio indevido estimado de R\$ 12,7 milhões/ano se considerados os dados do RENAVAL e de R\$ 217,8 milhões/ano se considerados os dados da RAIS. Para chegar a esses dados a Auditoria realizada pelo TCU considerou apenas os beneficiários, ou seja, não foram verificados outros integrantes do núcleo familiar, o que poderia aumentar ainda mais o número de benefícios indevidos.

No mesmo sentido, destacamos, também, trechos do Acórdão nº

668/2009, Plenário, Processo nº TC 013.337/2008-0, de 8 de abril de 2009, do Tribunal de Contas da União - TCU, que julgou os fatos apontados na Auditoria Operacional realizada no Programa de Benefícios de Prestação Continuada da Assistência Social – BPC (Bolsa família), transcritos a seguir:

O arcabouço legal que rege o BPC considera que o benefício só deve ser concedido **a pessoas cujas famílias sejam incapazes de prover seu sustento**. A Constituição Federal de 1988 previu (art. 203, inciso V) a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. Desta forma, é muito importante averiguar se os beneficiários do BPC se situam em famílias pobres. [...] **Em números de 2008, o BPC precisa de R\$ 14,5 bilhões/ano para atender a todos os beneficiários, alcançando 2,9 milhões de famílias com alto grau de vulnerabilidade**. Nesse contexto, a ocorrência de qualquer situação de vazamento de recursos, seja por fatores relacionados ao desenho da política seja por sua implementação, possui potencial de trazer importantes prejuízos para a sociedade. [...] Programas de transferência de renda, tais como o BPC, **apresentam significativo risco de ocorrência de inconformidades (erros e fraudes) nos benefícios. Isso é devido, entre outros motivos, ao volume de recursos envolvidos e à complexidade e dificuldade inerentes aos processos de concessão e controle dos benefícios**. [...] Foram realizados cruzamentos da base de dados do Sistema Único de Benefícios do INSS (SUB) com informações da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), do Registro Nacional de Veículos Automotores (Renavam), do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) e do Cadastro de Imóveis Rurais do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), a fim de levantar inconsistências nos dados presentes da base do SUB, bem como de se obter indicadores de nível de riqueza de beneficiários incompatíveis com o critério de renda estabelecido para concessão do benefício (¼ do salário mínimo familiar per capita), apontando assim erros de inclusão. [...] No cruzamento de dados de fevereiro de 2008 do SUB com dados de abril de 2008 do RENAVAM, buscou-se identificar os familiares e beneficiários do BPC que são proprietários de veículos automotores. Nessa análise foram encontrados **aproximadamente 104 mil casos com indícios de irregularidades. O número de veículos propriedade dos detentores dos CPF passa de 138 mil**.(grifos nossos)

Os técnicos do TCU, a partir do cruzamento de dados do cadastro de beneficiários do BPC com as bases de dados do RENAVAM, INCRA, CNPJ e RAIS, apontaram 125.098 casos de possíveis irregularidades referentes a indícios de renda acima dos limites definidos para benefícios do BPC. Conforme o relatório de auditoria, caso cinquenta por cento desses casos forem confirmados o prejuízo potencial anual seria de 311 milhões de reais.

A fonte primária de dados de beneficiários do BPC é o Cadastro

Único para Programas Sociais do Governo Federal (CADÚNICO). Esse cadastro funciona como um instrumento de identificação e caracterização socioeconômica das famílias brasileiras de baixa renda, ele é utilizado, obrigatoriamente, para a seleção dos beneficiários que terão direito a serem atendidos pelos programas sociais do governo federal.

Além do BPC o CADÚNICO é utilizado como critério de seleção para o Pró-Jovem, Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), Tarifa Social de Energia Elétrica, Minha Casa, Minha Vida, PRONAF, etc. Estes programas sociais atendem a parte mais desprotegida da sociedade brasileira com grande volume de recursos públicos do orçamento federal que podem, também, estar sendo alvo das fraudes e irregularidades identificadas no BPC e no PROUNI com grandes prejuízos ao erário.

Por fim, destacamos matéria institucional da CGU, publicada em 19 de janeiro de 2011, no site da Controladoria-Geral da União, que trata de recente operação conjunta da Polícia Federal, CGU e Ministério Público Federal no estado do Piauí, onde diversos prefeitos, servidores públicos e empresários foram presos sob acusação de uso indevido de recursos públicos, corrupção, fraude e diversos outros crimes, que transcrevemos a seguir:

PF e CGU desarticulam quadrilha que vendia notas “frias” no Piauí. A Polícia Federal, a Controladoria-Geral da União (CGU) e Ministério Público Federal deflagraram, conjuntamente, na manhã de hoje (19/01/11), a Operação Geleira, com a finalidade de desarticular uma rede criminosa especializada na comercialização de notas fiscais frias e desvio de recursos públicos em prefeituras do interior do Estado do Piauí. [...] Entre os presos estão alguns prefeitos, servidores municipais e empresários ligados a 33 empresas envolvidas no esquema. O prejuízo ao Erário causado pelo grupo investigado é estimado, até o momento, em cerca de R\$ 3,7 milhões. O grupo vinha desviando recursos federais destinados aos municípios, por meio de transferências automáticas (constitucionais) ou voluntárias, para aplicação, principalmente, **em programas nas áreas de educação e saúde.** [...] Entre os indícios de crimes praticados, **falsificação de documentos; constituição de empresas fantasmas; emissão de notas fiscais “frias”** e comercialização destas com prefeituras, onde os “vendedores de notas” chegam a ganhar 15% de seus respectivos valores; **desvio de recursos públicos federais e municipais; sonegação fiscal e lavagem de dinheiro.** (grifos nossos)

Neste contexto questiona-se: **seria possível permitir aos órgãos de controle interno ou externo, tais como a Controladoria-Geral da União e o**

Tribunal de Contas da União maior acesso dados protegidos por sigilo bancário ou sigilo fiscal de beneficiários de recursos públicos para ampliar seu poder de fiscalização e evitar desperdícios e prevenir e combater à corrupção?

A série de estudos denominada “Eixos Estratégicos do Desenvolvimento Brasileiro”, livro 9 “Fortalecimento do Estado, das Instituições e da Democracia”, volume 1 “Estado, Instituições e Democracia: república”, publicado pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, traz capítulo específico sobre o tema “corrupção”, denominado “Corrupção e controles democráticos no Brasil”. Segundo o IPEA (2010, p. 499) a corrupção

tornou-se um dos principais problemas para a gestão pública e para a democracia, questão esta amplamente reconhecida pela opinião pública no Brasil. Sabe-se que 73% dos brasileiros consideram a corrupção como muito grave e 24% como grave (CRIP, 2009). Definida genericamente como “solicitar ou receber, para si ou para outrem (...) direta ou indiretamente (...) vantagem indevida (...)”, a corrupção como fenômeno político vai muito além deste aspecto, pois influencia a legitimidade dos governos, a capacidade de governar e até mesmo a visão genérica da população sobre o país. [...] Os brasileiros concordam totalmente, na ordem de 66%, com a frase: “Para diminuir a corrupção, estão faltando novas leis, com penas maiores e mais duras” (CRIP, 2009, p. 27).

O controle democrático da corrupção, para o IPEA (2010, p.506), está balizado em uma concepção tridimensional e integrada, de acordo com um ideal político de interesse público. Na busca da solução para o problema de controle da corrupção, propôs a seguinte tipologia de controles: i) controle administrativo-burocrático; ii) controle judicial; e iii) controle público não estatal.

O controle burocrático, conforme o IPEA (2010, p.507), é o tipo de controle da corrupção **derivado da existência de agências especializadas, capazes de averiguar, vigiar e corrigir a eventual ação ilegítima praticada pelos agentes públicos no exercício de suas funções**, conforme a legalidade que define o conteúdo da ação legítima. Por fim, conclui que é fundamental que o controle administrativo-burocrático equilibre o respeito ao interesse público com a eficiência da gestão pública. (grifamos)

Henrique César de Assunção Veras (2006 p. 303) ao tratar dos obstáculos que o sigilo fiscal acarreta sobre a atuação dos órgãos de controle

externo, entende que o simples acesso a esses dados não constitui violação de sigilo, entretanto, após analisar a jurisprudência pátria, conclui que a “flexibilização desses institutos somente se efetivaria mediante expressa previsão legislativa, de preferência no âmbito constitucional”, nos seguintes termos:

[...] Considerando que o simples acesso aos dados não constitui violação de sigilo, uma vez que a essência desse instituto não está nos dados em si, mas na divulgação irresponsável de informações protegidas por quem ou a quem não seja interessado, já seria possível superar a problemática do rigor excessivo dado à interpretação do alcance do sigilo fiscal mediante compreensão do funcionamento sistêmico do Estado, donde se infere que os órgãos que o compõem funcionam de modo integrado e de tal forma que todas as ações ocorrem visando o interesse público. Assim, não seria violação de sigilo o compartilhamento de informações já existentes no âmbito de algum desses órgãos, desde que isso ocorresse em defesa ou em nome do interesse público. [...] Entretanto, considerando a cultura jurídica brasileira tradicionalmente positivista, mesmo com a vasta demonstração da estatura constitucional do controle externo, essa Sociedade democrática, direito público e controle externo proposta de **flexibilização somente se efetivaria mediante expressa previsão legislativa, de preferência no âmbito constitucional.** (grifos nossos)

No plano internacional, nota-se claro movimento das principais Organizações Internacionais (ONU, OEA e OCDE), no sentido de incentivar medidas legais para ampliar o intercâmbio de informações entre as agências públicas e flexibilizar os institutos do sigilo bancário e fiscal com objetivo aumentar a justiça fiscal e combater crimes de lavagem de capitais, prevenir e combater à corrupção.

Nesse sentido, Eurico Marcos Diniz de Santi (2009, p.35-37) ao analisar relatório produzido em 2000, pela OCDE (Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento), denominado “Melhorando o acesso às informações bancárias para propósitos tributários”, que teve por objetivo descrever as posições atuais dos países membros da organização, no que diz respeito ao acesso das autoridades às informações bancárias e, ainda, sugerir medidas relacionadas à melhoria do sistema de arrecadação tributária, nos seguintes termos

Negar às autoridades tributárias acesso às informações bancárias pode gerar conseqüências adversas domesticamente e internacionalmente. Domesticamente, isso pode limitar a habilidade as autoridades tributárias de determinar e arrecadar o correto montante de tributo. Isso pode também encorajar desigualdades tributárias entre os contribuintes. Alguns contribuintes irão usar recursos tecnológicos e financeiros para evadir-se dos tributos juridicamente devidos pelo uso de instituições financeiras em jurisdições que protegem as informações bancárias do acesso das

autoridades tributárias. **Isso distorce a distribuição do ônus tributário e pode levar à desilusão quanto à justiça do sistema tributário.** [...] Além disso, a falta de acesso às informações bancárias pode aumentar os custos da Administração tributária e os custos de cumprimento [destas obrigações] para os contribuintes. Internacionalmente, a falta de adequado acesso às informações bancárias para fins tributários pode obstruir a cooperação internacional eficiente pela restrição da habilidade das autoridades tributárias de auxiliarem parceiros que, em contrapartida, pode gerar ações unilaterais tomadas pelo País que está procurando pela informação bancária. [...] a OCDE salienta que **o acesso das autoridades tributárias às informações bancárias não afeta o direito à intimidade, já que as regras relativas à confidencialidade dessas informações são bastante rígidas**, garantindo a ausência de uso indevido dos dados obtidos – como, aliás, ocorre no Brasil, seja em função do Código Tributário Nacional (artigo 198), seja por conta da própria LC 105. (grifos nossos)

Sergio Carlos Covello (2001, p. 172) salienta que “a tendência no Estado moderno é intervir cada vez mais na vida dos cidadãos, especialmente no que respeita à sua atividade econômica, de maneira que, em muitas oportunidades, o sigilo das operações bancárias acaba ruindo frente ao Estado”.

Um exemplo da possibilidade de flexibilização de acesso a dados financeiros ocorre no Sistema Financeiro Nacional. Direito Demócrito Reinaldo Filho (2004, p. 1-13), no estudo denominado “Central de Risco de Crédito do Banco Central - Considerações sobre sua natureza e os riscos à proteção dos dados pessoais dos clientes bancários”, ao aborda as centrais de riscos de crédito e o direito à intimidade dos clientes do sistema bancário, assim asseverou:

As instituições financeiras utilizam-se de bancos de dados, públicos e privados, para a avaliação do risco de crédito, ou seja, da probabilidade de recebimento do montante emprestado ao cliente (consumidor de serviços bancários). De acordo com a avaliação que é feita pelo banco, acessando esses cadastros, estabelece-se a taxa de juros a ser cobrada em um negócio bancário específico ou mesmo o banco pode deixar de conceder o empréstimo. As informações são obtidas junto a empresas e organizações que mantêm esses bancos de dados informacionais. Em sua maioria, esses bancos de dados possuem apenas informações negativas, relativas à inadimplência de dívidas, a exemplo do SERASA e do SPC. Mas outros existem que, ao invés de somente compilar informação negativa, também armazenam dados positivos, relativos ao histórico de adimplência dos clientes e tomadores de empréstimos bancários, disponibilizando as operações por ele contratadas (incluindo prazo e forma de pagamento das prestações). A experiência demonstra que os bancos de dados múltiplos, capazes de armazenar os dois tipos de informações, são os mais eficientes. A Central de Risco de Crédito do Banco Central do Brasil pode ser enquadrada nessa segunda categoria, pois é alimentada por informações múltiplas (positivas e negativas). [...] O sistema foi criado tendo como principal objetivo fornecer informações consolidadas dos passivos bancários, de forma a auxiliar na fiscalização e supervisão do mercado,

reduzindo os riscos de insolvência do Sistema Financeiro e, ainda, o de formar uma base de dados disponível para formulação de políticas e diretrizes para o mercado de crédito. (grifamos)

Para Demócrito Reinaldo Filho (2004, p. 13), existe a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade para balancear o interesse de garantia do sistema de crédito no país por meio da supervisão do sistema financeiro e os direitos individuais à privacidade dos clientes do sistema bancário, nos seguintes termos

o que se deve buscar é um justo balanceamento entre o tratamento da informação e a preservação da privacidade individual. Aos poderes constituídos competirá orientarem-se no caminho do equilíbrio que deve sempre nortear o conflito entre a garantia individual à privacidade, de um lado, e o interesse público em conferir ao Banco Central uma ferramenta eficaz para a atividade de supervisão do sistema financeiro, de outro, evitando fraudes e má gestão de recursos. Como salientou Priscila Cunha Lima, nas conclusões de seu trabalho sobre a CRC, **“trata-se, mais uma vez, de aplicar-se o princípio da proporcionalidade perante o conflito de interesses: de um lado o direito individual ao sigilo bancário e do outro o interesse público, representado pela pretensão do Poder Público de averiguar a solidez, a segurança e o grau de solvência e de risco das instituições financeiras. Deve-se, portanto, adequar este relevante interesse em controlar a atividade das instituições financeiras à garantia de intimidade do particular, tendo em vista a relevância econômica da questão.**(grifamos)

A simples existência e funcionamento da base de dados da Central de Risco de Crédito, envolvendo trocas de informações cadastrais dos clientes (consumidores de serviços bancários) e sobre operações financeiras entre o Banco Central e os bancos privados, segundo Demócrito Reinaldo Filho (2004, p.13) “não fere diretamente a garantia constitucional à privacidade (sigilo bancário), em face da permissão expressa da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001”.

Essa posição doutrinária é bastante contraditória, pois na defesa do interesse público de controle da execução orçamentária e financeira do Estado e na promoção da justiça fiscal a utilização de dados financeiros (bancários e fiscais) sem autorização judicial fere os direitos à intimidade e a vida privada. Entretanto, na defesa do interesse público de garantia da solvência do sistema financeiro nacional, principalmente para averiguar a solidez, a segurança e o grau de solvência e de risco das instituições financeiras, deve-se adequar à garantia de intimidade do

particular ao relevante interesse em controlar a atividade das instituições financeiras, tendo em vista a relevância econômica da questão.

Diante do exposto acima, verifica-se que as novas tecnologias de informação e de comunicação interferem cada vez na sociedade e as relações sociais. Essas modificações tecnológicas certamente produzem efeitos na eficiência das tarefas desempenhadas pelo setor público e nos padrões culturais relativos aos conceitos de privacidade e intimidade da pessoa humana.

Por outro lado, a expansão do intercâmbio cultural entre os países, reflexo do novo mundo globalizado, tornou a luta contra a corrupção para a melhoria das condições de vida da população global, obrigação de todos os países, como pode ser visto nas convenções contra a corrupção dos principais organismos internacionais (ONU, OEA e OCDE).

Entretanto, em que pese os potenciais benefícios para o combate e prevenção à corrupção e para a eficiência do gasto público, com benefícios para toda a sociedade, a flexibilização dos institutos do sigilo fiscal e do sigilo bancário com objetivo de ampliar os mecanismos de controle e ações de prevenção e combate a corrupção ainda não é matéria pacífica na doutrina e jurisprudência pátria.

5. Conclusão

A presente monografia do tipo dogmática - instrumental buscou analisar os institutos do sigilo fiscal e bancário em conjunto com dever do Estado de realizar ações de fiscalização, prevenção e combate à corrupção na gestão de recursos públicos, com base na técnica de pesquisa bibliográfica em artigos, livros, revistas e periódicos científicos, dissertações e teses, e por meio de pesquisa documental em dados secundários (acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União)

Pretendeu-se respostas as seguintes questões: a) Quais os limites legais para acesso aos dados protegidos por sigilo bancário ou fiscal dos beneficiários de recursos públicos por parte dos órgãos de fiscalização, prevenção e combate à corrupção? b) O sigilo de dados bancários e o sigilo de dados fiscais podem ser mitigados ou flexibilizados para fornecer insumos à fiscalização, à prevenção e ao combate à corrupção na gestão de recursos públicos?

Como exposto no presente é essencial o fortalecimento do papel dos órgãos de controle na prevenção e combate à corrupção devido a grande quantidade de atribuições e complexa estrutura organizacional da Administração Pública.

Medidas preventivas para evitar o desvio ou recebimento indevido de benefícios, principalmente aquelas relativas à identificação de situação patrimonial como requisito para recebimento de benefícios sociais, acompanhamento de evolução patrimonial de servidores e verificação de idoneidade de documentos fiscais das prestações de contas de recursos públicos são opções que devem ser consideradas.

Para tanto, o intercâmbio e o cruzamento de informações disponíveis base de dados dos diversos Órgãos da Administração Pública é fundamental para melhorar a eficiência do gasto público e prevenir corrupção. Nesse sentido, foram elencados nos itens 4.2.1 e 4.2.2 as hipóteses legais de acesso a dados bancários e fiscais pelos permitidas aos órgãos de controle que configuram de

acordo com a doutrina e a jurisprudência nacional os limites de legais no momento atual para acesso a dados protegidos por sigilo bancário ou fiscal.

Em relação a possibilidade de mitigação ou flexibilização da proteção de sigilo bancário e fiscal para fornecer insumos à fiscalização e à prevenção da corrupção, apesar dos bilhões de reais de recursos públicos desviados a cada ano, como visto nos trechos de acórdãos do TCU, e do baixo percentual de recuperação dos recursos desviados divulgados pela Advocacia-Geral da União, conforme constatado no presente estudo, a doutrina e a jurisprudência adotam tendência de valorizar de forma extrema a proteção à vida privada e a intimidade dos cidadãos perante o Estado, restringindo as hipóteses de acesso a dados financeiros por parte dos órgãos de controle.

Nos casos onde o acesso é permitido, os procedimentos são burocráticos, o que acarreta demora no recebimento dos dados e dificuldades na apuração de responsabilidades e recuperação dos recursos desviados.

Em que pese os potenciais benefícios e resultados alcançados com cruzamentos de informações, conforme item 4.3 do presente estudo, a flexibilização dos institutos do sigilo fiscal e do sigilo bancário para possibilitar acesso de forma simplificada e utilização de sistemas de informação encontra resistências na doutrina e jurisprudência pátria.

Em conclusão, ante ao exposto, podemos verificar que a flexibilização do sigilo bancário e do sigilo fiscal para fins de proteção do interesse público da correta aplicação dos recursos arrecadados pelo Estado apenas será concretizada de maneira plena com inovação legislativa em nosso sistema jurídico, notadamente na Constituição Federal, no Código Tributário Nacional – CTN e na Lei Complementar nº 105/2001.

6. Referências

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 15 jan. 2010.

_____. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 jan. 2010.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Estado, instituições e democracia* : república. v. 1 - Série Eixos Estratégicos do Desenvolvimento Brasileiro ; Fortalecimento do Estado, das Instituições e da Democracia ; Livro 9 - Brasília : Ipea, 2010.

_____. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 15 jan. 2010.

_____. Receita Federal do Brasil. Carga Tributária no Brasil – 2009 (Análise por Tributo e Bases de Incidência), Brasília, DF, Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudoTributarios/estatisticas/CTB2009.pdf>>. Acesso em 10 out. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº Acórdão 668/2009, Plenário. Processo 013.337/2008-0. Brasília, 08 abr. 2009. Ata 13/2009, Plenário. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 abr. 2009, Seção 1. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 17 jan . 2010.

BARBEITAS, Andre Terrigno. *O sigilo bancário e a necessidade de ponderação dos interesses*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto de Direito Constitucional, 1999.

BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BERNARDI, Renato. *A inviolabilidade do sigilo de dados*. São Paulo: Fiuza Editores, 2005.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Os banco de dados de proteção ao crédito na visão do STJ*. Revista de Direito do Consumidor 63/202-230. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul.-set. 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CASTRO, Domingos Poubel de. *Auditoria e controle interno na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2008.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. *Controle externo da gestão pública*. 2ª ed. rev. e atual. Niterói: Editora Impetus, 2009.

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

CRUZ, Flávio da. *Comentários à lei 4.320*. 4ª ed. São Paulo: Atlas: 2006

ELLIOTT, Kunberly Ann (Organizadora). *A corrupção e a economia global*. Tradução de Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil. Jurisdição e Competência*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

_____. *O sigilo fiscal e bancário e a competência dos Tribunais de Contas*. Revista Fórum Administrativo - v.1, n.2, abril 2001. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2001

FOLMANN, Melissa. *Sigilo Bancário e Fiscal*. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

_____. *Interpretação constitucional principiológica & sigilo bancário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O sigilo bancário e fiscal – Algumas dimensões jurídico-políticas*. Revista Interesse Público nº16/64-88. Porto Alegre: Notadez, out.-dez. 2002.

LEITE, Adailton Amaral Barbosa. *Descentralização, Responsabilização e (des)Controle: determinantes e impactos da corrupção e má gestão dos recursos federais nos municípios brasileiros*. Tese de doutorado em Ciência política. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2010.

MARQUES, Karla Padilha Rabelo. *Limites e Garantias do direito ao sigilo bancário em face da gestão de recursos públicos*. Biblioteca Brasileira Digital de Teses e Dissertações. 2005. Disponível em: < <http://btdt.ibict.br/>>. Acesso em 17 jan . 2010.

MEZZAROBA, Orides. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito / Orides Mezzaroba, Cláudia Servilha Monteiro*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELO, Augusto Carlos Cavalcante. *O sigilo fiscal e a sua “quebra”: análise das previsões legais excepcionantes à luz da Constituição*. Revista Tributária e de Finanças Públicas 16-82/44-57. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set.-out. 2008.

MELLO, Marcos Rodrigues de; VIEIRA, Vânia Lúcia Ribeiro; ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro. *Sindicância patrimonial de servidores públicos*. In: XI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Ciudad de Guatemala: CIAD, 2006. Disponível em: <<http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr>>

/archivos/ documentacion/ inv%20otras%20entidades/ CLAD
/CLAD%20XI/documentos/mello.pdf >, acesso em 25 de jan. 2011

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. atual. até a EC 52/2006. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIRES, Luis Henrique C. *A quebra de sigilo bancário pelo fisco*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6649/a-central-de-risco-de-credito-do-banco-central>>, acesso em 25 de jan. 2011

PIZOLIO, Reinaldo & Gavaldão Jr., VIÉGAS, Jayr (Coordenador). *Sigilo Fiscal e Bancário*, 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PORTELA, André. *Direito de privacidade em matéria tributária. Intercâmbio administrativo de dados, dever de informação sobre terceiros e sigilo bancário*. Revista Tributária e de Finanças Públicas 15-77/13-50. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nov.-dez. 2007.

RAMINA, Larissa L.O. *Ação internacional contra a corrupção*. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

REINALDO, Demócrito Filho. *A Central de Risco de Crédito do Banco Central - Considerações sobre sua natureza e os riscos à proteção dos dados pessoais dos clientes bancários*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6649/a-central-de-risco-de-credito-do-banco-central>>, acesso em 20 de jan. 2011

ROCHA, Lincoln Magalhães da. *A função controle na Administração Pública – Controle interno e externo*. Revista Fórum Administrativo - v.1, n.2, abril 2001. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2001

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário e direito à intimidade*. 1ª ed. Curitiba: Juruá Ed., 2003.

SABBAG, Eduardo de Moraes. *Elementos do direito tributário*. 8ª ed. São Paulo: Premier Máxima, 2005

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Curso de direito tributário e finanças públicas / Eurico Marcos Diniz de Santi (coordenador)*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. PARECER. *ESTUDO, INVESTIGAÇÃO E ANÁLISE: O SIGILO E A LEI TRIBUTÁRIA: Transparência, controle da legalidade, direito à prova e a*

transferência do sigilo bancário para Administração tributária na Constituição e na LC 105.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SPECK, Bruno Wilhelm (Organizador). *Caminhos da transparência*. 1ª ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na constituição*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VALENTE, Christiano Mendes Wolney. *Sigilo bancário. Obtenção de informações pela Administração Tributária Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006

VERAS, Henrique César de Assunção. *O sigilo fiscal como obstáculo à efetividade do controle externo – uma proposta de flexibilização*. Sociedade democrática, direito público e controle externo. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.