

UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

JOÃO RICARDO AMADEU

**O SIGILO BANCÁRIO NA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO BRASIL E DO
URUGUAI: OS DIREITOS DA PERSONALIDADE, A QUEBRA DO SIGILO
BANCÁRIO E A ANÁLISE DAS SENTENÇAS DA QUEBRA DO SIGILO NA
JURISDIÇÃO BRASILEIRA COM APLICAÇÃO DA TEORIA DE ALEXY**

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

MARINGÁ - PR

2022

JOÃO RICARDO AMADEU

**O SIGILO BANCÁRIO NA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO BRASIL E DO
URUGUAI: OS DIREITOS DA PERSONALIDADE, A QUEBRA DO SIGILO
BANCÁRIO E A ANÁLISE DAS SENTENÇAS DA QUEBRA DO SIGILO NA
JURISDIÇÃO BRASILEIRA COM APLICAÇÃO DA TEORIA DE ALEXY**

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

Dissertação de Mestrado apresentada à
Universidade Cesumar (UNICESUMAR),
como requisito à obtenção do título de
Mestre em Ciências Jurídicas.

Linha de Pesquisa: Instrumentos de
Efetivação dos Direitos da Personalidade

Orientadora: Profa. Dra. Daniela
Menengoti Gonçalves Ribeiro.

MARINGÁ - PR

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A481s Amadeu, João Ricardo.

O sigilo bancário na evolução legislativa do Brasil e do Uruguai: os direitos da personalidade, a quebra do sigilo bancário e a análise das sentenças da quebra do sigilo na jurisdição brasileira com aplicação da teoria de Alexy / João Ricardo Amadeu. Maringá-PR: UNICESUMAR, 2022.

177 f.: il.; 30 cm.

Orientador: Profa. Dra. Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro.
Dissertação (mestrado) – Universidade Cesumar - UNICESUMAR,
Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Maringá, 2022.

Roseni Soares – Bibliotecária – CRB 9/1796
Biblioteca Central UniCesumar

Ficha catalográfica elaborada de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

JOÃO RICARDO AMADEU

**O SIGILO BANCÁRIO NA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO BRASIL E DO
URUGUAI: OS DIREITOS DA PERSONALIDADE, A QUEBRA DO SIGILO
BANCÁRIO E A ANÁLISE DAS SENTENÇAS DA QUEBRA DO SIGILO NA
JURISDIÇÃO BRASILEIRA COM APLICAÇÃO DA TEORIA DE ALEXY**

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

Dissertação de Mestrado apresentada à
Universidade Cesumar (UNICESUMAR),
como requisito à obtenção do título de
Mestre em Ciências Jurídicas.

Aprovado em: 18/02/2022

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^(a) Dr.^(a) Daniela Menengoti Ribeiro
Orientador(a) - UNICESUMAR

Prof.^(a) Dr.^(a) Juliana Marteli Fais Feriato
Membro - UNICESUMAR

Prof.^(a) Dr.^(a) Valério de Oliveira Mazzuoli
Membro convidado(a) – Instituição (UFMT)

Maringá, 18 de fevereiro de 2022.

Dedico essa pesquisa à minha família, que sempre estiveram comigo, me apoiando e me encorajando nessa nova jornada.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha orientadora, Professora Doutora Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro, que me guiou por esse caminho na escrita dessa dissertação de mestrado.

Agradeço a todos os professores do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas da UNICESUMAR; pelas contribuições para o meu aprimoramento acadêmico e profissional.

Agradeço aos colegas e amigos, que estiveram ao meu lado desde o início até à conclusão do mestrado, contribuindo nas discussões e pelo companheirismo.

AMADEU, João Ricardo. O sigilo bancário na evolução legislativa do Brasil e do Uruguai: os direitos da personalidade, a quebra do sigilo bancário e a análise das sentenças da quebra do sigilo na jurisdição brasileira com aplicação da Teoria de Alexy. 2022. (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, Universidade Cesumar - Unicesumar Maringá, 2022.

RESUMO

O sigilo bancário é um tema que tem sido cada mais recorrente; o Poder Judiciário brasileiro tem se deparado com o pedido de sua quebra. Estudar a evolução no ordenamento jurídico brasileiro comparando com a evolução no ordenamento jurídico uruguaio foi o primeiro desafio no presente estudo somando com as orientações da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no que diz respeito ao sigilo bancário e a transparência internacional. O segundo desafio foi estudar a relação do sigilo bancário e os Direitos da Personalidade, sua preservação e as consequências de sua quebra, perpassando pelos Direitos Humanos, Direitos da Personalidade, Direitos Fundamentais e suas diferenças terminológicas, pelo texto constitucional, infraconstitucional e pela Declaração e Acordos Internacionais sobre direitos humanos que enfatiza a garantia do direito à privacidade dos países estudados. Procurou-se demonstrar as diferenças entre sigilo bancário e sigilo fiscal, a posição da Administração Tributária do Ministério Público e demais órgãos interessados. Em razão dos múltiplos interesses envolvidos, foi realizada uma análise de decisões do judiciário brasileiro, no caso de pedido de quebra, abordando a questão da relativização do direito à intimidade quando envolve a quebra do sigilo bancário. Por fim, foi abordada a Teoria de Robert Alexy sobre os direitos fundamentais, a fórmula à questão da proporcionalidade e da ponderação, a Lei do Peso no caso de colisão de direitos, o sopesamento, aplicação da teoria e sua fórmula em situações hipotéticas, sendo a abordagem desses conceitos pluridimensional, recorrente e necessária sobre sigilo bancário, direitos da personalidade, direitos fundamentais e os da intimidade.

Palavras-chave: Sigilo Bancário. Direitos da Personalidade. Direitos Fundamentais. Intimidade. Teoria de Robert Alexy.

AMADEU, Joao Ricardo. Banking secrecy in the legislative evolution of Brazil and Uruguay: personality rights, the breach of banking secrecy and the analysis of the sentences of breach of secrecy in Brazilian jurisdiction with application of Alexy's Theory. 2022. (Master's in Law) – Master's Program in Legal Sciences, Cesumar University - Unicesumar Maringá, 2022.

ABSTRACT

Bank secrecy is a topic that has been increasingly recurrent; the Brazilian Judiciary has been faced with the request for its bankruptcy. Studying the evolution in the Brazilian legal system compared with the evolution in the Uruguayan legal system was the first challenge in the present study in addition to the guidelines of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), with regard to banking secrecy and international transparency. The second challenge was to study the relationship between banking secrecy and Personality Rights, their preservation and the consequences of their breach, covering Human Rights, Personality Rights, Fundamental Rights and their terminological differences, the constitutional and infraconstitutional text and the Declaration and International Agreements on human rights that emphasize the guarantee of the right to privacy of the countries studied. We tried to demonstrate the differences between banking secrecy and fiscal secrecy, the position of the Tax Administration of the Public Ministry and other interested bodies. Due to the multiple interests involved, an analysis of the decisions of the Brazilian judiciary was carried out, in the case of a breach request, addressing the issue of relativization of the right to privacy when it involves breaking bank secrecy. Finally, Robert Alexy's Theory on fundamental rights, the formula for the question of proportionality and weighting, the Law of Weight in the case of collision of rights, balancing, application of the theory and its formula in hypothetical situations, were discussed. the approach of these pluridimensional, recurrent and necessary concepts on banking secrecy, personality rights, fundamental rights and those of privacy.

Keywords: Bank Secrecy. Personality Rights. Fundamental rights. Intimacy. Robert Alexy's Theory.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 -	Decisões antes da declaração de constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC nº 105/2001 (BLOCO 1).....	105
Quadro 2 -	Decisões após a declaração de constitucionalidade.....	110
Quadro 3 -	Forma de representação gráfica da aplicação jurídica da teoria de Robert Alexy.....	140
Quadro 4 -	Modelo de análise de decisões do Supremo Tribunal Federal.....	141

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direita de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR RE	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário
AML	<i>Anti Money Laundering</i>
Art.	Artigo
BACEN	Banco Central do Brasil
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição Federal de 1988
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CMN	Conselho Monetário Nacional
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPJ	Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPF	Cadastro de Pessoas Físicas
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPMF	Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira
CTN	Código Tributário Nacional
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
Des.	Desembargador
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EUA	Estados Unidos
FATCA	<i>Foreign Account Tax Compliance ACT</i>
FFIs	<i>Foreign Financial Institutions</i>
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IGA	Acordo de Cooperação Intergovernamental
IN	Instrução Normativa
IRS	<i>Internal Revenue Service</i>

KYC	Conheça seu cliente
LC	Lei Complementar
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
Min.	Ministro(a)
MP	Medida Provisória
MPF	Ministério Público Federal
MS	Mandado de Segurança
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OECE	Organização Europeia para a Cooperação Econômica
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
Refis	Programa e Recuperação Fiscal
Rel.	Relator
REsp.	Recurso Especial
RFB	Receita Federal do Brasil
SFN	Sistema Financeiro Nacional
SRF	Secretaria da Receita Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUMOC	Superintendência da Moeda e do Crédito
TCU	Tribunal de Contas da União
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
URSS	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	13
1	SIGILO BANCÁRIO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DO BRASIL E URUGUAI E AS ORIENTAÇÕES DE ORGANISMOS INTERNACIONAIS.....	18
1.1	Sistema financeiro.....	18
1.1.1	Breve histórico da evolução do Sistema Financeiro Brasileiro.....	19
1.1.2	O Banco Central do Brasil e o dever de sigilo.....	19
1.1.3	A Comissão de Valores Mobiliários e o dever de sigilo.....	20
1.1.4	Fundamentos do sigilo bancário.....	21
1.2	Evolução legislativa do sigilo bancário.....	25
1.2.1	No Direito brasileiro.....	25
1.2.2	No Direito uruguaio.....	29
1.2.2.1	Reforma tributária - Lei nº 18.083/06, art. 54, com a nova redação dada pelo art. 15, da Lei nº 18.718/2010.....	33
1.3	A troca de informações e orientações de Organismos Internacionais.....	35
1.3.1	Troca de informações.....	36
1.3.1.1	O modelo de convênio.....	39
1.3.1.2	O FATCA – <i>Foreign Account Tax Compliance ACT</i>	46
1.3.1.3	O Uruguai na OCDE.....	48
1.3.2	A Natureza Jurídica das normas da OCDE.....	50
2	SIGILO BANCÁRIO E OS DIREITOS DA PERNSONALIDADE (INTIMIDADE E PRIVACIDADE).....	52
2.1	Definições, fundamentos e características dos direitos humanos.....	53
2.2	Direitos da personalidade.....	55
2.2.1	Fontes dos direitos da personalidade e a diferenciação terminológica.....	57
2.2.2	O direito da personalidade e a dignidade humana.....	58
2.2.2.1	A dignidade humana no âmbito do Supremo Tribuna Federal.....	61
2.3	Os direitos da personalidade no código civil.....	62

2.4	Direito da privacidade e da intimidade como direito da personalidade no Brasil.....	62
2.4.1	Direito da personalidade.....	65
2.4.2	O direito à intimidade.....	67
2.5	Quebra do sigilo bancário versus direitos da personalidade (intimidade e privacidade).....	68
2.5.1	A proteção dos dados.....	68
2.5.2	Sigilo bancário como manifestação do direito à privacidade.....	70
2.5.3	Sigilo bancário e sigilo fiscal.....	73
2.5.4	A quebra do sigilo bancário.....	75
2.5.4.1	A situação especial da quebra de sigilo bancário no Brasil.....	78
2.5.4.2	A situação especial da quebra de sigilo bancário no Uruguai.....	80
2.5.5	A quebra do sigilo bancário face ao direito penal.....	83
2.5.6	Quebra do sigilo bancário para fins penais no Uruguai.....	84
2.5.7	A posição do Ministério Público.....	87
3	JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E SENTENÇAS DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO E A TEORIA DE ROBERT ALEXY.....	89
3.1	Jurisdição.....	89
3.1.1	A jurisdição constitucional.....	90
3.2	As sentenças e suas eficácias.....	97
3.2.1	Eficácia interpartes.....	98
3.2.2	Eficácia reflexas.....	98
3.2.3	Eficácia vinculante, <i>ex nunc erga omnes</i>	99
3.3	A constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001.....	99
3.3.1	Antecedentes da declaração de constitucionalidade.....	99
3.3.2	A Decisão que considerou constitucional os arts. 5º e 6º.....	100
3.4	O sigilo bancário e o princípio da reserva de jurisdição.....	103
3.5	Decisões que envolvem sigilo bancário.....	105
3.5.1	Julgados antecedentes à Lei Complementar nº 105/2001 (BLOCO 1).....	105
3.5.2	Julgados após a Lei Complementar nº 105/2001 (BLOCO 2).....	110
3.6	Questões sobre sigilo bancário e direito do consumidor.....	117

3.6.1	Quebra de sigilo bancário: aplicação do Código de Defesa do Consumidor.....	117
3.7	Outras questões especiais sobre a Lei Complementar nº 105/2001.....	119
3.7.1	Prestação de informações ao Poder Judiciário.....	119
3.7.2	A Comissão de Valores Mobiliários e o sigilo bancário.....	121
3.7.3	O Ministério Público e o sigilo bancário.....	122
3.8	A Teoria de Robert Alexy e os direitos fundamentais.....	124
3.8.1	Distinção entre regras e princípios.....	125
3.8.2	A proporcionalidade.....	125
3.8.3	A Lei da colisão.....	132
3.8.4	A fórmula do peso.....	133
3.8.4.1	Aplicação teórica da fórmula de Robert Alexy.....	138
3.8.4.1.1	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 612.687-DF.....	138
3.8.4.1.2	Outra forma de representação gráfica da aplicação jurídica da teoria de Robert Alexy.....	140
3.8.4.1.3	Aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy à ponderação e proporcionalidade.....	140
3.8.4.1.4	Resolução hipotética do Acórdão nº 601.314 – SP-A.....	143
3.8.4.1.5	Resolução hipotética do Acórdão nº 601.314 – SP-B.....	144
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	147
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	150
	ANEXO I - Modelo Índice do "Dever" Ideal e Otimização.....	168
	ANEXO II - Fórmula do Peso.....	174

INTRODUÇÃO

O tema sigilo bancário, direito da personalidade, em especial, direito à intimidade e privacidade estimulam discussões permanentes entre doutrinadores, magistrados, procuradores e administradores tributários, principalmente no caso da quebra.

No presente estudo é empregado indistintamente a expressão “sigilo bancário” ou “segredo bancário”, no sentido *latu sensu*, significando o dever ou sigilo, a obrigação de descrição e de não revelar dados dos clientes. O dever de não revelar informações do cliente é uma descrição, com qualidade ou dever moral, tendo como contrapartida a confiança.

O dever de sigilo tem adquirido maior relevância na atualidade, pela colisão de direitos reservado à esfera privada do indivíduo e o interesse público. Um dos principais fundamentos do sigilo bancário está relacionado ao segredo profissional que implica numa condição de confiança entre o cliente e a banca¹.

É inegável que o segredo profissional também é exigido de outros profissionais; a situação do banqueiro é complexa, pois ele detém informações do cliente que são consideradas de interesse público e foi, neste sentido, que a Suprema Corte decidiu favorável a Constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar (LC) nº 105/2001, conhecida como “Lei do Sigilo Bancário”.

A ideia de estudar a legislação brasileira sobre sigilo bancário comparando com a legislação uruguaia, é motivada pela modernização que a legislação desses

¹ Esta concepção pode ser expressa por Ruiz Garcia (*apud* HAGSTRÖM, 2009, p. 32): “A proteção do sigilo bancário tem sido tentada em algumas ocasiões no reconhecimento constitucional do sigilo profissional. Assim, alguns autores mostraram a relevância que deve ser atribuída ao sigilo bancário no exercício da profissão de banqueiro; Para alcançar a confiança do cliente, base do exercício da atividade bancária, será essencial que o cliente possa confiar na descrição do banco. A descrição e o sigilo bancário seriam assim um orçamento essencial para o exercício da atividade bancária”.
Do original: “*La protección del secreto bancario se ha pretendido amparar en ocasiones en el reconocimiento constitucional del secreto profesional. Se ha puesto así manifiesto por algún autor la relevancia que debe atribuirse al secreto bancario en el ejercicio de la profesión de banqueiro; para poder alcanzar la confianza del cliente, base del ejercicio de la actividad bancaria, será imprescindible que aquél pudiera confiar en la discreción del banco. La discreción y el secreto bancario serían así presupuesto indispensable para el ejercicio de la actividad bancaria*”.

dois países têm passado nessas últimas décadas, principalmente no que se refere à relação entre os contribuintes e a administração tributária.

O Uruguai já ingressou como País membro da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), órgão internacional que orienta as trocas de informações no nível internacional das transações financeiras, no sentido de proporcionar transparência nas relações público-privado, privado-privado dessas transações.

O Brasil, até o presente momento, não faz parte como País membro da OCDE, no entanto, mantém convênio com outros países, inclusive com os Estados Unidos, para a troca de informações financeiras, principalmente nas questões de ordem tributária e criminal.

Dissertar sobre sigilo bancário necessariamente tem-se que ter noção de como funciona o sistema financeiro. A situação atual do setor, especialmente no Brasil, tem avançado muito com a regulamentação das *Fintechs*, empresas que redesenharam a prestação dos serviços financeiros com processo inteiramente baseado em tecnologia. Aliás, a palavra *fintech* é a junção de financeiro e tecnologia, e foram essas empresas que iniciaram o processo de virtualização do setor bancário.

Subjacente a ideia de sigilo bancário, muito além da relação de custódia e de segurança dos créditos e de todas operações e informações relacionadas aos clientes, há necessidade de garantir aos clientes uma certa tranquilidade e confiança nos bancos, possibilitando, com isso, que um número cada vez mais de pessoas utilize dos serviços bancários.

O sigilo bancário deve ser contextualizado no âmbito das relações estabelecidas entre as Instituições Financeiras e seus clientes, traduzindo-se, no essencial, para que essas instituições, no dever de reserva e a consequente obrigação de confidencialidade de todas as informações relacionadas à conta bancária do cliente, bem como todas as outras operações e serviços ofertados aos

clientes, com a principal finalidade de garantir a confiança na instituição e da proteção da intimidade e privacidade de sua vida financeira.

Esse instituto, além de constituir uma relação de confiança entre o banco e seus clientes, salvaguardando o segredo de sua vida financeira, está intimamente relacionado com os direitos da personalidade e sua quebra pode constituir uma violação destes direitos.

O sigilo bancário, no caso brasileiro, está relacionado com os direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), assim como no Uruguai, em especial, após a reforma tributária ocorrida naquele País. O sigilo bancário encontra-se materializado pelas disposições legais dos dois países e sua configuração, como espécie de manifestação da tutela da vida privada e da intimidade, o eleva para outra dimensão, favorecendo a sua tutela interna como resguardo dos *status* de direitos da personalidade e de direitos fundamentais.

Na atualidade, não pode-se deixar de reconhecer que se vive uma certa limitação nos direitos de liberdade, com repercussão no sigilo bancário, diante da necessidade de obtenção de informações bancárias, com a finalidade de tutelar outros interesse, em especial, o público, tais como: fiscais, criminais, lavagem de dinheiro etc.

Pela sua importância como instrumento de preservação da intimidade das pessoas, tem sido sofrido uma forte pressão sob as alegações de colaboração com a justiça e administração pública, na defesa do interesse público, principalmente no combate contra a evasão tributária.

Nesse sentido, o ponto de partida da presente pesquisa é o estudo preliminar do sistema financeiro e a evolução da legislação dos países estudada na matéria “sigilo bancário”.

O objeto da pesquisa depende da forma como se concebe a garantia constitucional à intimidade e privacidade, onde está subentendido o sigilo bancário, a sua relação com direitos da personalidade, a apresentação da evolução legislativa

dos dois países na matéria, a análise das decisões sobre a quebra do sigilo bancário, considerações sobre direitos humanos, direitos da personalidade e direitos fundamentais, diferenciação de sigilo bancário e quebra de sigilo, a questão do sigilo no âmbito penal e uma abordagem sobre os elementos básicos da teoria de Robert Alexy.

Como metodologia, a abordagem do tema é pluridimensional na dimensão normativa, através de pesquisa bibliográfica sobre a evolução legislativa dos países pesquisados e as orientações da OCDE, dimensão conceitual sobre jurisdição, sentenças e constitucionalidade da Lei do Sigilo Bancário Na dimensão empírica foi abordada a Teoria dos Princípios de Alexy na fase de investigação e análise das decisões judiciais, com a aplicação hipotética da fórmula proposta por Alexy quando da colisão de direitos fundamentais.

A presente pesquisa consta de 4 (quatro) capítulos, sendo que os capítulos 2, 3 e 4 apresentam uma independência entre si que guardam, contudo, relação temática em sentido lato, além de se complementarem entre si. No **Capítulo 1** será abordado sobre o sistema financeiro, fundamentos do sigilo bancário e análises teóricas dos ordenamentos jurídicos do Brasil e do Uruguai que perfazem a construção jurídica sobre o sigilo bancário. Serão apresentadas, também, as recomendações de trocas de informações e orientações de OCDE.

O **Capítulo 2** apresenta a exploração sobre o tema sigilo bancário e direitos da personalidade, em especial, direitos da intimidade e privacidade, bem como a sua contextualização, a partir dos direitos humanos, direitos da personalidade, direitos fundamentais, a diferenciação entre sigilo bancário e sigilo fiscal, a garantia constitucional do direito privado e o contraponto ao interesse público em determinadas circunstância que resultam na quebra e as implicações no Direito Penal

Já o **Capítulo 3** compreende o conceito de jurisdição, jurisdição constitucional, eficácia de sentenças, constitucionalidade da Lei nº 105/20021, decisões que envolvem quebra de sigilo bancário e questões sobre as implicações da quebra do sigilo e o Código de Defesa do Consumidor (CDC), bem como a Lei nº

105/2001, (pós positivista)² com a finalidade de responder questionamentos sobre direitos fundamentais, aqui identificada pela expressão “de ponderação”, em virtude do destaque que confere o sopesamento de Princípios Jurídicos.

E, finalmente, no **Capítulo 4**, são apresentadas as “Considerações Finais”, onde, em linhas gerais, são relatadas as conclusões do presente estudo, na tentativa de responder o problema de pesquisa e atingir os objetivos propostos.

² “O Principal problema acerca do conceito de direito é a relação entre o direito e a moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos duas posições fundamentais continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista. Todas as teorias positivistas defendem a tese de separação. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. A tese de separação postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como deve ser. O grande positivista jurídico Hans Kelsen e resumiu essa ideia na seguinte formula. “Por isso todo e qualquer conteúdo pode ser direito”. Assim ao conceito positivista de direito restam apenas dois elementos de definição: o da legalidade conforme o ordenamento dotada da autoridade e o da eficácia social. Em contrapartida todas as teorias não positivistas defendem a tese de vinculação. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais” (ALEXY, 2009, p. 3-4).

1 SIGILO BANCÁRIO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DO BRASIL E URUGUAI E AS ORIENTAÇÕES DE ORGANISMOS INTERNACIONAIS

Neste capítulo, será abordado o sistema financeiro, fundamentos do sigilo bancário e análise teórica dos ordenamentos jurídicos do Brasil e do Uruguai que perfazem a construção jurídica sobre o sigilo bancário. Por fim, serão apresentadas as recomendações de trocas de informações e orientações de OCDE.

1.1 Sistema financeiro

O objetivo final de um sistema financeiro em uma economia de mercado é conduzir a poupança nacional para direcionar os investimentos em instalações, equipamentos e capital humano, proporcionar os melhores retornos ajustados pelo risco; não está no objetivo do sistema financeiro dar cobertura às atividades ilícitas, sob alegação do sigilo bancário, como será verificado a seguir.

O surgimento da intermediação financeira foi requisito fundamental para que o sistema econômico tenha evoluído da sua primitiva de trocas para a formação de um mercado monetário. Segundo Gurley e Shaw (1960, p. 406), as condições e as pré-condições para que estabeleça a existência da intermediação são:

Superação do primitivo estágio de escambo; criação de bases institucionais para o funcionamento do mercado de intermediação financeira; existência de agentes econômicos deficitários e superavitários, respectivamente dispostos a financiar seus déficits aos custos correntes e a transformar seus ativos monetários em ativos financeiros aos riscos e às possibilidades correntes de ganho real.

A intermediação financeira nasce quando agentes econômicos (famílias, empresas e governos) superavitários oferecem recursos para os agentes econômicos deficitários através de um intermediário financeiro. Este processo, geralmente, é executado pelas instituições financeiras (“bancos”) que têm a função de canalizar estes recursos dos agentes superavitários aos agentes deficitários. Esta movimentação financeira básica, acrescida das movimentações da renda corrente dos agentes e os dispêndios com bens e serviços consumidos, é que caracteriza a movimentação bancária que deve ser protegida pelo sigilo bancário.

1.1.1 Breve histórico da evolução do Sistema Financeiro Brasileiro

Existe uma relação entre o grau de desenvolvimento da estrutura econômica de um determinado país e o desenvolvimento da intermediação financeira. As principais fases da evolução do sistema financeiro brasileiro são: a primeira fase abrange o fim do Período Colonial, o Império e os primeiros anos da República. “Esta fase é geralmente desdobrada em três, demarcadas pelo início da intermediação financeira no período colonial até o final da década de 1830, pelos primeiros anos da década de 1840 até o final do Império e pelos primeiros anos da República [...]” (LOPES; ROSSETI, 2002, p. 417); a segunda situa-se entre o período das guerras até o período conhecido como “Grande Depressão”; a terceira vai do final da segunda guerra até as reformas de 1964; e a quarta inicia-se com as reformas e até os dias atuais, incluindo os efeitos da globalização financeira e os avanços da tecnologia de informação.

1.1.2 O Banco Central do Brasil e o dever de sigilo

O Banco Central do Brasil (BACEN), criado em 1964, é o Banco dos Bancos. À medida que recebe, com exclusividade, os depósitos compulsórios dos bancos comerciais, fornece empréstimos de liquidez e redescontos para atender às necessidades imediatas das instituições financeiras e regulamenta o funcionamento dos serviços de compensação de cheques e outros papéis e as transferências eletrônicas e, mais recentemente, os pagamentos instantâneos conhecidos como PIX.

Dentre suas funções institucionais estão as de supervisionar e fiscalizar as instituições financeiras, inclusive conta com uma diretoria exclusiva para este fim. Em relação ao sigilo bancário, o art. 2º, da LC nº 105/2001, prescreve o dever de sigilo do BACEN: “Art. 2º O dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições” (BRASIL, 2001).

Esta sujeição ao dever de sigilo é bem óbvia uma vez que, na condição de supervisor e fiscalizador do sistema financeiro, tem acesso a todas as informações e transações realizadas pelos bancos com seus clientes.

Neste sentido do dever de sigilo do BACEN, Carvalho (2007, p. 171) manifesta:

O acesso direto a informações de clientes e terceiros em poder das instituições financeiras e – [sic] – portanto inerente à atividade fiscalizadora do Banco Central, restaria prejudicada se dependesse da intermediação judicial a cada momento. A medida mostra-se, desse modo, como a única capaz de atender às necessidades de fiscalização financeira, inclusive para fins de prevenção da lavagem de dinheiro, sendo por isso razoável e proporcional. Assim, seria ilógico que o Banco Central, competente não só para fiscalizar as instituições financeiras, como também para nelas intervir ou liquidá-las, nomeando interventor com amplos poderes de gestão, não pudesse receber diretamente informações acerca de suas operações e serviços prestados.

A partir das afirmações anteriores, não há dúvida quanto ao dever de sigilo do BACEN, pois, além das suas operações com os outros bancos e/ou sistema financeiro como um todo, tem acesso a todas as informações sobre as operações, entre estas, instituições e seus clientes.

1.1.3 A Comissão de Valores Mobiliários e o dever de sigilo

O § 3º do art. 2º, da LC nº 105/2001, é extensivo à CVM o dever de sigilo:

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se à Comissão de Valores Mobiliários, quando se tratar de fiscalização de operações e serviços no mercado de valores mobiliários, inclusive nas instituições financeiras que sejam companhias abertas (BRASIL, 2001).

Os dispostos do artigo também são aplicados à CVM segundo o parágrafo acima; esses dispostos são justificáveis considerando que a CVM pode atuar na fiscalização das instituições financeiras quando constituída no tipo jurídico de sociedade anônima de capital aberto.

1.1.4 Fundamentos do sigilo bancário

Em relação à fundamentação e conceito do sigilo bancário como premissa, é necessário deixar claro que o sigilo bancário não é um instituto criado arbitrariamente, pois ao contrário dessa premissa, pode-se afirmar que se trata de um mecanismo de caráter jurídico. Isso significa dizer que implica na necessidade e iminente dever do Estado regular a atividade financeira, a fim de criar dispositivos que visam evitar o uso indevido dos recursos fornecidos para tornar o sistema financeiro mais eficiente e, por sua vez, garantir um ambiente confiável e sólido para a utilização desses recursos.

A doutrina reafirma que a atividade bancária e do sigilo bancário começou desde os tempos antigos; quanto à origem desta atividade, há um relativo consenso, iniciou na antiga civilização babilônica.

Em relação às origens do sigilo bancário, alguns autores têm posições, a seguir demonstradas.

Abrão (2001, p. 48) reconhece a crescente dificuldade de identificar a origem histórica do sigilo bancário, quando admite que “por mais que perscrutemos os horizontes da história, não conseguiremos lobrigar temporariamente determinada época para o surgimento do sigilo bancário”.

Covello (1991, p. 50) defende a ideia “*ancianidade*” do sigilo bancário quando escreve que a:

Ideia de que as operações de banco devem revestir carácter de discrição e reserva não é recente na história, tendo surgido já nos alvares da atividade bancária, como consequência de circunstância especiais em que essa atividade foi praticada desde remota antiguidade.

No entendimento de Caldas (1997, p. 36):

O segredo bancário tem a nosso ver inequívoca origem na ética calvinista. O banqueiro calvinista depositário de um dever de sigilo

construído desde base deontológica, aproxima quase ao absoluto existente na Igreja Católica Romana, que é o dever de sigilo de confessar.

Segundo este autor, está presente na origem do surgimento do sigilo bancário e o dever de reserva bancário a ética protestante ou calvinista, atribuindo a corrente calvinista e ao metodismo de:

Histórica e geograficamente terem contribuído na origem da utilização do dinheiro de forma sigilosa depositando junto de homens tidos por escrupulosos e honestos, uma vez que sendo as obras e a reprodução do dinheiro graça de Deus, a humildade e o dever de não ostentação impunham que se fizesse a reserva dos meios. O sigilo tinha então como imediato benefício e reforçada justificação acautelar aquilo era considerado reserva da sua própria identidade pessoal: Os bens que protegiam do desamparo (CALDAS, 1997, p. 37).

Considerando que o sigilo bancário está ligado à prática comercial e social, fica difícil estabelecer um marco temporal sobre sua origem. No entanto, é possível presumir que o sigilo bancário está sempre ligado aos usos e tradições do comércio de dinheiro, todavia existe a possibilidade do seu surgimento antes da criação da moeda.

Para além da presunção, mas com a certeza de estudos históricos com mais profundidade, serão necessários para a localização da origem do sigilo bancário. Passa-se, agora, às teses doutrinárias dos fundamentos do sigilo bancário.

Os fundamentos do sigilo bancário estão relacionados a teses a nível doutrinária que procuram explicar a questão do sigilo, como ensina Blanco (1990), ao relatar que a doutrina sobre sigilo bancário tem desenvolvido teses ao longo do tempo.

A primeira posição doutrinária sustenta que o sigilo bancário está inserido dentro do sigilo profissional, o qual reduz a margem de conflito, pois será aplicado a qualquer outro tipo de profissional como os notários, médicos e advogados. Desta forma, não deixaria dúvida quanto às consequências da violação de um sigilo bancário, por exemplo.

Neste caso, seriam aplicadas as penas previstas criminalmente pela violação do sigilo profissional. Este posicionamento doutrinário tem como base a relação estabelecida entre o cliente e o banqueiro, relação esta que requer um grau elevado de confiança mútua à base da garantia do sigilo bancário.

Desta forma, o próprio desenvolvimento da sociedade implicaria em levar em consideração que outras profissões não estariam dentro do sigilo profissional, em sentido estrito, como a de banqueiro.

A segunda posição doutrinária fundamenta o sigilo bancário nos usos e costumes, por parte dos bancos de manter certa reserva nos assuntos que envolvem os clientes. Esta posição, em parte, baseia-se nos estatutos sociais dos bancos que contém o sigilo bancário como norma.

Nessas condições, o sigilo bancário torna-se cada vez mais habitual e pode ser resultado de um acordo coletivo. Esta posição é criticada em virtude do fato de não ser correto basear o sigilo bancário no costume ou subordinado a ele. Esta subordinação implica e pode usar o costume como fundamento, em apenas, nos casos em que não é regulamento por lei.

O caso é que não há precisão neste fundamento quando for preciso estabelecer o objeto e âmbito do sigilo bancário. Mesmo assim não seria correto fundamentar o sigilo bancário nos usos e costumes; isto levaria a confundir sua natureza jurídica que, segundo Peiró (*apud* FACIO; ELIZALDE, 2011, p. 35), “segue aberta a discussão sobre se o fundamento é de uso, dever contratual ou, em última instância, é base legal, [...] indicando assim como fundamento o que de fato corresponde a um problema de fontes”³.

A terceira posição doutrinária é fundamentada no sigilo bancário. É resultado de um acordo entre as partes. Esta tese está sustentada no caráter convencional que, segundo Facio e Elizalde (2011, p. 35), “se desenvolveu principalmente na

³ Do original: “sigue abierta la discusión sobre si el fundamento es el uso, un deber contractual o, em definitiva, es un fundamento legal, [...] señalando, así, como fundamento lo que em realidad corresponde a un problema de fuentes”.

Alemanha e é produto da doutrina e jurisprudência, visto que a legislação daquele país não prevê o tratamento do sigilo bancário”⁴.

Nesse sentido, a posição de Sichtermann (*apud* BLANCO, 1990, p. 34-35) aponta que o contrato bancário, de natureza privada, implica que o sigilo bancário é um dever acessório. A consequência da violação do sigilo bancário, por parte do banqueiro, resultaria em indenização pelo dano causado. Críticos desta posição doutrinária apontam que a responsabilidade contratual oferece poucas garantias em comparação com a confiança que o cliente deposita no banco. Outros críticos argumentam que esta tese não observa ou confundem a natureza jurídica.

A quarta posição doutrinária fundamenta-se na boa-fé de quem celebra os contratos. Este fundamento pressupõe que as partes envolvidas devem cumprir os contratos corretamente pela boa-fé. Os bancos devem proteger os interesses dos clientes se este confiar informações relevante sobre a sua situação patrimonial. O sigilo bancário é um instrumento para confirmação da boa-fé das partes. As críticas a esta posição são direcionadas na confusão entre o fundamento com os cumprimentos das obrigações do banqueiro, mas as duas são distintas. Por outro lado, segundo Centrone (*apud* BLANCO, 1990, p. 34 e 41), este posicionamento está concentrado unicamente na esfera privada, excluindo a esfera pública.

A quinta posição doutrinária está fundamentada no sigilo bancário que está ligado à proteção da atividade bancária. Do ponto de vista econômico, é de extrema relevância o sigilo bancário. Labanca (*apud* BLANCO, 1990, p. 34 e 40) entende que o sigilo bancário reforça a confiança que os clientes têm nas instituições financeiras, o que lhe assegura um alto nível de depósitos. Com este volume de depósito, dá sustentabilidade ao sistema; e caso o sigilo não existisse, os recursos iriam para outros setores.

A questão é que apesar da importância do sigilo bancário no plano econômico, esta posição não poderia fundamentar-se na obrigatoriedade do sigilo, pois deveria haver, no ordenamento jurídico, o reconhecimento da importância do sigilo para o sistema de crédito.

⁴ Do original: “se desenvolveu principalmente na Alemanha y es producto de la doctrina y la jurisprudencia, dado que la legislación de dicho país no prevé el tratamiento del sigilo bancario”.

A sexta posição doutrinária concebe o sigilo bancário como uma manifestação do direito à intimidade, como um direito da personalidade. O cliente confia a informação ao banco e tem o direito de exigir total discrição em relação às suas informações de modo a preservar sua intimidade.

Os grandes desafios da quinta e sexta posição é preservar o sistema, proteger o direito à intimidade e compatibilizar o interesse privado com o público.

1.2 Evolução legislativa do sigilo bancário

1.2.1 No Direito brasileiro

No Direito Positivo brasileiro, “sigilo financeiro” é subgênero e “sigilo bancário” é espécie, sendo este respeitante às informações privadas e confidenciais, sob os auspícios de instituições bancárias e pertinentes à sua clientela.

O sigilo bancário, como valor inserido na esfera da privacidade e intimidade da vida privada do indivíduo, está presente nas Constituições brasileiras, como na de 1824, no art. 179, inciso XXVII:

A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império pela maneira seguinte. O Segredo das Cartas é inviolável. A Administração do Correio fica rigorosamente responsável por qualquer infração deste Artigo (BRASIL, 1824).

A Constituição de 1891, no seu art. 72, § 18, tratou do tema e prescreveu: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, e que o sigilo da correspondência é inviolável” (BRASIL, 1891).

Na Constituição de 1934, reiterou no seu art. 113, inciso 8º:

A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: É inviolável o sigilo da correspondência. É inviolável o sigilo da correspondência (BRASIL, 1934).

Nessa mesma linha, a Constituição de 1946, no seu art. 146, § 6º, deu proteção aos direitos fundamentais: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: É inviolável o sigilo da correspondência” (BRASIL, 1946).

A Constituição de 1967 manteve, no seu art. 150, § 9º, a proteção ao sigilo, incluindo o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas:

A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas (BRASIL, 1967).

Alinhada com a evolução das Constituições precedentes, a CF/88, no seu art. 5º e inciso X e XII:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XII é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 1988).

O Código Civil (CC) de 2002 densificou o tratamento do sigilo quando na parte dos direitos da personalidade, no capítulo II e arts. 11 e 21. Isso será tratado mais especificamente no capítulo 3 da presente pesquisa.

A Lei nº 4.595/64 “dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional (CMN) e dá outras

providências” (BRASIL, 1964), foi promulgada no bojo da reforma do Sistema Financeiro Nacional (SFN), criação do BACEN, incorporando a Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC), órgão que era ligado ao Ministério da Fazenda, dispunha em seu art. 38º, §§5º e 6º⁵.

A LC nº 105/2001, em seu art. 13, revogou o art. 38 da Lei nº 4.595/64 que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Aqui, reproduz-se seus principais arts.: 1º, 5º e 6º sobre o sigilo bancário e as possibilidades de quebra⁶; os arts. 5º e 6º foram regulamentados pelo Decreto nº 3.724/01, com vistas à fiel execução da referida LC.

⁵ Art. 38º. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§ 5º dispunha que 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 dispunha que o disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente a 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 (BRASIL, 1964).

⁶ Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. § 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar: 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.

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

[...]

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

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: I – de terrorismo; II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; IV – de extorsão mediante sequestro; V – contra o sistema financeiro nacional; VI – contra a Administração Pública; VII – contra a ordem tributária e a previdência social; VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; IX – praticado por organização criminosa.

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

§ 2º As informações transferidas na forma do *caput* deste artigo restringir-se-ão 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.

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

Continuando na evolução legislativa, os constituintes inseriram no título da CF/88, “Direitos e Garantias Fundamentais e Individuais”, aqui reproduzidos os incisos X e XII do art. 5º⁷.

Observa-se que os incisos enfatizam o avanço conceitual de privacidade, na medida em que não deve limitar ao íntimo do indivíduo, mas, atualmente, é concebido como termo abrangente o das relações sociais. Então o campo financeiro pode ser incluído como parte de atividades protegidas pelo direito à privacidade.

As atividades e informações protegidas por sigilo bancário não estão limitadas somente nas atividades de intermediação financeira, mas, também, nas operações acessórias, relacionadas a outros serviços financeiros que envolvem dados confidenciais sobre os clientes das instituições.

A seguir, a classificação das atividades financeiras cobertas pelo sigilo bancário:

- a) Atos preparatório para constituição de contratos, inclusive os atos pré-contratuais. A título exemplificativo, se um cliente comparece à instituição para solicitar um empréstimo, por motivos práticos, a instituição pode solicitar informações pessoais e, até mesmo, a própria razão do seu pedido pode ter este caráter;

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. (Regulamento)

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária (BRASIL, 2001).

⁷ Redação dos dispositivos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 1996).

- b) Operações passivas são todos os tipos de transações destinadas a arrecadar recursos financeiros para atender a atividade que desenvolve: todos os tipos de depósitos de poupança; depósito a prazo de renda fixa; depósitos em conta corrente; transações em bolsa de valores; além da obtenção de crédito, outorgados pelo BACEN e, ainda, créditos internacionais de diversos tipos; e
- c) Operações ativas consistem na colocação do capital obtido através de operações passivas no mercado financeiro, em busca de obtenção de lucro, seja através da colocação de títulos de créditos, títulos na bolsa de valores ou outro tipo de transação que visa obter lucros dentro do mercado.

1.2.2 No Direito uruguaio

Ao se referir a sigilo bancário é importante abordar questões que estão vinculadas à liberdade das pessoas. Na medida em que entende-se a atividade financeira como uma atividade conexa à segurança e confiança, as instituições financeiras tornam-se uma fonte de informações dos seus clientes. Em uma economia com forte bancarização, as pessoas depositam sua confiança no sistema financeiro.

As atividades financeiras são reguladas e controladas pelo Estado. Devido à sua importância no sistema econômico, há um processo contínuo de capacitação dos profissionais ligados ao sistema que podem ser do poder público e privado.

A economia uruguaia tem entre seus principais pilares o sigilo bancário que é considerado um dos mais restritos do mundo democrático. A legislação uruguaia aplicada ao sigilo bancário é comparada ao da Suíça.

A Constituição Uruguai estabelece, em seu art. 7º, o direito das pessoas a ser protegidas em sua liberdade:

Art. 7º. Os habitantes da República têm o direito a proteção no gozo de sua vida, honra, liberdade, segurança, trabalho e propriedade. Ninguém pode ser privado desses direitos senão de acordo com as

leis que estabelecem por razões de interesse geral.⁸ (URUGUAI, 1967).

Em seu art. 28, consagra a proteção do direito à intimidade dispondo sobre a inviolabilidade dos documentos particulares:

Art. 28. Os papéis das pessoas singulares e suas correspondências por carta telégrafo ou de qualquer outra natureza são invioláveis, não podendo o seu registro, exame ou interceptação ser feito senão de acordo com as leis que se fixem por motivos de interesse geral.⁹ (URUGUAI, 1967).

A Constituição do Uruguai traz um capítulo acerca dos direitos e garantias fundamentais que começa no art. 7º e acaba no art. 39. Dentre os direitos garantidos, neste capítulo, estão: o direito à vida, à honra, à liberdade, à igualdade, etc. No art. 72, há uma extensão das garantias constitucionais a todos os direitos que são inerentes à personalidade humana: “Art. 72. A enumeração de direitos, deveres e garantias feita pela Constituição não exclui outros inerentes à personalidade humana ou derivados da forma republicana de governo”¹⁰.

O Código Penal (CP) uruguaio prevê em seu art. 302: “Art. 302. Quem, sem justa causa, revelar segredos de que tenha conhecimento, em virtude da sua profissão, emprego ou comissão, será punido, quando o facto causar dano, com multa [...]”¹¹ (URUGUAI, 1933).

O sigilo bancário, no ordenamento jurídico uruguaio, não é mais tratado como espécie dentro de gênero sigilo profissional, pois trata de dados que o sistema bancário recebe em razão de sua atividade. Portanto, também, foi tratado pela

⁸ Do original: “Art. 7º. Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”.

⁹ Do original: “Art. 28. Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”.

¹⁰ Do original: “Art. 72. La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

¹¹ Do original: “Art. 302. El que, sin justa causa, revelare secretos que hubieran llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho causare perjuicio, con multa [...]”.

doutrina penal sobre o tema, lembrando que o CP é de 1933 e a redação dada a este artigo foi através do art. 216, da Lei nº 15.903 de 10 de novembro de 1986.

Ainda, segundo o art. 302 do CP, Lagón Cuñarro (2005, p. 195) cita:

O artigo 302 do Código Penal deve ser interpretado no sentido mais amplo possível, uma vez que utiliza os termos emprego ou comissão que o complementam indistintamente, portanto: “por profissão deve-se entender qualquer ofício, atividade (intelectual ou manual), arte, carreira ou ocupação de uma pessoa, no decurso da qual foi imposto (como diz o antecedente Italiano), segredos apreendidos ou conhecidos de terceiros, que não pertençam ao autor, e de que a divulgação configura, quando causa dano, o crime em questão¹².

Neste sentido, Cairoli Martínez (1989, p. 212), comentando sobre a mesma questão, afirma:

Isto implica que exista uma relação contratual entre o cliente e o profissional que garanta um dever de fidelidade entre ambos. Sigilo profissional em sentido amplo, está disposto no artigo 302 é a manifestação de um indivíduo para um profissional com quem se relaciona por necessidade, devendo essa manifestação limitar-se a ambos e a mais ninguém¹³.

O CC, em seu art. 2.256, dispõe normas a respeito do depósito, que pode ser interpretado como documento sob sigilo: “Art. 2.256. O depositário não deve violar o segredo de um depósito fiduciário, nem pode ser obrigado a revelá-lo”¹⁴.

Comentando sobre as Leis nºs 3.648/1910, 11.073/1948 e 11.924/1953, Lapuente e Aguirre (2014, p. 184) diz:

¹² Do original: “El artículo 302 del Código Penal debe interpretarse en el sentido más amplio posible, ya que utiliza indistintamente los términos “empleo” o “comisión” que lo complementan, por tanto: “por profesión debe entenderse cualquier oficio, actividad (intelectual o manual), arte, carrera u ocupación de una persona, en el curso de la cual se hubiere impuesto (como dice el antecedente italiano), enterado o conocido secretos de un tercero, que no le pertenecen al autor, y cuya revelación configura, cuando causare perjuicio, el delito en cuestión”.

¹³ Do original: “Esto supone que existe una relación contractual entre cliente y profesional que asegura un deber de fidelidad entre ambos. El secreto profesional en sentido amplio, que es el que trata esta disposición del art. 302 es la manifestación de un particular a un profesional con el que ha trabado una relación por necesidad, y esta manifestación debe permanecer limitada a ellos”.

¹⁴ Do original: “Art. 2.256. El depositario no debe violar el secreto de un depósito de confianza, ni podrá ser obligado a revelarlo”.

Lei 11.924, de 27 de março de 1953, art. 79: Estabelece alguns parâmetros em relação às contas bancárias com denominação impessoal que, protegidas pelo sigilo bancário, são mantidas pelos Bancos com seus clientes, serão tributadas pelo imposto sucessório substitutivo instituído pela Lei nº 3.648, de 16 de julho de 1910. Os bens pertencentes a essas contas investidos ou depositados no exterior mas administrados por bancos nacionais, pagarão o imposto previsto no artigo 7º da Lei nº 11.073, de 24 de junho de 1948, que regulamenta as sociedades de investimentos, do mesmo modo, era costume em matéria bancária guardar sigilo sobre as obrigações entre banco e o cliente, devido às características particulares da atividade conforme foi referido anteriormente. Por essas razões doutrinariamente, essa obrigação foi consagrada; mas, além disso este uso bancário foi incorporado de alguma forma nos contratos entre o cliente e o banco como uma salvaguarda dos interesses destes últimos. Assim anteriormente ao regime jurídico em vigor, todos os fatos do conhecimento do banqueiro em relação à relação com o cliente pelo motivo de sua atividade eram protegidos com sigilo, incluindo as operações ativas, passivas e neutras; mas também todas as demais informações obtidas por ocasião do negócio. Foram excluídos os dados que foram tornados públicos, bem como quaisquer outras informações que não estivessem diretamente relacionadas ao negócio. O levantamento do mesmo, foi desencadeado em aplicações da chamada justa causa, deixando em aberto um leque de interpretações que tornavam este segredo vulnerável¹⁵.

A Lei nº 10.883/47 autorizou a ratificação dos Convênios Internacionais Monetários e Financeiros de *Bretton Woods*. Em seu art. 5º, insere o sigilo bancário no Banco da República, no que diz respeito às informações recebidas por força destes convênios. *In verbis*:

Art. 5. O Banco da República pode exigir as informações necessárias de qualquer pessoa pública e privada, de acordo com o Acordo. As referidas informações serão fornecidas de forma confidencial e a

¹⁵ Do original: “Ley N. ª 11.924 del 27 de marzo de 1953, art. 79: Establece ciertos parámetros respecto de las cuentas bancarias con denominación impersonal: “Las cuentas bancarias con denominación impersonal que, amparadas por el secreto bancario, mantengan los Bancos con sus clientes, estarán gravadas por el impuesto sustitutivo del de herencia creado por la Ley No. 3.648, de 16 de julio de 1910. Los activos pertenecientes a estas cuentas invertidos o depositados en el extranjero, pero administrados por Bancos nacionales, pagarán el impuesto que establece el artículo 7º de la Ley No. 11.073, de 24 de junio de 1948, que reglamenta a las sociedades de inversión” Igualmente la costumbre en materia bancaria era guardar secreto respecto de las obligaciones entre el anteriormente. Por estas razones, doctrinariamente, se consagraba dicha obligación; pero, además, este uso bancario se incorporaba de alguna forma en los contratos entre el cliente y el banco como salvaguarda de los intereses de este último. Por tanto, con anterioridad al régimen legal vigente se protegían con el secreto, todos los hechos conocidos por el banquero en lo que hacía a la relación con el cliente por motivos de su actividad, comprendiendo esto las operaciones activas, pasivas y neutras; pero además toda otra información obtenida con motivo del negocio. Quedaban excluidos, los datos que se hubieran hecho públicos, así como toda otra información que no tuviera directa relación con el negocio. El relevamiento del mismo se accionaba en aplicaciones de la llamada “justa causa” dejando abierto un abanico de interpretaciones que hacían este secreto muy vulnerable”.

violação do sigilo será motivo de responsabilidade. A comunicação dessas informações ao Fundo Monetário será realizada de forma que não revele situações particulares ou segredos comerciais¹⁶.

Já o Decreto-Lei nº 15.322/82, no art. 25¹⁷⁻¹⁸, consagrou de forma inequívoca a autonomia do sigilo bancário para as entidades que integravam o sistema de intermediação financeira, sejam elas públicas ou privadas. Este artigo, ao dispor sobre o sigilo profissional, estabelece que as instituições cujas atividades são intermediação financeira.

1.2.2.1 Reforma tributária - Lei nº 18.083/06, art. 54, com a nova redação dada pelo art. 15, da Lei nº 18.718/2010

Esta lei conhecida como a lei da reforma tributária em matéria penal, os bancos estão dispensados de manter o sigilo sem que for requerido pela administração tributária fundamentada em uma ação penal. A administração tributária pode apresentar denúncia amparada no art. 110 do Código Tributário, podendo solicitar, de forma expressa com fundamento na Justiça Penal, o levantamento do sigilo bancário a que se refere o art. 25 do Decreto-lei 15.322, de 17 de setembro de 1982.

¹⁶ Do original: "Art. 5º. El Banco de la República podrá requerir de toda persona pública y privada las informaciones necesarias, según el Convenio. Dichas informaciones serán proporcionadas a título confidencial y la violación del secreto será causa de responsabilidad. La comunicación de esas informaciones al Fondo Monetario se efectuará en forma de no revelar situaciones particulares o secretos de negocios".

¹⁷ "Art. 25. As sociedades de que tratam os arts. 1º e 2º desta lei não poderão dar qualquer aviso sobre os recursos ou valores mobiliários que possuam em conta corrente, depósito ou qualquer outra modalidade, pertencentes a determinada pessoa física ou jurídica. Também não poderão divulgar informações confidenciais que recebam de seus clientes ou sobre seus clientes. As referidas operações e informações estão protegidas por sigilo profissional e só podem ser divulgadas mediante autorização expressa e por escrito do interessado ou por resolução fundamentada da Justiça Criminal ou da Justiça competente se estiver em causa obrigação alimentar e em todos os casos, sujeitos às mais estritas responsabilidades por danos decorrentes da falta de fundamento do pedido. Não será admitida nenhuma outra exceção além das estabelecidas nesta lei. Quem não cumprir o dever estabelecido neste artigo será punido com pena de prisão de três meses a três anos".

¹⁸ Do original: "Art. 25. Las empresas comprendidas en los artículos 1º y 2º de esta ley no podrán facilitar noticia alguna sobre los fondos o valores que tengan en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto, pertenecientes a persona física o jurídica determinada. Tampoco podrán dar a conocer informaciones confidenciales que reciban de sus clientes o sobre sus clientes. Las operaciones e informaciones referidas se encuentran amparadas por el secreto profesional y sólo pueden, ser reveladas por autorización expresa y por escrito del interesado o por resolución fundada de la Justicia Penal o de la Justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria y en todos los casos, sujeto a las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud. No se admitirá otra excepción que las establecidas en esta ley. Quienes incumplieren el deber establecido en este artículo, serán sancionados con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría".

A primeira apreciação do pedido de informação bancária deverá realizar-se conjuntamente com uma denúncia penal por fraude fiscal. As informações serão utilizadas como documentos para a instrução da ação penal.

Em matéria civil, a partir de 01 de janeiro de 2011, também poderá levantar o sigilo bancário por decisão judicial quando do Diretor Geral de Rendas, no exercício de suas atribuições fiscalizadoras a respeito das obrigações tributárias prescritas, solicitar, de forma expressa fundamentada em decisão de primeira instância de competência de matéria civil, toda informação relativa às operações bancárias de determinadas pessoas físicas ou jurídicas.

A solicitação realizada pelo Diretor Geral de Rendas, no exercício de suas atribuições fiscalizadoras, deverá conter uma instrução administrativa prévia. Deverá existir uma ordem de inspeção ao dar início ao procedimento a respeito de um sujeito passivo determinado, a produção de prova para apuração do tributo presumido devido pelo contribuinte.

Em matéria internacional, a legislação uruguaia incluiu a possibilidade de trocar informações tributária com outros países; foi considerado um marco a assinatura de acordos para evitar bitributação, modificando de forma substancial a tradição à posição vigente no Uruguai.

Poderá a Administração tributária solicitar informações em cumprimento a solicitações expressas e fundamentadas por parte de autoridade competente de um Estado estrangeiro; efetivamente, é um marco a assinatura destes convênios internacionais ratificados pela República do Uruguai, em matéria de troca de informações para evitar bitributação. Em 23 de junho de 2021, o Ministério das Relações Exteriores do Uruguai e a Embaixada do Japão no Uruguai assinaram um acordo para eliminar dupla tributação dos rendimentos e evitar a evasão de fraudes fiscais.

É importante frisar que as informações serão fornecidas desde que a entidade requerente justifique e fundamente a relevância da informação solicitada.

1.3 A troca de informações e orientações de Organismos Internacionais

É muito difícil penetrar-se no âmago do problema da troca de informações e todas as suas variadas implicações sobre a economia nacional e internacional sem um estudo minucioso sobre a atuação da OCDE, sigilo bancário e transparência fiscal internacional. No pensamento de Bianco (2007, p. 21), são características da transparência fiscal:

[...] como regime de tributação segundo o qual a atribuição de determinadas classes de rendimentos, auferidos por uma sociedade controlada não residente, aos seus sócios residentes, desde que atendidas certas condições, com o objetivo de evitar que a simples interposição de sociedades no exterior, entre contribuintes e a fonte produtora dos rendimentos, possa afastar a plena aplicação do regime de tributação da renda em bases universais.

Fundada em 30 de setembro de 1961, como substituta da Organização Europeia para a Cooperação Econômica (OECE) que havia sido instituída, em 1948, com objetivo de administrar a ajuda dos Estados Unidos (EUA) e Canadá, destinada ao Plano Marshall¹⁹ para reconstrução da Europa após a Segunda Guerra Mundial. Idealizada, desde sua fundação, para ser uma organização transcontinental, tendo como membros fundadores os países europeus (Portugal, Reino Unido, França, Alemanha, Itália, Países Baixos²⁰, Bélgica, Luxemburgo, Áustria, Dinamarca, Noruega, Grécia, Suécia, Suíça, Turquia, Irlanda e Islândia), incluindo, a estes, os EUA e Canadá. Após três anos de sua fundação, o Japão aderiu a organização como o primeiro país asiático. O Japão, à época, era a maior economia emergente do continente e nos doze anos em que se seguiram aderiram, também, a Finlândia, a Austrália e a Nova Zelândia.

Com a queda dos regimes comunistas, em 1989, e a dissolução da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), em 1991, houve uma ampliação da influência da OCDE, no restante da Europa. Iniciou-se um processo de assistência para desenvolver a economia de mercado nos países em que tinha o regime comunista, através de um programa de transição que trouxe benefícios à

¹⁹ Programa de recuperação econômica através da ajuda dos EUA com o objetivo de recuperar os países europeus e o Japão dos efeitos da segunda guerra em suas economias.

²⁰ Denominação que inclui os países Holanda, Bélgica e Luxemburgo.

Tchecoslováquia, Hungria e Polônia que, posteriormente, se uniram à OCDE, pedido para fazer parte, também, a União Europeia, Coréia do Sul e México que foi o primeiro país da América Latina a incorporar a Organização. Posteriormente, obtiveram a condição de membros: o Chile, Israel, Estônia, Lituânia e Letônia.

A consolidação da OCDE veio com a passagem para o século XXI, com muitos pedidos de adesão por parte dos países Europeus, Asiáticos, América Latina. O país mais recente foi a Costa Rica; atualmente são 38 países que compõe o quadro de países membros.

A OCDE se autodefine como um foro único, onde os governos de 38 economias democráticas trabalham conjuntamente para enfrentar os desafios econômicos sociais de uma economia globalizada, tendo, ainda, no seu conteúdo programático promover políticas públicas que levam ao bem estar econômico-social das pessoas, contribuir com o fortalecimento das instituições dos países e a confiança de seu povo a elas, através do estímulo ao exercício da cidadania, através da participação popular e da transparência da gestão pública.

Nesse sentido, a OCDE proporciona um ambiente em que os governos possam trocar experiências de políticas públicas para dar soluções aos problemas comuns destes governos, identificar e promover boas práticas de políticas e gestão pública regionais e internacionais.

Outra missão da OCDE é criar um foro permanente onde exerce pressão nos países para membros para cumprimento de seus objetivos e podendo atuar, também, como um poderoso incentivo para implantação de melhorias nas políticas e mudanças legislativas, no sentido de criar princípios de governabilidade corporativa e promovendo acordos de cooperação entre os países.

1.3.1 Troca de informações

As trocas de informações entre os Estados e a OCDE proporciona análises por parte da OCDE, resultando em relatórios de tendências e previsões da economia, mudanças sociais e o desenvolvimento de modelos de comércio, meio

ambiente, agricultura, tecnologia e matérias tributárias etc. Seguindo esta linha de troca de informações, no pensamento de Khoury (2006, p. 75), a troca de informações em matéria tributária pode ser conceituada como sendo:

O instrumento pelo qual as autoridades administrativas dos Estados contratantes se obrigam a fornecer informações e dados referentes às operações tributárias de determinado contribuinte a fim de aferir se o ato privativo observou as normas que regem, respeitados os limites previstos no tratado e na ordem interna dos Estados.

Ainda, tratando de matéria fiscal sobre a troca de informações prescrita na convenção entre os Estados, Vogel (1991, p. 1207 *apud* GODOY, 2011, p. 399) comenta que:

Há bons motivos para inclusão de regras referentes à cooperação em matéria fiscal entre os Estados que fazem acordo, nos tratados que visam evitar a bitributação. Em primeiro lugar, parece desejável que se propicie assistência administrativa com o objetivo de se apreenderem fatos que relacionem com aspectos que são alcançados pelas regras de convenção. Além disso, à vista da ampliação da internacionalização das relações econômicas, os Estados pactuantes têm um interesse crescente na troca recíproca de informações, nas bases das quais a tributação doméstica fora gerenciada, ainda que não se tenha dúvidas quanto à aplicação de um artigo específico da convenção.

Com estas informações, a OCDE auxilia os países a fomentar o desenvolvimento econômico, objetivando a redução da pobreza, promovendo a igualdade social, estabilidade financeira e desenvolvimento do comércio, fomentando, ainda, os investimentos na inovação tecnológica e a transparência dos governos.

A política fiscal pode ser entendida como um conjunto de medidas relativas, como o regime tributário, o gasto público e o endividamento público, a situação financeira da economia e a forma como o governo das três esferas, União, Estados e Municípios, administram suas finanças; seus efeitos podem resultar na retração ou expansão da economia.

Em tempos de crise, há uma tendência de aumentar os gastos públicos, redução dos tributos, incrementando o consumo e, por consequente, o aumento da

produção e do emprego; esta política pode ter efeitos negativos como o aumento dos índices da inflação.

Por outro lado, uma política fiscal restritiva para o combate aos índices inflacionários tem a finalidade de controlar a demanda mediante a redução dos gastos públicos e aumento dos tributos, resultando na diminuição do consumo e, conseqüentemente, o aumento do desemprego.

A política fiscal é um dos instrumentos mais importantes da gestão macroeconômica e converte em importante estudo sob os aspectos tributários da política fiscal por parte da OCDE que, atualmente, lidera a agenda da política fiscal internacional com importantes decisões determinantes na sua luta contra a evasão fiscal e a promoção automática da troca de informações.

A importância da política fiscal para OCDE é, também, um anseio das maiores economias do mundo representadas pelo G-20²¹, cujo a maioria dos países fazem parte.

Sobre este ponto, deve-se considerar que a maioria dos países latino-americanos, incluindo o Brasil e o Uruguai, encontra-se em uma etapa de suas histórias de consolidação de suas democracias.

A política tributária dos Estados exerce um papel de suma importância na legitimação do Estado Democrático de Direito, levando em consideração que a ausência desta condição constitui um terreno fértil para se instituir regimes antidemocráticos.

É mediante o sistema tributário que os Estados podem contar com os recursos necessários para prover seus cidadãos de serviços públicos de qualidade que contribuem para o bem-estar geral, a paz social e o desenvolvimento econômico.

²¹ Grupo de países, criado em 1999, é composto por: Alemanha, Canadá, EUA, França, Itália, Japão, Reino Unido, África do Sul, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Brasil, China, Coreia do Sul, Índia, Indonésia, México Rússia, Turquia e União Europeia.

A diminuição das desigualdades sociais e a distância entre ricos e pobres é possível através de um sistema tributário transparente que seja baseado na capacidade contributiva de cada cidadão. A OCDE tem levado como desafio para as regiões, objetivando uma política fiscal transformadora capaz de se converter em um instrumento para o desenvolvimento econômico. Uma política fiscal bem administrada pode constituir a base da renovação do contrato social entre os países latino-americanos e seus governos.

Para OCDE, é de fundamental importância proporcionar bens e os serviços públicos de qualidade, contribuindo com a consolidação das democracias.

1.3.1.1 O modelo de convênio

Para delimitar o que seja troca de informações, deve-se levar em conta o que se considera informações relevantes para fins tributários, a qual, segundo o art. 26²² estabelecido no Modelo de Convênio elaborado pela OCDE, compreendendo desde

²² Art. 26. Troca de Informações

1. As autoridades competentes dos Estados contratantes trocarão entre si informações presumivelmente relevantes para aplicar as disposições da Convenção ou para administrar ou autarquias locais, na medida em que a tributação nelas previstas não seja contrária à convenção. A troca de informações não é restringida ao disposto nos artigos 1º e 2º.
2. Qualquer informação recebida, nos termos do parágrafo 1º., por um Estado contratante, será considerada secreta do mesmo modo que a informação obtida com base na legislação interna deste Estado e só poderá ser comunicada à pessoas ou autoridades (incluindo tribunais e autoridades administrativas) encarregadas da liquidação ou cobrança impostos referidos no primeiro período ou da decisão de recursos referentes a estes impostos. Essas pessoas ou autoridades utilizarão as informações assim obtidas apenas para fins referidos. Essas informações podem ser reveladas em audiências públicas de tribunais ou decisões judiciais.
3. O disposto no número 1 e 2 não poderá ser interpretado no sentido de impôr a um Estado contratante da obrigação de:
 - a) tomar medidas administrativas contrárias à sua legislação, e à sua prática administrativa ou às do outro Estado contratante;
 - b) fornecer informações que não possam ser obtidas com base na sua própria legislação ou no âmbito da sua prática administrativa normal ou nas do outro Estado contratante;
 - c) transmitir informações reveladoras de segredos ou processos comerciais, industriais ou profissionais, ou informações cuja comunicação seja contrária a ordem pública.
4. Se, em conformidade com o disposto neste artigo, forem solicitadas informações por um Estado contratante, o outro Estado contratante utiliza os poderes de que dispõe a fim de obter informações solicitadas, mesmo que se outro Estado não necessite de tais informações para seus próprios fins fiscais. A obrigação constante da frase anteriores está sujeita às limitações previstas no número 3, mas tais limitações não devem, em caso algum, ser interpretadas no sentido de permitir que um Estado contratante se recuse a prestar tais informações pelo simples fato de estas não se revestirem de interesse para si, no respectivo âmbito interno.
5. O disposto no número 3 não pode em caso algum ser interpretado no sentido de permitir que o Estado contratante se recuse a prestar informações apenas porque estas são detidas por uma instituição bancária, um outro estabelecimento financeiro, um mandatário ou por pessoa agindo na qualidade de a gente ou fiduciário, ou porque essas informações são conexas com os direitos de propriedade de uma pessoa.

os dados referentes à sujeição fiscal, às pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, à atividade econômica de determinados sujeitos, ao período de residência e estadas das pessoas em determinado Estado, a questões contábeis, questões relativas ao regime jurídico (fiscal ou não) de certas operações e rendas.

O Modelo de Convênio, para troca de informações fiscais estabelecido pela OCDE, tornou-se um marco fundamental, constituindo em um dos principais mecanismo de troca de informações realizadas espontaneamente, através de pedidos das partes ou automáticas.

A troca de informações espontâneas são aquelas quando uma administração tributária, no exercício de suas atribuições conferidas por lei, realiza um levantamento de informações de um determinado contribuinte que considera de importante interesse para outro Estado, razão pela qual, de maneira espontânea, o envia para a Administração Tributária deste Estado, sem que mesmo houvesse solicitado, para que faça dela o lhe for conveniente.

Por outro lado, a troca de informação pode ser através do pedido de uma das partes; neste caso ocorre quando uma Administração Tributária, que tem uma fiscalização em curso, realiza uma investigação sobre um determinado contribuinte, solicita a outra Administração Tributária informações concretas sobre o indicado contribuinte, sendo, portanto, um requerimento de conteúdo limitado. Há muitos anos, foi esta a modalidade de troca de informações fiscais entre os Estados e estavam limitadas aos Estados que possuíam acordos bilaterais, existindo uma série de impedimentos para uma troca de informações eficaz, principalmente o direito ao sigilo bancário.

A modalidade de troca de informações fiscal automática é aquela realizada de maneira periódica, rotineira e ampla, utilizada pelas Administrações Tributárias e, geralmente, correspondendo a informações financeiras, informações previamente fixadas sobre determinadas pessoas ou determináveis. A informação trocada não implica, necessariamente, que a pessoa compreendida esteja sendo objeto de um processo de investigação fiscal ou vá posteriormente. Daí que se diz que se trata de

uma informação em massa solicitada, antes, e destinada a ser analisada, posteriormente, pelas autoridades competentes.

Não se pode deixar de ser considerado que nestas situações de troca de informações tributárias entre Estados, se faz necessária a preexistência de um tratado internacional entre as partes, salvaguardando, com isto, as garantias constitucionais de cada Estado. Geralmente, estes tratados estão representados por convênios para evitar dupla tributação que sempre compreende uma cláusula para permitir a troca de informações tributária.

O art. 26 do Modelo de Convênio sobre a dupla tributação da OCDE (MC OCDE), cuja primeira edição foi publicada em 18 de abril de 2002, constitui a base dos acordos tributários sobre a troca de informações celebradas no futuro e assinala, especificamente, que:

As autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão as informações previsivelmente pertinentes para a aplicação das disposições desta Convenção ou para administrar e fazer cumprir as disposições da legislação nacional dos Estados Contratantes relativas a impostos de todos os tipos e naturezas percebidos pelos Estados Contratantes, suas subdivisões políticas ou entidades locais, na medida em que sua imposição seja contrária à Convenção. A troca de informações não será limitada pelos artigos 1º e 2º.²³

É necessário ressaltar que, tanto o Modelo de Convênio Tributário como o Modelo de Acordo da OCDE, prescrevem que o sigilo bancário não pode ser alegado como motivo sobre a informação. No seu inciso 5º, do citado art. 26, tem a seguinte redação:

Em nenhum caso, as disposições da seção 3 devem ser interpretadas no sentido de permitir que um Estado Contratante se recuse a fornecer informações apenas porque estão em poder dos bancos, outras instituições financeiras ou de qualquer pessoa agindo

²³ Do original: “Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información previsiblemente pertinente para aplicar lo dispuesto en el presente Convenio o para administrar y exigir lo dispuesto en la legislación nacional de los Estados contratantes relativa a los impuestos de toda clase y naturaleza percibidos por los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas o entidades locales en la medida en que la imposición en la misma sea contraria al Convenio. El intercambio de información no vendrá limitado por artículos 1 y 2”.

como representante ou fiduciário ou porque essa informação se refere à participação na propriedade de uma pessoa²⁴.

O informe “Melhorando o Acesso à Informação Bancária com Fins Fiscais” do ano de 2000 e o informe atualizado de 2003 denominado “Informe de Progreso 2003”²⁵, no qual se estabelece a posição oficial da OCDE frente ao sigilo bancário, pode, também, influenciar no acesso à informação bancária por parte das autoridades governamentais, incluindo, a estas, as autoridades fiscais. *In verbis*:

Em nenhum caso as disposições da seção 3 serão interpretadas no sentido de permitir que um Estado Contratante se recuse a fornecer informações apenas porque abre em poder de bancos, outras instituições financeiras ou de qualquer pessoa que atue na qualidade de representante ou fiduciário ou porque esta informação se refere à participação na propriedade de uma pessoa.

A troca de informações fiscais automática requer o alinhamento da legislação interna de cada país no sentido de retirar os obstáculos que possam impedir ou retardar com prejuízo na entrega da informação. Estes obstáculos podem estar representados, principalmente, pelo sigilo bancário - motivo pelo qual os bancos protegem as informações dos contribuintes; daí, em comunicado final do G-20 em reunião em Londres de 2009, onde se anunciara o fim do sigilo bancário, afirmação de grande importância histórica.

Não é possível acreditar que esta importante conquista para as Administrações Tributárias do mundo moderno, foi alcançada sem, contudo, antes superar resistência por parte de alguns países e que, diante do anunciado do Modelo de Convênio proposto pela OCDE, países europeus, os quais o direito ao sigilo bancário era considerado um preceito constitucional de seus sistemas jurídicos-financeiros liderados pela Suíça e Luxemburgo, que em princípio pretendiam opor-se mediante a formulação de uma reserva, enunciado no art. 26.5. MC OCDE, apesar de compreenderem a inútil resistência diante da inexorável lógica dos fatos, os quais se fundamenta o alinhamento da legislação do sigilo bancário

²⁴ Do original: “*Em ningún caso las disposiciones del apartado 3 se interpretarán en el sentido de permitir a un Estado contratante negarse a proporcionar información únicamente porque esta abre en poder de bancos, otras instituciones financieras, o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciária o porque esa información haga referencia a la participación en la titularidade de una persona*”.

diante da troca automática de informações. Por fim, notificaram a OCDE, em março de 2009, que declinavam de manter as restrições sobre as trocas de informações em decorrência da proteção do sigilo bancário.

Frente à posição da OCDE contra o sigilo bancário, os esforços despendidos por alguns países eram para adequar-se às suas disposições, conservando, ao mesmo tempo, a instituição do sigilo bancário. Apesar disso, todos os países membros da OCDE aceitaram esta imposição pelo disposto no art. 26 sobre a troca de informações.

A seguir, serão relatadas as trocas de informações no Brasil e no Uruguai. Não há como abordar o tema “troca de informações internacionais no Brasil” sem entrar no âmago da temática tributária. Seguindo este raciocínio, se iniciará um breve estudo sobre a evolução legislativa brasileira sobre a tributação de rendimentos auferidos no exterior.

Foi com o Decreto-lei nº 1.168, de 1939, no art. 17, que se estabeleceu o marco inicial sobre a tributação dos rendimentos no exterior. Neste caso, tratava-se de rendimentos de pessoas físicas. *In verbis*:

Art. 17. Os rendimentos a considerar para a aplicação do imposto complementar progressivo são os pertencentes às pessoas residentes ou domiciliadas no país, qualquer que seja a origem dos rendimentos e a situação das fontes de que promanam.

§ 1. Para o efeito deste artigo reputar-se-á residente o estrangeiro que estiver por mais de 12 meses no território nacional.

§ 2. O imposto cedular recairá sobre os rendimentos produzidos no país e o correspondente a residentes no exterior cobrar-se-á sem se ter em consideração a natureza ou categoria dos rendimentos (BRASIL, 1939).

Quando se trata da tributação da pessoa jurídica imperava o princípio da territorialidade, partindo da premissa de que a lei interna é aplicada para tributar a renda auferida apenas dentro do seu território, entendimento alterado com o advento da Lei nº 9.249/95 que se rompeu com o princípio da territorialidade, adotando-se, a partir de então, o princípio da universalidade.

O art. 25 da referida lei instituiu a tributação no exterior:

Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano (BRASIL, 1995).

A Lei nº 9.249/95 trouxe um novo problema, mas não fez qualquer diferenciação quanto à localidade em que as empresas consideradas controladas e coligadas estavam situadas, não foi observado o que os americanos chamam o *jurisdictional approach*, como critério de transparência fiscal. Com isso, não aplicava o regime como forma de inibir a concorrência fiscal desleal.

Foi com a Instrução Normativa (IN) da Secretaria da Receita Federal (SRF) nº 38/96 que estabeleceu que os lucros provenientes de controladas e coligadas só seriam submetidos à tributação quando se tornassem disponíveis. Esta IN foi referendada pela Lei nº 9.532/97.

Considerando a evolução legislativa brasileira, o advento da LC nº 104/2001 trouxe mais esclarecimentos ao introduzir no art. 43, do Código Tributário Nacional (CTN), o seguinte parágrafo:

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo (BRASIL, 2001).

Com a abertura concedida pela LC nº 104/2001, foi editada a Medida Provisória (MP) nº 2.158-35 de 2.001 que trouxe, no seu art. 74²⁶, um conflito com o art. 43 que, posteriormente, foi revogado pela Lei nº 12.973/2014.

Situações legislativas como estas faziam com que o Brasil fosse visto no cenário internacional como um país que segue o oposto aos estudos publicados pela OCDE sobre o tema.

²⁶ Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei 9249/95, e do artigo 21 desta MP, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiveram sido apurados, na forma do regulamento.
Parágrafo único. Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) .

Caminhando para o cenário atual, com o advento da Lei nº 12.973/2014, apesar de não fazer diferenciação quanto à forma de aferição da base de cálculo para tributação dos lucros, em se tratando de empresas controladas como previa, o art. 74 da MP nº 2.158-35 revogado, a transparência fiscal avançou com esta lei na legislação brasileira. Segundo o comentário de Xavier (2015, p. 445):

A sistemática da nova lei, foi muito além do regime de transparência fiscal internacional introduzida pela Lei 9249/95, visou essencialmente um duplo objetivo: (i) evitar que os prejuízos incorridos no exterior, diretamente ou indiretamente, erodissem a base da tributação das sociedades investidoras brasileira; e (ii) dificultar tecnicamente a interposição de entidades domiciliadas em países signatários de tratados contra a dupla tributação contendo cláusulas proibitivas ou limitativas das pretensões fiscais do país de residência da investidora.

O Brasil ainda não é membro da OCDE, mas, em 2017, manifestou, através de pedido junto à OCDE, ingressar como país membro, estimulando, a partir de então, um debate sobre seu ingresso e suas consequências nas políticas de transparência em matéria financeira e fiscal. Mais recentemente, durante o atual governo considerando um possível apoio o governo americano à época presidido por Trump, reforçou esta intenção de fazer parte da Organização.

O Brasil se caracterizou por ser um país importador de capitais, ou seja, recebedor de investimentos estrangeiros, apesar de não adotar as limitações à tributação pelo país de fonte prevista no modelo de Convenção de OCDE. Desde a década de 60, com o primeiro acordo com o Japão para evitar dupla tributação, o país vem celebrando acordos com outros países neste mesmo sentido.

Mesmo assim, o número de acordos não é muito significativo quanto comparado com países como Rússia, Índia e China que compõe, com o Brasil, além da África do Sul, o grupo denominado BRICS²⁷.

²⁷ BRICS é um agrupamento de países de mercado emergente em relação ao seu desenvolvimento econômico. Trata-se de um acrônimo da língua inglesa que é geralmente traduzido como "os BRICS" ou "países BRICS" ou, alternativamente, como os "Cinco Grandes". O agrupamento começou com quatro países sob o nome **BRIC**, reunindo **B**rasil, **R**ússia, **I**ndia e **C**hina), até que, em 14 de abril de 2011, o "**S**" acrescido resultou da admissão da África do Sul (do inglês: *South Africa*) ao grupo.

Nota-se que a posição brasileira em questões internacional de trocas de informações e transparência tem seu foco nas questões de tributação dos lucros e demais rendimentos e vem sendo assinados vários acordos para evitar a dupla tributação, mas a legislação brasileira deve avançar mais na questão das trocas de informações, até porque, sem estes avanços e uma adesão efetiva as orientações da OCDE, terá dificuldades de ser um país membro desta Organização.

Estas questões passam pela relativização do sigilo fiscal que, em última instância, devido o atual estágio tecnológico das transações financeiras, será a relativização do sigilo bancário.

No Direito Brasileiro, o sigilo fiscal e suas bases podem ser encontradas no CTN, em seu art. 198²⁸. Pela leitura do *caput* deste artigo e parágrafos, verifica-se uma certa precaução por parte do legislador para que o fisco preserve as informações obtidas, não obstante elencada as exceções a quebra do sigilo em si.

1.3.1.2 O FATCA – *Foreign Account Tax Compliance ACT*

O Brasil e EUA assinaram o Acordo de Cooperação Intergovernamental (IGA) para implementar o FATCA que prevê a assistência mútua na troca de informações e a observância dos preceitos tributários.

O FATCA é um sistema de relatórios que visa identificar as contas financeiras dos EUA (contas nos EUA) mantidas fora dos EUA por instituições financeiras em

²⁸ 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 situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetua-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 autoridades administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informações sigilosas, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§ Não é vedado a divulgação de informações relativas a:

I – representações fiscais para fins penais;

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III – parcelamento ou moratória (BRASIL, 1966).

todo o mundo com o objetivo de aumentar a transparência e prevenir a evasão fiscal no país.

Diante das dificuldades orçamentárias, a evasão fiscal por parte de contribuintes norte-americanos usando bens e ativos em instituições estrangeiras, mas não declarados no FATCA. Em ambos os modelos IGA, os procedimentos de *due diligence* para verificar se uma determinada conta se enquadra no padrão de contas dos EUA, é de responsabilidade das *Foreign Financial Institutions* (FFIs).

O FATCA entrou em vigor em 01/07/2014, data em que os FFI's já deveriam ter se cadastrado no site do IRS/FATCA e obtido o número GIIN (número de identificação intermediário global) para fins de identificação nas negociações financeiras.

Os FFIs, cujas jurisdições tenham assinado o IGA modelo 1, presumirão o seu cumprimento, ou seja, de acordo com o FATCA. Neste sentido, a internalização da FATCA no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu por meio da aprovação do Decreto Legislativo nº 146, de 25 de junho de 2015²⁹, promulgado pelo Decreto do Poder Executivo nº 8.506, de 24 de agosto de 2015³⁰.

O conceito de instituição financeira sujeita ao FATCA é bastante amplo e abrange instituições de custódia, instituições depositárias, entidades de investimento ou seguradoras específicas. Os EUA reportam ao Brasil apenas informações referentes às contas financeiras de residentes brasileiros, enquanto os dados reportados pelo Brasil aos EUA cobrem contas de residentes e cidadãos americanos.

²⁹ Art. 1º. Fica aprovado o texto do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para Melhoria da Observância Tributária Internacional e Implementação do FATCA, celebrado em Brasília, em 23 de setembro de 2014. Parágrafo único. Ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão do referido Acordo, bem como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do inciso I do art. 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (BRASIL, 2015).

³⁰ Art. 1º. Fica promulgado o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para Melhoria da Observância Tributária Internacional e Implementação do FATCA, firmado em Brasília, em 23 de setembro de 2014, anexo a este Decreto (BRASIL, 2015).

Isso porque os EUA, assim como as Filipinas e a Bulgária, estão entre os poucos países que exercem jurisdição de residência sobre seus residentes e também sobre seus cidadãos. Ou seja, nesses países, tanto os cidadãos, residentes ou não residentes, estão sujeitos ao imposto de renda, com base na renda mundial, quanto os residentes estrangeiros (ARNOLD; MCINTYRE, 1995, p. 19).

As informações que devem ser reportadas pelo fisco brasileiro ao IRS são basicamente dados da conta e de seu titular, a identificação da instituição financeira e o valor total bruto de juros, dividendos e receitas creditadas na conta. Embora as informações a serem prestadas pelo US às autoridades fiscais brasileiras tenham a mesma natureza das que devem ser prestadas ao IRS, ocorre que o nível de detalhamento é inferior ao exigido pelas autoridades fiscais norte-americanas.

Para identificar as contas nos EUA que devem ser reportadas ao IRS, as instituições financeiras brasileiras devem realizar *due diligence*, de acordo com os termos do Anexo I do IGA, que estabelece procedimentos e parâmetros de valor específicos para contas individuais (pessoas físicas), contas de entidades (pessoas jurídicas), contas preexistentes (contas existentes em 30.06.2014) e contas novas (abertas após 01.07.2014).

Os procedimentos de revisão que devem ser observados são: i) investigação eletrônica dos dados; ii) investigação de registros físicos; iii) a investigação do gerente de relacionamento; iv) procedimentos contra lavagem de dinheiro - *Anti Money Laundering* (AML) e aqueles adotados por instituições financeiras para melhor compreensão para o cliente – Conheça seu cliente (KYC) – ou para outros fins regulatórios; v) procedimentos específicos para FATCA. É importante frisar que estas são atividades que entram diretamente na caracterização do sigilo bancário e do direito fundamental à privacidade do indivíduo. Com isto, cabe avaliar uma série de competências jurisprudenciais dos tribunais brasileiros.

1.3.1.3 O Uruguai na OCDE

O Uruguai foi incluído na categoria de países cooperantes com a troca de informações a nível mundial e decidiu aderir aos padrões estabelecidos pela OCDE.

A origem desta posição ocorreu quando foi determinada a classificação errática de que o Uruguai era um paraíso fiscal.

Neste sentido, o então Ministro da Economia e Finanças, Álvaro Garcia, declarou que o Uruguai não era um paraíso fiscal de acordo com os critérios e objetivos estabelecidos pela OCDE. Ademais, desde a criação da Reforma Tributária, o país iniciou uma ação cujos objetivos foram tratados de promover e proteger os investimentos para evitar dupla tributação e o fomento da transparência.

O Ministro explicou que a necessidade de receber investimentos era para fortalecer o crescimento econômico e eram imprescindíveis os tratados para evitar a dupla tributação dos investimentos, assumindo compromissos, comunicando à OCDE o seu firme compromisso de aplicar os padrões sobre a troca de informações, em particular o contido no art. 26 do modelo de 2005, implicando na obrigação mútua dos países signatários trocar informações tributárias diante do requerimento de alguma das partes a nível administrativo.

As administrações tributárias dos países signatários podem pedir informações a respeito de residentes de uma ou outra nação. Assim mesmo, o Uruguai se comprometeu a ratificar vários tratados no ano de 2009. Até essa data havia apenas ratificado tratados internacionais para evitar dupla tributação com a Alemanha - Lei nº 16.110 de 24 de abril de 1990, outro com a Hungria - Lei nº 16.636 de 13 de maio de 1993, mas nenhum dos acordos continha normas que limitariam o sigilo bancário ou tributário e nem tinham a redação do art. 26 do Modelo de Convênio da OCDE atual.

Como resultado, diante dos compromissos assumidos pelo Uruguai, em 03 de abril de 2009, a OCDE reconheceu que havia cometido um erro e reclassificou o Uruguai colocando na lista de países, que apesar de não cumprir, estão comprometidos com os padrões internacionais e irá começar a aplicar.

1.3.2 A Natureza Jurídica das normas da OCDE

Antes de entrar no âmago da questão da natureza jurídica da OCDE, se são ou não vinculativas, se faz necessário breve comentário sobre a natureza do Direito Internacional, que é pautado na coordenação e na cooperação (MIRANDA, 2006, p. 297)³¹. O Direito Internacional é dotado de juridicidade; a multiplicação de órgãos jurisdicionais na sociedade internacional é institucionalização desta dotação que não pode ser desfigurada apenas pelo fato da competência desses órgãos, de maneira geral ser voluntária, pois os Estados e demais sujeitos de Direito Internacional têm o dever e, em geral, cumprem as decisões prolatadas.

Considerando que a cooperação está na pauta do Direito Internacional, fundamenta-se os paradigmas que se estabelece a OCDE, no sentido de valorização e reconhecimento da essencialidade da cooperação internacional. Baseado nos compromissos de cooperação, pelo disposto no art. 5º, pode: “a) tomar decisões que, salvo disposição em contrário, serão vinculadas a todos os membros; b) fazer recomendações a seus membros; c) integrar acordos com membros, Estados não-membros e organizações internacionais”.

Daí o início à problemática, pois as decisões tomadas pela OCDE, somente serão vinculantes se cumprido os procedimentos constitucionais internos. No caso brasileiro, a sujeição às regras emanadas da OCDE pelo Direito Interno, no que diz respeito a normas, somente podem ser dotadas de força vinculante, se houver passado pelo processo legislativo de conformidade com os objetivos constitucionais, o que inclui o processo de incorporação de tratados e convenções internacionais, atendido o disposto no art. 84, inciso VIII, combinado como os arts. 49 inciso I e 59 inciso VI.

Sobre a questão dos tratados internacionais, o STF se manifestou no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.480 – DF, de conformidade com a transcrição a seguir:

³¹ Atribui que o Direito Internacional cada vez mais deixa de ser um direito de coordenação para transforma-se em um direito de cooperação, beneficiando todos os sujeitos, não apenas aqueles que figuram como parte nas normas específica.

É na Constituição da República e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe enquanto Chefe de Estado que é da competência para promulgá-los mediante decreto. O *inter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno (BRASIL, 2001).

Conclui-se, então, que a vinculação do Brasil às normas da OCDE, que tem por finalidade a busca um crescimento econômico duradouro, a oportunidade de emprego, a melhoria da expectativa de vida, o combate à pobreza, a estabilidade financeira e o possível desenvolvimento de economias dos países em desenvolvimento, serão incorporadas mediante processos legislativos aplicáveis a cada espécie normativa necessária, nos regramentos, limites prescritos na CF/88.

2 SIGILO BANCÁRIO E OS DIREITOS DA PERNSONALIDADE (INTIMIDADE E PRIVACIDADE)

Neste capítulo, tentar-se-á fazer uma conexão entre vários institutos do direito relacionados aos direitos da personalidade, com o sigilo bancário e consequências, perpassando pelo direito brasileiro e uruguaio culminando na teoria de Robert Alexy.

Inicialmente, serão realizadas algumas citações sobre o país ícone do sigilo bancário: a Suíça.

A evolução:

A evolução da banca e da atividade bancária na Suíça, numa primeira fase, seguiu sempre para o rumo diferente da política assumida pela União Europeia, designadamente no domínio, bancário, no combate ao branqueamento de capitais e terrorismo internacional, bom como na luta contra a evasão e fraude fiscais (LACHAT; HIRSCH *apud* CORREIA, 2017, p. 166)

Entretanto, atualmente, esta tendência tem vindo a ser mitigada e influenciada pela recente evolução registrada na Europa neste domínio, permitindo que o sistema suíço, então conhecido como ultraprotetor do sigilo bancário, possa colaborar e permitir acesso às informações bancárias suspeitas de lavagens de dinheiros, terrorismo e fraude fiscais (CORREIA, 2017, p. 166).

A Administração Tributária:

Administração fiscal: no que se refere às informações bancárias dos contribuintes relacionadas com as contas, operações e serviços, o sistema suíço constitui exceção em comparação com os sistemas vigentes na Europa, no EUA, a consagração do princípio incontestável de que administração fiscal suíça não dispõe de legitimidade para requerer tais informações bancárias (CORREIA, 2017, p. 171).

A violação:

A violação do sigilo bancário no sistema suíço importa consequências deveras complexas nomeadamente ligadas a responsabilidade penal, responsabilidade civil contratual e extracontratual, e responsabilidades administrativas (CORREIA, 2017, p. 176).

Os Limites:

O consentimento do cliente segundo a doutrina suíça desde que conste de um documento escrito, constitui a causa de justificação e de exclusão da culpa do banco pela divulgação dos dados e informações referentes às contas, operações e serviços praticados pelos clientes tenham indicado expressamente, sem que o banco incorra em quaisquer responsabilidades civis ou penais, dado que a divulgação nestes termos se reputa, por isso, lícita (CORREIA, 2017, p.171).

Ainda, segundo Correia (2017, p. 171), “no âmbito federal, a tributação direta, art. 191, existe uma possibilidade excecional de abertura de um inquérito sobre evasão fiscal que envolve valores consideráveis para o qual defende a parte da doutrina suíça que o sigilo bancário não se opõe”.

2.1 Definições, fundamentos e características dos direitos humanos

Neste subcapítulo, realizar-se-á a análise teórica que perfaz a construção dos direitos, direitos da personalidade (especialmente da intimidade e da privacidade) em face da quebra do sigilo bancário do indivíduo. Para tanto, faz-se importante entrar em aspectos das definições e características dos direitos humanos - gênese dos direitos da personalidade.

A corrente jusnaturalista se baseia no fundamento inicial dos direitos humanos ligados à concepção individualista da sociedade e dos direitos que foram concebidos, ao que hoje se conhece como direitos humanos. Esses direitos se originam com a obtenção da liberdade e da igualdade que cada pessoa, em relação aos demais, através de um processo de identificação social que possibilite chegar à categoria de cidadão, de acordo com os fatores que o identifique como membro de uma determinada comunidade em que participe de forma ativa, outorgando-se para tal fim esses direitos que o possibilitem exercer sua soberania.

Esses direitos existem e são úteis aos seres humanos e dignificam sua vida. Por esta razão, os direitos humanos são aqueles que empoderam a pessoa em relação à sua vida, à sua liberdade, à igualdade e à participação cidadã na estrutura

de uma sociedade de homens livres. Dessa forma, esses direitos devem ser protegidos pelo ordenamento jurídico do Estado.

A simples condição humana outorga as pessoas estes direitos humanos que devem garantir uma vida digna, independentemente de características biológicas, como sexo e etnia e sua nacionalidade, não dependendo, exclusivamente, do ordenamento jurídico existente.

Os direitos humanos devem ser definidos como as condições que permitem criar uma relação integrada entre a pessoa e a sociedade e entre as pessoas, permitindo aos indivíduos serem pessoas como tal, identificando-se a si mesmo e com os outros.

Normalmente, estes direitos são definidos como inerentes à pessoa, são irrevogáveis, inalienáveis, intransmissíveis e irrenunciáveis. Por definição, o conceito de direitos humanos é universal e igualitário, são incompatíveis com sistemas baseados em superioridades de uma classe social.

Neste sentido, pode-se dizer que o que se entende por direitos humanos é que são um conjunto de faculdades e atribuições de toda pessoa humana, são inatos a pessoas e anteriores a qualquer norma criada pelo Estado ou estrutura social. Os direitos humanos são inerentes à pessoa humana e constituem elementos essenciais à sua existência. Os Estados e a comunidade internacional não os outorgam, o que fazem são reconhecer.

Atualmente, é necessário enfatizar que não é somente o Estado que pode ser violador dos direitos humanos, mais qualquer agente de poder, como, por exemplo, uma organização terrorista, uma empresa transnacional, organizações ligadas ao crime organizado, como o narcotráfico.

Na doutrina da divisão de gerações de direitos humanos, a primeira foi a do jurista Karel Vasak que, em 1979, associou cada geração aos valores proclamados pela revolução francesa, sendo os valores: liberdade, igualdade e fraternidade.

A primeira geração são os direitos civis e políticos, se referem aos primeiros direitos que foram consagrados nos sistemas jurídicos internos e internacionais e estão vinculados ao princípio da liberdade. Os principais direitos incluídos dentro desta geração são: a) Toda pessoa tem direito a liberdades fundamentais sem distinção de raça, sexo, cor, idioma, posição social ou econômica; b) toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança jurídica, liberdade de pensamento e religião e não deverá ser submetido a tratamento indigno.

A segunda geração refere-se aos direitos econômicos, sociais, culturais e estão vinculados ao princípio da igualdade, exigindo para sua realização efetiva a intervenção dos poderes públicos constituídos através do fornecimentos de serviços públicos. Esses direitos têm por objetivo fundamental garantir o bem-estar econômico e social, como acesso ao trabalho, à educação, à cultura, no sentido de assegurar o desenvolvimento da pessoa humana e são constituídos de dos seguintes direitos: a) direito ao trabalho em condições satisfatória e equitativa, saúde física e mental, assistência social etc.

A terceira geração de direitos humanos tem seu surgimento no início da década de 80 e está vinculada com a solidariedade, cuja realização demanda um esforço de cooperação em um nível globalizado. Estão incluídos direitos heterogêneos, como o direito à paz, à qualidade de vida, à autodeterminação dos povos, à independência econômica, à identidade nacional cultural etc.

2.2 Direitos da personalidade

Sobre a construção teórica sobre os direitos de personalidade, há uma dificuldade da construção de uma teoria única.

Para Larenz (2012, p. 687):

[...] Se se fala de “direitos de personalidade”, alude-se àqueles direitos cuja função é garantir à pessoa uma esfera própria protegida face ao exterior. O conceito de “direito de personalidade” não foi obtido na jurisprudência recente prescindindo das distinções de diferentes direitos de personalidade e tendo fixado o que é comum a todos, mas através da elaboração do específico conteúdo de sentido de um tal direito e da sua função ao serviço de valores humanos.

Na obra de Szaniawski (2005, p. 19), encontra-se:

[...] A grande dificuldade que se tem encontrado na fixação dos limites dos efeitos do direito de personalidade, em relação aos outros direitos legitimamente tuteláveis com respeito a ambas as categorias jurídicas, dá-se, principalmente, pelo fato de o direito de personalidade ser um direito ainda bastante novo, carecendo de uma teoria geral que defina seus caracteres, significados e extensão de um modo unanimemente considerado.

Já, nos apontamentos de Bittar (2015, p. 29-30):

[...] o universo desses direitos está eivado de dificuldades, que decorrem, principalmente: a) das divergências entre os doutrinadores com respeito à sua própria existência, à sua natureza, à sua extensão e à sua especificação; b) o caráter relativamente novo de sua construção teórica; c) da ausência de uma conceituação global definitiva; d) de seu enfoque sob ângulos diferentes, pelo direito positivo (público, de um lado como liberdades públicas; privado, de outro, como direito da personalidade), que lhe imprime feições e disciplinações distintas.

Kant (2004, p. 141-142), em sua obra *Crítica da Razão Prática*, escreve sobre o homem com fim em si mesmo:

[...] Não é outra coisa que a personalidade, isto é, a liberdade e independência do mecanismo de toda natureza, considerada ao mesmo tempo como faculdade de um ente submetido a leis peculiares, a saber, lei práticas puras dadas por sua própria razão; portanto a pessoa pertencente ao mundo sensorial está submetida a sua própria personalidade, na medida em que ele pertence ao mesmo tempo ao mundo inteligível; [...]. O homem é deveras bastante ímpio, mas a humanidade em sua pessoa tem que ser santa. Em toda a criação tudo o que se queira e sobre o que se exerça algum poder também pode ser usado simplesmente como meio; somente o homem, e com ele cada criatura racional, é fim em si mesmo. Ou seja, ele é o sujeito da lei moral, que é santa em virtude da autonomia de sua liberdade. Ou seja, ele é o sujeito da lei moral, que é que é santa em virtude da autonomia de sua liberdade. Por causa dela justamente toda vontade, mesmo a vontade própria de cada pessoa voltada para si mesma, é limitada à condição da concordância com a autonomia do ente racional, ou seja, de não submeter a nenhum objetivo que não seja possível segundo uma lei que pudesse surgir da vontade do próprio sujeito que a padece; portanto de jamais usar este simplesmente como meio mas ao mesmo tempo como fim. Com razão atribuímos essa condição até a vontade divina em relação aos entes racionais no mundo, como suas criaturas, na medida em que se funda sobre a personalidade dos mesmos, pela qual, unicamente, eles são fins em si mesmos.

Na afirmativa de Almeida (2012, p. 49), “a maioria dos autores procura conceituar os direitos de personalidade a partir de seu conteúdo ético, num sentido marcadamente impregnado da filosofia kantiana setecentista [...]”, como se observa, também, na citação de Bittar (2015).

2.2.1 Fontes dos direitos da personalidade e a diferenciação terminológica

Sobre as fontes de direito, Ráo (2013, p. 49) comenta sobre os dois aspectos que podem ser estudados para entendê-las:

[...] o científico e filosófico e o técnico [...]. Sobre o técnico, continua: “aquele envolvendo a substância da matéria, este, o seu caráter formal, ou seja o estudo das formas mediante as quais o direito positivo se exterioriza e adquire força obrigatória.

Quanto às fontes de direito da personalidade, há uma divisão doutrinária entre os defensores das correntes jusnaturalistas e juspositivistas. Bittar (2015, p. 38) encontra-se entre os adeptos da corrente naturalista e diz:

Situamo-nos entre os naturalistas. Entendemos que os direitos da personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atesta – cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo.

Outra autora que se situa nesta corrente é Diniz (2005, p. 122), ao afirmar que: “direito da personalidade são meras permissões dadas pela norma jurídica a cada pessoa para defender um bem anterior ao direito, dado pela natureza”.

Dentre os defensores da corrente juspositivista, encontra-se Pontes de Miranda (1971, p. 07) que explicita:

Os direitos de personalidade não são impostos por ordem sobrenatural, ou natural, aos sistemas jurídicos; são efeitos de fatos jurídicos, que se produziram nos sistemas jurídicos quando, a certo grau de evolução, a pressão política fez os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fáticos que antes ficavam de fora na dimensão moral ou na dimensão religiosa.

Outras correntes doutrinárias, não menos importante aqui não estudadas, são as teorias monistas e pluralistas. Já a corrente naturalista tem um argumento muito forte ao enfatizar que a vida não é uma concessão jurídico-estatal.

A questão da definição terminológica entre Direitos Humanos, Direitos da Personalidade, Direitos Fundamentais tem permeado o pensamento de doutrinadores dessa área do direito, como relata Sarlet (2018, p. 27):

A utilização da expressão “direitos fundamentais” no título desta obra já revela, de antemão, a nossa opção na seara terminológica, o que, no entanto, não torna dispensável uma justificação, ainda que sumária desse ponto de vista, no mínimo pela circunstância de que, tanto na doutrina, quanto no direito positivo(constitucional ou internacional), são largamente utilizadas (e até com maior intensidade), outras expressões, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, direitos subjetivos públicos” “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “ liberdades fundamentais “e “direitos humanos fundamentais”, apenas para referir algumas das mais importantes. Em que pese a duas expressões (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizadas como sinônimas, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que a expressa “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àqueles posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional.

Pode-se concluir que a diferenciação terminológica entre os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos, é que os primeiros estão positivados pelo ordenamento jurídico de um determinado Estado, e o segundo são direitos universais que deverão ser reconhecidos por todos os Estados no âmbito internacional.

2.2.2 O direito da personalidade e a dignidade humana

A dignidade humana é um dos fundamentos da CF/88³². Nas constituições do Estados modernos, os direitos humanos têm se caracterizado pelo reconhecimento

³² Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

de que a dignidade é característica natural de todos os seres humanos; a ideia de natureza humana é elemento caracterizador do portador da dignidade e seus consequentes direitos humanos.

Um dos pilares à reafirmação da dignidade humana é o princípio da igualdade. Hobbes admite que no estado natural, apesar das diferenças, nenhum humano poderia se sobrepor aos demais. Para Locke, os homens nascem livres, mas só poderiam ser sobrepostos por outros com seu consentimento. Para Rousseau, os homens são iguais na condição humana, mas podem apresentar características de desigualdade e para voltar ao estado de igualdade seria necessária a realização do contrato social.

A dignidade humana, no âmbito do direito internacional, está explicitada dentre outras, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.

No campo natural, a dignidade aparece como elemento definidor da natureza humana, característica que se apresenta em todos os seres humanos independente do tempo e do espaço geográfico.

No campo conceitual é que a ideia de dignidade humana é uma característica artificial; haveria um consenso entre os seres humanos sobre o que seria esta dignidade.

Estes campos provocam uma tensão sobre o que seja dignidade humana; de um lado, é algo natural no ser humano, preexistente a todo ato social, jurídico ou político, e de outro, é um atributo das organizações políticas e jurídicas das sociedades modernas.

O direito da personalidade, enquanto ponto de partida da dignidade da pessoa humana, nasce com o início da personalidade jurídica, como direitos inatos e originários e a realização na pessoa humana na suas diversas dimensões social, econômica e cultural. A garantia da dignidade humana é assegurada no âmbito dos

direitos da personalidade, no núcleo dos direitos fundamentais que constitui cláusula pétrea da CF/88; e a do Uruguai, pode-se dizer que a Constituição e o próprio direito constitucional dão significado quando dão proteção aos direitos fundamentais.

Para Zavascki (2001, p. 10):

A força normativa da Constituição a todos vincula e a todos submete. Juram cumprir a Constituição as autoridades do Poder Judiciário, do Poder Executivo e do Poder legislativo, mas o dever de seguir os seus preceitos é também das pessoas e entidades privadas.

Com a promulgação da CF/88, inseriu-se o princípio da dignidade humana no seu inciso III, do art. 1º. Szaniawski (2005, p. 138-139) leciona o caminho hermenêutico para se abstrair dessa cláusula geral o entendimento deste princípio:

[...] a pilastra central, a viga mestra, sobre a qual se sustenta o direito geral de personalidade brasileiro, está consagrada no inciso III, do art. 1º da Constituição consistindo no princípio da dignidade da pessoa humana. As outras colunas de sustentação dos sistemas de tutela da personalidade, consistem no direito fundamental de toda a pessoa possuir um patrimônio mínimo, previsto no Título II, at.5º, inciso XXIII, no Título VII, Capítulos II e III; e demais princípios consagrados no Título VIII, garantindo, no Capítulo II, a toda a pessoa, o exercício do direito à saúde: no Capítulo VI, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a fim de poder exercer seu direito à vida com o máximo de qualidade de vida; e, no Capítulo VII, o direito de possuir uma família e de planejá-la, de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Todos esses princípios, segundo podemos constatar asseguram a tutela da personalidade humana segundo a atuação de uma cláusula geral.

França (1977, p. 145-146) classifica os direitos da personalidade em:

Direito à integridade física, englobando o direito à vida e aos alimentos, sobre o próprio corpo, vivo ou morto; sobre o corpo alheio, vivo ou morto, e sobre partes separadas do corpo vivo ou morto;(b) direito a integridade intelectual, abrangendo o direito a liberdade de pensamento, o direito pessoal de autor científico, artístico e de inventor; e (c) direito a integridade moral, compreendendo o direito à integridade civil, política e religiosa, honra, honorificência, recato, segredo pessoal, doméstico e profissional, imagem identidade pessoal, familiar e social.

2.2.2.1 A dignidade humana no âmbito do Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), no sentido de preservar a dignidade humana, está bem sedimentada. Um dos casos emblemáticos é o *Habeas Corpus* (HC) 71.373-4/130-RS, cuja relatoria foi do Min. Francisco Rezek, D.J. em 22.11.1996, que tratava-se de um caso de reconhecimento de paternidade, cujo paciente estava sendo encaminhado ao laboratório para fazer o teste de DNA debaixo da vara. Aqui transcreve-se uma passagem do entendimento do Min. Marco Aurélio que prevaleceu no acórdão:

[...] É irrecusável o direito do paciente não ser conduzido, mediante coerção física, ao laboratório. É irrecusável o direito do Paciente não permitir, que lhe retire, das próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para realização de exame. A recusa do Paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao Juízo competente, ou seja, o da investigação de paternidade a análise cabível e a definição sopesadas a prova coligidas e a recusa do réu. Assim o é porque a hipótese não é daquelas, em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo o da busca da preservação da vida humana, naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade.

A ideia, aqui, não foi transcrever uma coleção de julgados, mas de demonstrar posição do Min. Marco Aurélio em relação ao direito da dignidade humana. Por coincidência, na sua argumentação que não se trata de um caso de interesse público, ele cita, como exemplo, a política pública de vacinação nos casos de epidemias.

Outra passagem da posição do Ministro, é o sopesamento que, atualmente, com o recurso à ponderação, são métodos de decisão e resolução de colisões entre princípios e aplicação de direitos fundamentais que vêm sendo adotados de forma frequente na jurisprudência.

2.3 Os direitos da personalidade no código civil

Os direitos da personalidade estão contemplados no CC brasileiro na parte Geral, Livro I (das pessoas), Título I (das pessoas naturais), Capítulo II (dos direitos da personalidade), art. 11 que dispõe: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002). Por sua vez, o art. 12 dispõe:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau (BRASIL, 2002).

Esse novo CC, como ficou conhecido, adotou a teoria pluralista e, como foi visto anteriormente, os Direitos da Personalidade ganharam capítulo autônomo na sua parte geral. No art. 21 foi reconhecida inviolabilidade da vida privada: “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002). E, segundo Belloque (2003, p. 36), “no entanto, houve por bem o legislador limitar sua abrangência somente às pessoas naturais, o que contrasta com a intenção declarada no art. 52”. *In verbis*: “Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade” (BRASIL, 2002).

2.4 Direito da privacidade e da intimidade como direito da personalidade no Brasil

A aproximação dos dois vocábulos “Privacidade” e “Intimidade”, na linguagem comum, tem o mesmo sentido. No dicionário Aurélio, intimidade é “qualidade de íntimo; vida íntima; vida particular”; e privacidade é “vida privada; vida íntima; intimidade” (FERREIRA, 2006, p. 487-654). Silva (2016, p. 207) observa: “Não é fácil distinguir vida privada de intimidade”.

A CF/88, no seu art. 5º, inciso X, ao assegurar a proteção esses direitos, usou as palavras intimidade e vida privada separadas por vírgula. Entende-se, então, que o legislador constituinte quis estabelecer uma distinção entre estes conceitos.

Sobre o significado de direito à intimidade e direito à privacidade, Ferraz Jr. (1992, p. 78) ensina:

No recôndito da privacidade se esconde, pois, a intimidade. A intimidade não exige publicidade porque não envolve direitos de terceiros. No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos.

A linha doutrinária alemã é a dos círculos concêntricos. Considera-se o círculo externo, maior é o da esfera privada; o círculo intermediário é o da esfera da intimidade e da confiança; o círculo da esfera menor é o da esfera do segredo. Sobre esta doutrina, Costa Jr. (2004, p. 34-35) explica:

A esfera da vida particular ou privada poderia ser subdividida em esferas outras, de dimensões progressivamente menores, na medida em que a intimidade se for restringindo. Assim no âmbito maior seria abrangido pela esfera privada *stricto sensu* (*Privatsphäre*).

Neles estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem de domínio público.

Além da esfera privada, situam-se os processos, episódios e condutas de natureza pública.

Acham-se eles ao alcance da coletividade em geral, de um círculo indeterminado de pessoas.

Por estarem fora da esfera privada, tais fenômenos encontram-se juridicamente excluídos do campo dos chamados delitos de indiscrição. No bojo da esfera privada está contida a esfera da intimidade (*Vertrauenssphäre*) ou esfera confidencial (*Vertraulichkeitssphäre*).

Dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade.

Fazem parte desse campo de conversações ou acontecimentos íntimos, dele estando excluídos não só o *quivis ex populo*, como muitos membros que chegam a integrar a esfera pessoal do titular do direito à intimidade.

Vale dizer, da esfera da intimidade resta excluído não apenas o público em geral, como é óbvio, em assim determinadas pessoas, que privam com o indivíduo num âmbito mais amplo. Por derradeiro, no âmago da esfera privada, está aquela que deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo (*Geheimsphäre*).

Ela compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham uns poucos

amigos, muitos chegados. Dessa esfera não participam sequer pessoas da intimidade do sujeito. Consequentemente, a necessidade de proteção legal contra a indiscrição, nessa esfera, faz – se sentir mais intensa.

Considerando que não há consenso doutrinário, um dos autores que é adepto da corrente que os conceitos intimidade e privacidade são coincidentes ente si, é Cretella Jr. (1990, p. 257):

Intimidade é o status ou situação daquilo que é íntimo, isolado, só. Há um direito ou liberdade pública de estar só, de não ser importunado, devassado, visto por olhos estranhos (...) Novamente aqui o legislador constituinte distinguiu a mesma situação com dois nomes distintos, quando se sabe que “intimidade” do cidadão é sua “vida privada”, no recesso do lar.

Foi a DUDH, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, o primeiro documento a reconhecer o direito à privacidade, no seu art. XII:

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na de sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra ou reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

O Pacto de San José da Costa Rica, no seu art. 11, prescreve:

Art. 11 Proteção da honra e da dignidade.

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerência arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação (BRASIL, 1992).

A CF/88 estabeleceu um leque de direitos e garantias chamados de fundamentais que pode ser destacado como o direito à vida, à liberdade de expressão, à participação política e religiosa, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de reunião e, sobretudo, o que mais interessa à presente pesquisa, o direito à privacidade e à intimidade. O art. 5º, inciso X, dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

Considerando o progresso da bancarização da sociedade brasileira, impulsionado pelos avanços tecnológicos e com a normatização dos Bancos Digitais e as *Fintechs*, está popularizando a abertura de contas correntes das pessoas físicas. Até mesmo a população mais carente está passando a ter acesso a essas contas bancárias, inclusive para ter acesso aos programas sociais.

Através do acesso a essas contas, é possível delinear todos os contornos da intimidade do indivíduo, trançando perfis de consumo, investimentos etc. Neste sentido, o sigilo bancário tem importância singular para a preservação do direito à intimidade e à privacidade que foram constitucionalizados no inciso X, do art. 5º, da CF/88, igualmente são protegidos pelo inciso XII, do art. 5º, que dispõe: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial [...]" (BRASIL, 1988).

2.4.1 Direito da personalidade

Os direitos da personalidade têm como missão, amparar a dignidade da pessoa, como Perolo (1987, p. 19) diz: "São algo como o equipamento mínimo de sobrevivência do sujeito de direito"³³.

Os avanços das tecnologias aumentam as possibilidades de afetar os direitos, por exemplo, modernas câmeras embutidas nos celulares, aparatos de escutas à distância e o surgimento da internet.

As principais características dos direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana; não são patrimoniais, enquanto não tem uma medida de valor; irrenunciáveis, sua renúncia poderá caracterizar a negação do próprio sujeito de direito; e inatingível, diante de um credor que não poderá satisfazer seu crédito.

Os Direitos da Personalidade estão protegidos na Constituição Uruguaia em alguns de seus artigos, como no art. 7º: "Art. 7. Os habitantes da República têm

³³ Do original: "*son algo así como el equipamiento mínimo de supervivência del sujeto de derecho*".

direito a ser protegidos no gozo da vida, honra, liberdade, segurança, trabalho e bens. Ninguém pode ser privado desses direitos, exceto de acordo com as leis estabelecidas por motivos de interesse geral”³⁴.

Encontra-se, também, no art. 72 da Constituição, a extensão das garantias constitucionais de todos os direitos que são inerentes à pessoa humana: “Art. 72. A enumeração de direitos, deveres e garantias feita pela Constituição não exclui os demais inerentes à personalidade humana da forma republicana de Governo”³⁵.

Pode, também, ser encontrado no CC, no art. 1.319:

Art. 1.319. Todo ato culposo do homem que cause dano a outrem impõe à pessoa por cuja intenção, culpa ou negligência ocorreu a obrigação de repará-lo. Quando o ato ilícito for praticado com dolo, ou seja, com intenção de prejudicar, constitui crime; Quando falta essa intenção de prejudicar, o ato ilícito constitui um quase-crime. Em ambos os casos, o ato ilícito pode ser negativo ou positivo, conforme o dever infringido consista em fazer ou não fazer.³⁶

A natureza jurídica dos direitos da personalidade entende a doutrina majoritária que se trata de direitos subjetivos e muitas vezes se produz conflitos e colisão entre estes direitos. A título de exemplificação tem-se a proteção da vida privada que tem cada indivíduo e atenção que pode gerar com o direito da liberdade de informação. Na ocorrência deste conflito, deve ser observado o art. 72 da Constituição que tutela ambos os direitos.

³⁴ Do original: “Art. 7. Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general”.

(Constituição de 1967 com as modificações plebiscitadas em 26 de novembro de 1989, 26 de novembro de 1994, 8 de dezembro de 1996 e 31 de outubro de 2004) (UNESCO).

³⁵ Do original: “Art. 72. La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana de la forma republicana de Gobierno” (Constituição de 1967 com as modificações plebiscitadas em 26 de novembro de 1989, 26 de novembro de 1994, 8 de dezembro de 1996 e 31 de outubro de 2004) (UNESCO).

³⁶ Do original: “Art. 1.319. Todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquel por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo. Cuando el hecho ilícito se ha cumplido con dolo, esto es, con intención de dañar, constituye un delito; cuando falta esa intención de dañar, el hecho ilícito constituye un cuasidelito. En uno y otro caso, el hecho ilícito puede ser negativo o positivo, según que el deber infringido consista en hacer o no hacer” (URUGUAI, 2010).

É de se observar que existe uma ordem hierárquica entre os direitos: o da vida privada e do da liberdade de informação. No caso de haver este aparente conflito entre ambos os direitos, cabe ao juiz ponderar a situação; existe um fim social na informação.

Neste sentido, segundo Cifuentes (2009, p. 47):

[...] os direitos mais pessoais são essenciais e constituem o mínimo indispensável para a pessoa e sua consideração humana. Seria inútil se preocupar em garantir todos os outros direitos (obrigações de crédito). Da família; pessoal, real ou intelectual, se o respeito à vida, integridade corporal, etc. não forem colocados em primeiro lugar³⁷.

Um dos direitos da personalidade que gera mais controvérsia é o direito à imagem, entendendo a imagem como a representação física da pessoa, a partir do surgimento da fotografia, no século XIX, onde há uma necessidade de proteger a imagem e os direitos agregados a ela.

Alguns dos direitos mais destacados são os reconhecidos pelo Pacto de San José da Costa Rica que, no Uruguai, foi ratificado pela Lei nº 15.737 e referem-se aos direitos: à vida, à integridade física, à proibição de tortura ou a penas físicas, à proibição de qualquer espécie de escravidão, à liberdade genérica das pessoas, à honra e dignidade, à liberdade de expressão e ao livre pensamento.

2.4.2 O direito à intimidade

O direito à intimidade está consagrado no art. 28 da Constituição que prescreve:

Art. 28. Os papéis das pessoas e sua correspondência por carta, telégrafo ou de qualquer outro tipo são invioláveis, e seu registro,

³⁷ Do original: “[...] los derechos personalísimos son esenciales y constituyen el mínimo indispensable para la persona y su consideración humana. De nada valdría preocuparse por asegurar todos los demás derechos (creditórios-obligaciones). De familia; personales, reales o intelectuales, si no se antepusiera el respeto a la vida, la integridade corporal etc”.

exame ou interceptação nunca poderá ser feito senão de acordo com as leis que forem estabelecidas por motivos de interesse geral.³⁸

Na análise dos dispositivos constitucionais do Uruguai, conclui-se que os direitos da pessoa humana, da própria intimidade e confidencialidade das informações da pessoa, encontram-se protegidos na norma de ordem pública uruguaia, estabelecendo expressamente que os ditos direitos só poderão ser limitados por leis que são editadas por interesses públicos.

A doutrina e a jurisprudência consideram que estão diante de uma norma integradora de ordem pública nacional em direção à essência da individualidade jurídica do Estado Uruguaio. Estes dispositivos constitucionais fazem parte do mesmo arcabouço jurídico que fundamenta o sigilo bancário.

2.5 Quebra do sigilo bancário *versus* direitos da personalidade (intimidade e privacidade)

2.5.1 A proteção dos dados

A legislação brasileira possui uma lei específica para proteção de dados - Lei nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)³⁹, que dispõe nos arts. 1º e 2º, com destaque nos incisos do art. 2º “i - o respeito à privacidade e IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem”.

³⁸ Do original: “Art. 28. Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general” (Constituição de 1967 com as modificações plebiscitadas em 26 de novembro de 1989, 26 de novembro de 1994, 8 de dezembro de 1996 e 31 de outubro de 2004) (UNESCO).

³⁹ Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º. A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; II - a autodeterminação informativa; III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (BRASIL, 2018).

Além da lei específica, encontra-se, também, na legislação brasileira sobre proteção de dados e privacidade, na Constituição, no CC Brasileiro e no CDC.

Ainda, sobre a proteção dos dados e a manutenção da sua correção, a CF/88 trouxe no art. 5º, o inciso LXXII, a concessão de *Habeas Data*: “LXXII - conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público” (BRASIL, 1988).

Esse instrumento permite o acesso da pessoa às informações contidas nos registros públicos, inclusive com a possibilidade de alterar os registros no caso de ser considerados inverídicos, previsto no art. 4º da Lei nº 9.507/97⁴⁰. A mesma lei, no seu art. 7º⁴¹, regulamenta a concessão de *habeas data*.

Ainda, sobre o *habeas data*, o Recurso Extraordinário (RE) 673.707 – MG⁴², que envolve informações sobre assuntos tributários de contribuinte, pleiteia acesso à

⁴⁰ Art. 4º. Constatada a inexistência de qualquer dado a seu respeito, o interessado, em petição acompanhada de documentos comprobatórios, poderá requerer sua retificação. § 1º Feita a retificação em, no máximo, dez dias após a entrada do requerimento, a entidade ou órgão depositário do registro ou da informação dará ciência ao interessado. § 2º Ainda que não se constate a inexistência do dado, se o interessado apresentar explicação ou contestação sobre o mesmo, justificando possível pendência sobre o fato objeto do dado, tal explicação será anotada no cadastro do interessado (BRASIL, 1997).

⁴¹ Art. 7º. Conceder-se-á *habeas data*: I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; II - para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; III - para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável (BRASIL, 1997).

⁴² RECURSO EXTRAORDINÁRIO 673.707 MINAS GERAIS EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. HABEAS DATA. ARTIGO 5º, LXXII, CRFB/88. LEI Nº 9.507/97. ACESSO ÀS INFORMAÇÕES CONSTANTES DE SISTEMAS INFORMATIZADOS DE CONTROLE DE PAGAMENTOS DE TRIBUTOS. SISTEMA DE CONTA CORRENTE DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL-SINCOR. DIREITO SUBJETIVO DO CONTRIBUINTE. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. O *habeas data*, posto instrumento de tutela de direitos fundamentais, encerra amplo espectro, rejeitando-se visão reducionista da garantia constitucional inaugurada pela carta pós-positivista de 1988. 2. A tese fixada na presente repercussão geral é a seguinte: “O *Habeas Data* é garantia constitucional adequada para a obtenção dos dados concernentes ao pagamento de tributos do próprio contribuinte constantes dos sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos da administração fazendária dos entes estatais.” 3. O Sistema de Conta Corrente da Secretaria da Receita Federal do Brasil, conhecido também como SINCOR, registra os dados de apoio à arrecadação federal ao armazenar os débitos e créditos tributários existentes acerca dos contribuintes. 4. O caráter público de todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações é inequívoco (art. 1º, Lei nº 9.507/97). 5. O registro de dados deve ser entendido em seu sentido mais amplo, abrangendo tudo que diga respeito

conta corrente de débitos e créditos junto à Receita Federal do Brasil (RFB), foi dado provimento.

2.5.2 Sigilo bancário como manifestação do direito à privacidade

O direito à intimidade é definido, por Gonzáles Sepúlveda (1972, p. 22), como: “o direito que permite ao indivíduo desenvolver sua própria vida privada, com o mínimo grau de interferência, livre de perturbações causadas pelo poder público e outros indivíduos, investidos ou não de autoridade”.⁴³

Rebollo Delgado e Serrano Pérez (2005, p. 41) considera que há 4 (quatro) âmbitos que configuram o direito à intimidade: “O que acreditamos e sabemos sobre nós mesmos; o que os outros acreditam que seja; o que acreditamos que os outros acreditam sobre nós; e o que realmente é”⁴⁴.

ao interessado, seja de modo direto ou indireto. (...) Registro de dados deve ser entendido em seu sentido mais amplo, abrangendo tudo que diga respeito ao interessado, seja de modo direto ou indireto, causando-lhe dano ao seu direito de privacidade.(...). A legitimatio ad causam para interpretação de Habeas Data estende-se às pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras, porquanto garantia constitucional aos direitos individuais ou coletivos. 7. Aos contribuintes foi assegurado constitucionalmente o direito de conhecer as informações que lhes digam respeito em bancos de dados públicos ou de caráter público, em razão da necessidade de preservar o status de seu nome, planejamento empresarial, estratégia de investimento e, em especial, a recuperação de tributos pagos indevidamente, verbis: Art. 5º. LXXII. Conceder-se-á habeas data para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, considerado como um writ, uma garantia, um remédio constitucional à disposição dos cidadãos para que possam implementar direitos subjetivos que estão sendo obstaculados. 8. As informações fiscais conexas ao próprio contribuinte, se forem sigilosas, não importa em que grau, devem ser protegidas da sociedade em geral, segundo os termos da lei ou da constituição, mas não de quem a elas se referem, por força da consagração do direito à informação do art. 5º, inciso XXXIII, da Carta Magna, que traz como única ressalva o sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, o que não se aplica no caso sub examine, verbis: Art. 5º...XXXIII - 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. 9. In casu, o recorrente requereu à Secretaria da Receita Federal do Brasil os extratos atinentes às anotações constantes do Sistema de Conta Corrente de Pessoa Jurídica-SINCOR, o Sistema Conta-Corrente de Pessoa Jurídica-CONTACORPJ, como de quaisquer dos sistemas informatizados de apoio à arrecadação federal, no que tange aos pagamentos de tributos federais, informações que não estão acobertadas pelo sigilo legal ou constitucional, posto que requerida pelo próprio contribuinte, sobre dados próprios. 10. Ex positis, DOU PROVIMENTO ao recurso extraordinário. Brasília, 17 de junho de 2015. Min. LUIZ FUX – Rel. Documento.

⁴³ Do original: “*Como el derecho que permite al individuo desarrollar su propia vida privada, con el mínimo grado de interferência, libre de perturbaciones que la ocasionen las autoridades públicas y otros individuos, estén o no revestidos de autoridade*”.

⁴⁴ Do original: “*Lo que uno creemos y sabemos de nosotros mismos; Lo que los demás creen que es; Lo que nosotros creemos que los demás creen de nosotros; y Lo que realmente es*”.

Novoa Moreal (1981, p. 45-46) considera que há uma série de atividades, situações e eventos que pertencem à vida privada, entre eles:

Ideias e crenças religiosas, filosóficas, mágicas e políticas que o indivíduo deseja subtrair do conhecimento dos outros; Aspectos relativos ao amor e à vida sexual; Aspectos não conhecidos como estranhos à vida familiar, especialmente aqueles de natureza constrangedora para o indivíduo ou sua família; Defeitos ou anomalias físicas ou mentais não óbvias; Comportamento ou conduta do indivíduo que não seja do conhecimento dos estrangeiros e que, se conhecido, provocaria críticas ou prejudicaria a apreciação que dele fazem; Condições de saúde cujo conhecimento por outrem prejudica o julgamento que formulam para fins sociais ou profissionais sobre o assunto envolvido; Conteúdo de comunicações escritas ou orais de natureza pessoal dirigidas apenas ao conhecimento de uma ou mais pessoas específicas; A vida passada do sujeito, na medida em que possa ser fonte de constrangimento para eles; Origens familiares que prejudiquem a posição social e, no mesmo caso, questões relativas à filiação e atos do estado civil; Cumprimento das funções fisiológicas de excreção e fatos e atos relativos ao próprio corpo que sejam considerados repugnantes ou socialmente inaceitáveis (ruídos corporais, inserção dos dedos em cavidades naturais, etc.); Momentos dolorosos ou extremamente desanimadores; Em geral, todos os dados, fatos ou atividades não conhecidos por terceiros, cujo conhecimento por terceiros produza moral ou perturbação psíquica da pessoa afetada (nudex, gravidez pré-marital, etc⁴⁵.

É de supor que as atividades econômicas das pessoas, como suas receitas e remunerações, são atividades bancárias que formam parte de sua vida e de sua intimidade de reconhecimento constitucional, assim como o segredo bancário.

⁴⁵ Do original: “Ideas y creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas que el individuo desea sustraer del conocimiento ajeno; Aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual; Aspectos no conocidos por extrñosde la vida familiar, em especial los de índole embarazosa para el individuo ou su familia; Defectos o anomalías físicas ou psíquicas no ostensibles; Comportamiento o conducta del individuoque no es del conocimiento de los extrños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación que éstos hacen de aquél; Afecciones de la salud cuyo conocimiento por los demás menoscabe el juicio que para fines sociales, o profesionales formulan respecto del sujeto involucrado;Contenido de comunicaciones escritas u orales de tipo prsonal dirigidasúnicamente para el conocimiento de una o más personas determinadas;La vida pasada del sujeto, em cuanto pueda ser motivo de bochorno para estes;Origenes familiares que lastimen la posición social y, em igual caso, cuestiones concernientes a la filiación y los actos del estado civil; El cumplimiento de las funciones fisiológicas de la excreción y hechos y actos relativos al próprio cuerpo que son tenidos por repugnantes o socialmente inacceptables (ruídos corporales, introducción de los dedos em cavidades naturales etc.); Momentos penosos o de extremo abatimento;En general, todo dato, hecho o actividad no conocidos por otros, cuyo conocimiento por terceros produzca turbación moral o psíquica al afectado (desnudez, embarazo prematrimonial, etc”.

Tratados e convenções internacionais também garantem a proteção do direito a intimidade. O conceito de proteção à intimidade tem respaldo na DUDH da ONU que protege a intimidade à privacidade, a honra e a reputação.

O art. 12 da DUDH prescreve: “Art. 12. Ninguém poderá sofrer intromissões arbitrárias em sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem ataques à sua honra ou reputação” (BRASIL, 1948)⁴⁶.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos protege a privacidade, honra e reputação em seu art. 17 que estipula: “Art. 17. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ataques” (NAÇÕES UNIDAS, 1966)⁴⁷.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres Homem ratifica esses mesmos direitos em seu art. 5: “Art. 5. Toda pessoa tem direito à proteção da Lei contra ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida privada e familiar” (OEA; CIDH, 1948)⁴⁸.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) (1969) inova um pouco as normas anteriores, ao assimilar honra e privacidade no primeiro parágrafo do art. 11, que estabelece:

Art. 11. Protección da Honra e da Dignidade Todos têm direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento da sua dignidade. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

⁴⁶ Do original: “Art. 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias a su vida privada, su familia, su domicilio ou su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación”.

⁴⁷ Do original: “Art. 17. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

⁴⁸ Do original: “Art. V. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”.

Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou esses ataques⁴⁹.

2.5.3 Sigilo bancário e sigilo fiscal

O sigilo bancário faz parte integrante do direito à Intimidade, como garante a CF/88 nos seu art. 5º, inciso, X. Já o sigilo fiscal encontra-se sua proteção no art. 198⁵⁰ do CTN, “que tampouco é possível aos agentes da Fazenda Nacional a divulgação dos débitos dos contribuintes para com o fisco. O sigilo fiscal serve, portanto, à confidencialidade da situação tributária dos contribuintes, pessoas físicas ou jurídicas” (BELLOQUE, 2003, p. 82).

Entende-se, então, que o dever de sigilo fiscal está vinculado às pessoas políticas de direito público e às autoridades públicas vinculadas aos órgãos de fiscalização; enquanto o sigilo bancário está vinculado às instituições financeiras elencadas pelo art. 1º, § 1º, da LC 105/2001, e pelas empresas de *factoring* bem como BACEN e pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), como preceitua o § 2º e o art. 2º e seu § 3º desta lei.

Seguindo este entendimento de diferenciação, verifica-se que o fisco é um terceiro na relação entre o cliente e a instituição financeira, cujo sigilo bancário pertence a uma relação de confiança entre o profissional da área financeira e o sujeito titular do direito à intimidade que, no caso, é o cliente.

Para ter acesso aos dados do sujeito de direito, cliente da instituição financeira, não pode ser obtido sem prévia autorização judicial sob pena do agente financeiro incorrer na quebra de sigilo profissional.

⁴⁹ Do original: “Art. 11. *Protección de la Honra y de la Dignidad. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas ingerencias o esos ataques*”.

⁵⁰ 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 (BRASIL, 2001).

Na afirmação de Beloque (2003, p. 82), é inaceitável a confusão entre sigilo financeiro “bancário” e “fiscal”:

Assim, o Fisco, em relação às informações protegidas pelo sigilo financeiro, consiste em terceiro estranho ao laço de confiança firmado entre o sujeito titular do direito à intimidade e o profissional da área financeira de modo que seu acesso ao sistema de dados das instituições financeiras não pode ser franqueada sem prévia decisão judicial, sob pena de violação desta espécie de sigilo profissional”.

Cita a autora, em nota de rodapé:

O cidadão em relações jurídicas distintas com o Fisco e com as Instituições Financeiras e o sigilo inerente a cada uma dessas atividades deve ser mantido no seu respectivo âmbito, pois, caso contrário, o dever de sigilo está quebrado e as relações jurídicas e de confiança, em consequência estariam rompidas. Necessário frisar que o vínculo de confiança imprescindível a essas relações estará rompido sempre que um terceiro a essa relação venha a tomar conhecimento de quaisquer informações a ela inerentes. Pouco importa que esse terceiro seja ente público também detentor do respectivo dever de sigilo (MOARES, 2001 *apud* BELOQUE, 2003, p. 83).

A seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) contempla a diferenciação entre os sigilos:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL. PROVA ILÍCITA. VIOLAÇÃO AO SIGILO BANCÁRIO. SIGILO FISCAL. NÃO EQUIPARAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO AOS CO-RÉUS.

I - Considera-se ilícita a prova obtida em decorrência da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, ensejando o trancamento da ação penal, cuja denúncia foi nela exclusivamente baseada.

II - O sigilo fiscal não se equipara ao sigilo bancário e nem absorve⁵¹.

III - Ordem concedida para trancar ação penal movida contra o paciente, estendendo-a, desde logo, aos demais réus. (HC 7.618-RS, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp. Julg. 3/12/1998).

Beloque (2003, p. 83-84) aponta diferenças nas consequências penais pela violação de sigilo fiscal e ajusta causa para revelação das informações sigilosas:

⁵¹ Para Saraiva Filho (2011), com o fornecimento de informações bancárias à administração tributária ocorre uma transferência de sigilo bancário para o sigilo fiscal.

Identificando-se todas as pessoas físicas destinatárias do sigilo fiscal com o conceito de funcionário público para fins penais, ao violarem o dever de sigilo incorrem nas penas do crime de violação de sigilo funcional, tipificado no artigo 325⁵² do CP, inserido no capítulo dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em Geral. Caso a circunstância de revelação indevida assim o indicarem, pode o funcionário cometer, ainda, excesso de exação, na modalidade típica de emprego de meio vexatório ou gravoso, não autorizado por lei, na cobrança de tributos (art. 327⁵³, § 1º, do CP). Por outro lado, nas hipóteses de justa causa à revelação das informações acobertadas pelos sigilos fiscal e financeiro também não se identificam.

2.5.4 A quebra do sigilo bancário

A quebra do sigilo bancário afeta diretamente o direito à Intimidade. Para Ferraz Jr. (2007, p. 167), o sigilo bancário não é tema expreso na CF/88, sua discussão, em termos constitucionais, na doutrina e na jurisprudência vem por meio de entendimento do inciso XII, correlacionados com os incs. X e XIV, do art. 5º da CF/88”.

Na análise comparada dos ordenamentos jurídicos do Brasil e do Uruguai, chega-se ao entendimento da relatividade do sigilo bancário, que foi bem descrito por Covello (1991, p. 145):

⁵² Art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave. § 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000) I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000) II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000) § 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000).

O tipo é praticado pelo funcionário público quando da revelação de fato que tem ciência em razão do cargo e que dava permanecerem segredo ou, ainda, quando facilitar a sua revelação. O crime de violação de sigilo funcional impede a revelação de fato objetivo e concreto que o Estado tem interesse em manter em segredo, o que é cada vez mais difícil na atualidade, quando a regra é a publicização e a divulgação excessiva de dados, pelos meios de comunicação ou pelas redes sociais. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000). (REALE JR, 2017).

⁵³ Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000). “O presente artigo tem função essencial nos crimes contra a Administração Pública, ao delimitar o conceito de funcionário público para os efeitos penais. Como se sabe, a expressão “funcionário público” está prevista nos crimes funcionais, dentre outros, havendo dependência do conceito jurídico para definição da tipicidade” (REALE JR, 2017).

O Sigilo bancário não é absoluto. Muito embora o sigilo bancário se destine a proteger a intimidade do cidadão, apresentando-se como manifestação de um dos direitos essenciais do ser humano, que o Estado deve proteger com rigor, a obrigação de segredo a cargo do Banco não é absoluta, como de resto não é absoluto o próprio direito à vida privada.

Ainda, Dotti (*apud* COVELLO, 1991, p. 145), sobre a relatividade dos direitos:

Todos os direitos desde o mais fundamental que é a vida, comportam privações e limitações: as penas de morte e de prisão, as sanções patrimoniais, o confinamento, o banimento, as buscas e apreensões, a desapropriação, o confisco e tantas outras providências em movimento com o objetivo de satisfazer interesses coletivos ou individuais, são alguns exemplos daqueles. Taís limitações resultam da imposição de vida em sociedade em suas as diversificadas expressões.

Queiroz (2016, p. 27) prioriza o interesse coletivo diante de uma suposta impunidade que o sigilo bancário pode garantir:

No caso do acesso do Fisco às informações mantidas sob “sigilo bancário”, o interesse coletivo deverá prevalecer. A ordem e a ética jurídica não podem abrigar a impunidade, nem proteger interesses ilegítimos. O acesso e conhecimento das movimentações bancárias dos contribuintes, muito mais do que uma faculdade a ser concedida ao Fisco, encerra um dever-poder que serve à sociedade, ao Estado e à realização da isonomia tributária, valores de tanta magnitude quanto os de proteção à intimidade dos particulares. A decisão da escolha entre princípios, com relação ao sigilo bancário, deverá nortear-se no sentido de que, no caso, não há direito individual violado. A alegação dos direitos individuais não deve servir para proteger evasões, fraudes fiscais ou negócios lícitos dos cidadãos. Portanto, na ponderação entre os valores envolvidos, sem que a opção adotada seja considerada como afronta a segurança jurídica, é legítima a prevalência do interesse público sobre o particular, quando aquele tenha por substrato a preservação do interesse social de combate à sonegação, infrações e crimes tributários.

De acordo com Costa Jr. (*apud* COVELLO, 1991, p. 146), quando manifestou sobre o bem jurídico da intimidade disse que:

Não pode o princípio la avie privée doit être murée ser interpretado como se, em torno da esfera privada a ser protegida, devesse ser erguida uma verdadeira muralha. Pelo contrário, os limites da proteção legal deverão dispor de suficiente elasticidade. O homem enquanto indivíduo que integra uma coletividade, precisa aceitar as delimitações que são impostas pelas exigências da vida em comum. E as delimitações de sua esfera provada em comum. E as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas

necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais indivíduos, que bem poderão conflitar, ou penetrar por ela.

O sigilo bancário pertence a um tipo de direito que, não sendo absoluto, poderá conflitar com outros interesses assegurados pelo Estado, em particular, o de acesso, administração e realização da justiça.

E sobre este conflito de interesses pode gerar uma tensão, reflexo da própria carga valorativa dentro da própria Constituição, que é representado por diferentes interesses que compõe o Poder Constituinte Originário. Para Larenz (2012, p. 66):

A jurisprudência dos interesses e esta é a sua afirmação justeorética fundamental considera o Direito como tutela de interesses. Significa isto que os preceitos legislativos que também para HECK constituem essencialmente o Direito não visam apenas delimitar interesses, mas são, em si próprios, produtos de interesses. As leis são as resultantes de ordem material, nacional, religiosa e ética, que em cada comunidade jurídica, se compõem uns aos outros e lutam para seu reconhecimento.

No HC 93.250/MS⁵⁴, a Rel. Min. Ellen Gracie assinalou que “a quebra do sigilo bancário não afronta o art. 5º, X e XII da Constituição (precedente: Pet 577)⁵⁵”, pois “nenhum direito fundamental é absoluto, não se reconhecendo na contemporaneidade, à presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais”.

⁵⁴ Ficou assinalado se incontroverso que “a quebra do sigilo bancário não afronta o art. 5º, X e XII, da Constituição (precedente: Pet 577)”, pois nenhum direito fundamental é absoluto. Com efeito, “na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previsto no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos” (STF, 2008).

⁵⁵ Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a primeira ação levada ao Plenário do STF que trata do sigilo bancário foi a PET 577, petição de requerimento de quebra do sigilo bancário das contas – correntes e dos extratos bancários relativos ao ex-Ministro do Trabalho e da Previdência social Antônio Rogério Magri. Foi encaminhado ao STF, pelo Delegado de Polícia Federal, Aparecido Lopes Feltrin, pedindo autorização judicial para saber da existência de contas-correntes em nome do ex-Ministro e sua esposa e, em caso positivo requeria o encaminhamento dos respectivos extratos bancários.

O inquérito foi aberto após notícias jornalísticas informarem que teriam sido encontradas “cintas de dinheiro” no lixo da “mansão” onde residia o ex-Ministro, procedendo-as de duas agências localizadas em cidades satélites mais distantes da casa do que qualquer outra agência do Plano Piloto, o que sugeriria um suposto desvio de recursos.

Durante o julgamento pelo Plenário do STF, os Ministros, por maioria, negaram o pedido de autorização por entenderem não estarem presentes elementos mínimos de provas da autoria delitiva que justificariam a quebra, enfatizando, entretanto, ser indispensável decisão judicial prévia para o acesso aos dados bancários.

2.5.4.1 A situação especial da quebra de sigilo bancário no Brasil

A situação especial da quebra de sigilo bancário, autorizada pela Lei nº 9.964 de 10/04/2000, instituiu o Programa e Recuperação Fiscal (Refis), assim caracterizado, no art. 1º, *caput*:

Art. 1º. É instituído o Programa de Recuperação Fiscal – Refis, destinado a promover a regularização de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições, administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, constituído ou não, inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou a ajuizar, com exigibilidade suspensa ou não, inclusive os decorrentes de falta de recolhimento de valores retidos
(...) (BRASIL, 2000).

De conformidade com o art. 2º, *caput*, o ingresso no Refis “dar-se-á por opção da pessoa jurídica, que fará jus a regime especial de consolidação e parcelamento” dos mencionados débitos. Destaca-se, nesta lei, as obrigações impostas pelo art. 3º:

Art. 3º A opção pelo Refis sujeita a pessoa jurídica a:
(...)
II – autorização de acesso irrestrito, pela Secretaria da Receita Federal, às informações relativas à sua movimentação financeira, ocorrida a partir da data de opção pelo Refis;
III – (...)
IV – aceitação plena e irretratável de todas as condições estabelecidas
(...)
§ 2º O disposto nos incisos II e III do *caput* aplica-se, exclusivamente, ao período em que a pessoa jurídica permanecer no Refis (BRASIL, 2000).

Este dispositivo legal foi duramente criticado por alguns autores dentre eles, Quezado (*apud* HAGSTRÖM, 2009, p. 484):

Traduzindo em português claro a empresa que aderiu ao programa deverá deixar ao livre acesso do Fisco suas informações bancárias sigilosas e não poderá voltar atrás nessa decisão, enquanto permanecer no Refis. Uma vez sigilo aberto, sempre aberto. Com isso, pareceu entender o Estado – Fiscal que os obstáculos jurídicos à quebra do sigilo bancário, incansavelmente defendido por nossos tribunais e doutrinadores, caíram por terra.
(...) contribuintes insatisfeitos em todo o país ajuizaram ações com o fim de proteger seu sigilo bancário, ainda que optantes pelo Refis. Os insucessos judiciais chegaram, não raro, com a seguinte mensagem:

O Refis é um “favor fiscal”, e empresa alguma estava obrigada a nele ingressar, mas, se ingressou, fê-lo porque o quis, e agora deve sujeitar-se, obrigatoriamente as regras do programa.

Vemos, todavia, a questão por outro ângulo. O ponto de vista que defendemos resume-se no seguinte: a) Refis não foi um “favor fiscal”; b) o contribuinte não tem liberdade de renunciar ao direito do sigilo bancário de forma irretratável; e c) o direito ao sigilo bancário não pode ser objeto de negociação entre o contribuinte e o Estado.

Quezado (*apud* HAGSTRÖM, 2009, p. 484) sustenta que “a hipótese não é de renúncia ao direito de sigilo, mas sim pacto de irretratabilidade é “um dado complicador”, configurando “um instituto jurídico *sui generis*”.

Para Greco (*apud* HAGSTRÖM, 2009, p. 485):

De fato, vincular o acesso à movimentação financeira à opção do contribuinte pelo Refis e circunscrevê-la a um determinado período, posiciona a figura numa situação híbrida, pois não é ampla (portanto num rigor terminológico, não corresponderia a uma efetiva renúncia de direito) e por estar circunscrita a operações temporais determinadas, assumiria a feição de uma renúncia ao *exercício desse direito fundamental*. Ademais exclusivamente em relação a tais operações o contribuinte se absteria de invocar a proteção constitucional. Ou seja, seria uma renúncia ao exercício do direito de proteção e não ao próprio direito. Porém, por ser irreversível, assumiria feição próxima da renúncia ainda que limitada em seu objeto” e concluem pela inconstitucionalidade da lei: “A nosso ver, a empresa ingressa por necessidade no Refis, poderia deixar ou não à livre investigação do Fisco seu sigilo, por determinado período de tempo. E justamente, por gozar dessa liberdade, e não ser o direito ao sigilo renunciável, caso decidisse abrir o sigilo, também de igual forma, estaria livre, a qualquer momento, para fechá-lo. Todavia quando o inc. IV, art.3º, da Lei 9.964/00, determina a irretratabilidade da medida de abertura do sigilo, ceifou do contribuinte a liberdade de disposição desse direito fundamental, o que configura flagrante inconstitucionalidade. Gomes Canotilho defende que, em razão da autolimitação voluntária, certos direitos fundamentais podem não ser exercidos em determinado caso concreto, porém frisa o publicista lusitano essa tomada de posição “de considerar-se sempre sob *reserva de revogação* a todo tempo” Parafraseando-o, diríamos que o direito ao sigilo bancário pode deixar de ser exercício em certa situação fática, mas sempre sob a livre possibilidade de voltar-se atrás nessa decisão. A forma, portanto, como a Lei do Refis tratou o sigilo bancário é, sem sobre a de dúvida inconstitucional.

2.5.4.2 A situação especial da quebra de sigilo bancário no Uruguai

A autorização voluntária, por parte dos contribuintes para levantar o segredo bancário, está prevista no art. 53 da Lei de Reforma Tributária nº 18.083/2006, que estabelece que os contribuintes podem autorizar voluntariamente diante da DGI, por um período determinado. *In verbis*:

Art. 53. Levantamento voluntário do sigilo bancário.- A Dirección-Geral Tributaria (DGI) pode celebrar acordos com os contribuintes nos quais autorize, por prazo determinado, a divulgação de operações e informações protegidas pelo sigilo profissional referido no artigo 25 do Decreto-Lei nº 15.322, de 17 de setembro de 1982. A autorização conferida pelos contribuintes nos termos do parágrafo anterior será irrevogável e entender-se-á dirigida a todas as empresas incluídas nos artigos 1º e 2º do Decreto-Lei nº 15.322, de 17 de setembro de 1982. Para quem conceder a autorização referida no número anterior, a DGI pode reduzir o prazo de prescrição das suas obrigações fiscais. Neste caso, os prazos de cinco e dez anos estabelecidos pelo artigo 38.º do Código Tributário, podem ser reduzidos para dois e quatro anos, respetivamente (URUGUAI, 2006)⁵⁶.

A este respeito, é preciso que esta autorização abrange todas as instituições financeiras e que uma vez outorgada, a mesma não pode ser revogada. O benefício do contribuinte está em que a DGI poderá reduzir os prazos de prescrição de 5 (cinco) e 10 (dez), a 2 (dois) e 4 (quatro) anos respectivamente.

Como bem expressa o *caput* do artigo, o contribuinte pode pedir voluntariamente o levantamento do segredo bancário e deve ser um ato de livre arbítrio e o contribuinte não deve ser coagido a fazê-la de forma alguma.

Esta posição é sustentada pela opinião de um dos doutrinadores uruguaios. Bengoa (*apud* CERVINI; ADRIASOLA, 2007, p. 124-125), por exemplo, expressa: “O

⁵⁶ Do original: “Art. 53. Levantamiento voluntario del secreto bancario.- La Dirección General Impositiva (DGI) podrá celebrar acuerdos con los contribuyentes en los que éstos autoricen, para un período determinado, la revelación de operaciones e informaciones amparadas en el secreto profesional a que refiere el artículo 25 del Decreto-Ley Nº 15.322, de 17 de setiembre de 1982. La autorización conferida por los contribuyentes en los términos del inciso anterior tendrá carácter irrevocable y se entenderá dirigida a todas las empresas comprendidas en los artículos 1º y 2º del Decreto-Ley Nº 15.322, de 17 de setiembre de 1982. Para quienes otorguen la autorización referida en el inciso anterior, la DGI podrá reducir el término de prescripción de sus obligaciones tributarias. En tal caso, los términos de cinco y diez años establecidos por el artículo 38 del Código Tributario, podrán reducirse a dos y cuatro años respectivamente”.

consentimento, de acordo com os princípios gerais, deve surgir por livre manifestação, e não por violência, ameaça ou outra forma ilícita”⁵⁷. Considerando que o segredo bancário tem entre seus fundamentos o segredo profissional, para levantamento do mesmo se deve cumprir com uma série de condições.

Em primeiro lugar, deve ser um ato livre sem vícios que significa que nenhuma autoridade estatal pode coagir o contribuinte ao autorizar o levantamento da informação como pressuposto de incriminação. Tampouco pode pressionar o contribuinte, através da concessão de um benefício, a condição do levantamento. Se o banco toma conhecimento de que o contribuinte foi coagido para levantar o segredo bancário, não deverá cumprir a autorização.

Em segundo lugar, a Administração Tributária não pode condicionar a um terceiro que tenha a informação sobre as contas de determinado contribuinte em virtude de uma relação profissional, como o caso de um assessor fiscal. No caso do profissional revelar a informação, estaria cometendo um delito de violação de segredo profissional, previsto no art. 302 do CP, *in verbis*:

Art. 302. (Revelação do segredo profissional) Quem, sem justa causa, revelar segredos de que tenha conhecimento, em virtude da sua profissão, emprego ou comissão, será punido, quando o facto causar dano, com 100 U.R. (cem unidades reajustáveis) para 600 U.R. (seiscientas unidades reajustáveis) de multa (URUGUAI, 1933)⁵⁸.

O segredo tributário encontra-se consagrado no direito uruguaio por força do art. 47, do código tributário, a seguir:

Art. 47. (Segredo do processo). A Administração Tributária e os funcionários que dela dependem, são obrigados a manter em segredo a informação que resulte das suas acções administrativas ou judiciais. A referida informação só poderá ser prestada à Administração Tributária e aos Tribunais de Justiça em matéria penal, juvenil ou aduaneira quando esses órgãos entenderem que é essencial para o cumprimento das suas funções e o solicitarem por

⁵⁷ Do original: “*el consentimiento, de conformidad con los principios generales, debe emerger impulsado por la libre manifestación, y no serlo por medio de la violencia, amenaza o de outro modo ilícito*”.

⁵⁸ Do original: “*Art. 302. (Revelación de secreto profesional). El que, sin justa causa, revelare secretos que hubieran llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho causare perjuicio, con 100 U.R. (cien unidades reajustables) a 600 U.R. (seiscientas unidades reajustables) de multa*”.

resolução fundamentada. A violação desta norma gera responsabilidade e será causa de demissão do funcionário infrator (URUGUAI, 1974)⁵⁹.

No entanto, as consequências das mudanças introduzidas pela Lei da Reforma Tributária nº 18.803 trouxe à Administração Tributária mais facilidades para levantamento do segredo bancário e, como consequência, uma flexibilização neste instituto. As causas do levantamento não se limitam mais nas estabelecidas no art. 25 do Decreto-Lei nº 15.322, pois houve uma ampliação com a nova lei, conforme pode-se verificar:

Art. 25. As sociedades de que tratam os artigos 1º e 2º desta lei não poderão dar qualquer aviso sobre os recursos ou valores mobiliários que detenham em conta corrente, depósito ou qualquer outra modalidade, pertencentes a determinada pessoa física ou jurídica. Também não poderão divulgar informações confidenciais que recebam de seus clientes ou sobre seus clientes. As operações e informações a que se referem estão protegidas por sigilo profissional, só podendo ser reveladas mediante autorização expressa e por escrito do interessado ou por resolução fundamentada da Justiça Criminal ou da Justiça competente se estiver em causa obrigação alimentar e em todos os casos, sujeito às mais estritas responsabilidades por danos decorrentes da falta de fundamento do pedido. Não será admitida nenhuma outra exceção além das estabelecidas nesta lei. Quem não cumprir o dever estabelecido neste artigo será punido com pena de prisão de três meses a três anos (URUGUAI, 1982)⁶⁰.

As novas causas de levantamento foram introduzidas e outorgam à Administração Tributária mais poderes para acessar as informações dos contribuintes e, ainda, pode propor o levantamento do segredo bancário,

⁵⁹ Do original: "Art. 47. (Secreto de las actuaciones). La Administración Tributaria y los funcionarios que de ella dependen, están obligados a guardar secreto de las informaciones que resulten de sus actuaciones administrativas o judiciales. Dichas informaciones sólo podrán ser proporcionadas a la Administración Tributaria y a los Tribunales de Justicia en materia penal, de menores, o aduanera cuando esos órganos entendieran que fuera imprescindible para el cumplimiento de sus funciones y lo solicitaren por resolución fundada. La violación de esta norma apareceja responsabilidad y será causa de destitución para el funcionario infidente".

⁶⁰ Do original: "Art. 25. Las empresas comprendidas en los artículos 1º y 2º de esta ley no podrán facilitar noticia alguna sobre los fondos o valores que tengan en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto, pertenecientes a persona física o jurídica determinada. Tampoco podrán dar a conocer informaciones confidenciales que reciban de sus clientes o sobre sus clientes. Las operaciones e informaciones referidas se encuentran amparadas por el secreto profesional, y sólo pueden, ser reveladas por autorización expresa y por escrito del interesado o por resolución fundada de la Justicia Penal o de la Justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria y en todos los casos, sujeto a las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud. No se admitirá otra excepción que las establecidas en esta ley. Quienes incumplieren el deber establecido en este artículo, serán sancionados con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría".

promovendo uma ação contra o contribuinte, com base no art. 110 do Código Tributário, desencadeando uma investigação administrativa que pode ser convertida em uma investigação penal. *In verbis*:

Art. 110. (Fraudes fiscais). Quem, directamente ou por interposta pessoa, proceder com dolo para obter, para si ou para terceiro, lucro indevido à custa dos direitos do Estado, na percepção dos seus impostos, será punido com seis meses de prisão a seis anos de prisão. Este crime será processado mediante denúncia da Administração Tributária, mediando resolução fundamentada.

Art. 110-BIS. (Circunstância agravante) .- A pena será de dois a oito anos de prisão quando tiver utilizado, no todo ou em parte, facturas ou qualquer outro documento equivalente, ideológica ou materialmente falso (URUGUAI, 1974)⁶¹.

2.5.5 A quebra do sigilo bancária face ao direito penal

O art. 10 e o § único da LC nº 105/2001 prescreve:

Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar (BRASIL, 2001).

O referido artigo visa criminalizar a divulgação indevida das informações bancárias. Este artigo traz uma segurança jurídica aos clientes das instituições financeiras, no sentido de penalizar a quebra sem a respectiva autorização.

⁶¹ Do original: “Art. 110. (Defraudación Tributaria). El que, directamente o por interpuesta persona, procediera con engaño con el fin de obtener, para sí o para um tercero, un provecho indebido a expensas de los derechos del Estado, a la percepción de sus tributos, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría. Este delito se perseguirá a denuncia de la Administración Tributaria, mediando resolución fundada.

Art. 110-BIS. (Circunstancia agravante).- La pena será de dos a ocho años de penitenciaría cuando se hubieren utilizado, en forma total o parcial, facturas o cualquier otro documento equivalente, ideológica o materialmente falsos”.

2.5.6 Quebra do sigilo bancário para fins penais no Uruguai

Esta causa de levantamento está prescrita no art. 54⁶² da Lei de Reforma Tributária nº 18.083/2006, onde se estabelece que a Administración Tributaria poderá

⁶² Do original: "Art. 54. (Levantamiento del secreto bancario). Cuando la administración tributaria presente una denuncia fundada al amparo del artículo 110 del Código Tributario, y solicite en forma expresa y fundada ante la sede penal el levantamiento del secreto bancario a que refiere el artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, las empresas comprendidas en los artículos 1° y 2° de dicha norma quedarán relevadas de la obligación de reserva sobre las operaciones e informaciones que estén en su poder, vinculadas a las personas físicas y jurídicas objeto de la solicitud, siempre que no medie en un plazo de treinta días hábiles, pronunciamiento en contrario del Fiscal competente o del Juez de la causa. Transcurrido el plazo a que refiere el inciso anterior, o mediando resolución judicial expresa favorable en las condiciones generales del artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, la Sede dará curso a la solicitud comunicando dicha determinación al Banco Central del Uruguay, el que a su vez recabará de los sujetos regulados la información que pueda existir en poder de éstos. También se podrá levantar el secreto bancario por resolución judicial cuando el Director General de Rentas, en el ejercicio de las facultades fiscalizadoras de la Dirección General Impositiva y respecto de obligaciones tributarias no prescritas, solicite en forma expresa y fundada ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia con competencia en materia civil, toda la información relativa a las operaciones bancarias de personas físicas o jurídicas determinadas. Para dichas actuaciones será competente el Juez del lugar del domicilio de la persona física o jurídica titular de la información, entendiéndose a tales efectos, el domicilio constituido ante la administración tributaria o, en su defecto, el domicilio real. El Juez sólo hará lugar a la solicitud cuando la administración tributaria haya acreditado la existencia de indicios objetivos que hagan presumir razonablemente la existencia de evasión por parte del sujeto pasivo, y siempre que la información solicitada resulte necesaria para la correcta determinación de adeudos tributarios o la tipificación de infracciones. La misma información, podrá ser solicitada por la administración tributaria, en cumplimiento de solicitudes expresas y fundadas por parte de la autoridad competente de un Estado extranjero, exclusivamente en el marco de convenios internacionales ratificados por la República en materia de intercambio de información o para evitar la doble imposición, que se encuentren vigentes, debiendo indicarse en dicho caso la entidad requirente y todos los antecedentes y fundamentos que justifiquen la relevancia de la información solicitada. Lo dispuesto en este inciso será de aplicación para informaciones relativas a operaciones posteriores al 1° de enero de 2011. En el caso del inciso precedente, el proceso judicial de levantamiento del secreto bancario se seguirá con la persona física o jurídica titular de la información. La demanda se presentará por escrito según lo dispuesto por los artículos 117 y 118 del Código General del Proceso, y se tramitará por el procedimiento incidental regulado en el artículo 321 de dicho Código, con las siguientes modificaciones: a) la providencia que confiere el traslado de la demanda deberá notificarse en un plazo de tres días a contar de su dictado, y b) en el caso en que sea necesaria la realización de una audiencia, la misma deberá realizarse en un plazo máximo de treinta días a contar de la contestación de la demanda o del vencimiento del plazo previsto. El Juez dictará sentencia haciendo lugar o denegando la solicitud de levantamiento del secreto bancario, a cuyos efectos tendrá en consideración la prueba diligenciada y todas las circunstancias del caso. La sentencia será apelable por cualquiera de las partes. El recurso de apelación tendrá efecto suspensivo de la providencia impugnada y se regirá por lo dispuesto en el artículo 254 numerales 1) y 2) del Código General del Proceso. Evacuado el traslado de la apelación o vencido el plazo correspondiente, el Juzgado deberá remitir el expediente al Superior en un plazo de cinco días hábiles. El Tribunal de Apelaciones deberá resolver en acuerdo, dentro de los treinta días siguientes a la recepción de los autos. Contra la sentencia de segunda instancia no se admitirá recurso alguno. Las costas y costos se regularán por lo dispuesto en el artículo 56.1 del Código General del Proceso. En el caso previsto en el inciso tercero del presente artículo, el Banco Central del Uruguay dará cumplimiento a lo ordenado dentro del plazo de cinco días hábiles contados desde la recepción de la comunicación de la orden del juzgado competente. Las empresas referidas en los artículos 1° y 2° del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, deberán proporcionar la información requerida en un plazo de quince días hábiles contados desde la comunicación del Banco Central. Vencido este último plazo el Banco Central del Uruguay deberá proporcionar a la Dirección General Impositiva la información recabada en un plazo

solicitar, na forma expressa e fundamentada, a quebra do segredo das informações amparadas pelo segredo bancário, caso seja apresentada uma denúncia de crime por fraude tributária. *In verbis*:

Art. 54. (Levantamento do sigilo bancário). Quando a administração tributária apresentar queixa com base no artigo 110.º do Código Tributário, e pedido expresso e fundamentado junto do departamento criminal para o levantamento do sigilo bancário referido no artigo 25.º do Decreto-Lei. Lei nº 15.322, de 17 de setembro de 1982, as empresas incluídas nos artigos 1º e 2º da referida norma ficarão dispensadas da obrigação de reserva sobre as operações e informações que estiverem em seu poder, vinculadas às pessoas físicas e jurídicas que sejam objeto do pedido, desde que, no prazo de trinta dias úteis, não haja manifestação em contrário do Ministério Público competente ou do Juiz do processo. Decorrido o prazo referido no parágrafo anterior, ou mediante expressa resolução judicial favorável nas condições gerais do artigo 25 do Decreto-Lei nº 15.322, de 17 de setembro de 1982, a Sede dará seguimento ao pedido, comunicando o referido determinação ao Banco Central do Uruguai, que por sua vez recolherá dos sujeitos regulados as informações que possam existir em sua posse. O sigilo bancário também pode ser levantado por resolução judicial quando o Director-Geral das Receitas, no exercício das competências de fiscalização da Direcção-Geral dos Impostos e relativamente a obrigações fiscais não prescritas, requerer expressa e fundamentadamente junto dos Tribunais Judiciais de Primeira Instância com jurisdição em matéria civil, todas as informações relacionadas às operações bancárias de determinadas pessoas físicas ou jurídicas. Para tais ações, será competente o Juiz do domicílio da pessoa física ou jurídica titular da informação, entendendo para o efeito o domicílio estabelecido perante a administração tributária ou, na sua falta, o domicílio efetivo. O Juiz só deferirá o pedido quando a administração tributária provar a existência de indícios objetivos que razoavelmente presumam a existência de evasão por parte do contribuinte, e desde que as informações solicitadas sejam necessárias para a correta apuração dos débitos tributários ou para a classificação das infrações. As mesmas informações podem ser solicitadas pela administração tributária, em cumprimento de pedidos expressos e fundamentados da autoridade competente de um Estado estrangeiro, exclusivamente no âmbito de convenções internacionais ratificadas pela República relativas ao intercâmbio de informações ou para evitar a dupla tributação, que estão em vigor, devendo nesse caso indicar a

de cinco días hábiles. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a las sanciones previstas en el Capítulo V del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982. A los efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, las empresas comprendidas en los artículos 1º y 2º del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, quedarán relevadas de la obligación de reserva sobre las operaciones e informaciones que estén en su poder, vinculadas a las personas físicas y jurídicas cuando exista una orden expresa del Juez competente según lo establecido en este artículo. Cuando se tramiten solicitudes de levantamiento de secreto bancario el proceso judicial deberá mantenerse reservado para terceros distintos del solicitante y del titular de la información”.

entidade requerente e todos os antecedentes e fundamentos que justifiquem a pertinência da informação solicitada.

O disposto neste inciso aplica-se às informações relativas a operações posteriores a 1º de janeiro de 2011. No caso do inciso anterior, o processo judicial de levantamento do sigilo bancário será realizado com a pessoa física ou jurídica titular das informações. A reclamação deve ser apresentada por escrito nos termos dos artigos 117.º e 118.º do Código Geral de Processo, e será processada pelo procedimento incidental regulado no artigo 321.º do referido Código, com as seguintes modificações: a) o despacho que confere a transferência da reclamação deve ser notificada no prazo de três dias a contar da sua expedição, e b) caso seja necessária audiência, esta deve ser realizada no prazo máximo de trinta dias a contar da resposta da demanda ou do vencimento do prazo previsto. O Juiz proferirá sentença deferindo ou indeferindo o pedido de levantamento do sigilo bancário, para o que serão tidas em conta as provas apresentadas e todas as circunstâncias do caso. Da sentença caberá recurso de qualquer das partes. O recurso terá efeito suspensivo da decisão impugnada e reger-se-á pelo disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 254.º do Código Geral de Processo. Esgotada a transferência do recurso ou expirado o prazo correspondente, o Tribunal deverá enviar os autos ao Superior no prazo de cinco dias úteis. O Tribunal de Recurso deve decidir de comum acordo, no prazo de trinta dias após a recepção dos autos. Da decisão de segunda instância não cabe recurso, sendo as custas e custas reguladas pelo disposto no n.º 1 do artigo 56.º do Código Geral de Processo. No caso previsto no parágrafo terceiro deste artigo, o Banco Central do Uruguai cumprirá a ordem no prazo de cinco dias úteis a partir do recebimento da comunicação da ordem do tribunal competente. As empresas referidas nos artigos 1º e 2º do Decreto-Lei nº 15.322, de 17 de setembro de 1982, deverão prestar as informações exigidas no prazo de quinze dias úteis contados da comunicação do Banco Central. Findo este último prazo, o Banco Central do Uruguai deverá fornecer à Direção Geral de Impostos as informações recolhidas no prazo de cinco dias úteis. O descumprimento dessa obrigação ensejará as sanções previstas no Capítulo V do Decreto-Lei nº 15.322, de 17 de setembro de 1982. Para os fins do disposto no parágrafo anterior, as sociedades incluídas nos artigos 1º e 2º do Decreto-Lei nº 15.322, de 17 de setembro de 1982, ficará exonerado da obrigação de reserva sobre as operações e informações que estiverem em seu poder, vinculadas a pessoas físicas e jurídicas quando houver ordem expressa do Juiz competente conforme ao disposto neste artigo.. Quando forem processados os pedidos de levantamento do sigilo bancário, o processo judicial deverá ser mantido reservado a terceiros que não sejam o requerente e o titular da informação (URUGUAI, 2006).

Já o delito está prescrito no art. 110 do Código Tributário, conforme mencionado anteriormente.

2.5.7 A posição do Ministério Público

O art. 9º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 105/2001, apresenta uma situação especial em relação ao sigilo bancário que é a atuação do Ministério Público, conforme o referido artigo:

Art. 9º Quando, no exercício de suas atribuições, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, informarão ao Ministério Público, juntando à comunicação os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos.

§ 1º A comunicação de que trata este artigo será efetuada pelos Presidentes do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, admitida delegação de competência, no prazo máximo de quinze dias, a contar do recebimento do processo, com manifestação dos respectivos serviços jurídicos.

§ 2º Independentemente do disposto no *caput* deste artigo, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários comunicarão aos órgãos públicos competentes as irregularidades e os ilícitos administrativos de que tenham conhecimento, ou indícios de sua prática, anexando os documentos pertinentes (BRASIL, 2001).

A CF/88, em seus arts. 127 a 130, deu novas atribuições ao Ministério Público, sobretudo pela enumeração de suas:

Funções institucionais no artigo 129, em destaque o inc. VI a de "VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva (BRASIL, 1988).

No seu art. 128, § 5º: "§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros" (BRASIL, 1988).

Em cumprimento ao dispositivo constitucional, foi promulgada a Lei nº 8.429, de 1993 – Lei de Improbidade Administrativa (LIA) – com nova redação dada pela Lei nº 14.230/2021. Dentre outros dispositivos, destaca-se:

Art. 16. Na ação por improbidade administrativa poderá ser formulado, em caráter antecedente ou incidente, pedido de indisponibilidade de bens dos réus, a fim de garantir a integral

recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito.

[...]

§ 1º A O pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o *caput* deste artigo poderá ser formulado independentemente da representação de que trata o art. 7º desta Lei.

§ 2º Quando for o caso, o pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o *caput* deste artigo incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais (BRASIL, 2021).

Enfim, essa é a posição do Ministério Público, em relação ao sigilo bancário.

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E SENTENÇAS DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO E A TEORIA DE ROBERT ALEXY

Os conceitos de jurisdição, jurisdição constitucional, eficácia de sentenças, constitucionalidade da Lei nº 105/20021, decisões que envolvem quebra de sigilo bancário e questões sobre as implicações da quebra do sigilo bancário e o CDC, a Lei nº 105/2001 e aplicação da Teoria de Robert Alexy, serão apresentados no presente capítulo.

3.1 Jurisdição

A jurisdição é uma atividade do Estado na qual este substitui a vontade das partes, com o objetivo de fazer o direito no caso concreto. Para Chiovenda (1943, p. 11):

Pode definir – se a jurisdição como função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade da lei por meio de substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou outros órgãos públicos, já no afirmar da existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva.

No entanto, espera-se mais do juiz no processo. Espera-se que este busque interpretação à luz da Constituição ao fazer uso do processo como instrumento para concretização dos princípios, previstos na Carta Magna, como a defesa dos direitos fundamentais, sempre orientado para dignidade da pessoa humana.

O processualista Marinoni (2008, p. 24) esclarece:

A transformação da concepção de direito fez surgir um positivismo crítico, que passou a desenvolver teorias destinadas a dar ao juiz a real possibilidade de afirmar o conteúdo da lei comprometido com a Constituição. Nessa linha podem ser mencionadas as teorias dos direitos fundamentais, inclusive a teoria dos princípios, à técnica de interpretação de acordo, as novas técnicas de controle de constitucionalidade que conferem ao juiz uma função “produtiva”, e não mais apenas declaração de inconstitucionalidade e a própria possibilidade de controle de constitucionalidade por omissão no caso concreto.

Ora é pouco mais do que evidente que isso fez surgir um outro modelo de juiz, sendo apenas necessário, agora, que o direito

processual civil se dê conta disso e ponha um conceito de jurisdição que seja capaz de abarcar a nova realidade que se criou.

A ideia de jurisdição atual não se limita apenas na técnica processual, mas, também, com afirmação de valores e objetivos previstos na Constituição e deve ser exercida sob a orientação dos princípios contidos no texto constitucional. Neste sentido, a Lei nº 13.105/2015, conhecida como o Novo Código de Processo Civil (CPC), no *caput* do art. 1º prescreve:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código (BRASIL, 2015). (grifos nossos).

Comentando sobre a Constituição e o Direito Processual, Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 84) relatam:

Todo direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e efetividade do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais [...].

É indissociável à atividade a ideia de atividade jurisdicional instrumentalizada pelo direito processual com os preceitos constitucionais.

3.1.1 A jurisdição constitucional

A jurisdição constitucional compreende a atividade jurisdicional em matéria de interpretação e aplicação da Constituição e os principais instrumentos jurídicos para que as ações cheguem até o tribunal superior são os que permitem o controle de constitucionalidade, cujo objetivo é verificar a compatibilidade das leis e atos normativos com a Constituição.

Historicamente, foi Hans Kelsen, a pedido do governo austríaco, quem elaborou o projeto para a Constituição Austríaca de 1920. “Kelsen concebeu um sistema de jurisdição “concentrada”, no qual o controle de constitucionalidade estava

confiado, exclusivamente, a um órgão jurisdicional especial, conhecido como Tribunal Constitucional [...]” (CUNHA JR., 2006, p. 73).

O autor conclui, comentando que:

Kelsen, em suma, defendeu a criação da jurisdição constitucional, em especial de um Tribunal Constitucional, partindo do pressuposto de ninguém pode ser juiz em causa própria, de modo que: não se pode confiar a invalidação de uma lei inconstitucional ao mesmo órgão que a elaborou: assim tal competência deve ser atribuída a um Tribunal Constitucional. A alegada “soberania do parlamento” não é argumento impeditivo desta *judicial review of legislation*, pois o soberano é o Estado em seu conjunto e o parlamento está subordinado à Constituição (CUNHA JR., 2006, p. 61).

Na CF/88, o rol de ações do controle concentrado são: ADI, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e, ainda, elenca, no art. 103, o rol dos legitimados a propor estas ações:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988).

Ainda sobre a jurisdição constitucional, sua atividade de controle constitucional permite a utilização do conjunto de processos que asseguram a plena validade e respeito da ordem constitucional, a que estão sujeitos todos os regulamentos que emanam dos poderes constituídos e a conduta funcional dos seus procuradores políticos.

A referida tutela reverte, necessariamente, à proteção dos direitos fundamentais da pessoa. “Além disto, tal atividade de controladoria implica a culminação do Estado de Direito, na medida em que constitui a expressão máxima do processo de justificação e racionalização da vida política” (HECK, 2008, p. 90), como o autor aponta:

A história do constitucionalismo nada mais é do que a busca, pelo político, das limitações do poder absoluto exercido pelos detentores do poder, bem como o esforço para estabelecer uma justificativa espiritual, moral ou ética da autoridade, em vez de uma submissão cega à autoridade existente (HECK, 2008, p. 90).

A jurisdição constitucional só adquire sentido plenário no Estado de Direito, visando:

Verificar a consagração da segurança jurídica nas relações entre governantes e governados; a eliminação de qualquer vestígio de arbitrariedade no funcionamento do Estado; assegurar sua submissão à lei; e assegurar a afirmação dos direitos da pessoa (PIÑEIRO, 2012, p. 240).

Defende e preserva a constitucionalidade, entendida como elo de harmonia e plena concordância entre a Constituição e as demais normas que integram o ordenamento jurídico por ela traçado.

A esse respeito, Piñero (2012, p. 241) destaca que “a constitucionalidade como expressão jurídica, política e social é a expressão da supremacia da Constituição”. Nesse sentido, a jurisdição constitucional supõe a imagem de um “guardião” da constitucionalidade.

O controle oferecido no âmbito da jurisdição constitucional visa assegurar a regularidade do ordenamento jurídico, bem como a tarefa gradativa de sua integração, por meio da interpretação dinâmica da Constituição.

A existência das normas constitucionais guarda relação imediata e direta com os determinantes políticos, históricos e culturais da sua tendência, conteúdo e finalidades da sua forma de obrigatoriedade, fatos que, por sua vez, condicionam a ordem normativa nacional.

Ao colocar a Constituição no ápice do sistema jurídico, é exigido que as demais normas do sistema lhe devam fidelidade e cumprimento.

Assim sendo, a Constituição tem efeitos vinculativos *erga omnes*, sendo obrigatória para governadores e governados, de forma mútua; a Constituição contém

– através dos princípios, valores e normas que declara – um projeto de vida comunitária que deve ser assegurado na sua proclamação e fruição, tendo os direitos fundamentais da pessoa. Nesse contexto, particular importância é a relação dos governadores com os governados e todo o funcionamento da entidade estatal é regulado pela Constituição. Ou seja, a sociedade política vive sob uma Constituição, no entanto, não se deve esquecer que a Constituição é o que dizem seus intérpretes oficiais.

Os sistemas ou modelos encarregados da tutela da constitucionalidade se enredam em torno da jurisdição constitucional e dos processos, através dos quais é assegurada a plena vigência dos direitos fundamentais da pessoa.

A existência de jurisdição constitucional justifica-se pela necessidade de revisão da crescente voracidade legislativa dos órgãos do Estado; pela necessidade de garantir a defesa vigorosa dos direitos fundamentais contra os abusos e a arbitrariedade do Estado; e devido à necessidade de integrar lacunas constitucionais.

Frente ao ponto de vista brasileiro, os elementos essenciais para o estabelecimento da chamada jurisdição constitucional são os três seguintes.

A existência de uma Constituição morfolologicamente rígida. Constituições rígidas são aquelas que só podem ser modificadas formalmente, por meio de um procedimento especial de reforma; existência de órgão de controle de constitucionalidade com poder de decisão.

Os órgãos encarregados da defesa e do controle da constitucionalidade devem ser dotados de poderes que lhes permitam separar, anular ou não aplicar os regulamentos infraconstitucionais contrários aos princípios, valores e normas da Constituição e a existência de um conjunto de processos e procedimentos que permitam orientar as demandas ou pedidos relativos à defesa do controle da constitucionalidade.

Dito isto, cabe também compreender que os órgãos encarregados de controlar a constitucionalidade têm uma dupla natureza funcional; isto é, eles consistem em dois elementos: o jurídico e o político.

O primeiro elemento é jurídico, na medida em que resolvem conflitos e controvérsias relacionados à conduta institucional sujeita à ordem coercitiva, por meio de decisões que adquirem autoridade de coisa julgada e passíveis de execução.

O segundo elemento é político, na medida em que exerce duas funções de governo: o controlador e o governador.

“A atribuição de declarar inconstitucionais as ações dos poderes determinam que eles participem no campo da política de Estado, tornando-se o mais importante controle do sistema constitucional” (STRECK, 2002, p. 311).

Da mesma forma, desempenham incidentalmente uma função governamental na medida em que algumas de suas decisões determinam o desenho de políticas globais específicas e estimulam a execução de ações concretas destinadas à sua verificação na prática política.

O elemento político aparece claramente no que o autor chama de falhas institucionais. Nesse sentido, essas decisões expressam decisões transcendentais e relevantes para o corpo político, onde o que está determinado ultrapassa, em muito, o mero interesse das partes e que, portanto, projeta-se não só para o presente imediato, mas se estende, também, aos comprometidos futuros de todos os membros da comunidade.

Os órgãos encarregados de controlar a constitucionalidade, por meio de decisões institucionais, exercem o poder político porque participam de maneira decisiva na condução geral do progresso do Estado, pois os fatos delineiam e indicam o curso das políticas gerais e, inclusive, orientam a adoção de medidas políticas, sociais ou econômicas específicas em um determinado espaço e tempo.

É evidente a função política dos órgãos responsáveis pelo controle da constitucionalidade, no esforço de preservação da ordem constitucional e dos direitos e liberdades dos cidadãos. Neste contexto, funciona como potência moderadora e corretiva dos excessos ou incúrias funcionais dos poderes constituídos.

Além disso, também é evidente que após a atuação dos órgãos com jurisdição constitucional a favor da consolidação dos mandatos, valores e princípios constitucionais, estes, por si próprios, assumem uma função política ao canalizar a forma e modo de atuação dos poderes públicos e consciência cidadã.

Quando uma ação de inconstitucionalidade é declarada fundada, uma lei ou norma com força de lei é revogada, portanto, os juízes constitucionais aparecem como legisladores negativos.

Na resolução de uma controvérsia ou conflito de natureza constitucional, a decisão surge após uma predeterminação das consequências políticas, sociais e econômicas que estas causam na atividade do Estado e na vida cotidiana dos cidadãos.

É indiscutível que o fenômeno do político não ocorre apenas no âmbito da decisão, mas abrange, também, o que se refere à reflexão. Piñero (2012, p. 111) aponta:

Também considero indubitável, de acordo com a minha própria experiência como juiz constitucional, que as normas constitucionais não podem ser interpretadas em muitos casos sem recorrer a avaliações políticas [...]. O juiz constitucional certamente aplica a lei. Mas a aplicação deste direito implica necessariamente avaliações políticas por parte do juiz [...].

Com efeito, a interpretação constitucional tem a responsabilidade de afirmar os princípios e valores contidos na Constituição; e vale a pena dizer, contribui de forma decisiva para o estabelecimento da ideologia, doutrina e programa político inseridos no referido texto. Isto posto, a função política dos órgãos de controle da constitucionalidade está ligada às próprias origens da institucionalização da jurisdição constitucional.

É possível distinguir as áreas de atuação da jurisdição constitucional em três:

A área ou espaço orgânico onde se garanta que a atividade legislativa dos órgãos com funções legislativas é harmoniosa e consistente com a Constituição. A esfera ou espaço personalíssimo onde é assegurado que os comportamentos funcionais ou cívicos são harmoniosos e consistentes com a parte dogmática e de princípios da Constituição. Isto é, protege a liberdade e outros direitos fundamentais. O âmbito ou espaço de competência dos diferentes órgãos do Estado, onde se garanta que as atribuições atribuídas pela Constituição a um órgão do órgão político não sejam invadidas por entidades não legitimadas ou abandonadas pelo seu legítimo titular. (QUADROS, 2006 *apud* PIÑERO, 2012, p. 164).

A jurisdição constitucional está orientada para a afirmação do princípio da soberania constitucional, da racionalização do exercício do poder, da plena vigência dos direitos fundamentais da pessoa e da ação interpretativa e integrativa da Constituição.

Faz alusão às qualidades ou propriedades centrais da Constituição em relação à sua incontestabilidade, incondicionalidade, inalienabilidade e domínio dos poderes constituídos no Estado. Nesse sentido, é notório que, diante dos mandatos da Constituição, não há oposição, resistência ou obstáculo que impeça sua verificação prática; que não pode ser objeto de transferência, atribuição ou delegação por aqueles agradecidos antes dela. Além de se sobrepor em sua legalidade e valor político a qualquer ato ou norma emanado dos poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Vê-se que a ordem jurídica e política do Estado se estrutura com base no império da Constituição que obriga simétrica e homóloga aos governantes e governados. Dependendo do âmbito da "soberania" de que a Constituição é portadora, esta se impõe no seio de uma comunidade política em dois aspectos: no primeiro, aparece no ápice da pirâmide jurídica de um Estado, tornando-se, portanto, fonte e fundamento de todas as demais normas vigentes no Estado, não admitir formal ou substancialmente qualquer contradição; no segundo, surge no ápice da ordem política ao se tornar fonte de legitimação do poder político, pois possui uma filosofia implícita que serve de orientação não apenas para os governantes, mas, também, para os governados.

A soberania da Constituição resulta do fato de ser ela quem estabelece e organiza os poderes dos órgãos dotados de poder político, razão pela qual é superior às autoridades que estão investidas de poderes da natureza descrita. “Após o princípio da soberania da Constituição, verifica-se que a atuação dos órgãos políticos e a conduta dos governantes e governados devem, necessariamente, operar dentro do canal constitucional” (SAMPAIO, 2002, p. 444).

Neste contexto, a referida soberania é acreditada na medida em que as normas ditadas pelos órgãos políticos, que sejam contrárias ao texto ou ao espírito da Constituição, serão consideradas nulas e sem valor jurídico; os atos praticados por órgãos políticos, que sejam contrários ao texto ou ao espírito da Constituição, serão declarados nulos/sem efeito jurídico; as delegações ou comissões de competência exclusiva de órgãos políticos serão declaradas nulas e sem efeito e sem qualquer efeito jurídico; e o descumprimento das normas e dispositivos emanados dos órgãos políticos, que tenham acreditado harmonia e coerência com a Constituição, ficará sujeito à sanção política, judicial ou administrativa, conforme o caso.

Portanto, a jurisdição constitucional busca, sobretudo, resguardar todo o arcabouço fundamental formativo de um dado direito em uma dada sociedade, ou seja, atenta-se às garantias que constituem os diversos sistemas jurídicos existentes.

Não obstante, não se poderia falar em outra jurisdição no que tange ao direito da personalidade e intimidade, aqui relacionado, senão a constitucional e, por consequência, no campo do direito comparado, em decisões superiores determinadas pelos tribunais superiores do estado brasileiro.

3.2 As sentenças e suas eficácias

A ideia é estudar o conjunto de decisões envolvendo matéria e quebra sobre sigilo bancário. Isto tem o significado dos provimentos judiciais que eliminem os conflitos relacionados com situações em que a violações de direitos subjetivos, em

especial, o sigilo bancário e o requerimento de sua quebra; bem como a eficácia das sentenças⁶³ e suas aptidões para produzir efeitos na produção de julgados no âmbito abstrato e no caso concreto.

3.2.1 Eficácia interpartes

Foi com a República que o controle de constitucionalidade foi apreciado pelo Poder Judiciário e o sistema de controle surgido foi o difuso. Estes sistemas estão relacionados a casos concretos sobre questões constitucionais, mesmo tratando-se de preceitos normativos à sua natureza é de vincular as partes envolvidas no litígio.

3.2.2 Eficácia reflexas

A partir da decisão no caso concreto de natureza incidental, quando se trata de questão de constitucionalidade, Zavascki (2001, p. 28) ressalta que “tornou-se necessária a adoção de mecanismos para preservar a segurança jurídica e a isonomia a evitar, nos tribunais, a repetição desnecessária do julgamento da mesma questão”. A ampliação dessas decisões tornou-se necessária para além do caso concreto.

A ampliação dessas decisões, segundo Zavascki (2001, p. 28):

Se pode denominar de eficácia reflexa ou eficácia anexa das decisões do STF em matéria constitucional, reflexa porque transmite para além do caso julgado, com consequências, ainda que indiretas, em outras situações jurídicas e em relação a outras pessoas, que não as vinculadas à relação processual originária. E anexa, porque se trata de eficácia automática da decisão do STF, que se opera de provocação ou de manifestação do Supremo a respeito dela.

⁶³ Tema já reconhecidamente complexo na processualística comum, ganha contornos ainda mais instigantes no âmbito constitucional. Aqui, os efeitos dos julgados são enormemente potencializados por circunstância peculiares nomeadamente as relacionadas com a validade *erga omnes* e a força vinculante que deles provém. Em contrapartida, a geração desses efeitos acarreta problemas também típicos da jurisdição constitucional, como os que decorrem dos inevitáveis conflitos propiciados pela coexistência, no sistema, de dois instrumentos de controle para um mesmo preceito normativo: o controle em abstrato concentrado na Suprema Corte e, em se tratando de questão constitucional Estadual, nos tribunais de justiça dos Estados, produzindo sentenças com eficácia *erga omnes* e o concreto difuso também pelos órgãos judiciais inferiores, apto a produzir sentença com força de lei para situação particular (ZAVASCKI, 2001, p. 19).

3.2.3 Eficácia vinculante, *ex nunc erga omnes*

As sentenças definitivas no controle concentrado estendem-se à eficácia contra e a favor de todos. Este fenômeno ocorre com a declaração de constitucionalidade, o novo estado de direito, decorrente da decisão de mérito nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, e terá, como, os produzidos, formas (edição de norma nova, ou revogação ou suspensão pelo Senado), eficácia imediata e automática, podendo ser invocado, se não for atendido espontaneamente, como fundamento para as demandas ou como objeção de defesa.

Para Zavascki (2001, p. 114), “as sentenças de mérito proferidas em ações de controle abstrato de constitucionalidade das normas fazem coisa julgada formal e material, isto é, torna-se imutáveis e indiscutíveis, não só no próprio processo, como em qualquer outro”.

3.3 A constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001

3.3.1 Antecedentes da declaração de constitucionalidade

Com o fim da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), a RFB baixou a IN nº 802, de 27/12/2007, que: “Dispõe sobre a prestação de informações de que trata o art.5º da LC nº 105/2001”.

Esse normativo, em seu art. 1º, obrigou as instituições financeiras e demais entidades mencionadas no art. 1º, §§ 1º e 2º da LC nº 105/2001 a “prestar informações semestrais, na forma e prazos estabelecidos pela Secretaria da RFB”, relativa às operações indicadas no art. 3º do Decreto nº 4.489/2002: “em montante que o global movimentada em cada semestre seja superior” a cinco mil reais, para pessoas físicas, e dez mil reais, para pessoas jurídicas.

As informações “compreendem a identificação dos titulares das operações ou usuários dos serviços”, pelo número do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou do

Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) “e os montantes globais mensalmente movimentados” (art. 1º, § 2º).

O art. 2º da IN determina:

Art. 2º Na hipótese em que o montante global movimentado no semestre referente a uma modalidade de operação financeira seja superior aos limites de que tratam os incisos I e II do art. 1º, as instituições financeiras deverão prestar as informações relativas às demais modalidades de operações ou conjunto de operações daquele titular ou usuário de seus serviços, ainda que os respectivos montantes globais movimentados sejam inferiores aos limites estabelecidos (BRASIL, 2007).

Os argumentos utilizados para a expedição da IN foram que havia necessidade para substituir a prestação de informações devidas pelas instituições financeiras com o fim da CPMF.

A partir da publicação da IN, iniciou-se o questionamento da constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC nº 105/2001, cuja decisão será tratada a seguir.

3.3.2 A Decisão que considerou constitucional os arts. 5º e 6º

O papel do STF como órgão de cúpula do poder judiciário e guardião da Constituição tem a autoridade para decidir sobre a constitucionalidade das Leis; e foi nesta condição que a Corte decidiu sobre a constitucionalidade da LC nº 105/2001.

Após 15 anos da publicação da lei, no ano de 2016, foram julgadas as ADIs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, RE 601.314, de repercussão geral, que questionou a legalidade do acesso do Tesouro aos bancos de dados do contribuinte, sem a intermediação do Poder Judiciário (LC nº 105/2001, arts. 1º, § 3º e 4º, 3, § 3º, 5º e 6º; Decreto nº 3.724/2001; Decreto nº 4.489/2002).

O Plenário do STF, por maioria de votos – 9 a 2 – decidiu que o acesso aos dados bancários do contribuinte pelo Tesouro não configura violação de sigilo bancário, mas sim transferência de sigilo da esfera bancária para a fiscal, ambos

protegidos contra o acesso de terceiros. Tendo em vista o dever legal da administração tributária de preservar o sigilo de tais dados, não se pode falar em ofensa à CF/88.

O Relator do RE, Des. Edson Fachin, defendeu a constitucionalidade dos dispositivos com os seguintes fundamentos:

O caráter não absoluto do sigilo bancário, que deve dar espaço ao princípio da moralidade, nos casos em que as operações bancárias constituam ilegalidades;

ii) a LC 105/2001 está em linha com os compromissos assumidos pelo Brasil nos tratados internacionais no sentido de ampliar a transparência fiscal e permitir a troca de informações tributárias, no combate a atos ilícitos como lavagem de dinheiro e evasão fiscal;

iii) a identificação dos bens, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte pela administração tributária torna efetivo o princípio da capacidade tributável (art. 145, §1º, CRFB / 88), que, ao mesmo tempo, sofre riscos quando as hipóteses que autorizam são restritas seu acesso às transações bancárias dos contribuintes;

iv) O Poder Público não se desviou dos parâmetros constitucionais ao estabelecer requisitos objetivos para o pedido de informações da administração tributária às instituições financeiras, e também guardou o sigilo das informações financeiras do contribuinte, conferindo-se a transferência do dever de sigilo dos esfera bancária à esfera fiscal;

v) O artigo 6º da LC 105/2001 é restritivo ao autorizar o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras somente se houver processo administrativo aberto ou procedimento fiscal em andamento e tais exames forem considerados essenciais pela autoridade administrativa autoridade competente, e, ainda, o parágrafo único deste dispositivo legal prevê que os resultados dos exames, informações e documentos referidos neste artigo sejam mantidos em sigilo, nos termos da legislação tributária (STF, 2016).

O Relator das ADIs, Des. Dias Toffoli, apontou os seguintes fundamentos:

A prática prevista na LC 105/2001 é comum em diversos países desenvolvidos e a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo questionado seria um retrocesso perante os compromissos das políticas internacionais assumidas pelo Brasil para combater as ilegalidades, como lavagem de dinheiro e evasão fiscal, e coibir práticas de organizações criminosas;

ii) as disposições atacadas não violam o direito fundamental, principalmente em termos de privacidade, porque a lei não permite a violação do sigilo bancário, mas permite a transferência desse segredo dos bancos para o Tesouro;

iii) o ataque à garantia de sigilo bancário não ocorre com o simples acesso aos dados bancários dos contribuintes, mas com a eventual circulação desses dados;

iv) a confluência entre o dever fundamental do contribuinte de pagar os tributos, com base na solidariedade social, e o dever do fisco de tributar e fiscalizar corretamente, o que requer a adoção de meios eficazes de combate ao ilícito fiscal (STF, 2016).

Foram derrotados os juízes Marco Aurélio e Celso de Mello, os quais, interpretando de acordo com as disposições legais em questão, entendem que não há possibilidade de acesso direto às informações bancárias por órgãos públicos, inclusive vedada a troca de informações, que poderia ocorrer tendo em vista as hipóteses previstas no inciso final do inciso XII do art. 5º da CF, para fins de investigação criminal.

Cabe, também, registrar a posição do Des. Gilmar Mendes que acompanhou a maioria, mas votou apenas no RE 601.314 e na ADI 2859, visto que foi impedido de participar do julgamento das ADIs 2.390, 2.386 e 2.397, em razão de sua atuação como Procurador-Geral da União.

O magistrado que votou de forma totalmente diversa no RE 389.808, valeu-se, assim, até dos argumentos da magistrada Ellen Gracie (voto vencido em 2010) quando foi proferido o julgamento daquele fato.

Segundo Gilmar Mendes, os instrumentos previstos na lei impugnada conferem eficácia ao dever geral de recolhimento de tributos, não sendo medidas isoladas no âmbito da ação tributária que tem poderes e prerrogativas específicas para fazer cumprir esse dever.

Salientou, ainda, que a fiscalização da bagagem nos aeroportos não é contestada, embora seja um procedimento bastante invasivo, mas é uma medida necessária e indispensável para que as autoridades aduaneiras possam controlar e cobrar os impostos.

Ao final, o Relator das ADIs acatou os pareceres dos demais magistrados para esclarecer o entendimento do Tribunal sobre a aplicação da lei no sentido de que os Estados e Municípios somente poderão obter as informações previstas no art. 6º da LC nº 105/2001 após a regulamentação da matéria, de forma semelhante ao Decreto Federal nº 3.724/2001, e deverá conter as seguintes garantias:

- i) relevância temática entre a obtenção dos dados bancários e o imposto cobrado no procedimento administrativo instituído;
- ii) notificação prévia ao contribuinte quanto à instauração do processo e todos os demais atos com ampla garantia de acesso;
- iii) apresentação do pedido de acesso a superior hierárquico; existência de sistemas eletrônicos de segurança certificados e com cadastro de acesso;
- iv) estabelecimento de instrumentos eficazes de verificação e correção de desvios (STF, 2016).

A declaração de constitucionalidade da LC nº 105/2001 não permitirá ao Fisco exercer poder de fiscalização sem limites. O uso dos instrumentos previstos na lei precisa de regulamentação, controle e prudência. Na esfera Federal, pareceu adequado à Corte o regramento previsto no Decreto nº 4.489/2002, que regulamentou o art. 5º da LC nº 105/2001, e no Decreto nº 3.724/2001, que tratou do art. 6º, cabendo aos Estados e Municípios seguir as mesmas diretrizes indicadas no julgamento para a edição dos respectivos atos normativos.

Desta forma, é possível perceber que a recente decisão do Supremo, a respeito da constitucionalidade da LC nº 105/2001, não significou o fim do sigilo bancário, nem concedeu salvo conduto para que as autoridades tributárias adentassem no sigilo dos contribuintes.

Não está descartada a possibilidade da Suprema Corte ter que enfrentar mais uma vez o tema, seja para discutir a validade dos decretos estatuais, seja para examinar em concreto o cumprimento dos pressupostos e procedimentos da transferência de dados.

Espera-se que, até lá, o sigilo bancário dos contribuintes continue preservado, tanto pelos bancos quanto, agora, pelo próprio Fisco.

3.4 O sigilo bancário e o princípio da reserva de jurisdição

Sobre o Poder Judiciário e o sigilo bancário, a pergunta que se faz é: Estaria este instituto ao princípio de reserva constitucional de jurisdição? Princípio de reserva é que dá poderes para o judiciário para prática de determinados atos. Sobre este tema, Canotilho (*apud* HAGSTRÖM, 2009, p. 337) exalta:

(...) há um monopólio da primeira palavra, monopólio do juiz ou reserva absoluta de jurisdição quando, em certos litígios, compete ao juiz não só a última palavra, mas também a primeira palavra referente à definição do direito aplicável a certas relações jurídicas.

A CF/88, nos incisos XI e XII, do art. 5º, prevê as hipóteses de reserva de jurisdição:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: 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; XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (BRASIL, 1988).

Embora não esteja expresso nestes incisos o sigilo bancário, alguns autores interpretam que estaria incluído na reserva de jurisdição. Neste sentido, Canotilho (*apud* BELLOQUE, 2003, p. 121) discorre sobre o tema:

Este monopólio atua de maneira restrita atingindo número limitado de situações, sejam aquelas definidas expressamente pela Constituição, como é o caso da reserva absoluta de jurisdição para aplicação das sanções penais, expressada pela parêmia *nulla poena sine iudicio*, seja as decorrentes do sistema de garantias dos direitos individuais. Nesta segunda hipótese, apresentam-se as inviolabilidades individuais, que se veem relativizadas diante da proteção de interesses de ordem pública, mormente em fase da instrução processual penal, exigindo, no entanto, atividade jurisdicional para que sucumbam a necessidades do coletivo. Exemplos cristalinos são a inviolabilidade do domicílio e a do sigilo das comunicações telefônicas.

Fora os casos individualizados na Constituição, o reconhecimento do monopólio da primeira palavra tende a afirmar-se quando não existe qualquer razão ou fundamento material para a opção por um procedimento não judicial de decisão de litígios. É este o caso quando estão em causa direitos de particular importância jurídico-constitucional a cuja lesão deve corresponder uma efetiva proteção jurídica.

Conclui Belloque (2003, p. 122), no sentido de o sigilo financeiro ser um instituto que possui reserva de jurisdição:

Pela presença de todos os elementos ora descritos, a quebra de sigilo financeiro condiciona-se à regra da reserva de jurisdição. A

proximidade de devassa dos dados íntimos conservados pelas instituições financeiras com outa situações de restrição ao direito à intimidade, como as violações do domicílio e das comunicações telefônicas, conduz a esta [...].

No entanto, apesar do posicionamento dos autores anteriormente mencionados incluindo o sigilo financeiro na regra de reserva de jurisdição, a seguir passar-se-á a discorrer sobre o posicionamento do STF quando da análise da constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC nº 105/2001, que dispõe sobre afastamento do sigilo bancário perante a administração tributária.

3.5 Decisões que envolvem sigilo bancário

3.5.1 Julgados antecedentes à Lei Complementar nº 105/2001 (BLOCO 1)

Para delimitação, foi importante realizar uma tabulação das decisões objeto de análise, sendo possível classificar em dois blocos: o BLOCO 1 refere-se a decisões antes da declaração de constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC nº 105/2001 e o BLOCO 2, a decisões após a declaração de constitucionalidade.

Quadro 1 - Decisões antes da declaração de constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC nº 105/2001 (BLOCO 1)

BLOCO	Número de ordem	Identificação	Temática-decisão
1	1	Pet 577	Quebra de sigilo bancário prevaleceu o interesse público sobre o privado.
1	2	Mandado de Segurança (MS) 23.882/PR	Quebra de sigilo bancário pela CPI, mesmo considerando que o sigilo não é absoluto e não deve prevalecer diante do interesse público, mas é necessário que se atenda procedimentos estabelecidos em lei.

1	3	MS 21.729/D.	O Ministério Público requisitou ao Banco do Brasil S/A, documentos relativos a empréstimos com recursos públicos. A decisão foi adiada pelo pedido de vista do Min. Maurício Correia. No entanto, o Relator deferiu o pedido e declarando a inconstitucionalidade do § 2º, do art. 8º da LC nº 75 de 20/05/93, no prosseguimento do julgamento, agora como Relator, o Min. Marco Aurélio, por maioria de votos, indeferiu o MS. Neste caso envolveu a competência constitucional do Ministério Público, as atribuições do Banco do Brasil do dever de informar, o princípio constitucional da publicidade e a origem dos recursos utilizados para concessão dos empréstimos. Em suma, foi sobreposição do interesse público sobre o privado, denegado.
---	---	--------------	--

Fonte: Elaboração pelo autor

I. Publicação no DJ em 23.04.1993, o voto do Rel. Min. Carlos Velloso do STF na Pet 577 sobre sigilo bancário:

O sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (C.F., art. 5º, X), além de atender 'a uma finalidade de ordem pública, qual seja a de proteção do sistema de crédito', registra Carlos Alberto Hagstrom, forte no magistério de G. Ruta [...] Não é ele um direito absoluto, devendo ceder, é certo, diante do interesse público, do interesse da justiça, do interesse social, conforme, aliás, tem decidido esta Corte [...] Esse caráter não absoluto do segredo bancário, que constitui regra em direito comparado, no sentido de que deve ele ceder diante do interesse público, é reconhecido pela maioria dos doutrinadores [...] O Segredo há de ceder, entretanto, na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei (STF, 1993).

Resumo da Estrutura da Decisão

- (1) Medida questionada: Petição referente inquérito instaurado pela Polícia Federal contra o ex-Min. Antônio Rogério Magri para quebra de sigilo bancário;
- (2) Definição da colisão de direitos fundamentais: Direito à Privacidade e Interesse Público;

- (3) Peso abstrato dos direitos fundamentais: considerável dos dois lados;
- (4) Critérios para determinar o peso de intervenção e da importância da realização:
 - a) Número dos sujeitos envolvidos: número pequeno;
 - b) Conteúdo dos dados: Inquérito Policial instaurado por ter sido encontrado cintas de dinheiro no lixo do ex-Min;
 - c) Se o investigado deu razão para busca de informações: não;
 - d) A extensão do dano individual nas pessoas investigadas: nenhuma;
 - e) Extensão da autorização da busca das informações: questionando o pedido ao Banco Bamerindus;
 - f) Possibilidade de conexão das informações: nenhuma;
 - g) Intensidade do dano pelo qual o interesse público está exposto: apenas uma suposição;
 - h) Pressupostos ou condições nas quais o dano pode ocorrer: No investigado a exposição de sua intimidade.

II. Sigilo bancário e fiscal. Quebra de MS. Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI do futebol). Exigência de fundamentação do ato impugnado. CF/88, art. 58, § 3º:

Neste caso o STF firmou entendimento que as Comissões Parlamentares de Inquérito são obrigadas a demonstrar a existência concreta de causa provável que legitime a que dos sigilos bancários e fiscal. A fundamentação deve acompanhar o ato submetido à deliberação, da CPI, sendo inviáveis argumentações outras expostas no curso do mandado de segurança. Hipótese de deficiência na fundamentação do mandado de segurança. Hipótese de deficiência na fundamentação da quebra de sigilo do primeiro impetrante, por apoiar-se em meras conjecturas. Quando ao segundo impetrante, a CPI partiu de fato concreto com base em indícios de seus envolvimento com evasão de divisas e irregularidades nas transações com jogadores nominalmente identificados. Segurança concedida ao primeiro impetrante e denegada ao segundo, cassando-se, em relação a este, a liminar anteriormente deferida. (STF - MS 23.882/PR – Rel. Min. Maurício Corrêa - J. em 31.10.2001 – DJ 01.01.2002-BIJ 319/27686)

Resumo da Estrutura da Decisão

- (1) Medida questionada: MS pelo pedido de cassação de liminar para quebra de sigilo bancário de clube de futebol pela CPI;

(2) Definição da colisão de direitos fundamentais: Direito à Privacidade do clube o Poder da Comissões Parlamentares de Inquérito do pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal;

(3) Peso abstrato dos direitos fundamentais: considerável pelo lado dos impetrantes;

(4) Critérios para determinar o peso de intervenção e da importância da realização:

a) Número dos sujeitos envolvidos: número pequeno, aqui considerado apenas o impetrante;

b) Conteúdo dos dados: CPI para investigar o clube de futebol, transações ilegais com jogadores;

c) Se o investigado deu razão para busca de informações: A CPI, julgou que sim, mas o plenário do STF considerou sem fundamentação;

d) A extensão do dano individual nas pessoas investigadas: grande;

e) Extensão da autorização da busca das informações: Envolve a busca de informações das movimentações financeiros do Clube;

f) Possibilidade de conexão das informações: muitas conexões na ótica do impetrado;

g) Intensidade do dano pelo qual o interesse público está exposto: razoável;

h) Pressupostos ou condições nas quais o dano pode ocorrer: Exposição do Clube pela CPI, com indícios de evasão de divisas.

III. Requisição do Ministério Público Federal (MPF) envolvendo recursos públicos:

MANDADO DE SEGURANÇA, SIGILO BANCÁRIO, INSITUIÇÃO FINANCEIRA EXECUTUORA DE POLÍTICA CREDITÍCIA E FINANCEIRAS DO GOVERNO FEDERAL.LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REQUISITAR INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS DESTINADOS A INSTRUIR PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DE SUA COMPETÊNCIA

2.Slicitação de informações, pelo Ministério Público ao Banco do Brasil S/A sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, empresas do setor sucroalcooleiro.

3.Alegação do banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no artigo 38 da Lei nº 4.595/1964 e, ainda, ao entendimento de dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade para efeito do artigo 8º, da LC nº 75/1993.

4.O poder de investigação do estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende as atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público art. 129,

incisos VI, e VIII, da Constituição Federal, e o art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei complementar nº 1993.

5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob a invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, art. 37 da Constituição.

6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos porquanto o Banco do Brasil, os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre a concessão e ainda se comprometeu a proceder a equalização da taxa de juros, sob forma de subvenção econômica ao setor produtivo de acordo com a Lei nº 8.421/1992.

7. Mandado de segurança indeferido. Mandado de Segurança 21.729/DF. Rel. para acórdão. Min. Francisco Rezek, julgamento: 05/10/1995, Tribunal Pleno, publicado no DJ do dia 19/10/01, p.33. Ementa Vol. 02048-01 p.67.

Resumo da Estrutura da Decisão

(1) Medida questionada: MS impetrado pelo Banco do Brasil S/A para não fornecer informações das operações de créditos ao setor sucroalcooleiro a Procuradoria Geral da República;

(2) Definição da colisão de direitos fundamentais: direito constitucional de inviolabilidade do sigilo e o interesse público, levando em consideração que os recursos financeiros aplicados nos empréstimos de origem pública;

(3) Peso abstrato dos direitos fundamentais: considerável pelo lado do impetrado;

(4) Critérios para determinar o peso de intervenção e da importância da realização:

a) Número dos sujeitos envolvidos: número grande;

b) Conteúdo dos dados: documentos relativos aos empréstimos concedidos pelo Banco do Brasil ao setor sucroalcooleiro;

c) Se o investigado deu razão para busca de informações: Indícios de irregularidades na concessão de empréstimos;

d) A extensão do dano individual nas pessoas investigadas: grande;

e) Extensão da autorização da busca das informações: Envolve a busca de informações das movimentações financeiros entre o Banco e as empresas do setor;

f) Possibilidade de conexão das informações: muitas conexões;

g) Intensidade do dano pelo qual o interesse público está exposto: Grande;

h) Pressupostos ou condições nas quais o dano pode ocorrer: prejuízo para sociedade.

3.5.2 Julgados após a Lei Complementar nº 105/2001 (BLOCO 2)

Quadro 2 - Decisões após a declaração de constitucionalidade

BLOCO	Número de ordem	Identificação	Temática-decisão
2	4	RECURSO ESPECIAL 1.626.493 - SC (2014/0172874-3)	Pedido de quebra de sigilo bancário na ação de divórcio pelo ex-cônjuge da sociedade empresária suspeita de estar dando cobertura para desvio de bens por parte do outro cônjuge. A sentença resultou a quebra de sigilo bancário da pessoa jurídica em que o ex-cônjuge figurava como sócio em uma ação de divórcio, da recorrente que havia cometido ilícitos nas transações bancárias.
2	5	HC 87167/BA	Quebra de sigilo bancário. A decisão do STF foi manter o afastamento do sigilo bancário nos inquéritos instaurados quando instituições financeiras estiverem submetidas em regimes especiais. Nessa decisão, os Mins. Gilmar Mendes e Cezar Peluzo invocaram os arts. 33 e 34 da Lei nº 6.024 ⁶⁴ para, também, fundamentar a decisão. Essa decisão foi mantida e os embargos de declaração impetrados pelos requerentes HC (j. em 15/05/2007).
2	6	Acórdão 853748 TJDFT 20140020291667AGI - (0029711-93.2014.8.07.0000 - Res. 65 CNJ	Pedido de quebra de sigilo bancário na ação de alimentos. Nesse caso, houve uma análise proporcional entre a manutenção do sigilo de indivíduo privado e a necessidade de outro indivíduo privado no sentido de promover a execução de alimentos. Neste sentido, houve uma prevalência entre os direitos fundamentais em

⁶⁴ Art. 33. O liquidante prestará contas ao Banco Central do Brasil, independentemente de qualquer exigência, no momento em que deixar suas funções, ou a qualquer tempo, quando solicitado, e responderá, civil e criminalmente, por seus atos.

Art. 34. Aplicam-se a liquidação extrajudicial no que couberem e não colidirem com os preceitos desta Lei, as disposições da Lei de Falências (Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945), equiparando-se ao síndico, o liquidante, ao juiz da falência, o Banco Central do Brasil, sendo competente para conhecer da ação revocatória prevista no artigo 55 daquele Decreto-lei, o juiz a quem caberia processar e julgar a falência da instituição liquidanda. O Decreto-Lei 7.661, foi revogado pela Lei nº 11.101/2005.

			litígios privados.
2	7	HC 90.298-7/RS	O caso envolveu crime contra o patrimônio, cujo oferecimento da denúncia teve como base exclusivamente em dados protegidos pelo sigilo bancário e acessado sem autorização judicial. Neste caso, não houve contemplação com a prova ilícita uma vez que a materialidade foi calcada em extratos bancários obtidos de forma ilícita. Por fim, o Rel. Min. Cezar Peluzo concedeu a ordem para absolver a paciente, por não haver prova de existência do fato, nos termos do art. 36, inciso II ⁶⁵ , do CPP; acompanhou o Relator toda a segunda turma.

Fonte: Elaboração pelo autor

IV. Recurso Especial 1.626.493 - SC (2014/0172874-3)

RECURSO ESPECIAL 1.626.493 - SC (2014/0172874-3)
EMENTA CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CASAMENTO EM REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DE SOCIEDADE EMPRESARIAL DA QUAL O EX-CÔNJUGE É SÓCIO. POSSIBILIDADE.

Cinge-se a controvérsia em dizer se, em ação de divórcio c/c pedido de alimentos, é possível ser deferido pedido de quebra de sigilo bancário de pessoa jurídica, que tem como um dos sócios, o ex-cônjuge da recorrente, com quem foi casada em regime de comunhão universal de bens.

A divergência jurisprudencial na qual se calca este recurso, foi suficientemente demonstrada, pois os acórdãos eleitos como paradigma tratam de situações símeis, com desfecho diverso do que aconteceu no acórdão recorrido. Da possibilidade de quebra de sigilo bancário de pessoa jurídica que tem como um dos sócios, ex-cônjuge da recorrida com que discute a partilha. A fraude que a desconsideração invertida coíbe é, basicamente, o desvio de bens. O devedor transfere seus bens para a pessoa jurídica sobre a qual detém absoluto controle. Desse modo, continua a usufruí-los, apesar de não serem de sua propriedade, mas da pessoa jurídica controlada.

A *maiori, ad minus*! Se é possível, em determinadas circunstâncias, e esta Turma já confirmou essa possibilidade, a desconsideração invertida da personalidade jurídica e toda a devassa nas contas,

⁶⁵ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que 1047, decidiu o STF reconheça: II - não haver prova da existência do fato.

livros e contratos da sociedade que dela decorrem, qual a razão, diante de uma transferência patrimonial no importe de R\$ 900.000,00, para que não se defira o pedido singular de quebra de sigilo bancário da pessoa jurídica, por óbvio, medida muito menos gravosa para a sociedade empresarial? Assim, impõe-se o deferimento do pedido de quebra de sigilo bancário da sociedade empresária, com as cautelas próprias à situação, formulado pela recorrente. Forte nessas razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para, reformando o acórdão, deferir o pedido de quebra de sigilo da sociedade empresarial na qual o recorrido, ex-cônjuge da recorrente, é sócio.

7.Mandado de segurança indeferido. Mandado de Segurança 21.729/DF. Rel. para acórdão. Min. Francisco Rezek, julgamento: 05/10/1995, Tribunal Pleno, publicado no DJ do dia 19/10/01, p.33.Ementa Vol. 02048-01 p. 67.

Resumo da Estrutura da Decisão

- (1) Medida questionada: Recurso Especial, cônjuge pedindo quebra de sigilo bancário da sociedade empresarial a qual o ex-cônjuge é sócio, desconsideração da pessoa jurídica, art. 50 do Código Civil, na ação de divórcio;
- (2) Definição da colisão de direitos fundamentais: direito constitucional de inviolabilidade do sigilo e alimentos;
- (3) Peso abstrato dos direitos fundamentais: considerável pelos dois lados;
- (4) Critérios para determinar o peso de intervenção e da importância da realização:
 - a) Número dos sujeitos envolvidos: pequeno;
 - b) Conteúdo dos dados: pedido de desconsideração da sociedade empresária do ex-cônjuge que é sócio;
 - c) Se o investigado deu razão para busca de informações: Indícios de ocultação de patrimônio;
 - d) A extensão do dano individual nas pessoas investigadas: grande;
 - e) Extensão da autorização da busca das informações: na sociedade empresária da qual os ex-cônjuge é sócio;
 - f) Possibilidade de conexão das informações: muitas conexões;
 - g) Intensidade do dano pelo qual o interesse público está exposto: não há interesse público;
 - h) Pressupostos ou condições nas quais o dano pode ocorrer: prejuízo para sociedade empresária pela exposição e, também, para a cônjuge que estava sendo lesada pela ocultação patrimonial.

V. O Caso Banco Econômico S/A sob intervenção do BACEN

Habeas Corpus. 2. Crime contra o sistema Financeiro Nacional. 3. Liquidação extrajudicial do Banco Econômico. Investigação pelo Banco Central. 4. Alegação de utilização de prova ilícita na ação de instauração de ação penal. 5. Quebra de sigilo bancário promovida pelo Banco Central do Brasil com relação a contratos de prestação de serviços advocatícios firmados entre o Banco Econômico e a empresa constituída pelos pacientes. 6. Momento das investigações anterior a Lei Complementar nº 105/2001. 7. Legalidade da quebra de sigilo bancário, aplicando-se, no caso concreto, o art. 41 da Lei nº 6.024/1974. 8. Ausência de constrangimento ilegal. 9. Ordem indeferida” -HC 87167/Bahia, 2ª T. Rel. Min. Gilmar Mendes, j.29/08/2006.

Embargos de Declaração em habeas corpus.

1. Os embargantes alegam; a) a ilegalidade da quebra do sigilo bancário dos pacientes; b) a não incidência do art. 41 da Lei nº 6024/1974⁶⁶; c) a impossibilidade de atribuição de poderes jurisdicionais ao Banco Central
2. Com relação da quebra de sigilo bancário dos pacientes, verifica-se que a quebra do sigilo não só se efetivou de maneira legítima, como também contou com prévia autorização judicial específica que somente a partir de então com prévia autorização judicial específica que somente a partir de então assegurou o ao BACEN o acesso à contas bancárias dos ora pacientes.
3. Quando à não-incidência do art.41 da Lei nº 6.024/1974, não há o que acrescentar, retificar ou esclarecer com relação à fundamentação do acórdão embargado porque a tese condutora do aresto impugnado assumiu a mesma premissa lógica do embargante para determinar a incidência, na espécie, dos arts. 33 e 34 da Lei nº 6.024/1974.
4. Com referência à impossibilidade de atribuição de poderes jurisdicionais ao Banco Central, vislumbra-se que os arts. 33 e 34 atribuem ao BACEN competência para supervisionar, fiscalizar a regularidade dos atos administrativos realizados por instituições financeiras que se encontrem na condição jurídica excepcional de liquidação. Tais dispositivos, como explicitados no acórdão embargado, conferem poderes ao Banco Central, nhoque concerne à apuração da atuação administrativa das instituições financeiras em liquidação.
5. Em última instância, o embargante busca rediscutir a matéria decidida no julgamento do *habeas corpus*, com a finalidade de conferir aos presentes embargos efeitos infringentes, o que, salvo situação de patente constrangimento ilegal ou de manifesta situação de abuso de poder, é inviável em sede de embargos de declaração (...).
6. Dos documentos acostados aos autos, verifica-se a ausência dos requisitos. De acolhimento dos embargos

⁶⁶ Art. 41. Decretada a intervenção, da liquidação extrajudicial ou a falência de instituição financeira, o Banco Central do Brasil procederá a inquérito, a fim de apurar as causas que levaram a sociedade àquela situação e a responsabilidade de seus administradores e membros do Conselho Fiscal (BRASIL, 1974). (Vide Lei nº 7.315, de 1985).

7. Embargos rejeitados.” 2ª T., Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 15/05/2007.

7.Mandado de segurança indeferido. Mandado de Segurança 21.729/D. Rel. para acórdão. Min. Francisco Rezek, julgamento: 05/10/1995, Tribunal Pleno, publicado no DJ do dia 19/10/01, p.33.Ementa Vol. 02048-01 p.67

Resumo da Estrutura da Decisão

(1) Medida questionada: Habeas Corpus contra, para que o Banco Central do Brasil não investigue movimentações do Banco Econômico S/A que está sob intervenção-Indeferido;

(2) Definição da colisão de direitos fundamentais: direito constitucional de inviolabilidade do sigilo e o interesse público, levando em consideração a dimensão da intervenção de uma instituição financeira no cenário econômico nacional;

(3) Peso abstrato dos direitos fundamentais: grande, em relação ao interesse público;

(4) Critérios para determinar o peso de intervenção e da importância da realização:

a) Número dos sujeitos envolvidos: número grande;

b) Conteúdo dos dados: documentos que envolvem as movimentações do banco sob intervenção com as demais pessoas física e jurídicas;

c) Se o investigado deu razão para busca de informações: Os indícios de irregularidades detectados pelo BACEN sobre esse escritório de advocacia surgiram, em março de 1999, depois da assinatura do segundo contrato firmado entre a Vaz Guimarães e o Banco Econômico. Nesse contrato, segundo análise prévia feita pelo BACEN, houve um aumento dos valores dos honorários advocatícios, que chegaram a R\$ 12 milhões. Segundo o Ministério Público, ocorreu uma "enorme distorção" de 141 vezes no aumento dos valores discutidos em relação ao primeiro contrato, de 1997, quando a remuneração para o escritório tinha critérios fixos. “Até o momento da decretação do pedido da quebra de sigilo bancário dos pacientes (sócios), o Banco Central não tomara conhecimento da respectiva e específica movimentação de cada uma das contas bancárias;

d) A extensão do dano individual nas pessoas investigadas: grande;

e) Extensão da autorização da busca das informações: O BACEN tem plena legitimidade" para apurar eventuais irregularidades na empresa contratada pelo Banco Econômico, sob intervenção, desde 1995. Um ano depois, o Banco Econômico foi vendido para o grupo Excel;

f) Possibilidade de conexão das informações: muitas conexões;

g) Intensidade do dano pelo qual o interesse público está exposto: grande;

h) Pressupostos ou condições nas quais o dano pode ocorrer: prejuízo para a sociedade.

VI. Quebra de Sigilo Fiscal e Bancário na Ação de Alimentos

DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. QUEBRA DE SIGILO FISCAL E BANCÁRIO. PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE E CELERIDADE DO PROCESSO. POSSIBILIDADE.DECISÃO.REFORMADA

1.Muito embora a quebra dos sigilos bancário e fiscal seja uma medida excepcional, é possível seu deferimento quando, diante dos elementos do caso concreto, não há outro meio de se obter informações sobre a real condição financeira do alimentante, não sendo, portanto, absoluto o direito ao sigilo.

2.Em ação de execução de alimentos a controvérsia acerca do quantum percebido pelo alimentante a título de rendimentos, desnecessária a propositura de nova ação, cabendo dirimir tal dúvida na via executiva, em observância aos princípios da instrumentalidade e celeridade do processo.

3.Não se vislumbrando haver outro meio de se obter informações sobre a atual remuneração auferida pelo alimentante sobre o que incidirá o percentual de desconto a ser pago a título de pensão alimentícia devido aos agravantes/exequentes, faz-se necessária a quebra de sigilo fiscal e bancário do alimentante.4. Recurso conhecido e provido. Decisão - CONHECER. DAR PROVIMENTO. UNÂNIME. Acórdão 853748 TJDFT 20140020291667AGI - (0029711-93.2014.8.07.0000 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça 5ª TURMA CÍVEL Rel. SEBASTIÃO COELHO, Publicado no DJE: 11/03/2015. Pág.: 361

7.Mandado de segurança indeferido. Mandado de Segurança 21.729/D. Rel. para acórdão. Min. Francisco Rezek, julgamento: 05/10/1995, Tribunal Pleno, publicado no DJ do dia 19/10/01, p.33.Ementa Vol. 02048-01 p.67

Resumo da Estrutura da Decisão

(1) Medida questionada: Recurso com acórdão que autorizou a quebra de sigilo bancário na ação de alimentos para aferir a renda do alimentante;

(2) Definição da colisão de direitos fundamentais: Direito à Privacidade e à Intimidade que envolve o sigilo bancário e a dignidade do alimentado;

(3) Peso abstrato dos direitos fundamentais: considerável para o alimentante e grande para o alimentado;

(4) Critérios para determinar o peso de intervenção e da importância da realização:

- a) Número dos sujeitos envolvidos: as duas partes;
- b) Conteúdo dos dados: aferição da renda do alimentante;
- c) Se o investigado deu razão para busca de informações: sim omissão de rendimentos;
- d) A extensão do dano individual nas pessoas investigadas: pequena;
- e) Extensão da autorização da busca das informações: vários bancos;
- f) Possibilidade de conexão das informações: insignificante;
- g) Intensidade do dano pelo qual o interesse público está exposto: nenhuma;
- h) Pressupostos ou condições nas quais o dano pode ocorrer: para o alimentado se não houvesse a possibilidade de quebra, não teria condições de saber qual a renda do alimentante.

VII. A Prova Ilícita e a Quebra de Sigilo Bancário

AÇÃO PENAL. PROVA ILÍCITA. CARACTERIZAÇÃO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONFISSÃO OBTIDA COM BASE NA PROVA ILEGAL: CONTAMINAÇÃO. HC CONCEDIDO PARA ABSOLVER A RÉ. Ofensa ao ART. 5º INC. LVI⁶⁷ DA CF.

Considera-se ilícita a prova criminal consistente em obtenção, sem mandado, de dados bancários da ré, e, como tal, contamina as demais provas produzidas com base nessa diligência ilegal.

A Turma, à unanimidade, deferiu pedido de *habeas corpus* HC 90.298-7/RS, julgamento 08/09/2009, publicado Dje-195 15/10/2009.

Resumo da Estrutura da Decisão

- (1) Medida questionada: Habeas Corpus deferido, quebra de sigilo bancário obtido sem autorização judicial;
- (2) Definição da colisão de direitos fundamentais: Direito à Privacidade e coletivos;
- (3) Peso abstrato dos direitos fundamentais: Razoável pelo fato de que Superior Tribunal Militar aplicou o princípio da proporcionalidade do sigilo bancário, pela suspeita de movimentar conta de pensionista ilicitamente;
- (4) Critérios para determinar o peso de intervenção e da importância da realização:
 - a) Número dos sujeitos envolvidos: vários;

⁶⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

- b) Conteúdo dos dados: O HC foi concedido e não houve pela ausência de autorização judicial que autorize a quebra de sigilo;
- c) Se o investigado deu razão para busca de informações: A paciente foi incurso no *caput* do art. 251 do Código Militar.
- d) A extensão do dano individual nas pessoas investigadas: para paciente e para as partes que tiveram suas contas movimentadas;
- e) Extensão da autorização da busca das informações: documentos bancários;
- f) Possibilidade de conexão das informações: pequena;
- g) Intensidade do dano pelo qual o interesse público está exposto: leve limitado aos pensionistas que supostamente foram atingidos;
- h) Pressupostos ou condições nas quais o dano pode ocorrer: para a impetrante a exposição de seu sigilo sem autorização judicial.

3.6 Questões sobre sigilo bancário e direito do consumidor

3.6.1 Quebra de sigilo bancário: aplicação do Código de Defesa do Consumidor

O caso da quebra de sigilo bancário é a entrega de extrato bancário à terceira pessoa. Nesse caso, o Banco alegou, em sua defesa, que foi mero aborrecimento. No fundamento e decisão, o magistrado considerou desnecessária a realização de prova; foram aplicadas as regras do CDC, considerando que as instituições financeiras se enquadram no conceito de fornecedor de serviços no mercado de consumo, conforme expressamente previsto no art. 3º, § 2º⁶⁸, da Lei nº 8.078/90, considerando que a parte contrária é consumidora final de seus serviços, conforme art. 2º da lei. O mesmo entendimento está na Súmula 297, do STJ⁶⁹ e acórdãos⁷⁰ que resultou nesta Súmula.

⁶⁸ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
[...] (BRASIL, 1990).

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

⁶⁹ SÚMULA N. 297 O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.
Referência: CDC, art. 3º, § 2º

RECURSO ESPECIAL 57.974-RS (94.386150)

EMENTA Código de Defesa do Consumidor. Bancos. Cláusula penal. Limitação em 10%.

1. Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, parágrafo segundo, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em

O magistrado da 2ª vara Cível da comarca de Itu, onde tramitava a lide, em 13 de novembro de 2019, condenou o Banco a indenizar a cliente por danos morais.

O caso estudado teve as seguintes características: aplicação do CDC, no fornecimento de serviços financeiros, a indenização por danos morais. Neste sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) decidiu:

RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL- quebra de sigilo bancário por parte de funcionário da Instituição Financeira – Entrega de extrato da conta poupança e divulgação de dados pessoais a terceiro. Falha na prestação de serviços – Dever do Banco de preservar o sigilo de seus clientes – Indenização de vida – Constrangimento sofridos pelo autor em virtude da violação de seus

pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco.

2. A limitação da cláusula penal em 10% já era do nosso sistema (Dec. n. 22.926/1933), e tem sido usada pela jurisprudência quando da aplicação da regra do artigo 924 do CC, o que mostra o acerto da regra do artigo 52, parágrafo 1º, do Codecon, que se aplica aos casos de mora, nos contratos bancários. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Rel. os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar e Barros Monteiro. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo. Brasília (DF), 25 de abril de 1995 (data do julgamento)

⁷⁰ RECURSO ESPECIAL 298.369 - RS (2000/0145758-6)

EMENTA Recurso especial. Omissão inexistente. Código de Defesa do Consumidor. Instituição financeira. Relação de consumo. Contrato de abertura de crédito. Juros remuneratórios. Comissão de permanência.

1. Omissão inexistente no Acórdão recorrido, que decidiu fundamentadamente todas as questões postas na apelação.

2. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras por existir relação de consumo em relação aos respectivos clientes. Precedente da 2ª Seção. 3. Os juros remuneratórios e a comissão de permanência, após o vencimento da obrigação, são encargos legais, não se podendo cobrá-los, entretanto, no mesmo período de inadimplência, de forma cumulada, tendo em vista que na composição deste último encontram-se inseridos juros. Orientação em contrário abre espaço para uma dupla cobrança de juros de natureza remuneratória, ensejando enriquecimento indevido, e ao anatocismo, repellido em nosso Direito, salvo na forma anual, conforme estabelece a Lei de Usura para os mútuos bancários comuns. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido RECURSO ESPECIAL 387.805 - RS (2001/0171862-8)

EMENTA Direito bancário e processual civil. Recurso especial. Relação de consumo. Juros remuneratórios. TR. Comissão de permanência. Novação. Súmula n. 7/STJ. - Os bancos ou instituições financeiras, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, § 2º, estão submetidos às disposições do CDC. - Nas operações realizadas por instituição integrante do sistema financeiro nacional, não se aplicam as disposições do Decreto nº 22.626/33 quanto à taxa dos juros remuneratórios. Aplica-se a Súmula n. 596/STF aos contratos de mútuo bancário, à exceção das notas e cédulas de crédito rural, comercial e industrial, regidas por legislação especial. - É lícita a cláusula contratual que prevê o reajuste das parcelas mensais pela TR, desde que pactuada, bem como de cobrança de comissão de permanência, desde que não cumulada com correção monetária, multa e juros moratórios. - A novação não pode ser discutida em sede de recurso especial, quando amparada em análise do documento próprio, considerado como decorrente de relação jurídica continuada. - Apenas a capitalização anual de juros é válida, nos termos do art. 4º do Decreto-Lei nº. 22.626/33.

dados pessoais. (TJ – SP 1013428232011778260071 SP 1013428-23.2017.8.26.0071, Rel. Mário de Oliveira, j. 05/02/2018, 19ª Câmara de Direito Privado, p. 18/06/2018.)

3.7 Outras questões especiais sobre a Lei Complementar nº 105/2001

3.7.1 Prestação de informações ao Poder Judiciário

O art. 3º prescreve sobre a prestação de informações ao Poder judiciário:

Art. 3º. Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide (BRASIL, 2001).

Comentando sobre a função jurisdicional do Estado na busca da verdade sobre os fatos, Covello (1991, p. 156) explica:

Muitas vezes, essa verdade se acha acobertada pelo sigilo bancário, especialmente nos dias atuais em que os Bancos participam de quase todas as atividades da sociedade moderna, de modo que a obrigação de segredo a que estão sujeitos acaba, em muitos casos, por obstaculizar a descoberta da verdade. Daí a quase totalidade das legislações estatuíram o dever de os Bancos prestarem informações à justiça, sobrestando, frente ao Poder Judiciário, a reserva bancária.

No mesmo sentido, favorável à prestação de informação ao judiciário, Sacker (*apud* COVELLO, 1991, p. 16) proclama:

A clientela do Banco, tem a salvaguarda de seus interesses na obrigação do segredo profissional imposto pelo banqueiro. Mas outros interesses contrários podem achar-se lesados por essa obrigação: os da justiça que persegue a verdade em um processo e deve levantar o véu da discrição que cobre as operações de Banco.

Já, em 1949, o STF manifestou quanto à obrigação de prestação de informação ao Poder Judiciário, ao julgar o MS 1047, que decidiu:

BANCOS – Sigilo Profissional- Acepção e extensão – Interesses superiores da Justiça – Esclarecimento da verdade. Os bancos não se podem eximir de ministrar informações, no interesse público do esclarecimento da verdade, essenciais e indispensáveis ao julgamento de desenlace das demandas submetidas ao Poder Judiciário” - Pleno, Rel. Min. Ribeiro da Costa, j.6/09/1049.

Em sentido oposto, a obrigação dos bancos em prestar informações ao judiciário, Malagarriga (*apud* COVELLO, 1991, p. 157) exalta:

[...] esta posição, não obstante sua razoabilidade, baseada no predomínio do interesse geral de que se chegue à solução justa dos litígios sobre o interesse particular do indivíduo é criticável enquanto não estabelece os verdadeiros limites da faculdade judicial de relevamento do segredo e outorga aos órgãos jurisdicionais um caráter discricionário incompatível com a segurança dos direitos individuais, princípios tanto ou mais respeitável que o da justiça das soluções judiciais.

O artigo coloca em confronto os interesses individuais e o público; de um lado, a necessidade do judiciário buscar a verdade mesmo que seja a verdade processual; do outro, o interesse particular em manter sua intimidade preservada. Como foi visto anteriormente, o judiciário já tinha se manifestado, em 1949, favoravelmente à prestação de informações, não obstante os argumentos sólidos de Malagarriga à tendência atual e manter o que já foi decidido. A seguir, apresenta-se sobre o tema.

Os §§ 1º e 2º, do art. 3º, prescreve, também, sobre a prestação de informações; o § 2º prevê o pedido judicial de quebra, mesmo não havendo “Processo judicial em curso”. Neste caso, existe a possibilidade do pedido do afastamento do sigilo, ainda na fase do inquérito administrativo. Abaixo, a transcrição dos dois parágrafos:

§ 1º Dependem de prévia autorização do Poder Judiciário a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada 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.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, o requerimento de quebra de sigilo independe da existência de processo judicial em curso (BRASIL, 2001).

O § 3º prevê um privilégio para a União, quando esta for parte no caso concreto:

§ 3º Além dos casos previstos neste artigo o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários fornecerão à Advocacia-Geral

da União as informações e os documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte (BRASIL, 2001).

3.7.2 A Comissão de Valores Mobiliários e o sigilo bancário

O art. 7º combinado com o art. 2º outorgam poderes para CVM levantar o sigilo bancário, reforçado pelo § 3º, do art. 2º, combinado com o § 1º do inciso I. A seguir, a íntegra dos dispositivos legais citados:

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto no § 3º do art. 2º, a Comissão de Valores Mobiliários, instaurado inquérito administrativo, poderá solicitar à autoridade judiciária competente o levantamento do sigilo junto às instituições financeiras de informações e documentos relativos a bens, direitos e obrigações de pessoa física ou jurídica submetida ao seu poder disciplinar.

Art. 2º. [...]

§ 1º O sigilo, inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, não pode ser oposto ao Banco Central do Brasil: I – no desempenho de suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras;

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se à Comissão de Valores Mobiliários, quando se tratar de fiscalização de operações e serviços no mercado de valores mobiliários, inclusive nas instituições financeiras que sejam companhias abertas (BRASIL, 2001).

Os poderes de fiscalização da CVM estão prescritos no art. 9º e inciso I, da Lei nº 6.385 de 1976, a seguir transcritos:

Art 9º. A Comissão de Valores Mobiliários, observado o disposto no § 2º do art. 15, poderá: (Redação dada pelo Decreto nº 3.995, de 31.10.2001) I - examinar e extrair cópias de registros contábeis, livros ou documentos, inclusive programas eletrônicos e arquivos magnéticos, ópticos ou de qualquer outra natureza, bem como papéis de trabalho de auditores independentes, devendo tais documentos ser mantidos em perfeita ordem e estado de conservação pelo prazo mínimo de cinco anos: (Redação dada pelo Decreto nº 3.995, de 31.10.2001) (BRASIL, 2001).

O que se observa na análise da redação do art. 2º, comparando com a do art. 7º, é que houve uma ampliação das informações e documentos protegidos pelo sigilo bancário e, ainda, o parágrafo único do art. 7º prevê um intercâmbio entre a CVM e o BACEN, conforme redação a seguir:

Parágrafo único. O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, manterão permanente intercâmbio de informações acerca dos resultados das inspeções que realizarem, dos inquéritos que instaurarem e das penalidades que aplicarem, sempre que as informações forem necessárias ao desempenho de suas atividades (BRASIL, 2001).

3.7.3 O Ministério Público e o sigilo bancário

O art. 9º leva o enfretamento da temática da posição do Ministério Público e o sigilo bancário, conforme pode-se notar na transcrição da redação do *caput* do referido artigo:

Art. 9º. Quando, no exercício de suas atribuições, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, informarão ao Ministério Público, juntando à comunicação os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos (BRASIL, 2001).

E, ainda, no § 1º como deve ser feito o comunicado ao Ministério Público:

§ 1º A comunicação de que trata este artigo será efetuada pelos Presidentes do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, admitida delegação de competência, no prazo máximo de quinze dias, a contar do recebimento do processo, com manifestação dos respectivos serviços jurídicos (BRASIL, 2001).

Aqui não serão tratados dos Poderes Constitucionais atribuídos ao Ministério Público, mas tão somente a previsão da lei da presença do Ministério Público nos casos de indicativo de crimes definidos como sujeitos à ação pública prevista no art. 100 do CP. *In verbis*:

Art. 100. A ação penal é pública salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. “A ação penal de iniciativa pública é aquela de atribuição exclusiva do Ministério Público. A Constituição Federal, no art. 129, I, garantiu ao Ministério Público o *dominus litis*, no processo penal, que se inicia com oferecimento da denúncia ao Juízo competente (BRASIL, 1940).

Neste caso, entende-se que como o Ministério Público é o “advogado da sociedade”, o interesse público deve prevalecer sobrepondo ao privado na questão do sigilo bancário.

No entanto, os poderes do Ministério Público quando o assunto for quebra de sigilo, a 3ª Seção do STJ determinou que o Ministério Público não pode requisitar diretamente à Receita Federal dados sigilosos sem ordem judicial. A seguir, transcrevemos trechos do voto vencedor:

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 83233 - SP (2017/0083338-5)
RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR RECORRENTE :
HELENA PLAT ZUKERMAN ADVOGADOS : RENATO SCIULLO
FARIA - SP182602 DANYELLE DA SILVA GALVÃO - SP340931
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL CORRÉU :
MAURO ZUKERMAN

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO MAJORADO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO. OBTENÇÃO DE DADOS FISCAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DIRETAMENTE À RECEITA FEDERAL SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. QUESTÃO NÃO COMPREENDIDA NO JULGAMENTO DO TEMA 990 PELO STF. ACESSO DIRETO PELO ÓRGÃO DA ACUSAÇÃO, QUE NÃO SE CONFUNDE COM A REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS, PREVISTA LEGALMENTE E RECONHECIDAMENTE POSSÍVEL PELA CORTE SUPREMA. COMPARTILHAMENTO QUE OCORRE, DE OFÍCIO, PELA RECEITA FEDERAL, APÓS DEVIDO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM QUE, POSTERIORMENTE AO LANÇAMENTO DO TRIBUTOS, VERIFICA-SE A EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE CRIME. ILEGALIDADE CONFIGURADA. RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DOS DADOS OBTIDOS PELO ÓRGÃO DA ACUSAÇÃO E OS DELES DECORRENTES.

Voto Vencedor

Em face do exposto, dou provimento ao recurso para a reconhecer a ilicitude dos dados (fiscais e bancários) obtidos pelo Ministério Público por meio da Receita Federal na Ação Penal n. 0003084-80.2016.4.03.6126, sem autorização judicial, devendo todos os elementos de informação e os deles decorrentes ser desentranhados da ação penal, cabendo ao Juízo de Direito da 3ª Vara Federal de Santo André/SP identificá-los, verificar em quais ações penais foram utilizados e analisar, pormenorizadamente, se as ações penais se sustentariam sem esses indícios (BRASIL, 2017).

Neste prevaleceu o entendimento do relator da matéria, o Ministro Sebastião Reis Júnior, ficaram vencidos o voto do Ministro Rogério Schietti, que foi acompanhado pelos Ministros Ribeiro Dantas e Laurita Vaz.

3.8 A Teoria de Robert Alexy e os direitos fundamentais

A ideia de estudar a teoria de Alexy (2018), no presente estudo, decorre de sua contribuição com a teoria dos princípios, em especial, os princípios relacionados aos direitos fundamentais. A essência de sua teoria está na diferenciação entre regras e princípios e a mais significativa da interpretação dos direitos fundamentais, a da proporcionalidade.

A temática sigilo bancário, a todo tempo, está conflitando com interesses relacionados aos direitos fundamentais individuais e ao interesse público. Quando deparamos com uma constituição permeada de regras e princípios, a colisão de princípios é inevitável e, muitas vezes, no caso concreto, aparecem princípios colidentes trazendo dificuldades para o intérprete.

A explicação de Alexy (2018) é que a colisão de princípios é no sentido de que não se soluciona no âmbito da validade, mas sim a verificabilidade de qual dos princípios tem peso maior na solução do caso concreto. Em um determinado caso, a prevalência pode ser de um princípio; em outro caso, poder ser de outro.

No caso envolvendo sigilo bancário, o problema das colisões tem plena aplicabilidade. O sigilo está ligado ao direito à intimidade e à privacidade do indivíduo que, em tese, não poderia ser exposto a terceiros; porém, em algumas circunstâncias, a proteção desses direitos pode colidir com outros interesses, seja no âmbito privado, no caso de uma ação de divórcio e de uma fiscalização por parte da Administração Tributária, neste caso, envolvendo interesse público.

Para Alexy (2018, p. 04):

A teoria dos princípios tem tentado, desde seu surgimento, enfrentar essa objeção através da teoria da discricionariedade. Nessa teoria, o conceito de princípios formais desempenha um papel fundamental. [...]. Eu tentarei defender a tese de que é possível uma análise dos princípios formais que implique uma teoria adequada da discricionariedade legislativa. A base desse modelo é a fórmula do peso.

É necessário, para entender a teoria de Robert Alexy, os elementos básicos que, a seguir, serão apresentados.

3.8.1 Distinção entre regras e princípios

Alexy (2018), quando desenvolveu o método de interpretação dos direitos fundamentais, fez uma distinção entre regra e princípios. No caso das regras, definiu-as como normas jurídicas que são dotadas de determinações, cujo cumprimento deve ser de forma precisa, de tal maneira que não há possibilidade do não cumprimento delas. No caso de contradição e da impossibilidade de cumprimento de duas regras, a solução deverá ser adotar uma cláusula de exceção para eliminação de uma das regras conflitantes.

No caso dos princípios, definiu-os como normas que transmitem mandamentos em sua dimensão de permissões ou proibições, de otimização, determinando que algo deva ser feito dentro das possibilidades fáticas jurídicas existentes.

Para Alexy (2018), essas possibilidades são outros princípios, bem como regras, que eles possam colidir. Desta forma, podem ser atendidos em diferentes graus, de conformidade com as possibilidades. No caso de dois princípios entrarem em colisão, busca-se o atendimento de ambos, de conformidade com as possibilidades, forçando um deles a ceder sem que se tenha que incluir uma cláusula de exceção ou que um dos princípios seja invalidado.

A questão é qual dos princípios deva ceder; isto vai depender do peso de cada um presente no caso concreto. Considera-se, também, o fenômeno de que os mesmos princípios colidentes podem ter pesos distintos em casos concretos diferentes, com alternância de sua prevalência, ora um ora outro.

3.8.2 A proporcionalidade

Outro elemento básico da teoria é o da proporcionalidade. Sua análise, em sentido estrito, significa o momento no qual o julgador deve fazer a ponderação entre os princípios colidentes. Em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”,

Alexy (2017, p. 117-118) demonstra bem a aplicação do elemento “regra” na proporcionalidade:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigências de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com o princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos caso seja aplicáveis é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.

Na obra “Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito”, Alexy (2018, p. 05) volta a escrever sobre o que ele denominou de elementos básicos da Teoria de Princípios:

A natureza dos princípios como comandos de otimização conduz diretamente a uma conexão necessária entre princípios e o exame da proporcionalidade. A máxima proporcionalidade que nas últimas décadas tem obtido um reconhecimento internacional cada vez maior a prática e na teoria da jurisdição constitucional, consiste em três máximas parciais: a máxima parcial da adequação, a máxima parcial da necessidade e a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. Todas as três máximas parciais expressam a ideia de otimização. Por essa razão, a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade e vice-versa.

Na defesa da proporcionalidade, como uma consequência inevitável do reconhecimento dos direitos fundamentais, sob formas de princípios devem ser realizados nas máximas medidas possíveis:

As máximas da adequação e necessidade se referem à otimização no que diz respeito às possibilidades fáticas. A otimização referente à possibilidade fáticas consiste em evitar custos evitáveis. Porém, custos são inevitáveis quando princípios colidem. A ponderação torna-se então necessária. A ponderação é objeto da terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade, a saber, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Essa máxima expressa o que significa a otimização no que diz respeito à possibilidade jurídicas. Ela é idêntica a uma regra que pode ser denominada “lei da ponderação”. Ela reza: Quanto maior o grau de não cumprimento de

um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro (ALEXY, 2018, p. 6).

Essa teoria sistematizada por Alexy (2018), em situações em que os julgadores do Tribunal Constitucional Alemão analisavam, uma lei relacionada a um determinado direito fundamental, que restringia outro direito fundamental, esta deve ser submetida à regra da proporcionalidade, em sentido estrito, por meio da ponderação (ou sopesamento) dos princípios colidentes.

O elemento da proporcionalidade requer que, na escolha dos meios, o escolhido restrinja outro direito fundamental. Há necessidade da busca de alternativas que não atinjam o outro direito fundamental.

Alexy (2017, p. 119-120) desenvolve um exemplo que se caracteriza:

Pela presença de apenas dois princípios e dois sujeitos de direito (Estado/cidadão) com a seguinte estrutura: Estado fundamenta a perseguição do objetivo Z com base no princípio P1 (ou Z simplesmente idêntico a P1) existem duas medidas, M1 e M2, que são igualmente fomentadores de Z e ambas são igualmente adequadas. M2 afeta menos intensamente que M1 ou não afeta, a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio P2 exige. Sob essas condições, para P1 [e indiferente se se escolhe M1 ou M2. Nesse sentido, P1, não fará diferença se a escolha recair em M1 ou M2, nem que se a escolha M2 em vez de M1. Para P2, no entanto, a escolha entre M1 e M2 não é indiferente. Na qualidade de princípio P2, exige uma otimização tanto em relação a possibilidades fáticas quanto em relação à possibilidade s jurídicas. No que diz respeito a possibilidades fáticas, P2 pode ser realizado em maior medida se se escolhe m2 em vez de m1, por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação à possibilidades fáticas, e sob o condição de que P1 quanto P2 sejam válidos, apenas M2 é permitida e M1 é proibida. Esse raciocínio vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas. Portanto, o exame da necessidade, que o Tribunal Constitucional Federal define como a exigência de que “o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo” decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.

A escolha de M2 será tranquila caso não afete P2, mesmo que M2 traga mais benefício para P2, no caso do meio escolhido afetar de alguma forma P1, o elemento⁷¹ necessidade não será suficiente para solucionar o problema, será somente para indicar o meio que menos restringe P2. A solução se dará no âmbito

⁷¹ São três elementos parciais utilizados na aplicação da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade, no sentido estrito.

da aplicação do último elemento que faz a verificação das possibilidades jurídicas. Para resolver a colisão, o elemento apto é o da proporcionalidade, correspondente ao mandado de ponderação.

Para ilustrar a aplicação da proporcionalidade da ponderação nas decisões judiciais, a seguir, insere-se recortes do voto do Min. Gilmar Mendes no HC 96.056 – PE 28/06/2011:

A identificação:

HABEAS CORPUS 96.056 PERNAMBUCO RELATOR: MIN. GILMAR MENDES PACTE. (S) :JACINTO MONTEIRO DIAS PACTE. (S) :MARIA DEL PILAR NOGUES DIAS PACTE. (S) :MIRELLA MAYMONE RIBEIRO DIAS PACTE.(S) :CARLOS ALBERTO GUIMARÃES PADILHA PACTE.(S) :JORGEANE MONTEIRO MERIGUETTE PACTE.(S) :ARTHUR TILMANN MAIA NETO PACTE.(S) :EMERSON HENRIQUE CALADO DE OLIVEIRA IMPTE.(S) :ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTRO(A/S) COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus.

Os fatos, quebra de sigilo bancário e telefônico, não fundamentados pelo magistrado, teve como base apenas a exposição do Ministério Público, reconhecimento de que a prova obtida por meio ilícito não tem eficácia jurídica. HC, parcialmente conhecido, o voto do Ministro Relator foi acompanhado por unanimidade dos Ministros da 2ª Turma, sob a presidência do Min. Rel. Gilmar Mendes:

2. Quebra de sigilo bancário e telefônico. Alegação de que as decisões proferidas pelo magistrado de primeiro grau não foram devidamente motivadas, por terem apresentado mera menção às razões expostas pelo Parquet. 3. Ausência de decisão com fundamentos idôneos para fazer ceder a uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional. 4. Prova ilícita, sem eficácia jurídica. Desentranhamento dos autos. 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, deferido. A C Ó R D ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Min. Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer em parte, e nesta parte, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator. Brasília, 28 de junho de 2011. Min. Gilmar Mendes (MENDES, 2011).

O atendimento da exigência da fundamentação do acórdão foi conhecido.

VOTO Inicialmente, destaco que antiga é a jurisprudência desta Corte segundo a qual o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou a decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão (MENDES, 2011).

O reconhecimento da garantia constitucional à intimidade, no entanto, admite o Relator que a mitigação garantia a privacidade e intimidade por razões de interesse público, relativização da garantia do direito fundamental em confronto com o interesse público.

Certo é que a inviolabilidade do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (CF, art. 5º, XII) visa, em última análise, resguardar o também direito constitucional à intimidade, previsto no art. 5º, X. Dessarte, a regra é a privacidade desses dados e comunicações, somente se justificando a sua mitigação, quando razões de interesse público, devidamente fundamentadas por ordem judicial, demonstrarem a conveniência de sua quebra, para fins de promover investigação criminal ou instrução processual penal (MENDES, 2011).

Na ocorrência de choque de princípios constitucionais, o Relator considera adequado, na análise da medida, o princípio constitucional da proporcionalidade.

Verifica-se, assim, que a garantia constitucional de inviolabilidade dos dados e das comunicações, visando a preservar o direito à intimidade (CF, art. 5º, XII), conflita com a possibilidade de sua devassa nas hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal, desde que por ordem judicial fundamentada. Diante desse choque de princípios constitucionais, considero adequada a análise da legitimidade da medida que determina a quebra do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas a partir de sua conformidade ao princípio constitucional da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um "limite do limite" ou uma "proibição de excesso" na restrição de tais direitos (MENDES, 2011).

O Relator faz menção à Robert Alexy na sua expressão “máxima da proporcionalidade” e a legitimação da restrição de direitos fundamentais, no caso de colisão desses direitos:

A máxima da proporcionalidade, na expressão de Robert Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo — tal como defendido por ele e por Martim Bowrosky. Nesse sentido, o princípio ou a máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental. A despeito dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais (MENDES, 2011).

O reconhecimento da aplicação do princípio da proporcionalidade na solução de conflitos entre princípio:

Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes, nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais. Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade (MENDES, 2011).

O reconhecimento das três máximas do princípio da proporcionalidade, reconhecido por Alexy:

São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, estabelece-se uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto) (MENDES, 2011).

A justificativa da restrição de um direito ou garantia constitucional:

Nesse diapasão, tenho que uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional só deve ocorrer em situações pontuais, em que restem evidenciadas de forma flagrante a sua real necessidade. . No caso dos autos, a envolver o sigilo dos dados

bancários, fiscais e das comunicações telefônicas, a regra é a inviolabilidade, a exceção, a sua violação, a qual somente se justifica quando devidamente fundamentada por autoridade judicial competente, consoante o disposto no art. 93, IX, da CF (MENDES, 2011).

A proibição constitucional da utilização de prova ilícita e a garantias dos direitos fundamentais:

Por sua vez, a Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, veda expressamente o uso da prova obtida ilicitamente nos processos judiciais, no intuito precípua de tutelar os direitos fundamentais daqueles indivíduos atingidos pela persecução penal. No ponto, cumpre destacar que essa garantia constitucional quanto à impossibilidade de utilização, nos processos, de prova ilícita, advém exatamente da necessidade de se resguardar as demais liberdades públicas também previstas no texto constitucional, como o direito à intimidade e à privacidade (CF, art. 5º, X), o direito à inviolabilidade de domicílio (CF, art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, XII), o direito ao sigilo profissional (CF, art. 5º, XIII e XIV), entre outro (MENDES, 2011).

O voto pelo desentranhamento das provas obtidas de formas ilícitas, produzidas pela quebra de sigilo e interceptação telefônica:

Por todas essas considerações, meu voto é no sentido de conhecer parcialmente do pedido de habeas corpus e, nesta parte, conceder a ordem para reconhecer a ilicitude das provas produzidas a partir da quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico dos pacientes, sem a devida fundamentação. Por conseguinte, determino o desentranhamento dessas provas dos autos da Ação Penal 2004.83.00.026319-3, que tramita no Juízo Federal da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária de Pernambuco. É como voto (MENDES, 2011).

Neste acórdão, o Relator reconhece a colisão de direitos fundamentais. Citou a teoria de Robert Alexy enfatizando ao da proporcionalidade na resolução de colisão de Direitos Fundamentais; por fim, descartou a utilização da prova obtida de forma ilícita obtida através da quebra de sigilo bancário e telefônico não justificada pelo magistrado de 1º grau.

3.8.3 A Lei da colisão

A Lei da colisão verifica-se quando da ocorrência da tensão entre “o dever estatal de garantir uma aplicação do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado” (ALEXY, 2017, p. 94-95).

A solução para essa colisão condicionada entre princípios com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando – se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em a face do outro. Sob outras condições, é possível que questão da precedência seja resolvida de forma contrária (ALEXY, 2017, p. 96).

A demonstração, a seguir, detalha contradição entre princípios - “Lei da Colisão”:

Verificada a contradição do Princípio (P1) e outro que seja incompatível no caso concreto (P2), o intérprete deverá sopesar a importância de ambos diante das circunstâncias envolvidas (C1) para, então, decidir qual deverá prevalecer (Decisão D1). Desta forma, sempre que estes dois Princípios (P1 e P2) colidirem, e as circunstância forem idênticas (C1), a Decisão deverá ser a mesma (D1), sem margem para discricionariedade ou subjetivismo. Porém, o Princípio que não prevaleceu diante das circunstâncias de um caso (C1) poderá preponderar perante outras circunstâncias (C2) ensejando Decisão diversa (D2), pois ele não foi excluído do Ordenamento Jurídico. (ALEXY, 2017, p. 98-99).

No sentido de deixar mais explicitada a colisão de direitos fundamentais, e a título de exemplificativo, apresenta-se recortes do AgR RE 612.687 – DF, de 27/10/2017, identificação de Min. Rel. Roberto Barroso, agravante Banco do Brasil S/A, agravado pelo MPF:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRA DECISÃO DE NATUREZA PRECÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 735/STF. SIGILO BANCÁRIO. CONFLITO APARENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PONDERAÇÃO. PRECEDENTES.

1.[...] 2. [...] 3. Na hipótese, a quebra de sigilo foi determinada pelo Judiciário, em decisão que deferiu liminar em ação cautelar preparatória de ação civil pública de improbidade administrativa. Os direitos fundamentais estatuídos pela Constituição, quando em

conflito, podem ser relativizados. De modo que o sigilo bancário, espécie de direito à privacidade, deve ser relativizado diante dos interesses público, social e da justiça. 4. [...] 5. Agravo interno a que se nega provimento. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Relator. Impedido o Min. Luiz Fux. Brasília, 20 a 26 de outubro de 2017. Min. LUÍS ROBERTO BARROSO - Rel.⁷²

3.8.4 A fórmula do peso

Neste item, será detalhada a fórmula do peso desenvolvida por Alexy (2017, p. 600-601): “Com isso é possível visualizar de maneira mais clara como a ponderação pode ser estruturada por meio de critérios racionais de decidibilidade, que explicitam a prática argumentativa desempenhada pelo aplicador do método”.

Na fórmula, se utiliza “*Pi*” como variável para o princípio que sofre restrição e intensidade da intervenção em *Pi*. É simbolizada por “*IPi*”. *IPi* representa uma

⁷² 1. Deixo de abrir prazo para contrarrazões, na medida em que está sendo mantida a decisão que aproveita à parte agravada. Passo à análise do recurso. 2. O agravo interno não pode ser provido, tendo em vista que a parte recorrente não traz fundamentos suficientes para alterar a decisão ora agravada. 3. De início, os fundamentos trazidos pelo recorrente não se sustentam. Restou claro que o primeiro recurso fora interposto contra decisão que deferira medida liminar, que é decisão de natureza precária. Assim sendo, não preenche o requisito do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, o qual prevê a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância (Súmula 735/STF). 4. Nesse sentido, veja-se a ementa do AI 674.531-AgR, julgado sob a relatoria do Min. Ayres Britto: “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO MANEJADO CONTRA ACÓRDÃO QUE MANTEVE DECISÃO QUE INDEFERIRA PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE JUÍZO CONCLUSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE. APELO EXTREMO QUE NÃO SE AMOLDA AO INCISO III DO ART. 102 DA MAGNA CARTA DE 1988. PRECEDENTES. Agravo regimental desprovido.” 5. Outros precedentes no mesmo sentido: AI 635.237-AgR, Rel. Min. Menezes Direito; RE 613.182-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski 6. Quanto ao segundo recurso, o recurso demonstra mero inconformismo com a decisão ora agravada, uma vez que ela está devidamente fundamentada, tendo o acórdão recorrido analisado todos os pontos da controvérsia. 7. Na hipótese, a quebra de sigilo foi determinada pelo Judiciário, em decisão que deferiu liminar em ação cautelar preparatória de ação civil pública de improbidade administrativa. Ademais, os direitos fundamentais estatuídos pela Constituição, quando em conflito podem ser relativizados. Desse modo, o sigilo bancário, espécie de direito à privacidade, deve ser relativizado diante dos interesses público, social e da justiça. Nesse sentido, veja-se a ementa do AI 655.298-AgR, julgado sob a relatoria do Min. Eros Grau: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. PROCEDIMENTO LEGAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Controvérsia decidida à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. 2. O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” 8. Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não houve fixação de honorários advocatícios (BARROSO, 2017).

grandeza concreta, porque intervenções a princípios serão sempre concretas. Desse modo, ela é diferente do peso abstrato P_i . Para diferenciar, mesmo sabendo que intervenções sempre serão concretas, pode-se utilizar a letra “C” para simbolizar que se trata de um caso concreto: “ IP_iC ” (ALEXY, 2017, p. 600-601).

A fórmula também contempla a grandeza relativa à importância do outro direito em questão. Alexy (2017, p. 600-601) argumenta que ao contrário da ocorrência com a intensidade da intervenção, o grau de importância não necessariamente reflete sempre uma grandeza concreta, também pode-se construí-lo por meio da reunião de uma grandeza concreta e outra abstrata. O problema é que, com frequência, em colisões de direitos fundamentais os pesos abstratos são iguais, não desempenhando papel relevante na decisão do sopesamento (ALEXY, 2017, p. 600-601). Diante disso, Alexy (2017) determina uma fórmula específica para importância concreta de um direito: “ WP_jC ”

Para apresentar uma racionalidade para realizar o sopesamento entre os direitos fundamentais em colisão, Alexy (2017) desenvolveu a seguinte fórmula:

$$GP_{i,j}C = IP_iC / WP_jC$$

Detalhando os significados dos elementos que compõe a fórmula (G) é o peso final entre os princípios fundamentais que estão em colisão (P_i) e (P_j). No caso concreto (C), (I) intensidade de intervenção no princípio (P_i) no caso (C), (W) importância do princípio colidente (P_j) no caso (C) e ($GP_{ij}C$) é o peso final do conflito entre os (P_{ij}) no caso (C).

Para facilitar a compreensão dos valores ou os níveis triádicos, Alexy (2017, p. 599-600) disponibiliza a seguinte versão dos níveis: “Para facilitar, esses três níveis serão identificados pelas letras ‘l’, ‘m’ e ‘s’. A letra l, aqui, não significa apenas ‘leve’, mas, também, ‘reduzido’ ou fraco; e ‘s’ substitui, além de ‘sério’, termos ‘elevado’ ou ‘forte’”.

A criação da escala com três categorias de graus de intervenção e relevância de efetivação de princípios não significa tentativa de determinar os direitos em questão. Pelo contrário, o que se obtém é uma escala ordinal em relação aos graus

e não aos princípios, mas sim funções argumentativas na aplicação do método. Não se tem a pretensão de se estabelecer uma escala ordinal. Esse escalonamento possibilita que operadores argumentativos do direito apliquem o método, utilizando os mesmos parâmetros em relação aos valores em questão.

A questão, agora, é o ponto discutível de como seria determinar e avaliar o grau de intervenção em um direito e o grau de importância de realizar o outro. Para isso, “[...] os elementos do caso concreto essenciais para decisão são a medida questionada e os efeitos que sua adoção e sua não adoção têm nos princípios envolvidos” (ALEXY, 2017, p. 601).

No caso de não adoção, “[...] faz parte da análise porque se trata de decidir se a medida é permitida ou proibida ou permitida do ponto de vista dos direitos fundamentais, e a proibição e constelação na qual a medida não é adotada” (ALEXY, 2017, p. 601). Para dar significância, pode-se exemplificar o pedido da quebra de sigilo bancário, em uma questão de divórcio em que um dos cônjuges precisa aferir os rendimentos do outro para apurar valores para ação de alimentos.

Para determinar a intensidade da intervenção na intimidade do cônjuge, é necessário indagar o quão intensamente sua autorização intervém na intimidade de um dos cônjuges e a sobrevivência digna do outro. Isso é o que a Constituição exigiria desse direito fundamental se ela tivesse que permitir essa autorização.

Em relação ao segundo direito, para determinar a importância da satisfação da proteção à intimidade, se questiona o que a abstenção ou a não realização da intervenção na intimidade significaria para esse direito.

Por isso, a avaliação acaba sendo, de certa forma, de duplo sentido, pois considera as duas situações uma contrária a outra para determinar os graus de sopesamento. A fórmula $GPI,JC = IPiC / WPjC$ expressa o peso concreto GPI,JC , de um direito, conforme as variáveis.

Criando cenários na aplicação da fórmula, Pi tem precedência em relação à Pj (ALEXY, 2017, p. 602):

$IPiC: s / WPjC: l$

$IPiC: s / WPjC: m$

$IPiC: s / WPjC: l$

Com a inversão das avaliações, obteremos a prevalência de Pj ao invés de Pi (ALEXY, 2017, p. 602):

$IPiC: l / WPjC: s$

$IPiC: m / WPjC: s$

$IPiC: l / WPjC: m$

Há possibilidade de ocorrer de impasse no sopesamento. Neste caso, os princípios são avaliados da mesma forma, ou seja, não há prevalência de um princípio sobre o outro (ALEXY, 2017, p. 601):

$IPiC: l / WPjC: l$

$IPiC: m / WPjC: m$

$IPiC: s / WPjC: s$

A proposta numérica de Alexy (2018, p. 09) na aplicação do modelo triádico:

[...] como a fórmula do peso, que expressa um quociente de dois produtos, faz sentido apenas se todos os fatores puderem ser representados por números. Trata do problema do escalonamento. Em outro lugar eu propus uma escala discreta, ou seja, uma escala triádica não continua, na qual sequências geométricas são implementadas. Essa escala atribui valores “leve”, médio e “grave” para intensidade e para os pesos abstratos. Esses valores são representados pelos números 2^0 , 2^1 , 2^2 ou seja 1, 2 e 4”.

A partir daí:

[...] l tem valor 1, m o valor 2, e s o valor 4. O peso concreto de Pi – (GPijC) – surge, então, por meio da atribuição, na fórmula do peso, dos valores 1, 2 e 4 a IPiC e a WPjC. Que número será atribuído é algo que é determinado por meio da valoração da intensidade e do grau de importância como leve, mediano e alto. Nos casos em que Pi

tenha precedência a atribuição dos números mencionados faz com o peso concreto de P_i – (G_{P_i} , jC) tem os seguintes valores: $s/l = 4$, $s/m = 2$, $m/l = 2$. Isso corresponde à intuição de que um princípio tem um peso concreto especialmente alto (4) quando a ele se pretende impor uma intervenção (s) por motivo relativamente pouco importante (l). Também neste ponto fica claro em que sentido o peso concreto é um peso relativo (ALEXY, 2017, p. 605-607).

Por outro lado, quando a intervenção (s) o peso relativo reduz (2), isto ocorre da importância mediana da satisfação do princípio colidente (m), o mesmo ocorre quando uma intervenção média (m) em uma razão de pouca importância (l).

Segue Alexy (2017, p. 606): “Em todos os casos nos quais P_i tem precedência em relação à P_j o valor de P_i é maior que 1”. Se o resultado for inferior a 1, prevalecerá o princípio correspondente a P_j e se for igual a 1, não será possível uma solução racional do problema. “Os três valores para o caso de uma superação de P_i por P_j são os seguintes: $l/s = 1/4$, $m/s = 1/2$, $l/m = 1/2$, em sentido oposto vale nos casos em que P_i tem precedência” (ALEXY, 2017, p. 606).

O valor de “G” é relativo e somente num caso concreto será fixado mediante à valoração entre a intensidade e intervenção do princípio inserido no contexto do caso concreto. Aqui não se admite a possibilidade da derrogação de um princípio, pois este mesmo princípio poderá prevalecer em outra situação, caso contrário colocaria em risco a coerência do sistema jurídico. Um exemplo é a autorização da quebra de sigilo bancário pela prevalência do interesse público; esta situação não derroga o inciso X, do art. 5º da CF/88.

Considerando a possibilidade de impasse, Alexy (2018) apresenta duas situações; a primeira é decorrente da estrutura normativa dos direitos fundamentais e leva a uma discricionariedade estrutural ou material; e a segunda, emerge porque as possibilidades cognitivas são limitadas e leva a uma discricionariedade epistêmica, relacionada às dificuldades de se identificar o que a constituição determina.

Sobre os tipos de discricionariedade, Alexy (2018, p. 15) complementa:

[...] a discricionariedade material do legislador compreende tudo aquilo que as normas constitucionais não proíbem definitivamente

nem comanda definitivamente, aquilo que não é proibido ou comandado é deixado livre, portanto, o escopo da discricionariedade material é idêntico aquilo que a constituição definitivamente deixou livre.

A discricionariedade epistêmica emerge quando “o conhecimento sobre algo definitivamente proibido, deixado livre pelas normas constitucionais é incerto” (ALEXY, 2018, p. 15).

Alexy (2018, p. 16) classifica a discricionariedade epistêmica em dois tipos: “discricionariedade epistêmica empírica e normativa, como a primeira causa menos problema que a segunda. Assim a discricionariedade epistêmica empírica deve estar no centro de nossas atenções”.

3.8.4.1 Aplicação teórica⁷³ da fórmula de Robert Alexy

3.8.4.1.1 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 612.687-DF

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRA DECISÃO DE NATUREZA PRECÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 735/STF. SIGILO BANCÁRIO. CONFLITO APARENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PONDERAÇÃO. PRECEDENTES. 1. Em respeito ao art. 102, III, da Constituição Federal, ao Supremo Tribunal Federal cabe o julgamento, mediante recurso extraordinário, das causas decididas em única ou última instância. 2. Recurso interposto contra acórdão que confirmou decisão de deferimento de medida liminar, portanto, de natureza precária. Incidência da Súmula 735/STF 3. Na hipótese, a quebra de sigilo foi determinada pelo Judiciário, em decisão que deferiu liminar em ação cautelar preparatória de ação civil pública de improbidade administrativa. Os direitos fundamentais estatuídos pela Constituição, quando em conflito, podem ser relativizados. De modo que o sigilo bancário, espécie de direito à privacidade, deve ser relativizado diante dos interesses público, social e da justiça. 4. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não houve fixação de honorários advocatícios. 5. Agravo interno a que se nega provimento (STF, 2017).

Para transportar o problema para fórmula de Alexy (2018), para se atribuir valores, será necessário responder:

⁷³ Os pesos atribuídos são hipotéticos atribuídos pelo autor apenas para aplicar a fórmula no caso concreto o fato de Pj ter prevalecido é mera coincidência.

1. Qual é o peso do princípio sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela CF/88 (Pi)?
2. Qual é o peso do princípio do interesse público, social e da justiça (Pj)?
3. Qual é grau de comprometimento (intensidade) do princípio sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela CF/88 se for autorizada a quebra de sigilo (I)?
4. Qual o grau de comprometimento (importância) do princípio do interesse público, social e da justiça se não for autorizada a quebra de sigilo (w)?
5. Qual é o nível de elementos fáticos – dados concretos (C) de que dispõe para responder a indagação da pergunta 3?
6. Qual é o nível de elementos fáticos – dados concretos (C) de que dispõe para responder a indagação da pergunta 4?

Ao responder às perguntas e atribuir pesos às grandezas da fórmula de Alexy (2018), é preciso que as respostas às perguntas 3 e 4 deva ser, levando em consideração, que quanto maior for o grau de interferência em um princípio (Pi), maior será a importância atribuída ao princípio (Pj), como será verificado adiante.

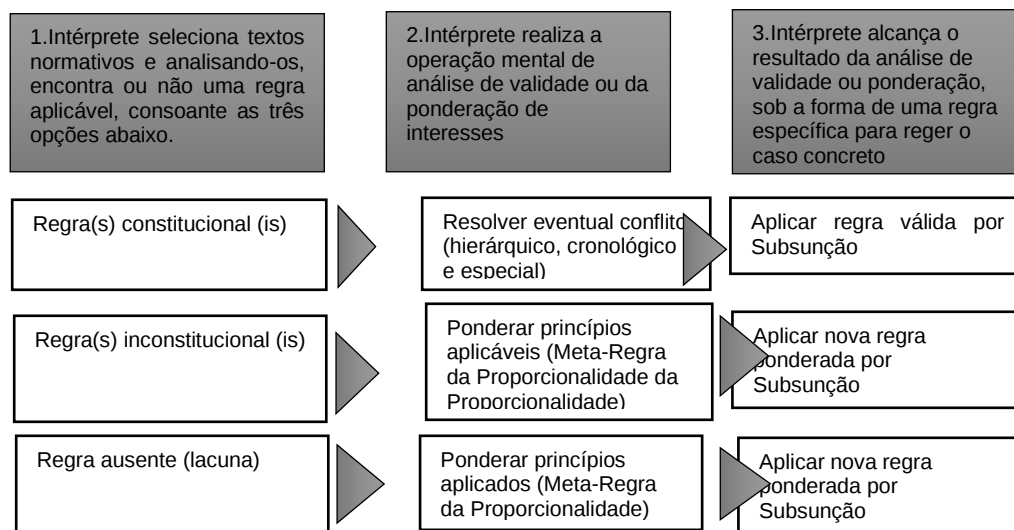
Considerando que as perguntas 1 e 2 referem-se a princípios constitucionais de importância singular, pois leva em consideração a vida privada do cidadão e o interesse público, atribui-se o peso 4 a ambos o (s). Para atribuições de peso nas perguntas 3 e 4, considerando que o sigilo bancário não é um direito absoluto enquanto confrontado com o interesse público, atribui-se peso (2), grau médio de comprometimento (I), por sua vez, o princípio do interesse público (Pj) haverá sobreposição do interesse privado ao público, condição incompatível com o Estado Democrático de Direito. Nesta condição, atribui-se peso (4), como grau de comprometimento (s), substituindo os valores na fórmula; temos:

$$GPi,jC = IPiC / WPjC = GPi,jC = \frac{2.4.4}{4.4.4} = GPi,jC = \frac{32}{64} = GPi,jC = 0,50$$

Resultado: Se o resultado foi inferior a 1, prevalecerá o princípio correspondente a Pj.

3.8.4.1.2 Outra forma de representação gráfica da aplicação jurídica da teoria de Robert Alexy

Quadro 3 - Forma de representação gráfica da aplicação jurídica da teoria de Robert Alexy



Fonte: Adaptação feita por Zanon Jr.; Pasold (2013, p. 149)

3.8.4.1.3 Aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy à ponderação e à proporcionalidade

Trata-se de um modelo de análise de decisões do STF, proposto por Peixoto (2015), que será aplicado no RE 601.314 – SP que, em 2016, foi julgado, pelo plenário do STF, cujo tema central era o direito ao sigilo bancário, o dever de pagar imposto, requisição de informação da RFB, Instituições Financeiras - art. 6º da LC nº 105/2001.

O problema é o da constitucionalidade do art. 6º da lei que confronta o direito ao sigilo bancário, direito esse garantido pelo texto constitucional precisamente no inciso X do art. 5º e o interesse público.

Quadro 4 - Modelo de análise de decisões do Supremo Tribunal Federal

1. Identificação	RE 601.314 – SP Julgado em 2016, decisão não unânime. Detalhamento da composição do STF para decisão na Sessão Plenária. Rel. Min. Edson Fachin Votos vencidos: Ministros Marco Aurélio e Celso de Melo A discussão central do direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, e o poder da administração tributária de requerer informações.
2. Fatos	1. Trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, interposto em face de acórdão do Tribunal Federal da 3ª Região. 2. O Tribunal Regional entendeu que não existe direito líquido e certo de contribuinte de ser dispensado, por ordem judicial, de exhibir os documentos necessários à apuração de crédito. Cabe ao Fisco intimar o contribuinte para exhibir a documentação necessária à fiscalização e, em caso de recusa, aplicar as sanções legais próprias da situação. Se o contribuinte não atender à intimação fiscal, fica sujeito às penalidades previstas em lei, sem que configure ilegalidade à sua própria exigência, nos termos da legislação. 3. No recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, II, “a”, da Constituição Federal, aponta-se violação aos arts. 5º, X, XII, XXXVI, LIV, LV; 145, § 1º, e 150, III, “a”, do Texto Constitucional. Nas razões recursais, sustenta-se a necessidade de autorização judicial para a quebra do sigilo bancário. Alega-se ainda, ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, em decorrência da utilização da Lei nº 10.174/01 para constituir créditos tributários relativos a outros tributos que não a CPMF. Por fim, assevera-se a ausência de legítimo interesse à Administração Tributária para requerer extratos bancários da parte Requerente.
3. Questões jurídicas	1. Pela recorrente violação ao direito da intimidade, ofensa ao princípio da irretroatividade da lei, necessidade de autorização judicial para quebra de sigilo bancário, ausência de interesse pelo recorrido, o interesse público e o dever de informação por parte do das instituições financeiras de fornecer informações à Administração Tributária independente de autorização judicial.
4. Teses	1. O art. 6º da LC nº 105/2001 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo bancário da esfera bancária fiscal.

	2. A Lei nº 10.074/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do art. 144, § 1º, do CTN. 3. Alegação de culto fetichista aos dados bancários, preocupado não propriamente preservar a intimidade das pessoas, mas impedir que o acesso das autoridades a dados bancários impeça que eles realizem, com eficiência, a fiscalização. 4. O art. 6º da LC nº 105/2001 não afronta os preceitos constitucionais. 5. O Direito à Intimidade não é uma garantia absoluta. 6. A inviolabilidade do sigilo bancária, garantia constitucional e a necessidade de ordem judicial sem o que não se imporá à instituição financeira o dever de fornecer, seja à Administração Tributária, seja ao Ministério Público seja, ainda, à Polícia ou ao Tribunal de Contas da União (TCU).
5. Razões	1. Para tese sobre a constitucionalidade do art. 6º da Lei nº 105/01, considera que, além de não ofender o direito à intimidade, realiza a igualdade entre os cidadãos por meio de sua capacidade de pagar tributos. 2. O Caráter instrumental da Lei nº 10.174/01 não atrai o princípio da irretroatividade. 3. Aplicação da proporcionalidade, em sentido estrito, o que, no caso concreto, significa afirmar que a restrição imposta pela transferência de sigilo é superada pela importância dos objetivos perseguidos. 4. Impossibilidade constitucional de transferência de informações bancárias sem ordem judicial justificada.
6. Princípios colidentes	Direito à Intimidade e o Interesse Público: “objetivos perseguidos”
7. Condições de precedências	O dever do cidadão de prestar informações ao Fisco
8. Escolhas	O Estado, dentro de uma perspectiva constitucional, por meio da Administração Tributária perseguindo o interesse comum, tem o direito de obter informações sobre o contribuinte na sua função de fiscalização. Por outro lado, o direito ao sigilo bancário não se sobrepõe ao interesse comum, portanto, ele não é absoluto.

Fonte: Elaboração pelo autor

Com a análise, é possível fazer avaliação sobre a estrutura da ponderação e argumentação jurídica dos Ministros, apresentada pelo acórdão. Ficou clara a posição desses em relação ao sopesamento do princípio da intimidade e o interesse

público; os votos contrários não questionaram o sopesamento dos princípios, mas a antecedência da ordem judicial que deveria estar presente.

No quesito proporcionalidade, indica que a quebra de sigilo bancário não representa um mal maior em relação à necessidade da Administração Tributária obter informação no exercício de sua atividade institucional. Coube ao Min. Gilmar Mendes expressar, literalmente, a proporcionalidade em sentido estrito.

3.8.4.1.4 Resolução hipotética do Acórdão nº 601.314 – SP-A

Utilizando a fórmula de Alexy, considerando a tese sobre o art. 6º da LC nº 105/2001, pode-se verificar que não ofende o direito ao sigilo bancário.

1. Qual é o peso do princípio sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela CF/88 (Pi)?
2. Qual é o peso do princípio da capacidade contributiva que contribui em realizar a igualdade entre os cidadãos (Pj)?
3. Qual é grau de comprometimento (intensidade) do princípio sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela CF/88 (I)?
4. Qual o grau de comprometimento (importância) e qual é o peso do princípio da capacidade contributiva que contribui em realizar a igualdade entre os cidadãos (w)?
5. Qual é o nível de elementos fáticos – dados concretos (C) de que dispõe para responder a indagação da pergunta 3?
6. Qual é o nível de elementos fáticos – dados concretos (C) de que dispõe para responder a indagação da pergunta 4?

Ao responder às perguntas e atribuir pesos às grandezas da fórmula de Alexy (2017), é preciso que as respostas às perguntas 3 e 4 deva ser levando em consideração que quanto maior for o grau de interferência em um princípio (Pi), maior será a importância atribuída ao princípio (Pj), como será verificado adiante.

Considerando que as perguntas 1 e 2 referem-se a princípios constitucionais de importância singular, pois leva em consideração o princípio da capacidade contributiva e a realização da igualdade entre os cidadãos em colisão com o direito à

vida privada do cidadão público, atribui-se o peso 4 a ambos o (s). Para atribuições de peso nas perguntas 3 e 4, considerando que a LC não ofende o direito ao sigilo bancário, atribui-se peso (1), grau leve de comprometimento (I), por sua vez, o princípio do interesse público (Pj) a tese é a defesa da realização da igualdade entre os cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva. Nesta condição, atribui-se peso (4), como grau de comprometimento (s), substituindo os valores na fórmula, temos: $GPI,jC = IPiC / WPjC = GPI,jC = \frac{1.4.4}{4.4.4} = GPI,jC = \frac{16}{64} = GPI,jC = 0,25$

Resultado: Se o resultado foi inferior a 1, prevalecerá o princípio correspondente à Pj

3.8.4.1.5 Resolução hipotética do Acórdão nº 601.314 – SP-B

Utilizando a fórmula de Alexy (2017), considerando a tese divergente defendida pelos Ministros Marco Aurélio e Celso de Melo:

1. Qual é o peso do princípio sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela CF/88 (Pi)?
2. Qual é o peso do princípio da capacidade contributiva que contribui em realizar a igualdade entre os cidadãos (Pj)?
3. Qual é grau de comprometimento (intensidade) do princípio sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela CF/88 (I)?
4. Qual o grau de comprometimento (importância) e qual é o peso do princípio da capacidade contributiva que contribui em realizar a igualdade entre os cidadãos (w)?
5. Qual é o nível de elementos fáticos – dados concretos (C) de que dispõe para responder a indagação da pergunta 3?
6. Qual é o nível de elementos fáticos – dados concretos (C) de que dispõe para responder a indagação da pergunta 4?

Ao responder às perguntas e atribuir pesos às grandezas da fórmula de Alexy (2017) é preciso que as respostas às perguntas 3 e 4 deva ser levando em consideração que quanto maior for o grau de interferência em um princípio (Pi), maior será a importância atribuída ao princípio (Pj), como será verificado adiante.

Considerando que as perguntas 1 e 2 referem-se a princípios constitucionais de importância singular, pois leva em consideração o princípio da capacidade contributiva e a realização da igualdade entre os cidadãos em colisão com o direito à vida privada do cidadão público, atribui-se o peso 4 a ambos o (s). Para atribuições de peso nas perguntas 3 e 4, considerando que a LC não ofende o direito ao sigilo bancário, atribui-se peso (1), grau leve de comprometimento (4), por sua vez, o princípio do interesse público (Pj) a tese é a defesa da realização da igualdade entre os cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva. Nesta condição, atribui-se peso (4), como grau de comprometimento (s), substituindo os valores na fórmula, temos: $GPI_{jC} = IPiC / WPjC = GPI_{jC} = \frac{4.4.4}{4.4.4} = GPI_{jC} = \frac{64}{64} = GPI_{jC} = 1,00$

Resultado: Se o resultado foi igual a 1, não será possível uma solução racional do problema.

Neste caso hipotético, os direitos comparáveis, no entanto, foram avaliados de maneira quase igual para os casos que não se pode distinguir exatamente quanto uma intensidade é maior que a outra. É possível considerar que os princípios se encontram em situação de paridade e os impasses considerados por Alexy (2017), nesse caso, um é decorrente da estrutura normativa dos direitos fundamentais e leva a uma discricionariedade estrutural e outra leva à discricionária epistêmica.

Diferenciar os impasses decorrentes de estrutura normativa desses direitos, daqueles emerge em decorrência das possibilidades cognitivas limitadas. Alexy (2017, p. 619) busca analisar, através dos princípios formais, as diferenças entre as discricionariedades. A primeira diz respeito a cognições de fatos relevantes. A segunda relaciona-se à incerteza acerca da melhor quantificação dos direitos fundamentais em jogo, em favor do legislador de uma área no interior da qual ele pode tomar decisões com base em suas próprias valorações.

A partir da lei epistêmica do sopesamento, é possível ampliar a fórmula do peso e acrescentar variáveis na formulação. Através de escalas em primeiro lugar, verificar as premissas, nas quais uma intervenção em um direito fundamental se fundamenta, está correta. Insere-se a variável “segurança das suposições empíricas” (S) que está relacionada ao significado das medidas em exame pela não realização

de P_i e para realização de P_j num determinado caso concreto (ALEXY, 2017, p. 619).

Assim sendo, se faz análise das certezas das premissas dos dois lados do sopesamento (SP_{iC} e SP_{jC}), ficando os “três níveis epistêmicos da seguinte forma: certo ou garantido (g); sustentável ou plausível (p); não evidentemente falso (e); podem ser atribuídos $2^0, 2^1, 2^2$ como valores $SP_{iC}/1$ e $SP_{jC}/1$ ” (ALEXY, 2017, p. 619).

Então, a fórmula ficaria da seguinte forma:

$$GP_{i,jC} = IP_{iC} \times GP_{iA} \times SP_{iC} / WP_{jC} \times GP_{jA} \cdot SP_{jC}.$$

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve por objetivo tratar do sigilo bancário nos ordenamentos jurídicos brasileiro e uruguaio, sua relação com os direitos da personalidade, em especial, com o direito fundamental da intimidade, tanto na sua preservação como na sua quebra e análise das sentenças que envolvem sigilo bancário e sua quebra e, por fim, a teoria de Alexy.

No âmbito da legislação interna, os dois países possuem legislação avançada, permitindo sua quebra quando estão em situações que envolve o interesse público e, na esfera privada, quando ocorre a colisão de direitos fundamentais. No entanto, os dois países preveem, nos seus ordenamentos, proteção constitucional do sigilo bancário como integrante do rol dos direitos fundamentais, em especial, os direitos à privacidade e à intimidade.

Foram pesquisadas, também, as considerações doutrinárias sobre o fundamento do sigilo bancário, desde a abordagem vinculada a uma relação de confiança entre a banca e seus clientes, a relação contatual etc.

No âmbito internacional, foi analisado o acordo do Brasil com os EUA, as orientações da OCDE no sentido da obtenção da transparência financeira internacional, a posição do Brasil e do Uruguai diante dessa organização. Foi constatado que, no caso brasileiro, há existência de obstáculos a serem vencidos por parte do Estado brasileiro, principalmente no que se refere ao Sistema Tributário, por isso que o país não ingressou, ainda, na organização como Estado membro. Essa condição não impede o Brasil a seguir algumas de suas orientações sobre transparência internacional. No caso do Uruguai, a questão está resolvida; atualmente, faz parte da organização, condição Estado membro.

Na releitura sobre os conceitos de direitos humanos, direitos à personalidade, foi verificada a proteção no texto constitucional dos dois países que garantem aos indivíduos a preservação de seu sigilo bancário considerado no rol dos direitos à intimidade e privacidade, porém, também, foi constatado que não se trata de um direito absoluto que quando colidir com o interesse, esse direito não será garantido.

A quebra do sigilo bancário, nos dois países estudados, está inserida nas suas legislações internas; no caso brasileiro, na lei que ficou conhecida como “A Lei do Sigilo Bancário; no caso do Uruguai, dentro da lei que introduziu a Reforma Tributária. O que se verificou foi que, em ambos os países, a Administração Tributária tem prerrogativa de acesso a informações bancárias sem autorização judicial. Verificou-se situações específicas nos dois países de auto autorização da quebra, ou seja, o próprio indivíduo ou empresa permite que seja quebrado o sigilo. Constatou-se, também, a existência de leis que protegem os do indivíduo, e existência no CP, dos dois países, das penalidades para quebra indevida.

No âmbito internacional, observou-se a presença da proteção da intimidade na DUDH especificada no art. 12, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Declaração Americana dos Direitos de Deveres dos Homens.

A presente pesquisa teceu considerações sobre jurisdição e eficácia das sentenças. Na análise das decisões, foi constatada a tendência de relativização do sigilo bancário, quando colidir como o interesse público. Até mesmo em litígios envolvendo direito, foi constatado em sentenças a possibilidade de quebra diante da colisão de direitos fundamentais da parte.

Situação envolvendo a efetividade do cumprimento de decisões judiciais, não tratada no corpo da dissertação, merece uma referência nessas considerações finais. A penhora *on line* envolve a prestação de informações ao Poder Judiciário, permitindo que os magistrados deem ordem de bloquear recursos financeiros dos devedores que considera-se, aqui, outro ponto controvertido sobre sigilo bancário e colisão dos direitos do devedor e do credor.

Apesar das críticas ao sistema de penhora na conta corrente dos devedores pelos seus excessos, a quem a defenda; um deles é Reinaldo Filho.

Constata-se que o sigilo bancário não é um direito renunciável, mas pode ser não exercido nos casos em que envolva o sopesamento de princípios de direitos fundamentais.

Apresentou-se, também, na presente pesquisa, considerações sobre a Teoria de Alexy, através de exemplos hipotéticos na aplicação de sua fórmula proposta da lei do peso, a questão do sopesamento, ponderação e proporcionalidade quando há colisão e direitos fundamentais.

Aplicando hipoteticamente a fórmula de Alexy no Acórdão nº 601.314 – SP, foi possível aferir dois resultados; o primeiro resultado aferiu-se atribuindo peso aos argumentos dos Ministros vencedores e outro atribuindo peso aos argumentos dos votos vencidos; no primeiro resultado, o interesse público prevaleceu sobre o direito à intimidade/privacidade; e o segundo, não significou prevalência de direitos, mas sim questão de procedimento. No caso, o argumento foi a necessidade de autorização judicial.

Para dar maior entendimento nos modelos propostos por Alexy, desenvolvemos as fórmulas proposta pelo autor, relativas ao Modelo Índice do “Dever” Ideal e Otimização, contemplando a Lei de Colisão e um Caso Prático no Modelo I, e no Modelo II A Lei de Peso e Lei de Colisão e Ponderação nos Anexos I e Anexo II

Por fim, espera-se que esta pesquisa tenha contribuído com o estudo sobre o sigilo bancário e sua quebra, mas entende-se que novos estudos serão necessários sobre a temática, principalmente na questão da resolução da colisão de direitos fundamentais na abordagem teoria de Alexy, notadamente na aplicação da fórmula proposta e pesquisas jurimétricas poderão contribuir para o aprofundamento da análise das decisões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. **Os Direitos de Personalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro Contemporâneo à Luz de um Conceito**. 2012. 206.f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito Mestrado e Relações sociais e Novos Direitos. Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2012.

ARNOLD, Brian J.; MCINTYRE, Michael J. **International tax primer**. Cambridge: Kluwer Law International, 1995.

BELLOQUE, Julia Garcia. **Sigilo Bancário**. Análise Crítica da LC 105/2001. São Paulo: RT, 2003.

BIANCO, João Batista. **Transparência Fiscal Internacional**. São Paulo: Dialética, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BLANCO, Alejandro Vergara. **El secreto bancario sobre su Fundamento, legislación y jurisprudencia**. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de Março de 1824)**.

Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte Constituição do Brasil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001**. Regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3724.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002**. Regulamenta o art. 5º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, no que concerne à prestação de informações à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, pelas instituições financeiras e as entidades a elas equiparadas, relativas às operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4489.htm Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. **Decreto nº 8.506, de 24 de agosto de 2015**. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para Melhoria da Observância Tributária Internacional e Implementação do FATCA, firmado em Brasília, em 23 de setembro de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8506.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Senado Federal. **Decreto Legislativo nº 146, de 25 de junho de 2015.** Aprova o texto do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para Melhoria da Observância Tributária Internacional e Implementação do FATCA, celebrado em Brasília, em 23 de setembro de 2014. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/570230> Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Decreto-lei nº 1.168, de 22 de março de 1939.** Altera a lei do Imposto sobre a Renda. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1168.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. **Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.** Lei de Falências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. **Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001.** Altera dispositivos da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp104.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.** Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974.** Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6024.htm Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. **Lei nº 7.315, de 24 de maio de 1985.** Autoriza a desapropriação de ações das companhias que menciona e a abertura de crédito especial de até Cr\$900.000.000.000 (novecentos bilhões de cruzeiros) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7315.htm Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. **Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.** Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9249.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.** Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997.** Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997.** Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9532.htm Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. **Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000.** Institui o Programa de Recuperação Fiscal – Refis e dá outras providências, e altera as Leis nºs 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.844, de 20 de janeiro de 1994. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9964.htm Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. **Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014.** Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, à Contribuição para o PIS/Pasep e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins; revoga o Regime Tributário de Transição - RTT, instituído pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009; dispõe sobre a tributação da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, com relação ao acréscimo patrimonial decorrente de participação em lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas; altera o Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977 e

as Leis nºs 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 4.506, de 30 de novembro de 1964, 7.689, de 15 de dezembro de 1988, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.865, de 9 de outubro de 2013, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 9.656, de 3 de junho de 1998, 9.826, de 23 de agosto de 1999, 10.485, de 3 de julho de 2002, 10.893, de 13 de julho de 2004, 11.312, de 27 de junho de 2006, 11.941, de 27 de maio de 2009, 12.249, de 11 de junho de 2010, 12.431, de 24 de junho de 2011, 12.716, de 21 de setembro de 2012, e 12.844, de 19 de julho de 2013; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12973.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021.** Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. **Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.** Altera a legislação das Contribuições para a Seguridade Social - COFINS, para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e do Imposto sobre a Renda, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2158-35.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa SRF nº 38, de 27 de junho de 1996. Dispõe sobre a tributação de lucros, rendimentos e ganhos de capital

auferidos no exterior pelas pessoas jurídicas domiciliadas no País. **Diário Oficial da União**. 28/06/1996, seção 1, página 11678. Disponível em:

<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=13657&visao=anotado> Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa RFB nº 802, de 27 de dezembro de 2007. Dispõe sobre a prestação de informações de que trata o art. 5º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. **Diário Oficial da União**. 28/12/2007, seção, página 52. Disponível em:

<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15755&visao=compilado> Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 93.250/MS**, 2. Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 10/06/2008, DJe 27/07/2008. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720278/habeas-corpus-hc-93250-ms> Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 96.056 – PE**, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2. Turma, DJe-089 DIVULG 07-05-2012 PUBLIC 08-05-2012, j. 28/06/2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21588209/habeas-corpus-hc-96056-pe-stf/inteiro-teor-110380143> Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 71.373-4/130-RS**. Tribunal Pleno, Rel. Min. Francisco Rezek, D.J. em 22.11.1996. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066> Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AgR RE 612.687 – DF**, 1. Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 27/10/2017. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770052847/agregnorecursoextraordinario-agr-re-612687-df-distrito-federal/inteiro-teor-770052857> Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 261.278 – PR**, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ. 23.04.1993. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14807896/recurso-extraordinario-re-261278-pr-stf> Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 389.808 – PR**, Rel. Min. Marco Aurélio, 15/12/2010. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622715>
Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 673.707-MG**. Rel. Min. Luiz Fux, 17/06/2015. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9487405>
Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 601.314 – SP**, Rel. Min. Edson Fachin, 24/02/2016. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>
Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.480 – DF**. Rel. Min. Celso de Mello, 24/06/2001. Disponível em:
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acaodiretadeinconstitucionalidad-e-adi-1480-df-stf> Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.386 – DF**. Rel. Min. Dias Toffoli, 24/02/2016. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899857>
Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.390 – DF**. Rel. Min. Dias Toffoli, 24/02/2016. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899857>
Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.397 – DF**. Rel. Min. Dias Toffoli, 24/02/2016. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899857>

Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.859 – DF**. Rel. Min. Dias Toffoli, 24/02/2016. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899857>

Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 1047**, Rel. Min. Ribeiro da Costa, j. 6/09/1949.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 21.729 – DF**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 05/10/1995, DJ. 19/10/01. Disponível em:

<http://www.franciscorezek.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Sigilo-banc%C3%A1rio-1995.pdf> Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 23.882 – PR**, Rel. Min. Maurício Corrêa, J. 31.10.2001, DJ 01.01.2002, BIJ 319/27686. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/776121/mandado-de-seguranca-ms-23882-pr/inteiro-teor-100492270> Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 7.618-RS**, 5. Turma, Rel. Min. Gilson Dipp. Julg. 3/12/1998. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Rel.+Min.+Gilson+Dipp.+5%C2%AA+Turma> Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 83233 – SP**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 25/04/2017. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/451541886/recurso-em-habeas-corpus-rhc-83233-sp-2017-0083338-5/decisao-monocratica-451541983> Acesso em: 10 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1626493-SC 2014/0172874-3**. Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 22/09/2016. 3. Turma. DJe 04/10/2016.

CAIROLI MARTÍNEZ, Milton. **Curso de Derecho Penal Uruguayo**. Tomo III. Montevideo: FCU, 1989.

CALDAS, Júlio de Castro. Sigilo Bancário: problemas atuais. In: CAMPOS Diogo Leite de (Coord.). **Sigilo Bancário**. Lisboa: Edições Cosmos, 1997.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Sigilo Bancário à luz da doutrina e da jurisprudência**. Curitiba: Juruá, 2007.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. **Relaciones Peligrosas**. Secreto Bancário-Fisco. Cooperación Internacional, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, São Paulo: Saraiva, 1943, v. II.

CIFUENTES, Santos. **Elementos de derecho civil**. 4. ed. Buenos Aires: Astrea, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CORREIA, Pedro Januário. **O sigilo bancário no direito guineense**: Uma perspectiva integrada de análise, compreensão e construção do regime jurídico quanto a sua extensão, limites e problemas atuais. 2017. 684.f. Tese (Doutorado). Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2017.

COSTA JR., Paulo José da. **O Direito de estar só**. A tutela penal do direito à intimidade. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

COVELLO, Sergio Carlos. **O Sigilo Bancário**. São Paulo, Leud, 1991.

CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense 1990.

CUNHA JR., Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 22. ed. São Paulo Saraiva, 2005, v. 1.

FACIO, María Jesús Beltrán; ELIZALDE, Andrea Rifón. **El secreto bancario em Uruguay y el mundo**. 2011. Monografía (Graduada em la Contabilidad Pública) – Universidad de La Republica Uruguay, Montevideo, 2011.

FERGUNSON, Niall. **A Ascensão do Dinheiro**. A História Financeira do Mundo. São Paulo: Crítica, 2017.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 1, p. 77-90, out./dez. 1992.

_____. Sigilo das operações de instituições financeiras (parecer do processo IASP 1/279). **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 5, n. 9, p. 161-177, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **O Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Positivo, 2006.

FRANÇA, Rubens Lomongi. Direitos da Personalidade I. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.) **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva. 1977, v. 28

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Aviso de Incêndio: Sigilo Fiscal e Restrições do Brasil ao artigo 26 da Convenção Modelo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de

Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancários e fiscal: Homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GONZÁLEZ SEPÚLVEDA, Jaime. **El derecho a la intimidad privada**. Santiago de Chile: Andres Bello, 1972.

GURLEY, John G.; SHAW, Edward S. **Money in a theory of finance**. Washington: Brookings Institution, 1960.

HASGSTRÖM, Carlos Alberto. **Comentários à Lei do Sigilo Bancário**. Porto Alegre: Fabris Editor, 2009.

HECK, L. A. **Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Forense, 1958.

KANT, Emanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. eBoocksBrasil.com, 2004. Disponível em:
<https://www.marxists.org/portugues/kant/1788/mes/pratica.pdf> Acesso em: 10 mar. 2022.

KHOURY, Laila José Antônio. **A troca de informações e a redução da evasão e da elisão tributária internacional**. 2006. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2006.

LAGÓN CUÑARRO, Miguel. **Código Penal**. Tomo II. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2005, v. 2.

LAPUENTE, Carlos Ruiz; AGUIRRE, Rodolfo Mezzera. Evolución del Secreto Bancario en Uruguay. **Revista Derecho**, 2014. Disponível em:
<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2014/02/Ruiz-Mezzera-Evolucion-del-secreto-bancario-en-Uruguay.pdf> Acesso em: 13 jan. 2022.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LOPES, João do Carmo; ROSSETTI, José Paschoal. **Economia Monetária**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo bancário e privacidade. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). **Sigilos bancário e fiscal: Homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**. 3. ed. Estoril: Principia, 2006.

MORAES, Maurício Zanoide de. Sigilo financeiro. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 2.

NACIONES UNIDAS. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> Acesso em: 11 jan. 2022.

NOVOA MONREAL, Eduardo. **Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos**. Mexico, Siglo Veintiuno, 1981.

OCDE. **Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico**. Disponível em: <https://www.oecd.org/latin-america/paises/brasil-portugues/> Acesso em: 10 jan. 2022.

OEA. CIDH. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**. 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp> Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **B-32: Convención Americana Sobre Derechos Humanos**. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/spanish/basicos2.htm> Acesso em: 11 jan. 2022.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)**, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em: 10 jan. 2022.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **A decisão judicial no Supremo Tribunal Federal do Brasil e a aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy**: a ponderação como estratégia de argumentação jurídica. 2015. f. 275 Tese (Doutorado em Direito) Universidade de Brasília – UnB, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18603> Acesso em: 11 jan. 2022.

PEROLO, Arturo Yglesias. **Derecho de la Información**. Fundación de Cultura Universitaria, 1987.

PIÑEIRO, E. S. **O controle de constitucionalidade**. Direito americano, alemão e brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte especial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 7.

QUADROS, I. **A Função Subjectiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias**. Coimbra: Almedina, 2006.

QUEIROZ, Mary Elbe Gomes. A inexistência de sigilo bancário para o fisco. **IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários**. 2016. Disponível em:

<http://www.ibet.com.br/a-inexistencia-de-sigilo-bancario-para-o-fisco-por-mary-elbe-gomes-queiroz/#more-14975> Acesso em: 13 jan. 2022.

RÃO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters / Revistas dos Tribunais, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2017.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio; SERRANO PÉREZ, Mercedes. **El derecho fundamental a la intimidad**. Madrid: Dykinson, 2005.

REINALDO FILHO, Demócrito. A penhora *on line* a utilização do sistema BacenJud para constrição judicial de contas bancárias e sua legalidade. Texto disponível na internet. **Jus Navigandi**, Teresina, jun. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8459/a-penhora-on-line/2> Acesso em: 04 jan. 2022.

SAMPAIO, J. A. L. **A constituição Reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **1013428232011778260071 SP 1013428-23.2017.8.26.0071**, Rel. Mário de Oliveira, j. 05/02/2018, 19ª Câmara de Direito Privado, p. 18/06/2018.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O acesso direto aos dados bancários por parte do Fisco: a transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). **Sigilos bancários e fiscal: Homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). **Sigilos bancários e fiscal: Homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 2005.

TOLEDO, Cláudia, Org. ALEXY, Robert. **O Pensamento de Robert Alexy como Sistema**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

UNESCO. Disponível em: <https://www.unesco.org/en> Acesso em: 10 jan. 2022

URUGUAI. **Código Civil**. De Las Leyes. 2010. Disponível em: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/uy/uy029es.pdf> Acesso em: 21 abr. 2021.

_____. **Código Penal**. Aprobado por ley nº 9.155. Promulgación: 04/12/1933. Actualización de la Versión Oficial publicada el 26.10.1967 (Decreto Nº 698/967). Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933> Acesso em: 21 abr. 2021.

_____. **Código Tributario nº 14306**. Aprobado por Decreto Ley nº 14.306. Promulgación: 29/11/1974. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-tributario/14306-1974/47> Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. **Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967**. Disponível em:

https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_uruguay_3001.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.

_____. **Decreto Ley nº 15.322.** Aprobacion del sistema de intermediacion financeira. Promulgación: 17/09/1982. Disponível em:

<https://www.impo.com.uy/bases/decretos-ley/15322-1982> Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. **Ley nº 15.903.** Rendicion de cuentas y balance de ejecucion presupuestal. Ejercicio 1986. Disponível em:

<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/15903-1987> Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Ley nº 18.083.** Ley de Reforma Tributaria. Promulgación: 27/12/2006.

Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18083-2006> Acesso em: 11 jan. 2022.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Forense, 2015.

ZANON JUNIOR; Orlando Luiz; PASOLD, Luiz Cesar. Pós- Positivismos 1:A Versão Procedimentalista de Alexy. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 13, n. 1, jan./jun. 2013.

Disponível em:

<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2477> Acesso em: 06 jan. 2022.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ANEXO I - Modelo Índice do "Dever" Ideal e Otimização

A base do modelo índice é a distinção entre dois tipos de modalidades deônticas. As do primeiro grupo concernem ao "dever" ideal. Elas são expressas, por exemplo, do seguinte modo:

(1) Oip.

A modalidade do segundo grupo concerne ao "dever" real. São:

(2) Orp.

O "dever" ideal, expresso por "Oip", é um dever abstraído de qualquer "dever" contrário, seja um direito ou uma obrigação. Essa abstração significa que ela não está ainda relacionada às possibilidades limitadas ao mundo normativo. Nesse sentido, ele expressa um ideal. Essa abstração de razões contrárias implica que esse "dever" ideal é apenas um "dever" *prima facie* (diz-se de uma prova que é suficiente para permitir a suposição ou consolidação de um fato, a menos que seja refutada) ou "dever pro tanto. Em contraste com "dever" real, expresso por Or, é um dever definitivo ou um "dever" levando-se tudo em consideração. Dessa forma, "Oip. e Orp., são considerados como uma reconstrução formal da distinção entre regras e princípios.

Essa reconstrução formal teria pouco valor se o modelo índice não oferecesse nada além de uma nova representação. Esse, contudo, não é o caso. A representação apresentada é a base para duas regras que expressam, de maneira formal, uma percepção da teoria dos princípios que é tão fundamental que podem ser consideradas como os dois "axiomas básicos da teoria dos princípios que é tão fundamental que podem ser consideradas como os dois "axiomas básicos da teoria dos princípios", formuladas com auxílio do operador de possibilidades "()" apresentam-se do seguinte modo:

(3) () (Oip&Oi -p)

(4) () (Orp&Or -p)

A formulação em (3), que pode ser designada como "axioma 1" ou "primeiro axioma", estabelece que uma contradição de normas no nível ideal é possível no sentido de que ambas as mantêm sua validade. A formulação em (4), que pode ser chamada de "axioma 2" ou o "segundo axioma", estabelece que uma contradição de normas no nível real não é possível no sentido de que ambas as normas mantêm sua validade. Isso torna explícitas as diferentes estruturas para a resolução de conflitos de princípios e regras. Princípios colidentes e suas implicações nos casos concretos permanecem válidos mesmo se superados por outro princípio. Isto é, o conflito resolve-se pela dimensão do peso e não através da validade. Em contrapartida, o conflito entre regras é solucionado através da dimensão da validade, em que uma das regras contrárias é declarada completamente inválida ou nela é introduzida uma cláusula de exceção, o que significa declará-la parcialmente inválida.

É da maior importância que tanto o conflito que surge em relação ao "dever" "ideal quanto o conflito que surge com referência ao "dever" real sejam conflitos de normas. Então chegamos ao um resultado intermediário. O "dever" ideal e, com ele, os princípios existe e se existirem conflitos de normas na dimensão do "dever" ideal; e os princípios são necessários se a solução desses conflitos apenas puder ser adequadamente compreendida tomando-se como base o axioma 1.

A Lei de Colisão

Juntamente aos dois axiomas, há duas leis que são basilares à teoria dos princípios: a Lei de Colisão e a Lei de Ponderação, a qual é mais desenvolvida pela fórmula do Peso. Para responder à questão sobre se existem conflitos de normas na dimensão do "dever" ideal, é conveniente breve análise da Lei de Colisão. Para essa lei, dois conceitos são essenciais. O primeiro é relação de precedência. Essa relação é simbolizada por "P". O segundo é condição de precedência. Ela é simbolizada por "C". O resultado de cada aplicação da fórmula do peso pode ser expresso com base nesses dois conceitos. A forma padrão é:

$$(5) (P_i \text{ P } P_j)C.$$

Essa fórmula expressa uma relação condicional de precedência. Deve ser lida como segue: "O princípio P_i precede o princípio P_j sob a condição C ". O ponto decisivo é que essa relação condicional de precedência implica uma regra. Precisamente essa implicação é a expressa pela Lei de Colisão, que funciona da seguinte maneira:

Se o princípio P tem precedência sobre o princípio P_j nas circunstâncias C : $(P_i \succ P_j)C$, e se P_i dá ensejo a consequências jurídicas Q em circunstâncias C , então uma regra válida se aplica, que tem C como sua protasis e Q sua apodosis: C implica Q .

Caso Prático

Conflito entre Liberdade de Expressão de Direito de Personalidade Um oficial da reserva paraplégico que desempenhou com sucesso suas responsabilidades, quando convocado para o serviço na ativa. Uma revista satírica amplamente divulgada, a XY, o descreveu inicialmente como um "assassino nato" e, em edição posterior, como um "aleijado". O Tribunal Superior de Apelação de ZZ condenou a XY em ação interposta pelo oficial e ordenou que a revista o indenizasse no valor de DM XXX. Em seu recurso constitucional, apelando da decisão, a XY obteve êxito na decisão do Tribunal Constitucional no que se refere aos danos pela descrição como "assassino nato". Quanto à designação de "aleijado", o recurso constitucional foi rejeitado. Somente o primeiro ponto será analisado a seguir.

Princípios podem ser mais ou menos abstratos. A versão mais abstrata do princípio da liberdade de expressão é o mandamento de um estado de coisas em que a liberdade de expressão seja realizada na maior medida possível. Pode-se designar os princípios desse tipo como "princípios no mais alto nível de abstração". Nesse nível, os princípios estão mais próximos dos valores. Quando se trata de direitos fundamentais, os princípios têm caráter de normas constitucionais permissivas e o caráter de proibições constitucionais de interferências. Somente a norma permissiva dirigida à XY será aqui considerada. Ela pode ser expressa como se segue:

($(S1x \supset PiRx)$

$\forall$

(6) deve ser lida da seguinte maneira: Para todo x ($\forall x$) se x é uma expressão de opinião (S1), então ($\supset$) sua performance ou realização (R) é prima facie constitucionalmente permitida (Pi). O Tribunal Federal Constitucional justificadamente classificou a descrição do oficial da reserva paraplégico como "assassino nato" e como "aleijado" como expressão de opinião. Considerando-se "a" como descrição "assassino nato" tem-se:

(7) S1a.

De (6) e (7), chega-se a:

(8) $Pi Ra$.

(8) decorre logicamente, de acordo com o esquema básico de subsunção, de (6) e (7); (8) estabelece que: É permitido prima facie que oficial da reserva paraplégico seja descrito como um "assassino nato". Característica especial de (8) é a de que possui tanto um caráter concreto quanto um caráter ideal, expressos pelo índice.

O princípio da liberdade de expressão (6) colide, no caso, com o direito de personalidade. Esse princípio tem uma estrutura complexa. Uma simplificação grosseira é aqui suficiente. Ele leva, em contrapartida, ao princípio colidente da liberdade de expressão:

($(S2x \rightarrow \neg Pi Rx)$

9) $\forall x$

(9) deve ser lido da seguinte forma: Para todo x ($\forall x$) se x é uma interferência no direito de personalidade (S2), então ($\rightarrow$) sua performance ou realização (R) é prima facie constitucionalmente não permitido ($\neg Pi$), ou seja, é proibida. Se a descrição do oficial da reserva paraplégico como "assassino nato" for

classificada como uma interferência no direito de personalidade (S2), expressa como (10):

(10) S2a, Então (11) $\neg$ PiRa

decorre logicamente, mais uma vez de acordo com o esquema básico, de (9) e (10). Isso, contudo, significa que a aplicação dos dois princípios ao caso XY leva em contradição entre duas instancias concretas do "dever" ideal. De acordo com o primeiro axioma, essa contradição é possível sem qualquer perda de validade. Mas isso não significa que a contradição não exista. Ela existe, haja vista que os dois direitos colidentes no caso XY são igualmente válidos, ou seja, ambos existem, e então cabe explicar o que é uma colisão de direitos. Trata-se de uma colisão ou conflito não de entes empíricos, mas de normas, mais precisamente, de normas que possuem caráter de princípios. Essa colisão consiste numa contradição, que deve ser resolvida pela ponderação conforme a terceira máxima parcial da proporcionalidade. Sem dúvida, estabelecer uma colisão é o primeiro passo no processo de ponderação. O segundo axioma mostra que a colisão deve ser resolvida para chegar ao nível do "dever" real ou definitivo. Isto é, a contradição ideal não pode ser transformada em uma contradição real. Se tal transformação fosse possível, o Direito perderia seu poder de regular o comportamento humano. Por essa razão, apenas uma das duas instâncias contrárias do "dever" ideal, em nosso caso ou a permissão de descrever o oficial da reserva paraplégico como "assassinato" como expressa (8) PiRa, ou proibição de fazê-lo como expressa (11) $\neg$ PiRa, poderá passar ao nível do "dever" real. Essa seleção é regulada pelas duas leis básicas da teoria dos princípios, a Lei de Colisão e a Lei da Ponderação, a segunda na forma familiar da Fórmula de Peso.

A Lei de Colisão explica o que significa transformar um "dever" ideal ou *prima facie* em um "dever" real ou definitivo. A Fórmula do Peso estabelece os critérios para essa transformação. A fim de demonstrar como, de acordo com a Lei de Colisão, a transformação é executada, ao princípio da liberdade de expressão, como formulado acima em (6), deve ser atribuída acurta representação Pi, enquanto o direito da personalidade (9) será designado P2. Então, o Tribunal Constitucional, no

que diz respeito à descrição do oficial paraplégico como "assassino nato", concede precedência à liberdade de expressão devido ao contexto satírico. A condição "descrição de um oficial da reserva paraplégico como "assassino nato" em um contexto satírico" representa a variável "C" na Lei de Colisão, na qual expressa a condição de referência. A condição, em nosso caso, será designada "C1". Isso gera a seguinte afirmação preferencial:

(12) (P1PP2)C1

A questão da Lei de Colisão é de que a afirmação preferencial (12) implica uma regra que tem (C1) como sua *protasis* e as consequências jurídicas erigidas por P1 em nosso caso, ou seja, a permissão à descrição de "assassino nato", como sua *apodosis*. Essa permissão não é mais uma permissão ideal, e isso é de central importância. Trata-se de uma permissão real ou definitiva, que pode ser indicada como "Pr", pois deriva da solução à colisão dos princípios através do estabelecimento da relação condicional de precedência expressa por (12). Dessa forma (8), ou seja, $P_i R_a$, é transformada em:

(13) Pr Ra.

Explicação:

Essa transição do nível ideal ao nível real não seria possível se os princípios não existissem, pois não é possível derivar-se algo de algo que não exista. Sem a compreensão, em primeiro lugar, do que é um conflito de obrigações *prima facie* ou obrigações ideais e, em segundo lugar, como esse é resolvido pela transformação de um "dever" ideal em um "dever" real através de uma relação condicional de precedência, não é possível entender o que é a ponderação. Isso basta para estabelecer a existência e necessidade de princípios enquanto "deveres" ideais. Tudo isso é necessário, mas não suficiente para compreender ou construir a ponderação. Uma compreensão completa não é possível sem a segunda lei da teoria dos princípios, a Lei da Ponderação.

ANEXO II - Fórmula do Peso

A Lei da Ponderação, que é idêntica à terceira máxima parcial da máxima proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito, declara: "Quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, maior deve ser a importância de satisfação do outro.

Permeando quase toda adjudicação constitucional, a Lei da Ponderação é encontrada em várias formulações diferentes. Ela expressa a essência da ponderação e tem grande importância prática. Se, contudo, se almeja obter uma análise completa e precisa de estrutura de ponderação, a Lei da Ponderação tem que ser mais desenvolvida. O resultado de tal desenvolvimento é a Fórmula do Peso.

$$W_{i,j} = I_i \times W \times R_i / I_j \times W_j \cdot R_j$$

W_{ij} representa o peso concreto do princípio P_i em relação ao princípio colidente P_j . A fórmula do peso define esse peso concreto como quociente de três fatores localizados, por assim dizer, em cada um dos lados da ponderação: I_i e I_j são de especial importância; " I_i " representa a intensidade da interferência em P_i ; " I_j " representa a importância de satisfazer o princípio colidente ; I_j também, pode ser compreendido como intensidade de interferência, ou seja, como intensidade de interferência em P_j através da não interferência em P_i . " W_i " e " W_j " representam os pesos abstratos dos princípios P_i e P_j . Quando os pesos abstratos são iguais, o que é geralmente o caso nas colisões entre os direitos fundamentais, eles anulam-se mutuamente. " R_i " e " R_j " representam dois fatores que têm recebido atenção cada vez maior em recentes discussões sobre direitos fundamentais. Eles se referem à confiabilidade das premissas empíricas e normativas concernentes à questão acerca de quão intensa é a interferência em P_i , e quão intensa seria a interferência em P_j se a interferência em P_i , fosse omitida.

Lei de Colisão e Lei da Ponderação

A Fórmula do Peso situa-se no centro do debate sobre a teoria dos princípios.

A Fórmula do Peso torna explícita a forma de justificação, da afirmação preferencial $(P_i \succ P_j)C$, a qual torna possível a transição do "dever" ideal para real. Três relações preferenciais são possíveis: (1) P_i tem precedência sobre P_j , (2) P_j tem precedência sobre P_i (3) nenhum dos dois possui precedência em relação ao outro. A essas três possibilidades de precedência correspondem três possíveis pesos concretos: (1) $W_{i,j}$ pode ser maior que 1, (2) pode ser menor que 1, e (3) pode ser igual a 1. Se for maior que 1 P_i tem precedência sobre P_j , se for menor que 1, P_j tem precedência sobre P_i , e se for igual a 1, ocorre um empate. Nesse caso, nem P_i tem precedência sobre P_j e nem P_j tem precedência sobre P_i . Isso significa que o Estado, e especialmente o legislador, tem discricionariedade. Isso pode ser descrito por três regras que podem ser denominadas "regras de conexão".

$$(14) \text{ (a) } W_{i,j} > 1 \rightarrow (P_i \succ P_j)C$$

$$(b) \quad W_{i,j} < 1 \rightarrow (P_j \succ P_i)C$$

$$(c) \quad W_{i,j} = 1 \rightarrow \neg(P_i \succ P_j)C \ \& \ \neg(P_j \succ P_i)C \text{ (empate)}$$

As regras de conexão mostram que a conexão entre a Lei de Colisão e a Fórmula do Peso, e, assim, a conexão com a Lei da Ponderação, é tão próxima quanto possível. Isso, por sua vez, significa que existe uma conexão intrínseca entre dois axiomas e as duas leis da teoria dos princípios. Eles formam um sistema. Sem o "dever" ideal, o sistema seria incompleto. Esse é o núcleo da prova da existência dos princípios, assim, da prova de sua necessidade (TOLEDO; ALEX, 2017).