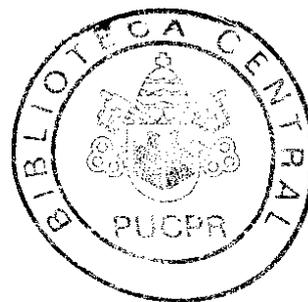


**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ**  
**MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL**

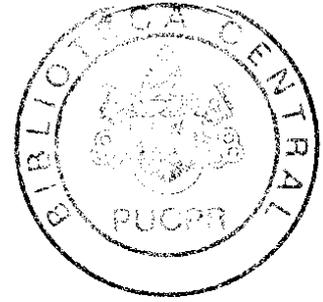
**MELISSA FOLMANN**



**O SIGILO BANCÁRIO ENQUANTO NORMA CONSTITUCIONAL**  
**NO NOVO CENÁRIO ECONÔMICO-SOCIAL**

**CURITIBA**  
**FEVEREIRO/2003**

**MELISSA FOLMANN**



**O SIGILO BANCÁRIO ENQUANTO NORMA CONSTITUCIONAL  
NO NOVO CENÁRIO ECONÔMICO-SOCIAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Econômico e Social – Direito de Empresa em face dos Direitos Fundamentais, do Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Orientador: Professor Doutor  
Roberto Catalano Botelho Ferraz

CURITIBA  
FEVEREIRO/2003

## TERMO DE APROVAÇÃO

O SIGILO BANCÁRIO ENQUANTO NORMA CONSTITUCIONAL  
NO NOVO CENÁRIO ECONÔMICO-SOCIAL

MELISSA FOLMANN

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social – Direito de Empresa em face dos Direitos Fundamentais, Setor de Ciências Jurídicas, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

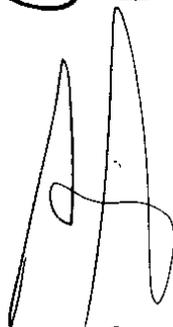
Orientador: Prof. Dr. Roberto Catalano Botelho Ferraz



Prof. Dr.



Prof. Dr.



Curitiba, 29 de março de 2003.

*A Deus que nunca me deixa só e aos grandes e verdadeiros  
amores de minha vida: meu pai (Wilson), minha mãe (Juracy),  
meus irmãos (Caycero e Alex) e minha irmã (Bruna).*

### *Agradeço*

*Ao meu orientador Roberto Catalano Botelho Ferraz, por sua orientação acadêmica e entusiasmo no pensar além do direito, no pensar humanamente.*

*Aos mestres e amigos de sempre André da Costa Ribeiro e José Renato Gaziero Cella, pela amizade, pelas considerações sobre o texto, pela credibilidade e pelas lições gratuitas em cada conversa.*

*Ao Rodrigo D. Bertozzi pela amizade e por crer num futuro perfeito.*

*A doce, atenciosa e prestativa Eva de Fátima Curelo, que me honra com sua amizade.*

*Ao professor Francisco Carlos Duarte, um exemplo de genialidade ímpar e simplicidade.*

*Ao professor José Ernani de Carvalho Pacheco pela compreensão das furtivas horas de minhas atividades profissionais, pela amizade e confiança.*

*A Andressa Mara dos Santos, estagiária e colaboradora.*

*A Marcia Bataglin Dalcastel pela amizade e revisão desta dissertação.*

*Aos colegas de mestrado que mesmo nas conversas de corredor despertaram algum pensamento novo, especialmente: Daniele Tettü Rodrigues, Ariane Fernandes de Oliveira, Fernanda Letícia Soares Pinheiro, Louise Rainer Gionédis e Mario Jorge Helton.*

*E a você que mesmo na ausência incentivou-me a persistir em busca de meus ideais.*

*“Tenha-se sempre em presente a máxima de que, em sendo o direito uma ciência, o meio justifica o fim, e não este aquele.”*

**Marco Aurélio Mello<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> In: A eficácia dos precatórios. *Revista tributária e de finanças públicas*. n. 20, p. 228-230, jul./set., 1997.

## RESUMO

Contemporaneamente revalorizou-se a direta relação do direito com o sujeito e a complexidade circundante. A máxima “direito é o que está na lei” paulatinamente foi comprovando sua tautologia na medida em que a lei não encontrava subsunção a todos os fatos, estes sucediam-se independentemente de quaisquer previsão. O direito imutável passou a demonstrar seu divórcio e inadaptabilidade com a sociedade a que se destinava, a dinamicidade da vida superava-o, gerando a instabilidade e insegurança tão temidas. Em meio a isso desenvolveram-se processos formais de mudança da Constituição visando aproximar direito e sociedade. Mas a problemática positivista persistia, pois a vida continuava a ser mais dinâmica e o direito a ser estático. Paul Laband percebeu esse fenômeno de alterações informais, ou seja, de permanência textual, mas com conteúdo e extensão diversos, denominando de mutação constitucional, a qual atua via diversos modos, variando de autor para autor, destacando-se os costumes e a interpretação como as modalidades por excelência. Particularmente com relação à interpretação os princípios, tão refutados pelo positivismo em face de sua direta relação com a moral, alçaram um elevado grau de consideração redimensionando e redirecionando o direito a um novo conceito: o de ser normas e princípios. A melhor doutrina tem se dedicado ao questionamento, exposição ou refutação da fase principiológica por que passa o direito, sobressaindo-se como fomentador da questão: Ronald Dworkin. O direito recorre, então, a novos fundamentos que refletem em expressões históricas como “interesse público” motivando o intérprete a perquirir sobre qual o verdadeiro sentido e destino desta, principalmente na seara do direito constitucional-tributário, na qual se percebe muito mais a influência do processo construtivo da nova tendência do direito, justamente por envolver duas figuras essenciais no desenvolvimento deste, o Estado e o contribuinte. O homem conheceu ainda uma nova figura, a tecnologia. Esta promoveu e tem promovido alterações de fundo, com destaque ao campo econômico, propiciando o desenvolvimento da transnacionalização do mercado em que uma nova moeda tornou-se vital, a informação. Esse novo cenário reapresentou à sociedade a questão do direito ao sigilo, mais especificamente, do sigilo bancário, levando os principais órgãos de influência nas relações econômicas, como a OCDE, bem como a legislação de vários países, a redimensionarem a necessidade e fundamento do sigilo bancário à luz da sociedade; dessa nova sociedade. Em sendo membro desta, o Brasil com a Constituição de 1988 também fez renascer as discussões acerca do instituto do sigilo bancário, principalmente em face do ente fiscalizador, exigindo do sistema jurídico uma readequação do tema no plano legal e constitucional, motivando o posicionamento jurisprudencial e doutrinário. Derivaram então duas correntes, uma a favor da preservação do sigilo bancário e outra oposta sustentando que a supremacia do interesse público deveria prevalecer, relegando-se o direito ao sigilo bancário a fim de atender um processo mundial de combate à sonegação e à lavagem de dinheiro. A sociedade jurídica viu-se, então, provocada a manifestar-se sobre o fenômeno em face do novo cenário sócio-econômico, que veio a envolver o sigilo, e das mutações conceituais decorrentes do mesmo.

## RESUMO

Contemporaneamente revalorizou-se a direta relação do direito com o sujeito e a complexidade circundante. A máxima “direito é o que está na lei” paulatinamente foi comprovando sua tautologia na medida em que a lei não encontrava subsunção a todos os fatos, estes sucediam-se independentemente de quaisquer previsão. O direito imutável passou a demonstrar seu divórcio e inadaptabilidade com a sociedade a que se destinava, a dinamicidade da vida superava-o, gerando a instabilidade e insegurança tão temidas. Em meio a isso desenvolveram-se processos formais de mudança da Constituição visando aproximar direito e sociedade. Mas a problemática positivista persistia, pois a vida continuava a ser mais dinâmica e o direito a ser estático. Paul Laband percebeu esse fenômeno de alterações informais, ou seja, de permanência textual, mas com conteúdo e extensão diversos, denominando de mutação constitucional, a qual atua via diversos modos, variando de autor para autor, destacando-se os costumes e a interpretação como as modalidades por excelência. Particularmente com relação à interpretação os princípios, tão refutados pelo positivismo em face de sua direta relação com a moral, alçaram um elevado grau de consideração redimensionando e redirecionando o direito a um novo conceito: o de ser normas e princípios. A melhor doutrina tem se dedicado ao questionamento, exposição ou refutação da fase principiológica por que passa o direito, sobressaindo-se como fomentador da questão: Ronald Dworkin. O direito recorre, então, a novos fundamentos que refletem em expressões históricas como “interesse público” motivando o intérprete a perquirir sobre qual o verdadeiro sentido e destino desta, principalmente na seara do direito constitucional-tributário, na qual se percebe muito mais a influência do processo construtivo da nova tendência do direito, justamente por envolver duas figuras essenciais no desenvolvimento deste, o Estado e o contribuinte. O homem conheceu ainda uma nova figura, a tecnologia. Esta promoveu e tem promovido alterações de fundo, com destaque ao campo econômico, propiciando o desenvolvimento da transnacionalização do mercado em que uma nova moeda tornou-se vital, a informação. Esse novo cenário reapresentou à sociedade a questão do direito ao sigilo, mais especificamente, do sigilo bancário, levando os principais órgãos de influência nas relações econômicas, como a OCDE, bem como a legislação de vários países, a redimensionarem a necessidade e fundamento do sigilo bancário à luz da sociedade; dessa nova sociedade. Em sendo membro desta, o Brasil com a Constituição de 1988 também fez renascer as discussões acerca do instituto do sigilo bancário, principalmente em face do ente fiscalizador, exigindo do sistema jurídico uma readequação do tema no plano legal e constitucional, motivando o posicionamento jurisprudencial e doutrinário. Derivaram então duas correntes, uma a favor da preservação do sigilo bancário e outra oposta sustentando que a supremacia do interesse público deveria prevalecer, relegando-se o direito ao sigilo bancário a fim de atender um processo mundial de combate à sonegação e à lavagem de dinheiro. A sociedade jurídica viu-se, então, provocada a manifestar-se sobre o fenômeno em face do novo cenário sócio-econômico, que veio a envolver o sigilo, e das mutações conceituais decorrentes do mesmo.

## ABSTRACT

The direct relation to the law has been contemporaneously reevaluated with its circumfluent complexity. The maximum "of rights which are within the law" has been proven in degrees by its tautology by the same measure in which the law did not find assuming all the facts; these took place independently and without any foreknowledge. The immutable law has come to show its divorce and inadaptability with the society to which it was destined, the dynamics of life overcame it, generating the much feared instability and insecurity. Among all these, formal processes for change in the constitution were developed, aiming to get the law and society closer together. But the positivist problem persisted, as life continued to be more dynamic and the law static. Paul Laband perceived this phenomenon of informal alterations, or being permanence in text, but with diverse content and extensions, called constitutional mutation, which exerted itself in different ways, varying from author to author, highlighting the customs and its interpretation as modalities in excellence. Especially in relation to its interpretation of principals, which was very much refuted by the positivism in the face of its direct relation with the moral, it reached an elevated degree of dimensional consideration and redirecting the law to a new concept: or of being standards and principals. The best doctrine has been dedicated to questioning, displaying or refuting of the principal phase because it passes the law, and coming out as a fomenter of the question: Ronald Dworkin. The law then appeals to new fundamentals, which are reflected in historical expressions such as "public interest" motivating the interpreter to scrupulously investigate as to what is its true sense and destination, especially in its association to the constitutional tax law, in which its influence of the constructive process for the new tendency in the law is perceived much more, just so as it involves two essential characters in its development, the state and the contributor. Man has come to know yet another new character, technology. This promotes and has promoted deep changes highlighting the economic field propitiating the markets transitional development in which a new currency has become vital, information. This new scenario has presented to society the question of the right to secrecy, more specifically, banking secrecy, taking along with it the main influencing bodies in economic relations, such as the OCDE, as well as the legislation from various countries to dimension anew the need for the fundamentals of banking secrecy in light of the society; this new society. As Brazil is a member of this the 1988 constitution brought up anew the discussions around the institute of banking secrecy, especially in the face of the fiscal entity, requiring from the judicial system a re-adaptation of the theme in the legal and constitutional plans, motivating the jurisprudential and doctrinal stance. There arose then two currents, one in favor of preserving banking secrecy and the other opposed to it, sustaining that the supremacy of the public's interest should prevail denying it the right to banking secrecy with the aim of serving a world wide process of combating money laundering and the non-payment of taxes. The judicial society then saw itself provoked into manifesting itself over this phenomenon, in the face of this new socioeconomic scenario, which came to involve secrecy and of its decurrent conceptual mutations.

<b>4.3 O SIGILO BANCÁRIO NO DIREITO COMPARADO .....</b>	<b>94</b>
4.3.1 Alemanha.....	95
4.3.2 Áustria.....	96
4.3.3 Austrália.....	96
4.3.4 Bélgica.....	97
4.3.5 Chile.....	97
4.3.6 Colômbia.....	99
4.3.7 Espanha.....	99
4.3.8 Estados Unidos da América – EUA .....	100
4.3.9 França.....	101
4.3.10 Hungria .....	103
4.3.11 Inglaterra.....	103
4.3.12 Itália .....	104
4.3.13 Líbano.....	104
4.3.14 Luxemburgo.....	105
4.3.15 México .....	106
4.3.16 Noruega.....	106
4.3.17 Polônia.....	107
4.3.18 Portugal .....	107
4.3.19 Suíça.....	109
4.3.20 Turquia.....	110
4.3.21 Uruguai .....	110
<b>4.4 O SIGILO BANCÁRIO NA OCDE.....</b>	<b>111</b>
<b>5 O SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL .....</b>	<b>117</b>
<b>5.1 TEORIA DO DIREITO À INTIMIDADE.....</b>	<b>117</b>
5.1.1 A teoria dos círculos concêntricos no sistema brasileiro.....	123
<b>5.2 O CONCEITO BRASILEIRO DE SIGILO BANCÁRIO .....</b>	<b>127</b>
<b>5.3 DESENVOLVIMENTO E PROBLEMAS AFINS .....</b>	<b>128</b>
5.3.1 Fisco .....	128
5.3.1.1 Primeira fase (do Brasil Colônia à Lei 4.595/64) .....	129
5.3.1.2 Segunda fase (da Lei 4.595/64 à CF/88) .....	131
5.3.1.3 Terceira fase (da CF/88 à LC 105/01).....	136
5.3.1.4 Doutrina do sigilo bancário como manifestação do direito à intimidade, nos termos da CF/88, art. 5º, X.....	138
5.3.1.5 Doutrina do sigilo bancário como manifestação da proteção ao sigilo de dados, conforme CF/88, art. 5º, XII.....	148
5.3.1.6 Doutrina do sigilo bancário como manifestação do direito à liberdade .....	150
5.3.1.7 O posicionamento da jurisprudência .....	151
5.3.1.8 Quarta fase (da LC 105 às perspectivas em face do Estado de Direito) .....	153
5.3.2 Desconstruindo falácias.....	154
5.3.2.1 A primeira falácia: “o banco não é esconderijo” .....	154
5.3.2.2 A segunda falácia: “quem não deve não teme”.....	156
5.3.2.3 A terceira falácia: “o sigilo bancário é um direito burguês”.....	157
5.3.2.4 A quarta falácia: “o fisco está de mãos amarradas para combater a sonegação” .....	160
5.3.2.5 A quinta falácia: “princípio da supremacia do interesse público”.....	165

5.3.2.6 A sexta falácia: “igualdade tributária” .....	169
<b>5.4 O MINISTÉRIO PÚBLICO.....</b>	<b>170</b>
<b>5.5 O TRIBUNAL DE CONTAS .....</b>	<b>175</b>
<b>5.6 A COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO .....</b>	<b>178</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>180</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>186</b>

## INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade exige do homem, enquanto indivíduo, uma constante readaptação.

Envolto sempre em grandes transformações e revoluções, de acordo com a necessidade que se fazia presente, buscou o mesmo, um meio que melhor pudesse lhe dar garantias básicas de sobrevivência no seio social em que vivia, visando o respeito a seus direitos inerentes e o reconhecimento de sua liberdade, desenvolvendo, com esse intuito, mecanismos de tutela e regulamentação das relações enquanto homem individual e social. Dentre estes, pode-se destacar a positivação do Direito.

Em face desse mecanismo, acreditou-se, inicialmente e de forma pouco contestadora, por longa data, que somente a lei poderia lhe dar a segurança tão almejada, podendo, assim, realmente considerar-se livre.

Mas a sociedade continuou em seu processo natural de evolução galgando paulatinamente patamares imprevisíveis e provocando no homem a necessidade de uma readaptação, agora, em seus fundamentos legais, sob pena do direito divorciar-se cada vez mais de sua base, a sociedade.

A indissociabilidade entre homem e direito passou, então, por uma redescoberta e o homem mais uma vez revalorizou sua essência humana em detrimento de sua figura inerte, compreendendo-se como *sujeito de direito* e não meramente *sujeito ao direito*.

Nesse processo evolutivo a sociedade foi expandindo fronteiras, propiciando ao homem descobrir novos paradigmas que o levaram à refutar a idéia simplista de que poderia viver apenas sujeito às determinações legais impostas pelo

meio social no qual estava inserido. Compreendeu-se a necessidade de sujeição a diretivas além fronteira, quais sejam, aquelas derivadas da concepção humana de direito inerente a qualquer indivíduo independentemente de sua nacionalidade ou direito intra muros.

Dessa forma, mesmo possuindo, cada sociedade, uma norma maior a ser seguida e respeitada, a qual se denomina Constituição, ressalta-se não ser a mesma estanque e nem tampouco que se esgota em si mesma. O direito pressuposto, embora modificado enquanto direito posto, fundamenta as soluções requeridas pelas constantes indagações feitas em relação ao convívio social no qual está imerso o homem.

Diante disso, parece ter sucumbido a tautologia de ser direito apenas aquilo que está na lei, seja ela de cunho constitucional ou infraconstitucional. Não se podendo permitir que novas determinações legais sejam impostas aos cidadãos relegando, inclusive, os direitos implícitos a sua condição de homem, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana.

Dentre os grandes fenômenos motivadores de uma nova visão do direito destaca-se o tecnológico. Este conferiu ao ser humano um poder comunicacional além das expectativas e possibilidades positivadas interna e externamente, impondo a necessidade de adequação de sistemas independentemente de alterações formais, pois a celeridade e automaticidade de transferência das novas técnicas jamais conseguem ser acompanhada pela norma positivada.

Em decorrência desse fenômeno a transnacionalização foi acelerada, influenciando diretamente no aspecto econômico, dentre outros, mais precisamente na relações bancárias, as quais suplantaram os valores físicos em face das transações virtuais. Proliferaram então questões das mais variadas naturezas que vieram a

delinear um novo cenário socio-econômico, sobressaindo-se como objeto do presente estudo, em face da interligação homem-economia com a evolução tecnológica, o direito ao sigilo bancário.

Nesse sentido visa-se esclarecer alguns pontos fundamentais do referido cenário, a fim de que estes possam ensejar novas considerações a respeito de como se constrói o Direito, assim compreendido como um conjunto de normas e princípios, em que a Constituição representa o cerne, mas não se esgota em seu texto, podendo passar por processos formais e informais de alteração conforme à sociedade, a qual, por vezes, tem sido afastada do Estado Democrático de Direito sob o manto de um suposto princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, do qual o próprio ente estatal se vale para desconsiderar questões de fundo histórico, como a dignidade da pessoa humana.

Nessa linha, em um primeiro momento serão abordados assuntos diretamente relacionados à origem do Direito chegando ao texto máximo das leis, a Constituição. Na seqüência explicar-se-ão as formas pelas quais esta sofre alterações, sendo indispensável relatar a discussão travada entre a principiologia de Ronald DWORKIN e o positivismo de Herbert HART, procurando-se destacar a importância de cada um destes sistemas como forma de adequação do próprio Direito enquanto conjunto de norma-princípio e norma-diretriz. Posteriormente, adentrar-se-á a nova seara que envolve os interesses público e privado. Já de forma mais direcionada discorrer-se-á sobre o sigilo, focalizando o sigilo bancário, tema principal deste trabalho, trazendo à luz a normatização deste perante o direito comparado – com destaque às diretivas da OCDE – e interno. E, por último, demonstrar-se-á a existência de falácias que permeiam o meio doutrinário, promovedoras de uma visão distorcida da importância de se manter o sigilo

bancário. Fechando-se, dessa forma, o ciclo no qual se encontra o homem atual e, por conseguinte, o cenário jurídico-social do sigilo bancário.

# 1 CONSTITUIÇÃO: DO POSITIVISMO À REALIDADE

## 1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA ORIGEM DO DIREITO

Direito e sociedade, independentemente da corrente filosófica que se partilhe, possuem uma inter-relação natural no processo evolutivo, na medida em que um influi no outro<sup>1</sup> ou mais precisamente, as mudanças do sistema social confluem em alterações do sistema jurídico<sup>2</sup>.

Do habitante das cavernas ao homem-cibernético a sociedade passou por profundas alterações, as quais têm sido cada dia mais céleres, em razão do fácil acesso a uma gama de informações jamais imaginada por aquele homem que se comunicava através de simples gestos e urros em busca da sobrevivência.

O sistema do ser humano defensivo por suas próprias forças e solitário em meio à natureza cedeu espaço ao agrupamento das *gentes*, e, por conseqüência natural, ao aparecimento de normas disciplinadoras do convívio com seus pares. Normas estas que, por vezes, podem representar prevenção ou repressão<sup>3</sup>, mas têm como objetivo comum a manutenção e desenvolvimento de um convívio social digno. O homem descobriu a vida em sociedade manifestando sua essência de ser social, de ser dependente do próximo.

Os *clãs* com suas normas costumeiras tornaram-se tribos, reinos, impérios, atravessaram fronteiras e, como não poderia deixar de ser, desenvolveram novas formas de comunicação das suas normas.

---

<sup>1</sup> Sobre a dialeticidade homem-direito, ver COELHO, Luiz Fernando. *Teoria da ciência do direito*, p. 109-118.

<sup>2</sup> Neste sentido ver CELLA, José Renato Gaziero. *Teoria tridimensional do direito de Miguel Reale*, p. 49 e ss.

<sup>3</sup> Sobre essa passagem ver KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 21-34

Os conflitos que até então eram para a mera sobrevivência de uns em face de outros – pesca e caça –, passaram a caracterizar-se como a disputa entre ceder as suas normas em face das do outro ou não. Tais normas poderiam advir de preceitos religiosos, políticos, econômicos ou mesmo históricos.

Assim, a evolução das civilizações viu nascer e desenvolver um ser que para ser aceito por seus pares estaria sujeito ao conjunto de normas eleitas pela comunidade circundante. Viver socialmente significava, e significa, adequar-se ao sistema, sem, contudo, abdicar da *personalidade*<sup>4</sup>.

Esse sistema de normas positivadas ou não, construídas no transcorrer do processo social, passou, em determinado momento, a denominar-se Direito, delegando ao próprio homem saber aplicar, criar e coordenar essa *força social*<sup>5</sup>.

Num primeiro momento tais atributos repercutiam sobre uma determinada pessoa, num sistema individualista em que se pressupunha ser esta pessoa conhecedora do melhor para a sociedade. Todavia, com a evolução da mesma, não competia mais ao pai, ao chefe da tribo, ao imperador ou ao rei dizer a norma e aplicá-la. Surgiram outras figuras distintas em suas funções como o “fenômeno Montesquieu” e sua tripartição de poderes: judiciário, legislativo e executivo. O poder individualista cedera.

A sociedade adotou então um poder para elaborar as normas, outro para solucionar os conflitos entre os cidadãos e outro para ordenar a execução das normas.

Em meio a este processo desenvolveram-se textos direcionadores, coordenadores e normatizadores do Direito a ser seguido pelo Estado, dispondo

---

<sup>4</sup> Sobre a desreferenciabilidade do sujeito na transmodernidade e os caminhos que levaram a tal, ver: COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. Santa Catarina: Fundação Boitex, 2001.

<sup>5</sup> Expressão adotada por RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 51.

desde a composição deste às prerrogativas de cada cidadão. O conhecido diploma dos diplomas, lei das leis, ao qual se denominou Constituição.

Esta, no entanto, não possui uma precisão histórica, há quem afirme, já na época de Aristóteles, sua existência, em contrapartida, há quem só reconheça tal documento a partir da Revolução Francesa.

A divergência do momento histórico do surgimento da Constituição deve-se, basicamente, a dois fatores: conceito e forma.

De tal sorte que na seqüência serão abordados de forma sucinta referidos fatores.

## 1.2 A CONSTITUIÇÃO

A qualificação do termo Constituição<sup>6</sup> como polifacético repercute serenamente a construção traçada em torno desta na busca por defini-la, variando, essencialmente, com o momento histórico, sociedade e autor.

Nessa seara é possível identificar conceitos<sup>7</sup> clássicos na politéia de Aristóteles<sup>8</sup>, na *res publica* dos romanos, na Teoria do Poder Constituinte de Abade Sieyès, na Carta de Direitos de 1789<sup>9</sup> e na de 1948. Em contrapartida, a partir deste momento, cada autor buscou conceituá-la com sua própria ideologia, merecendo

---

<sup>6</sup> Ver interessante passagem especificamente sobre a Constituição Brasileira na obra de Giovani SARTORI, o qual compara a mesma com uma "novela do tamanho do 'catálogo telefônico'". SARTORI, Giovani. *Engenharia Constitucional: como mudam as constituições*, p. 214.

<sup>7</sup> Sobre o tema, escreveu exhaustivamente TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*, p. 44 e ss.

<sup>8</sup> "Constituição é a estrutura que dá origem à cidade, determinando o funcionamento de todos os cargos públicos e, sobretudo da autoridade soberana." BOBBIO, Norberto. *A teoria da formas de governo*, p. 47.

<sup>9</sup> O art. 16 da Declaração de Direitos de 1789, apresenta uma definição indireta de Constituição: "Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição".

destaque a conformadora de Karl LOEWENSTEIN<sup>10</sup>; a da força normativa de Konrad HESSE<sup>11</sup>; a social de Ferdinand LASSALE<sup>12</sup>; a do sistema de valores de Paulo BONAVIDES<sup>13</sup>; a jurídica de Hans KELSEN<sup>14</sup>; a política de Carl SCHIMDT<sup>15</sup>; e a procedimental de Giovanni SARTORI<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, p. 149 e ss.: Para Karl LOEWENSTEIN a Constituição seria um documento de compromisso influenciado pela doutrina liberal; um dispositivo fundamental para o controle do processo do poder, contendo normas e princípios advindos do reconhecimento de certas formas de conduta, como limites ao poder; e, desta forma, com um duplo conteúdo ideológico: legítima participação dos destinatários da norma no poder e liberdade do destinatário em face do detentor do poder – aversão ao absolutismo. Para o autor uma Constituição para ser autêntica deve conter normas sobre: tripartição de poderes – distribuição e limitação; democracia; reforma constitucional, e direitos individuais e liberdades públicas. No mesmo sentido cumpre destacar CAMPOS, German J. Bidart. *Filosofía del derecho constitucional*, p. 71, “[...] la constitución de un estado es la que real, verdadera y efectivamente lo ordena, lo hace ser y existir tal cual es, lo compone, lo estructura”. Adepto da concepção de Karl LOEWENSTEIN, para Uadi Lammêgo BULOS a Constituição representa um *organismo vivo*, ao qual cumpre a tarefa de “estatuir direitos, prerrogativas, garantias, competências, deveres e encargos, dispondo sobre as funções Executiva, Legislativa e Jurisdicional, e estabelecendo as diretrizes e os limites para o exercício delas. Daí dizer-se que o Texto Maior é a particular maneira de ser do Estado [...]”. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*, p. 7.

<sup>11</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. E, ainda, HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 37; “A Constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais devem formar-se unidade política e tarefas estatais a serem exercidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação das unidades política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem jurídica. Em tudo, ela é ‘o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios e sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade’”. Na mesma linha Anna Candida da CUNHA FERRAZ: “A Constituição, lei das leis, deve refletir tão fielmente quanto possível a ordem política, social e econômica desejada pela comunidade. O Poder Constituinte, veículo desse querer, mais não deve fazer do que transpor, para a ordem normada, os valores, princípios, ideais predominantes no momento da elaboração constitucional e que supõe se projetem também para o futuro. Não haveria razão para positivar uma Constituição, se assim não fosse. Essa ordem normativa supõe, portanto, a um só tempo, uma ordem ideal de valores, a ser realizada, e uma ordem concreta aberta e receptiva, a ser efetivamente cumprida e praticada. Sem a confluência dos dois fatores, a Constituição é letra morta, perece, deixa de merecer o respeito do povo porque não traduz, de modo real, a idéia de direito dominante no seio da sociedade.” CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 232 – rodapé. Para a autora matéria propriamente constitucional é aquela referente à organização do poder, atribuição de competência, e aos direitos individuais; a qual não é facilmente identificada pelo povo. CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 60. No mesmo sentido: MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal Anotada*, p. 6-7.

<sup>12</sup> LASSALE, Ferdinand, em sua obra “*A essência da Constituição*” solidifica a teoria de que a Constituição não é só o texto escrito, mas também o processo social de forças, em verdade representa os fatores reais de poder da sociedade a que se dirige.

<sup>13</sup> “Toda Constituição, segundo o sentido em que a tomamos, é, em primeiro lugar, um sistema de valores. Serve de base ao Estado Social, que ela provê de um denso teor democrático.” BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo e a crise contemporânea*, p. 11

<sup>14</sup> Nessa linha Luís PINTO FERREIRA afirma que a Constituição é aquela norma no ápice da pirâmide kelseniana que dá validade às demais leis, no caso, uma espinha dorsal, sustentadora e refletidora do ser em sua esfera social, política, moral, histórica e jurídica. PINTO FERREIRA, Luís. *Manual de direito constitucional*, p. 2. E, ainda, para José Carlos Cal GARCIA: “Constituição: é a estrutura da comunidade social que se organizou politicamente; é a ordem necessária que deriva da

Analisando-se as linhas diretivas de cada ideologia partilhada pelos autores acima referidos pode-se extrair ser a Constituição o sistema coordenador e disciplinador da sociedade, composto por normas intrínsecas e extrínsecas, derivadas dos elementos que a própria sociedade erigiu como fundamentais para sua política e convivência com as demais.

A partir dos mencionados tipos infere-se que a Constituição pode ser classificada<sup>17</sup> em material<sup>18</sup>, formal<sup>19</sup>, outorgada<sup>20</sup>, democrática<sup>21</sup>, rígida<sup>22</sup>, flexível<sup>23</sup>, semiflexível<sup>24</sup>, escrita<sup>25</sup> e não-escrita<sup>26</sup>.

No entanto, ressalta-se que para o presente estudo sobressaem-se as classificações quanto à mutabilidade e a forma.

A par das pontuações acerca do conceito de Constituição, nenhum posicionamento é cediço no sistema jurídico, nenhum consegue firmar-se como definitivo e tampouco se desvincular da realidade circundante. Pelo contrário, a

---

designação de um poder soberano e dos órgãos que o exercem." GARCIA, José Carlos Cal. *Linhas Mestras da Constituição de 1988*, p. 11.

<sup>15</sup> A Constituição é precedida de decisão política. Sobre essa modalidade ver TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p. 18.

<sup>16</sup> Para Giovanni SARTORI "as constituições são, antes de mais nada, conjuntos de procedimentos tendo por objetivo assegurar o exercício do poder sob controle. Portanto, são e devem ser neutras com relação ao seu conteúdo. Asseverando que há de se desconfiar das constituições que contêm aspirações, pois o máximo que devem fazer é estabelecer como as normas serão criadas, jamais o que será estabelecido por elas. SARTORI, Giovanni. *Engenharia Constitucional: como mudam as constituições*, p. 214-215.

<sup>17</sup> Karl LOEWENSTEIN classifica-as ainda em programáticas-ideológicas e utilitárias; e, de acordo com a ontologia em: normativa, nominal e semântica. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, p. 211-216 e ss.

<sup>18</sup> Identificam-se conteúdos próprios de um texto constitucional, como a tripartição de poderes, direitos, deveres e garantias individuais.

<sup>19</sup> Matérias que se incorporam à Constituição sem serem propriamente constitucionais, como por exemplo o art. 192 da CF/88: "Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

[...]"

<sup>20</sup> Quando advém do detentor do poder, sem consulta popular.

<sup>21</sup> Forma-se a partir da vontade popular manifestada direta ou indiretamente

<sup>22</sup> Pressupõe árduo trabalho do poder constituinte derivado, nos termos previstos no próprio texto constitucional, para ser alterada.

<sup>23</sup> Adaptável na forma do processo legislativo ordinário.

<sup>24</sup> Contém uma parte rígida e outra flexível.

<sup>25</sup> Representada num corpo único de normas redigidas.

evolução dos sistemas de interpretação tem reconhecido a vitalidade deste corpo normativo em face de sua direta relação com a sociedade para a qual é dirigida ou da qual advém. Essa visão de indissociabilidade do texto constitucional com a realidade<sup>27</sup> permitiu a adoção da expressão *organismo vivo*<sup>28</sup> para designar tão importante documento. Logo, a norma não pode e nem deve ficar presa no espaço e no tempo.

Daí a necessidade de normas constitucionais *elásticas*<sup>29</sup>, ou seja, passíveis de adaptação em decorrência de fatos posteriores a criação do texto normativo.

Com isso, o reconhecimento de que a Carta Magna não é imutável, perene, como pretendiam alguns ao confundir *estabilidade* com *imutabilidade*<sup>30</sup>, levou ao desenvolvimento de processos de mudança da Constituição – reforma e mutação – acolhendo-se a idéia de que o texto constitucional permite sim estabilidade e transmissão de segurança mesmo sem ser imutável. Aliás, justamente nesse fato pode consistir a segurança jurídica.<sup>31</sup>

Note-se que, em havendo evolução social<sup>32</sup> partilhar da imutabilidade do texto constitucional seria admitir, ou mesmo conduzir, um Estado à estagnação

---

<sup>26</sup> Composta, basicamente, por costumes, textos esparsos, jurisprudência, convenções e praxe constitucional.

<sup>27</sup> Neste sentido ver o excelente artigo de Milton CAMPOS intitulado “Constituição e Realidade” em que o autor afirma ser qualidade imprescindível de uma Constituição o atendimento à realidade nacional. Esta construída com base na historicidade e atualidade social cambiante. Ver: CAMPOS, Milton. *Constituição e realidade*.

<sup>28</sup> Expressão exhaustivamente adotada por Uadi Lammêgo BULOS.

<sup>29</sup> Ver BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*, p. XIX. J. J. Gomes CANOTILHO acertadamente pondera que: “o futuro é uma tarefa indeclinável da constituição, devendo, por isso, a lei constitucional fornecer aberturas para captar a dinamicidade da vida política e social.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, 2001, p. 1417.

<sup>30</sup> Ver BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*, p. 3.

<sup>31</sup> Neste sentido pode-se destacar a expressão *inalterabilidade relativa das constituições* a que alude BULOS, Uadi Lammêgo em sua obra *Mutação Constitucional*, p. 54.

<sup>32</sup> “Na verdadeira doutrina, certamente o homem está ligado à sociedade, mas é ela que existe para ele, e não ele para ela, é ele que é o fim em si.” SILVEIRA, Alípio. *Os métodos de interpretação da lei em nosso Supremo Tribunal*, p. 19. Carlos Santiago NINO destaca a necessidade premente de o juiz adaptar o texto legal à sociedade, em face da clarividente impossibilidade do legislador prever todas as situações, e mais, de em as prevendo não prever as conseqüências de sua aplicabilidade na sociedade. Neste sentido ver: NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, p. 281-305, especialmente páginas 302-303.

sócio-político-econômica levando-o à instabilidade<sup>33</sup>. Por exemplo, se a Constituição ao falar de interesse público disciplinasse ser este somente aquele representado pela maioria, como bem ressalta Georg JELLINEK, competiria perquirir qual maioria? Chegar-se-ia a uma resposta, mas sobressair-se-ia outra, essa é a maioria pretendida pelo texto? E estas indagações levariam a outras, numa constante que culminaria na insegurança do Estado de Direito<sup>34</sup>.

Por isso, partilhar da premissa de que uma vez definida a norma essa deveria ser imutável representa afronta ao próprio Estado Democrático de Direito, o qual pressupõe o sujeito em relação com o objeto num processo dialético.

Todavia, ao admitir-se que a norma posta pode, a fim de atingir a estabilidade das instituições, sofrer alterações, a segurança jurídica estaria resguardada, pois sujeito e objeto caminhariam no mesmo sentido, sociedade e Direito<sup>35</sup> andariam lado a lado.

Destaca-se, dessa visão, num primeiro momento, a importância do Poder Constituinte Derivado<sup>36</sup> em sua manifestação *reforma*<sup>37</sup>; e, posteriormente, mas não menos importante, a *mutação*.

### 1.3 REFORMA CONSTITUCIONAL

---

<sup>33</sup> “Como acentua Carl Friedrich, o excesso gera a instabilidade”. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*, p. 79.

<sup>34</sup> Sobre o assunto ver: STRAPASSON, Maria das Graças. *Princípio da legalidade tributária*, p. 28-36.

<sup>35</sup> COELHO já alertava em sua teoria crítica a indivorciabilidade do direito com a sociedade, na medida em que o direito é social, é real, sofrendo influências ideológicas. Ver COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*.

<sup>36</sup> O Abade Sieyès foi o precursor da doutrina do Poder Constituinte com o seu panfleto: *Que é o Terceiro Estado? O Poder Constituinte apresenta-se como: originário – na elaboração do texto constitucional; e derivado – na alteração do produto do Poder Constituinte originário.*

<sup>37</sup> Ver PINTO FERREIRA, Luís. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. Tomo I, p. 167.

A negação do pensamento exacerbado de imutabilidade<sup>38</sup> da Constituição conduziu à aceitação da reforma, para complementar, alterar ou suprimir uma parte ou mais do texto constitucional<sup>39</sup> sem, contudo, interferir em sua essência.

Esse processo de mudança do texto constitucional – rígido ou flexível –, via de regra vem disciplinado no corpo do mesmo, o qual designa, inclusive, o órgão competente para promovê-la. Sendo de caráter eminentemente formal não possui razões taxativas para ocorrer<sup>40</sup>, ou mesmo prefixação temporal<sup>41</sup>, podendo apresentar-se nas modalidades de emenda ou revisão.

Por emenda compreende-se a modificação de certos pontos não considerados imutáveis pelo constituinte originário<sup>42</sup>, a inserção de novas disposições. A revisão, por sua vez, seria a releitura do texto constitucional relativamente às ponderações postas e não reconhecidas socialmente.

<sup>38</sup> Nelson de Sousa SAMPAIO destaca o Código de Hamurabi como o mais expressivo exemplo da ilusória intenção de imutabilidade do texto. Já a imutabilidade da Carta de 1789, sustentada por Duguit, de acordo com SAMPAIO, justifica-se como supra-estabilidade na medida em que continua a representar um assente popular. Ver SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*, p. 48 e ss.

<sup>39</sup> Para Anna Candida da CUNHA FERRAZ constitui-se reforma constitucional: “as modificações constitucionais reguladas no próprio texto da constituição (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma”. CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 9.

<sup>40</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, p. 170. O autor exemplifica como razão de mudança a constatação de lacunas, distinguindo estas em: ocultas – aquelas decorrentes da imprevisibilidade das situações posteriores à elaboração do texto constitucional; e descobertas – o próprio poder constituinte reconhece a necessidade de regulamentar uma matéria, mas por determinadas razões, omite-se de fazê-lo. Essa classificação é compartilhada por, a título exemplificativo, LARENZ, Karl. *Metodología da ciência do direito*, p. 524-620, especialmente páginas 540 e 564. Cumpre destacar que Hans Kelsen inadmitte a existência de lacunas no direito, afirmando ser a adoção destas meramente uma ficção, já que “é sempre logicamente possível, apesar de ocasionalmente inadequado, aplicar a ordem jurídica existente no momento da decisão judicial”. Hans Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. E ainda: Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 273-277.

<sup>41</sup> Karl LOEWENSTEIN infirma-se pela impossibilidade de considerar-se tal “elemento temporal”, tendo em vista a curta duração de algumas constituições ou, ainda, a ineficácia de disposições neste sentido em face de que tal procedimento dar-se-á em havendo a constatação de sua necessidade, independente do tempo em que se perceba esta. Ainda nesse sentido, bem assevera o autor não ser o tempo de uma Constituição – se velha ou nova – que disciplinará a frequência da reforma desta, mas o grau de identificação do texto constitucional. Contudo, reconhece serem legítimos os prazos estipulados para o início de reformas no texto constitucional recém elaborado, a fim de o mesmo adaptar-se ao contexto. Ver LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, p. 175 e 188.

<sup>42</sup> CF/88, art. 60, § 4º.

A reforma constitucional, seja na modalidade de emenda, seja na de revisão, possui limites explícitos e implícitos<sup>43</sup>, classificáveis em temporal<sup>44</sup>, circunstanciais<sup>45</sup>, formais<sup>46</sup>, materiais expressos<sup>47</sup> e materiais implícitos<sup>48</sup>.

Em sendo assim, a Constituição não representa mais um instrumento normativo imutável, divorciada do sistema social no qual está inserida. Sujeita-se sim às transformações do sujeito de direito, as quais refletem em seu corpo normativo ao ponto do mesmo prever as formas de alteração e os conteúdos inalteráveis, num modelo formal de mudança da Constituição.

Ao lado desse modelo formal tem-se reconhecido outro processo de alteração constitucional de índole informal, as chamadas *mutações constitucionais*.

A evolução do reconhecimento desse processo informal de alteração do texto constitucional deve-se, principalmente, ao fato de aceitar-se a inter-relação sujeito-objeto como inerente ao desenvolvimento do Direito. Este, aliás, construído para coordenar as relações humanas permitindo um convívio social. Logo, uma vez o sujeito de direito promovendo alterações na sociedade, estas, direta ou indiretamente, repercutirão sobre a efetivação da norma.

---

<sup>43</sup> Além dos limites Karl LOEWENSTEIN discorre sobre os problemas das técnicas de reforma constitucional, pode-se destacar: a revisão total – ao falar-se nesta, indiretamente, estar-se-ia assumindo não haver mais correspondência entre o texto constitucional e o sentimento popular, logo não seria uma reforma propriamente dita, mas uma nova Constituição; e a reforma tácita – seguindo os procedimentos previstos para reforma, estes não chegam a ser registrados no texto constitucional, permitindo que se cometam abusos na medida em que a Constituição não corresponde mais ao texto posto, mas às emendas efetuadas pelo poder de reforma não registrada. Sobre o tema ver LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, p. 185 e ss.

<sup>44</sup> O próprio Poder Constituinte originário estabelece um prazo a partir do qual o texto poderá sofrer alteração.

<sup>45</sup> Tratam-se de vedações à promoção de alterações em momentos de instabilidade e conturbação institucional.

<sup>46</sup> São limites procedimentais, ou seja, aqueles disciplinadores do procedimento de reforma.

<sup>47</sup> Versam sobre matérias eleitas pelo legislador originário como imodificáveis, inamovíveis, pétreas.

<sup>48</sup> Ditas tácitas ou inerentes à própria estrutura constitucional – “espírito da Constituição” (Expressão de LOEWENSTEIN). HESSE positiva como limites à reforma constitucional: a continuidade histórica (não rompimento constitucional); os direitos fundamentais; a tripartição de poderes; democracia liberal, os direitos fundamentais; a titularidade do poder constituinte; a titularidade do poder reformador; o processo de emenda ou revisão. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 517

## 1.4 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Na exata proporção em que foram desenvolvidas teorias opostas ao positivismo, admitindo-se a realidade como origem e destino do direito, e não somente a norma como fundamento de validade, observando sua hierarquia, o sistema jurídico passou a reconhecer processos inerentes de mudança dos textos constitucionais sem a necessidade de qualquer alteração no mesmo, mas sim no seu conteúdo e alcance.

As disposições formais de reforma – avanço com relação à idéia de imutabilidade constitucional – , acabaram por serem superadas por processos mais céleres e não formais de alteração, os quais, por vezes, são posteriormente incorporados à Constituição.

A verificação de não poder o texto constitucional prever todas as situações futuras, nem mesmo o momento, a forma e a oportunidade destas<sup>49</sup> bem como a tentativa de manter-se a rigidez das constituições, dificultando-se os processos de reforma, aliados à imprecisão de linguagem, entre outros fatores, levaram ao aparecimento de nova figura na mudança da Constituição as *mutações constitucionais*. Estas são consideradas processos informais, involuntários e imprevisíveis de mudança da Constituição, decorrentes dos costumes, da interpretação, dos grupos de pressão, ou da construção. E, tal como a reforma, encontram limites no próprio texto constitucional, sob pena de configurarem mutações inconstitucionais.

---

<sup>49</sup> "Ao serem editadas, as constituições não têm a perfeição de refletir todas as crenças e todos os interesses em pugna. Elas derivam de um paralelogramo de forças políticas, econômicas, sociais, culturais etc..., atuantes naquele determinado momento histórico". BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*, p. 65.

A doutrina, no entanto, não é pacífica na aceitação desses processos informais de mudança<sup>50</sup>.

Os partidários do positivismo puro inadmitem tal forma por entenderem que, uma vez não estando a mesma prevista na Constituição, ou seja, não tendo sido disciplinada como um dos meios de reforma, qualquer aplicação direcionada por uma mutação representa inconstitucionalidade; nesse sentido, deve o intérprete ater-se aos meios que lhe estão disponíveis via emenda ou revisão para adequar o texto às necessidades sociais.

Outra parte da doutrina, a moderna, firma-se no sentido de ser inegável a existência desse fenômeno percebido por LABAND<sup>51</sup>, na Alemanha da Constituição de 1871, na medida em que nenhum texto constitucional consegue ser exaustivo, preciso e perfeito o suficiente para antever o futuro, justamente por ser este, por essência, incerto e obscuro. O máximo que o legislador constituinte consegue é redigir um documento, ou texto, pretensamente adequado à sociedade da época em que está sendo elaborado, mas, mesmo assim, verifica-se que nasce com variações, imperfeições e inadequações a serem sanadas quando da sua aplicação<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Não há uma uniformidade com relação ao termo, variando de autor para autor a designação do processo de mudança do texto constitucional independente do Poder Constituinte Derivado. Uadi Lammêgo BULOS ora denomina *mutação constitucional* ora *mudança difusa* ora *mudança silenciosa*, chegando a infirmar-se pela adoção *meios difusos*, contudo acaba por adotar a primeira expressão; Jorge MIRANDA vale-se da expressão *vicissitude constitucional tácita*; J. J. Gomes CANOTILHO de *transições constitucionais*; Luis PINTO FERREIRA de *mudança material*; Anna Candida da CUNHA FERRAZ, de *processos informais* ou *processos indiretos*; CHIERCHIA de *processos de fato*; Milton CAMPOS de *processo oblíquos*. No transcorrer do presente adotar-se-á a terminologia *mutação constitucional*.

<sup>51</sup> LABAND observou na Alemanha do séc. XIX, que a Constituição de 1871 passava por alterações que não implicavam num processo formal de mudança da mesma, mas de uma questão de aplicação da norma de acordo com a interpretação social que lhe era dada. Ou seja, o texto constitucional não era reformado formalmente, não se alterava a letra do mesmo, contudo, sua "leitura" não correspondia mais ao texto posto. No mesmo sentido, segundo Uadi Lammêgo BULOS, foi Hsü Dau-Lin, Haug. Cita outros autores que reconheceram o tema: Franz Klein, Häberle, Fiedler, Mauns-Dürig-Herzog, H. Krüger, Heydte, Peter Lerchr, Tomuschat, Scheuner, Rudolf Smend, Bilfinger, Hennis, Friedrich Muller e Kelsen. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*, p. 55.

<sup>52</sup> Konrad HESSE foi mais enfático afirmando que a Constituição deve "ficar imperfeita e incompleta, porque a vida, que ela quer ordenar, é vida histórica e, por causa disso, está sujeita a alterações históricas. Essa alterabilidade caracteriza, em medida especial, as condições de vida reguladas pela Constituição. Por isso, Direito Constitucional, só em medida limitada e só pelo preço de modificações

Pretender a pureza do texto constitucional como Hans KELSEN<sup>53</sup> seria desconsiderar as origens do mesmo – na época moderna, democraticamente – e as imprecisões da própria língua, amarrando-se o texto a uma época distinta da que o texto está a ser aplicado.

A mutabilidade social reflete, inelutavelmente, sobre a Constituição, permitindo a esta manter-se viva, dinâmica, coordenando e disciplinando a sociedade, sem uma constante – e condenadora – proliferação de reformas.

Incorporadas ao sistema jurídico as mutações constitucionais motivaram outras indagações no sentido de incidirem sobre as constituições rígidas ou também sobre as flexíveis, e ainda, se seriam pertinentes somente às escritas ou às não-escritas.

A doutrina dividiu-se. Para alguns, as mutações seriam admissíveis apenas em relação às constituições escritas e rígidas, pois não haveria porquê admitir-se as mesmas numa constituição flexível, haja vista ser essa rapidamente adequada à sociedade; e na não-escrita, pelo fato desta, por excelência, ser possuidora de processo informal de mudança.

Os adeptos de tal posicionamento foram refutados, tendo em vista a existência, dentre outros exemplos, da Constituição Inglesa. Esta, apesar de não escrita, apresenta mutações em sua aplicação no decorrer da história, ou seja, as convenções que a compõem passaram por mudanças perceptíveis – através da interpretação de um conceito ou mesmo pela adequação de um sistema político.

---

constitucionais freqüentes, deixa-se especificar, tornar evidente e calculável de antemão. Se a Constituição deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente, então seu conteúdo deve ficar necessariamente “aberto para dentro do tempo”. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 40 e, ainda nesse sentido, p. 38: “não são nem completas nem perfeitas”.

<sup>53</sup> Sobre o tema ver: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Em contrapartida, a tese vencedora sustenta que as mutações processam-se tanto nas constituições escritas como nas não escritas, nas rígidas como nas flexíveis.

A primeira definição precisa desse fenômeno encontra-se em Georg JELLINEK<sup>54</sup>. Rechaçando a racionalidade e o positivismo, na medida da impossibilidade do legislador prever todas as transformações sociais<sup>55</sup>, o autor define mutação constitucional como a “modificação que deixa incólume seu texto sem mudá-lo formalmente, que se produz por fatos que não tem que ser intencionais, ou conscientes, de tal mutação”.<sup>56</sup>

Perfilhando esse caminho, Konrad HESSE, partidário da teoria constitucional “histórico-concreta”, reconhece a mutação constitucional como um das formas de manifestação da realidade sobre o texto constitucional, inalterando a letra e o espírito do mesmo, mas afetando o conteúdo da norma.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> Após uma conferência sobre as alterações do sistema parlamentar moderno (18 de março de 1906 – Academia Jurídica de Viena) o mestre de Heidelberg, reiterando a união científica do Direito constitucional com a política e a visão cética sobre a continuidade das instituições humanas, apresentou um estudo intitulado “Reforma e mutação da constituição”, o qual tem sido o centro de apoio de trabalhos sobre o tema.

<sup>55</sup> “Hoy sabemos que las leyes pueden muchi menos de lo que se creía todavía hace un siglo, que expresan siempre, únicamente, un deber ser suya transformación en ser nunca se consigue plenamente porque la vida real produce siempre hechos que no corresponden a la imagen racional que dibuja el legislador.” JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la constitución*, p. 7.

<sup>56</sup> Sobressaem desta definição as duas características já expostas sobre o tema: mudança informal e involuntariedade. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la constitucion*, p. 7. A mutação, nesse sentido, é muito mais freqüente do que a reforma, representa uma transformação da “realidade” política, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem a promoção de alterações no texto constitucional, o qual se mantém intacto; podendo ocorrer por práticas constitucionais – exemplo das constituições dos: EUA, França e Weimar. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, p. 165 e ss.

<sup>57</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 46: “Sob ‘modificação constitucional’ é entendido aqui exclusivamente a modificação do texto da Constituição. Ela deve ser distinguida do ‘rompimento constitucional’, isto é, o desvio do texto em cada caso particular (sem modificação do texto), como ele, na prática estatal da República de Weimar, sob o pressuposto da realização das maiorias necessárias para modificações constitucionais, foi considerado como admissível. Ela deve, finalmente, ser ressaltada da ‘mutação constitucional’, que não afeta o texto como tal – esse fica inalterado – senão a concretização do conteúdo das normas constitucionais; esta pode, nomeadamente em vista da amplitude e abertura de muitas determinações constitucionais, sob pressupostos alterados conduzir a resultados diferentes (infra, número de margem 45 e seguintes) e, nesse aspecto, produzir uma ‘mutação’. A problemática da modificação constitucional começa lá onde as possibilidades de uma mudança constitucional

LOEWENSTEIN, por sua vez, apresenta o que teoricamente seria uma Constituição ideal, definindo-a como:

aquela ordem normativa conformadora do processo político segundo o qual todos os desenvolvimentos futuros da comunidade, tanto de ordem política como social, econômica e cultural pudessem ser previstos de tal maneira que não fosse necessário uma mudança das normas conformadoras.<sup>58</sup>

Todavia, como o futuro, por essência é imprevisível, pode-se dizer com o autor que:

cada Constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a própria vida, e está submetida à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas. Uma Constituição não é jamais idêntica consigo mesma e está submetida constantemente ao *pantha rhei heraclítico*<sup>59</sup> de todo ser vivo.<sup>60</sup>

J. J. Gomes CANOTILHO admite transição constitucional – denominação dada pelo autor à mutação constitucional, desde que essa revisão informal da constituição vise adequá-la à realidade – alterando-se o seu sentido, sem contrariar os princípios estruturais da Constituição.<sup>61</sup>

---

terminam."No mesmo sentido Eduardo Espinola Filho citado por SILVEIRA. Em sua obra *Os métodos de interpretação da lei em nosso Supremo Tribunal*, p. 29.

<sup>58</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, p. 164.

<sup>59</sup> Através da contextualização da expressão utilizada pelo autor, o mesmo deve ter querido referir-se à máxima de Heráclito: "tudo flui"; expressão esta que procura simplificar a idéia de que "o mundo é um eterno fluir como um rio; e é impossível banhar-se duas vezes na mesma água".

<sup>60</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, p. 164

<sup>61</sup> O autor condena a atividade interpretativa de criação oposta ao texto constitucional afirmando que "[...] a mutação constitucional deve considerar-se admissível quando se reconduz a um problema normativo-endogenético, mas, já não quando ela é resultado de uma evolução normativamente exogenética." CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1213. Ressalta, ainda que "entre uma mutação constitucional obtida por via interpretativa de desenvolvimento do direito constitucional e uma mutação constitucional inconstitucional há, por vezes, diferenças quase imperceptíveis, sobretudo quando se tiver em conta o primado do legislador para a evolução constitucional (B. O. Bryde: *Verfassungsentwicklungsprimat*) e a impossibilidade de, através de qualquer teoria, captar as tensões entre a constituição e a realidade constitucional." CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1214. Na mesma linha Anna Candida da CUNHA FERRAZ, mesmo reconhecendo a importância da interpretação em face da aproximação do texto normado com a sociedade, alerta para os perigos na utilização deste processo como forma de mutação, na medida em que, adaptando a constituição à realidade cambiante, pode-se desvirtuar o espírito do texto constitucional descaracterizando-o. Competindo, neste sentido, haver um efetivo controle de constitucionalidade, o qual representa um limite à mutação constitucional. CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 124.

Jorge MIRANDA, por sua vez, nominou-as de vicissitudes tácitas, considerando como formas das mesmas o costume, a interpretação evolutiva e a revisão indireta<sup>62</sup>.

No Brasil, Ruy BARBOSA<sup>63</sup> já admitia a ocorrência do fenômeno bem como Luís PINTO FERREIRA<sup>64</sup>, José Afonso da SILVA<sup>65</sup> e outros, que passam tangencialmente pelo tema. Tendo sido, somente em 1986, publicada a primeira obra brasileira dedicada especificamente à questão das mutações intitulada "Processos informais de mudança da Constituição", de Anna Candida da CUNHA FERRAZ, e outra obra, em 1997, intitulada "Mutações constitucionais", de Uadi Lammego BULOS.

Em ambas as obras percebe-se a clara influência dos ensinamentos de Karl LOEWENSTEIN e Ferdinand LASSALE, na medida em que buscam justificar a mutação constitucional na premissa de ser a Constituição um *organismo vivo* e um *fenômeno social*.

Anna Candida da CUNHA FERRAZ, a guisa de conceito, assevera que a mutação constitucional

consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis,

---

<sup>62</sup> Para o autor "é uma forma particular de interpretação sistemática". MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II, p. 117.

<sup>63</sup> BARBOSA, Ruy. *Commentários à Constituição*, p. 189-190.

<sup>64</sup> Sem valer-se de qualquer nomenclatura específica para abordar as mutações constitucionais – o autor nem usa tal expressão – Luís PINTO FERREIRA acaba por reconhecer, indiretamente, a existência de processos informais de alteração da constituição. Partidário da concepção do direito como "síntese dialética entre as forças de transformação da sociedade e as tendências do conservadorismo, devendo reajustar constantemente as necessidades do progresso com as tradições da história", o constitucionalista reconhece que "as constituições são obra sintéticas, apenas enunciando as bases gerais da organização estatal, de sorte que, muitas vezes, urge a necessidade de lhes completar a estrutura geral". PINTO FERREIRA, Luís. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. Tomo I, p. 165.

<sup>65</sup> Em seu Curso de Direito Constitucional Positivo o autor refere-se às mutações constitucionais como "processo não formal de mudança das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado". SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 63.

alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas<sup>66</sup>.

Nesse sentido, pode-se identificar duas modalidades de mutação, a constitucional e a inconstitucional.<sup>67</sup>

Para a configuração de uma mutação constitucional<sup>68</sup> é necessária a presença dos seguintes requisitos: alteração do sentido, alcance ou significado da norma constitucional; não ofender o texto constitucional e ser consequência de processos informais, mais precisamente, do poder constituinte difuso.<sup>69</sup>

Relativamente aos elementos condutores de mutação constitucional<sup>70</sup> há uma certa variação de autor para autor, podendo-se destacar os costumes,

<sup>66</sup> CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 9. "Se a constituição se acha em relação condicionadora e condicionante com as restantes estruturas do Estado e da sociedade e estas estruturas sociais, econômicas, políticas e jurídicas estão sujeitas a constantes mudanças, é claro também que essa mobilidade há de se projetar sobre a estrutura constitucional. Conseqüentemente, a Constituição se transforma, ou pela reforma formal, ou, sem mudança de forma, altera-se no sentido o alcance". CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 125.

<sup>67</sup> Anna Candida CUNHA FERRAZ coloca como exemplo de mutação inconstitucional o costume contra o texto constitucional.

<sup>68</sup> Uadi Lammêgo BULOS destaca que as mutações constitucionais podem ocorrer quando: "a) modificarem o sentido de um vocábulo; b) alterarem os fins inspiradores de uma norma; c) alargarem ou restringirem o conteúdo de uma dada expressão normativa; d) imprimirem novo significado à letra da lei; e) procurarem colmatar lacunas; e f) adaptarem a norma a novas realidade surgidas após a edição da Constituição, dentre outros infindáveis exemplos, certamente encontráveis na prática e experiência constitucionais. Ressalte-se bem que a interpretação não poderá modificar a forma positivada mas, apenas, o sentido, o significado e o alcance das normas constitucionais. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*, p. 130.

<sup>69</sup> CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 11. Diante disso, os processos de mutação constitucional podem ser classificados, de acordo, com DI RUFFIA, em: "a) de caráter jurídico (tais como os costumes); b) de natureza político-social (tais como as normas convencionais ou as regras sociais de conduta correta frente à constituição), ou simplesmente as práticas constitucionais (tais como a inatividade do legislador ordinário que, não elaborando normas de execução, logra, em substância, impedir a realização efetiva de disposições constitucionais)". Ver CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 12. Ver ainda CAMPOS, Milton. *Constituição e realidade*, p. 19.

<sup>70</sup> Anna Candida CUNHA FERRAZ destaca que: "A mutação constitucional por via interpretativa é claramente perceptível numa das situações seguintes: a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, argumentando-se-lhe, assim, a abrangência para que passe alcançar novas realidades; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via

interpretação, construção judicial, as práticas governamentais, legislativas e judiciárias e a influência dos grupos de pressão<sup>71</sup>.

Os costumes e a interpretação constitucional bem como as práticas governamentais, legislativas e judiciárias e a construção judicial, são ponto pacífico em qualquer trabalho sobre as mutações – de JELLINEK a BULOS –, a variação dá-se apenas em relação à influência de tais grupos.

A inserção da influência dos mesmos<sup>72</sup> como formas de mutação constitucional partiu de Uadi Lammêgo BULOS<sup>73</sup>. Recorrendo-se ao conceito de mutação constitucional e sua evolução na doutrina pode-se afirmar que este – por ter desenvolvido obra mais recente sobre o tema e no seio do crescimento real e efetivo da atuação dos grupos de pressão - acabou por reconhecer os mesmos como fomentadores de mudanças sociais reflexivas sobre o Estado constitucional<sup>74</sup>, aos moldes das demais formas cediças na doutrina. Em sendo assim, a atuação daqueles grupos representa a modalidade mais atual de mutação constitucional levada a efeito pela sociedade cambiante.

---

interpretativa, lacunas do texto constitucional". CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 59.

<sup>71</sup> Georg JELLINEK considera ainda: a necessidade política e desuso das faculdades estatais. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

<sup>72</sup> Especificamente sobre os grupos de pressão em face do direito ver: BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 426-444. Essa valorização do social e do homem em si encontra-se na terceira fase do direito moderno de acordo com a doutrina de Miguel REALE. Note-se que o autor descarta a segunda fase – valorização exacerbada do social sobre o individual, caracterizada pela estabilidade – apresentando elementos condutores da compreensão de que os grupos de pressão e os direitos individuais compõem a referida terceira fase. Sobre as fases do direito moderno ver: REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*, p. 102 e ss.

<sup>73</sup> Para Uadi Lammêgo BULOS as mutações podem ocorrer "através da interpretação dos tribunais, dos usos e costumes, da construção judicial, da influência dos grupos de pressão e de tantos outros meios que provocam ou podem provocar alterações na realidade constitucional, as mutações constitucionais processam-se lentamente, embora a letra da Constituição permaneça imodificada". BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*, p. 61 Neste sentido ver ainda CAMPOS, Milton. *Constituição e realidade*, p. 22.

<sup>74</sup> No sentido apresentado pelo autor sobre a força dos grupos de pressão como elementos de mutação constitucional, pode-se citar como exemplo a questão das ONGs ambientais que, mesmo em face de dispositivos constitucionais permissivos da livre iniciativa, acabam por promover alterações não correlatas com tal Direito no mundo fático.

A doutrina das mutações, apesar do tempo, não forneceu resposta uníssona sobre os limites as mesmas, havendo quem afirme que, em face da cambialidade social, é impossível elencar limites à mutação constitucional<sup>75</sup>. Outros, como Konrad HESSE, identificam, independentemente da forma de manifestação da realidade sobre o texto constitucional, se reforma ou se mutação, como limites a continuidade histórica (não rompimento constitucional); os direitos fundamentais; a tripartição de poderes; democracia liberal<sup>76</sup>; e, mais especificamente com relação às mutações, o próprio texto constitucional, sob pena de condução à instabilidade, na medida em que se firmam realidades dissociadas do texto ordenador da coletividade<sup>77</sup>; ou ainda Anna Candida da CUNHA FERRAZ, para quem o limite inerente aos processos de mutação constitucional, interpretação e costumes, perfaz-se na supremacia do texto constitucional<sup>78</sup>.

Na verdade, aqueles que incursionam pelo caminho da existência de limite à mutação constitucional, direta ou indiretamente, vêem a própria Constituição como limite, com o risco de induzir à instabilidade jurídica, na medida em que o texto constitucional deixa de cumprir sua função de “ordem fundamental jurídica da coletividade”<sup>79</sup>.

Além das mutações constitucionais, Anna Candida da CUNHA FERRAZ apresenta as mutações inconstitucionais e os processos anômalos.<sup>80</sup>

---

<sup>75</sup> Uadi Lammêgo BULOS chega a apontar a consciência do intérprete como limite, mas acaba por concluir que este tem levado às mutações inconstitucionais, passíveis de controle somente pelos grupos de pressão, em face da inércia dos órgãos competentes para tanto. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*, p. 91.

<sup>76</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 517

<sup>77</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 51-53

<sup>78</sup> CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 199.

<sup>79</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 45 e 511.

<sup>80</sup> Em ambas as modalidades Anna Candida da CUNHA FERRAZ destaca somente o controle de constitucionalidade não organizado como limite. CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 214.

Dentre os processos anômalos destacam-se a inércia constitucional<sup>81</sup>, o desuso<sup>82</sup> e a mudança tácita<sup>83</sup>.

Conforme a autora, mutação constitucional por inércia, por desuso ou por mudança tácita, pode ser altamente perigosa, contudo, especificamente com relação à inércia há casos inevitáveis, justamente para manter a adequação da Constituição à realidade.<sup>84</sup>

Finalmente as mutações inconstitucionais são aquelas que, via interpretação, práticas, costumes contra constituição e processos violentos opõem-se ao texto constitucional.

Subsume-se do exposto estar o sistema jurídico constitucional em constante cambialidade na exata proporção em que o sujeito de direito assim também está. Em face disso, as teorias desafeitas à realidade e à consideração da sociedade como começo e fim do direito foram, paulatinamente, sendo refutadas, dando vazão aos processos de reforma da constituição, seja esta escrita ou não, rígida ou flexível.

Processos que, inicialmente, pelos resquícios mesmo do Positivismo só eram admitidos em sua modalidade formal, a denominada reforma. Posteriormente, reconheceu-se uma outra modalidade mais atuante e célere, por vezes imperceptível, dotada de informalidade, as mutações constitucionais.

---

<sup>81</sup> Decorre da inatividade de órgão incumbido, pelo texto constitucional, de dar aplicabilidade à determinada norma. ("Caracteriza-se pela não aplicação intencional, provisória mas prolongada, das disposições constitucionais pelos poderes incumbidos de lhes dar cumprimento e execução. CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 230. Da CF/88 extraem-se os seguintes exemplos: mandado de injunção e juros de 12% ao ano).

<sup>82</sup> Inobservância: consciente, uniforme, consentida, pública e reiterada por longo tempo de uma disposição constitucional. Neste sentido CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 234.

<sup>83</sup> Caracteristicamente representa processo formal de mudança manifestando-se na reforma que não indica precisamente a alteração ou contraria norma do texto constitucional, a qual, em decorrência da falta de técnica, pode levar à mutação.

<sup>84</sup> Ver CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 232 – rodapé.

Os costumes e a interpretação constitucionais avultam-se como formas, por excelência, de mutação constitucional e, em razão da importância, serão abordadas individualmente nos tópicos a seguir.

#### 1.4.1 Costumes

O costume constitucional compreende, na linha de Anna Candida da CUNHA FERRAZ, ser uma “expressão do poder constituinte difuso, manifestação do poder constituinte latente atuado pelos órgãos constituídos competente enquanto preenchem lacuna na obra constitucional originária ou interpretam-lhe disposições obscuras.” Em sendo assim, continua a autora:

Tal costume constituirá na prática constitucional, reiterada ou não, porém consentida ou desejada, de determinados atos ou comportamentos, pelos poderes competentes e pelo povo, sem forma prevista ou consagrada na constituição. Cede, todavia, diante da norma constitucional escrita<sup>85</sup>.

Essa expressão do poder constituinte difuso pode originar-se pela brevidade, generalidade, imprecisão e lacunas constitucionais<sup>86</sup> bem como pela adaptabilidade às contingências políticas<sup>87</sup>, tendo por função<sup>88</sup> agregar ao texto

---

<sup>85</sup> CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 185. A autora destaca ainda as características dos costumes constitucionais: não adquirem eficácia e valor jurídico das normas constitucionais escritas; de formação célere e em curto prazo, voluntária e espontânea; advém dos órgãos Constitucionais do Estado – geralmente Legislativo e Executivo, excepcionalmente, o Judiciário; pode derivar de um mero acordo dos órgãos. CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 185-189 e 205-211: “Permeável, por definição, à realidade e às transformações sociais, o costume constitucional permite silenciosa e constante adaptação da Constituição ao tempo e às circunstâncias presentes”.

<sup>86</sup> Para Georg JELLINEK, tema intimamente relacionado com a mutação são as lacunas. Ao elaborar o texto constitucional o legislador não consegue dispor sobre todos os fatos futuros que sofrerão a subsunção da norma constitucional, promovendo, com o passar do tempo, a constatação de lacunas não sujeitas à solução via simples interpretação ou mesmo analogia. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la constitucion*.

<sup>87</sup> CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 191-196. A autora aborda a distinção dos costumes em: *secundum constitutione*; *praeter constitutione* e *contra constitutione*; Anna Candida da CUNHA FERRAZ refuta a admissibilidade deste, apesar de reconhecer a ocorrência fática dos mesmos, configurando-os como processo de mutação inconstitucional, sob pena de desconstruir o Estado Constitucional Positivo erigido com o fim de estabilidade, de segurança.

constitucional valores e necessidades apresentadas no cotidiano social<sup>89</sup>, via interpretação ou integração, manifestando-se na supressão de lacunas. Caracteriza-se, basicamente, por inferioridade em relação às normas constitucionais; poder de revogação, em certas hipóteses, de leis infraconstitucionais; formação espontânea, voluntária, rápida e em breve lapso de tempo.<sup>90</sup>

O costume, nesse sentido, pode manifestar-se *praeter constitutione*, *secundum constitutione* e *contra constitutione*. As duas primeiras modalidades são aceitas indistintamente como forma de mutação. Com relação a *contra constitutione*<sup>91</sup>, há ressalvas.

Apesar de reconhecer-se a ocorrência de costumes contrários à Constituição<sup>92</sup> a doutrina é cediça em alertar para o risco dos mesmos na condução da instabilidade jurídica, na medida em que, o texto constitucional é sobreposto por um sistema diverso daquele esperado pela sociedade. Como bem alerta Konrad HESSE, se costumes *contra constitutione* sucedem na realidade é de se declará-los inconstitucionais, ou no mínimo, conduzi-los à adequação com a Constituição.

---

<sup>88</sup> Os costumes constitucionais possuem as funções: interpretativa – o intérprete da norma vale-se do costume para compreender o sentido e alcance de uma nova norma; supletiva: em caso de lacunas o intérprete pode valer-se dos costumes para sanar as mesmas. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*, p. 178-183.

<sup>89</sup> Luís PINTO FERREIRA citando MUNRO assevera que: “os usos estão sempre acrescentando, subtraindo, alterando e influenciando a substância de uma Constituição escrita e as leis. Eles nos dão, em considerável medida, uma Constituição não escrita.” PINTO FERREIRA, Luís. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, p. 160.

<sup>90</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*, p. 178-183.

<sup>91</sup> Uadi Lammêgo BULOS não nega que na prática sejam aplicados costumes *contra legem*, cita inclusive exemplos de tal faticidade. Todavia, argumenta que a mera constatação da ocorrência disso não justifica a aceitação desse fenômeno, sob pena de estar-se condenando a interpretação costumeira, uma vez que esta poderia dirigir-se contra o Princípio da Legalidade. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*, p. 191-193. Konrad HESSE também alerta para o risco e existência de realidades contrárias ao texto constitucional, e a necessidade de não se permitir a construção de uma realidade contra a constituição ou de, em havendo tal situação, a mesma dever ser direcionada à concordância com o texto constitucional. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 51-53.

<sup>92</sup> Nesse sentido ver HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 51-53; CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 191-196; BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*, p. 191-193.

Em sendo assim, os costumes podem, e geralmente o fazem, promover uma mutação constitucional bem como inconstitucional. A classificação da forma de mutação que estarão gerando dependerá da adequação ou não destes ao texto constitucional.

#### 1.4.2 Interpretação Constitucional

Doutrinariamente muito se tem debatido sobre a existência de distinção entre a interpretação jurídica e a interpretação constitucional.

Os partidários de que se tratam de formas autônomas de interpretação<sup>93</sup> apontam para algumas características distintivas da constitucional em face da jurídica, como supremacia, rigidez, particularidades do ordenamento jurídico, matéria, forma e estrutura hierárquica, inicialidade, conteúdo marcadamente político, estrutura da linguagem, predominância das normas de estrutura ou organização, instabilidade do Direito constitucional; sobressaindo-se como características: o fator político e o fator tipológico.

Essas características são consideradas comuns a todas as normas, por aqueles que vêem na interpretação constitucional uma espécie da jurídica<sup>94</sup>. Para os partidários dessa concepção o verdadeiro diferencial a ser considerado reside na

---

<sup>93</sup> Celso Ribeiro BASTOS a princípio parecia adepto da autonomia da interpretação constitucional, contudo acaba por afirmar a não especificidade desta, mas seu grau de superioridade em face da jurídica propriamente dita. Neste sentido ver: BASTOS, Celso Ribeiro. *Interpretação e aplicação das normas constitucionais*, p. 6-33.

<sup>94</sup> LARENZ, com sua peculiar precisão apresenta a discussão sobre a interpretação constitucional, com base na análise da obra de DREIER e SCWEGMANN, firmando-se no sentido de que não há qualquer problema em se aplicar à essa espécie de interpretação as diretrizes e princípios da interpretação jurídica propriamente dita. Diferencia-se, contudo, na medida em que o intérprete deve alcançar o espírito da Constituição, suprindo, por exemplo, a textura aberta de determinadas normas, o que leva a conclusão de ser a própria Constituição um limite à interpretação constitucional. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 510-517. Sobre o tema ver ainda: REAL, Alberto Ramon. *Los métodos de interpretación constitucional*, p. 50 e ss.

questão da supremacia<sup>95</sup>, sem contudo afirmarem ser esta o objeto de distinção entre a interpretação constitucional e a jurídica, muito pelo contrário, entendem que, desta forma, ocorre a confirmação de ser a interpretação constitucional uma espécie da jurídica.

Em face disso, os métodos de interpretação constitucional, quais sejam, gramatical<sup>96</sup>, lógica<sup>97</sup>, analógica<sup>98</sup>, evolutiva<sup>99</sup>, construção constitucional<sup>100</sup>, métodos modernos<sup>101</sup>, podem conduzir às mutações. E, ainda, segundo Anna Candida da

<sup>95</sup> Anna Candida da CUNHA FERRAZ vai mais longe dizendo que, apesar da constitucional ser espécie da jurídica, essa possui características peculiares, tais como: “supremacia e rigidez, diferença de conteúdo das normas, caráter sintético, esquemático e genérico da Constituição, etc.” aceitando os elementos políticos e tipológicos como diferenciadores da interpretação jurídica com a constitucional, na medida em que esta ganha certa especificidade. CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 25.

<sup>96</sup> Apesar de ser criteriosamente objetiva essa modalidade de interpretação, em o intérprete optando por um dos vários sentidos que a palavra possui – *escolha dentre as várias possibilidades* –, pode-se promover uma mutação constitucional.

<sup>97</sup> Seja a histórica, a teleológica ou a sistemática, o resultado poderá ser uma mutação constitucional em se verificando, por exemplo, que o fim almejado acabou sendo desviado na aplicação da norma. Ver SILVEIRA, Alípio. *Os métodos de interpretação da lei em nosso Supremo Tribunal*, 18-42.

<sup>98</sup> Preenchendo lacunas constitucionais, opera-se a mutação. Karl LOEWENSTEIN sobre as distinções de lacunas constitucionais. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, p. 170-171.

<sup>99</sup> Pela própria concepção dessa modalidade de interpretação - que visa a adaptação do conteúdo do texto constitucional às mudanças históricas, políticas e sociais posteriores ao mesmo -, bem como aquela decorrente da análise de conceitos elásticos, pode-se identificar a ocorrência de mutação constitucional.

<sup>100</sup> Na adaptação da norma constitucional à realidade processa-se uma mutação. Ressalta-se que há uma parte da doutrina, bem representada por BARROSO que distingue interpretação de construção. Em sendo assim, a primeira seria mera análise da linguagem, mera busca do significado preciso dos termos lingüísticos utilizados pelo legislador; ao passo que a construção seria o processo por meio do qual far-se-ia o confronto entre o texto constitucional com outros do sistema visando à aplicação no caso concreto, sem perquirições de termos isolados, mas de um contexto no sistema jurídico. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, p. 103-106. Uadi Lammêgo BULOS refuta tal distinção partilhando da concepção de ser a construção um estágio inerente à interpretação, podendo-se considerá-la espécie desta. Logo, haveria a interpretação *stricto sensu* (meramente analítica de termos no texto em si, não sai do texto para buscar outros elementos de interpretação) e a *lato sensu* (busca elementos fora do texto como: analogia, princípios gerais do direito, usos e costumes, equidade, experiência; vai além do positivismo). BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*, p. 141-149.

<sup>101</sup> Procuram moldar o texto constitucional à realidade considerando fatores extraconstitucionais, conferindo maior liberdade ao intérprete. Destacam-se, no pertinente à mutação, os métodos: integrativo – analisa a Constituição teleológica e materialmente, de forma crítica visando adaptá-la a um espírito unificador – e concretização – desconsidera a lógica e os silogismos, entregando ao intérprete a possibilidade de, em havendo obscuridade, determinar o conteúdo material do texto constitucional.

CUNHA FERRAZ, dentre os processos mais atuantes das mutações destacam-se a interpretação legislativa, a judicial<sup>102</sup> e a administrativa<sup>103</sup>.

#### A interpretação constitucional legislativa pode conduzir à mutação

quando, por essa via, se transmuda o sentido atribuído aos conceitos fixados pela norma constitucional, para adaptá-la a realidades novas, a situações distintas, a momento e circunstâncias sociais, políticas ou econômicas diferentes; ocorre, também, quando se altera, se amplia ou se restringe o programa apenas esboçado pela norma constitucional; ocorre, ainda, quando se preenchem vazios constitucionais, se suprem omissões, se esclarecem obscuridades, dando-se, por via legislativa novo alcance ao texto constitucional, que irá abranger situações novas ou disciplinar, de modo atual e definido, comportamentos imprecisamente previstos na constituição.<sup>104</sup>

A interpretação judicial<sup>105</sup> como processo de mutação constitucional “desempenha relevantíssimo papel<sup>106</sup>” na medida em que o juiz valendo-se do processo técnico-científico deve buscar identificar, no caso concreto, norma e sociedade, a fim de que o destinatário consiga identificar-se com a Constituição

<sup>102</sup> Para LARENZ a interpretação judicial representa a mais atuante maneira de desenvolvimento do direito, na medida em que supre, no tocante às lacunas, o que o legislador não previu. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p.524-620, especialmente páginas 588-620.

<sup>103</sup> Linha que já firmara Georg JELLINEK, segundo o qual, a prática parlamentar, da administração ou da jurisdição, via interpretação acaba por promover a mutação constitucional, na medida em que, por exemplo: uma norma constitucional pode vir a adquirir significado diverso daquele presente no texto originário; ou uma norma infraconstitucional a um tempo pode ser considerada conforme a Constituição e mais tarde contrária a ela. Georg JELLINEK cita vários exemplos nesse sentido, contudo, sobressai a questão dos *greenbacks*. Estes teriam sido emitidos no período da Guerra de Secessão sem qualquer previsão constitucional. Entretanto os tribunais entenderam que como a União tinha o poder de declarar guerra e obter fundos para tanto, teria o poder de emitir os referidos bilhetes. Terminada a Guerra os bilhetes continuaram a ser emitidos em face de uma nova interpretação do texto constitucional a de emprestar-se dinheiro sobre o crédito do Estado. Em sendo assim, via interpretação, houve atribuição de uma nova competência à União sem qualquer alteração no texto constitucional. E assim a Constituição Americana constitui-se num exemplo de texto constitucional permanente em sua letra, mas mutável em sua aplicação, o que o autor atribui à adoção, por parte dos juristas americanos, da teoria dos poderes implícitos (segundo esta o texto possuiria poderes a serem descobertos pelo legislador e postos em prática pelo juiz). JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la constitucion*, p. 24 e ss.

<sup>104</sup> CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 92.

<sup>105</sup> Pode-se identificar as seguintes modalidades quando se fala em interpretação judicial: interpretação evolutiva ou adaptadora, adequadora, criativa, analógica. CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 129-130. REAL assevera a interpretação judicial como instrumento que mantém viva e atualizada a Constituição formal. REAL, Alberto Ramon. *Los métodos de interpretación constitucional*, p. 50 e ss.

<sup>106</sup> CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 126.

mantendo esta como um “documento vivo e efetivamente cumprido”<sup>107</sup>. Promovendo, assim, a mutação constitucional na medida em que “pela interpretação constitucional, desenvolvida pelos Tribunais, transforma-se o significado e o alcance da Constituição; evolui o sentido das normas e disposições constitucionais, adapta-se a Constituição ao momento presente, à realidade social existente”<sup>108</sup>.

No tocante à interpretação administrativa pode-se dizer que:

impulsiona, direta ou indiretamente, o processo de mutação constitucional quando o Poder Executivo, aplicando normas constitucionais, decide sobre planos e programas particularmente voltados para os setores econômico-social, de previdência social, etc.<sup>109</sup>

As demais formas de interpretação constitucional – autêntica, popular<sup>110</sup> e doutrinária<sup>111</sup>, assevera Anna Candida da CUNHA FERRAZ terem pouca repercussão sobre as mutações constitucionais, apesar de também poderem promover tal fenômeno – salvo a autêntica<sup>112</sup>.

Conclusivamente os costumes constitucionais e a interpretação constitucional representam as formas, por excelência, de mutação constitucional na medida em que a construção dos costumes e a interpretação dependem diretamente

<sup>107</sup> CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 130. Neste sentido vale destacar a afirmação de “Charles Evan Hughes, Presidente da Corte Suprema norte americana, ao afirmar, enfaticamente: “vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é”. CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 135.

<sup>108</sup> CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 126.

<sup>109</sup> CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 163.

<sup>110</sup> Diz-se daquela desenvolvida pelo povo e pelas forças vivas da comunidade: grupos de pressão, partidos políticos, opinião pública etc. Sendo de efeito vinculante e definitivo no pertinente às mutações constitucionais. CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 169-171.

<sup>111</sup> Para a autora esse método de interpretação possui fundamental relevância no processo de mutação constitucional. Apesar de ter atuação indireta e não vinculante, a doutrina acaba por delinear os novos sentidos das normas adequados à sociedade, propiciando material – e, por tal, influenciando diretamente - para a interpretação orgânica. CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da constituição*, p. 171-173.

<sup>112</sup> A autora refuta que tal modalidade de interpretação possa levar à mutação, pois pelas próprias características da interpretação autêntica, seu resultado final, via de regra, será uma mudança formal, fugindo completamente do que vem a ser mutação: processo informal de mudança da constituição.

do seio social, o qual, na verdade, constitui o cerne da preocupação, promovedor da aceitação da teoria das mutações, pois, se a sociedade é dinâmica o texto condicionante da mesma também deve sê-lo.

A partir da constatação da indivorciabilidade entre Constituição e realidade foi que a doutrina das mutações desenvolveu-se e é no sentido desta que se aceitam novas manifestações sociais de mutação, como os grupos de pressão, todavia, os costumes e a interpretação tradicionalmente guardarão sua importância pela ligação direta com o fático.

Essa ligação permite à sociedade atingir a segurança almejada no momento em que erigiu o corpo constitucional conforme à construção histórica de seus anseios e temores, propiciando ao homem descobrir-se como sujeito de direito e sujeito social numa inter-relação dialética irrefutável, na medida do avanço tecnológico e das questões deste decorrentes na seara jurídica, onde não há respostas prontas, mas, por via da mutação há soluções já apontadas.

## 2. PRINCÍPIOS: REDESCOBERTA

### 2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Contemporaneamente revalorizou-se<sup>113</sup> um tema intimamente relacionado com a interpretação constitucional e, por conseguinte, com as mutações constitucionais: os princípios<sup>114</sup>.

Na exata proporção com que o Positivismo passou a ser questionado e os institutos do Direito passaram a admitir a ocorrência das mutações, principalmente na modalidade de interpretação, os Princípios foram galgando novos patamares, saíram da penumbra imposta pela exacerbação de que somente é “direito o que está na lei”, para incorporarem um novo conceito de Direito.

Pautado na correlação direito-sociedade o novo conceito passou a compreender o direito como “um conjunto de normas e princípios”, postos ou pressupostos<sup>115</sup>.

A indução a essa nova acepção do direito deu-se na medida em que os fatos levaram à irrefutável conclusão de não poder a lei responder a todos os casos, ou mesmo de que, em havendo lei que se subsumisse ao fato, esta não correspondesse aos anseios sociais.

---

<sup>113</sup> Sobre esse processo de revalorização ver: BARRIO, Javier Delgado; VIGO, Rodolfo L. *Sobre los principios jurídicos*, p. 89-92. E, ainda, VIGO, Rodolfo L. *Interpretación jurídica: del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, p. 111-130; nestas páginas apesar do autor dar destaque aos princípios gerais do direito, transversalmente aborda a evolução principiológica.

<sup>114</sup> O termo princípio é eminentemente polissêmico, não encontrando definição precisa na doutrina. Compete, contudo, ressaltar que terminologicamente princípio significa início, começo; juridicamente refere-se à base de orientação lógica e válida do saber a ser desenvolvido. Neste sentido: REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 299.

<sup>115</sup> GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*, p. 51.

Exemplo clássico dessa situação encontra-se na passagem de Chaim PERELMAN sobre a contradição entre o sistema posto e a sistemática adotada na Bélgica por ocasião da Primeira Guerra Mundial. Em meio a esse momento histórico – a Bélgica estava praticamente toda ocupada – o rei, em não podendo reunir a Câmara e o Senado, passou a legislar. Posteriormente, questionou-se a legitimidade e legalidade desse procedimento, pois fora totalmente adverso ao texto legal daquele país, segundo o qual a legislação deveria advir da decisão dos três órgãos: rei, Câmara e Senado. Refutando esse argumento positivista a Corte de Cassação considerou conforme o Direito a legislação proferida naquele período em face dos princípios (Perelman denomina-os axiomas) de direito público.<sup>116</sup>

Essa passagem histórica de aceitação de argumentos outros que não meramente a lei reflete o novo direcionamento do Direito com a redescoberta de valores intrínsecos ao sistema social, ou seja, o reconhecimento patente da existência de normas propriamente ditas e princípios.

A partir do rompimento histórico da ideologia positivista, a doutrina principiológica<sup>117</sup> passou a ser melhor perquirida por JEAMMAUD e WRÓBLEWSKI (partidários dos princípios como regras)<sup>118</sup>, Genaro CARRIÓ<sup>119</sup>, Augustín

<sup>116</sup> PERELMAN, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p. 105-110.

<sup>117</sup> BARRIO e VIGO, na linha de Robert ALEXY distinguem as teorias acerca dos princípios em fracas e fortes. Por fracas compreende-se aquelas que não apresentam argumentos distintivos entre norma e princípio, afirmando que um princípio pode ser a um tempo norma e a outro princípio, de acordo com critérios meramente formais ou quantitativos. Sumariamente para essa doutrina o princípio estaria na norma, não possuindo características próprias. Nessa corrente enquadraram-se, dentre outros, Jeammaud, Wróblewski, Carrió e Bobbio. Em contrapartida a corrente forte aponta distinções entre as normas e os princípios com fundamento em questões substanciais e qualitativas, tendo o intérprete que ir além do texto. Neste sentido norma e princípio apresentam características distintas não podendo afirmar-se que um levará ao outro. Exemplos dessa corrente são Barrio e Vigo, Larenz, Alexy, Grau, Canotilho, Jorge Miranda e, por excelência Dworkin. Ver BARRIO, Javier Delgado; VIGO, Rodrigo L. *Sobre los principios jurídicos*, p. 93-131, especialmente p. 106 e ss. E, ainda de forma mais densa: VIGO, Rodolfo. *Interpretación jurídica: Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, p. 131-163.

<sup>118</sup> Sobre ambos ver GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 78 e ss.

<sup>119</sup> CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y language*, p. 208-212.

GORDILLO<sup>120</sup>, Robert ALEXY<sup>121</sup>, Karl LARENZ<sup>122</sup>, SANTI ROMANO<sup>123</sup>, Jorge MIRANDA<sup>124</sup>, J. J. Gomes CANOTILHO<sup>125</sup>, Ronald DWORKIN<sup>126</sup>, Karl ENGISH<sup>127</sup>, Claus-Wilhelm CANNARIS<sup>128</sup>, Joseph ESSER<sup>129</sup>, Javier BARRIO e Rodolfo VIGO<sup>130</sup>, e mais detidamente no Brasil: Celso Antônio Bandeira de MELLO<sup>131</sup>, Eros Roberto GRAU<sup>132</sup>, Carlos Ari SUNDEFELD<sup>133</sup>, Luís Roberto BARROSO<sup>134</sup>, Paulo BONAVIDES<sup>135</sup> e Carmem Lucia ROCHA<sup>136</sup> dentre outros<sup>137</sup>.

Todavia, é cediço na doutrina que o grande enfrentamento do Positivismo com a Princiologia partiu de Ronald DWORKIN no confronto travado com seu antecessor da Universidade de Oxford, Herbert HART.

Ronald DWORKIN ao refutar o simplismo positivista propõe uma interpretação do Direito a partir dos princípios, pregando a ligação entre direito e moral, comparando estes na construção de uma argumentação visando fundamentar a tese que desenvolve, qual seja, a da resposta certa aos casos difíceis. Com isso, desconstrói o argumento positivista da discricionariedade do juiz e a justificativa de

<sup>120</sup> GORDILLO, Agustín. *Introducción ao derecho administrativo*, p. 175-177.

<sup>121</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 81-183.

<sup>122</sup> LARENZ, Karl. *Metodología da ciência do direito*. 235-241; 316; 599-606; e, especialmente 674-697.

<sup>123</sup> SANTI ROMANO. *Principii di diritto costituzionale generale*, p. 85 e ss.

<sup>124</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 196 e ss.

<sup>125</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 1143-1170.

<sup>126</sup> Ver, dentre outros: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? *The Philosophy of law*. Oxford: University Oxford, 1977. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*.

<sup>127</sup> ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 318 e ss.

<sup>128</sup> CANNARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 52 e ss.

<sup>129</sup> ESSER, Joseph. *Principios y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, p. 128 e ss.

<sup>130</sup> BARRIO, Javier Delgado; VIGO, Rodolfo L. *Sobre los principios jurídicos*, p. 89-154.

<sup>131</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 450.

<sup>132</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 75-12. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 42-56.

<sup>133</sup> SUNDEFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, p. 136 e ss.

<sup>134</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 140 e ss.

<sup>135</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 227 e ss.

<sup>136</sup> ROCHA, Carmem Lucia. *Princípios constitucionais da administração pública*, p. 24 e ss.

<sup>137</sup> SILVEIRA já em 1960 citava a seguinte passagem de HAURIUO: "Situar o juiz abaixo dos princípios e acima da lei escrita, nada tem de revolucionário; nada que ultrapasse o fato

que o Direito é o que está na lei, podendo o juiz criá-la, para propor a interpretação construtiva na qual o juiz não cria por si a norma, mas exerce o papel de crítico-criativo na constante busca da justificação de decisões passadas e fundamentos do Direito presente.

Em face disso, faz-se necessária a análise do confronto entre positivismo (HART) e principiologia (DWORKIN), para melhor exposição e compreensão do assunto.

## 2.2 POSITIVISMO EM HERBERT HART

Precursor do Positivismo, Hans KELSEN, com sua Teoria Pura do Direito, entendia que no ato de aplicação do direito há uma relativa parcela de indeterminação, uma vez que o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis<sup>138</sup>, nesta medida não se chegaria a uma única resposta correta, mas a várias soluções produzidas dentro de uma moldura. Nas palavras de Hans KELSEN, o direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é, conforme o direito, todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura em qualquer sentido possível<sup>139</sup>. Hans KELSEN ao afirmar tais fundamentos parte da premissa de que o conteúdo da norma pouco importa, sendo uma questão de política, concebendo o juiz como um criador do direito, livre em sua função dentro da moldura legislativa.

---

jurisprudencial; isto deixa o juiz dominado pelo direito, pois o direito são os princípios, antes do que a lei escrita". SILVEIRA, Alípio. *Os métodos de interpretação da lei em nosso Supremo Tribunal*, p. 25.

<sup>138</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 389.

<sup>139</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 390.

Esse positivismo em primeira escala desprovido de cunho sócio-filosófico veio a permear a teoria de Herbert HART em sua obra "O Conceito de Direito"<sup>140</sup>.

Valendo-se de instrumentos da filosofia contemporânea, mais especificamente filosofia analítica (Austin e Ludwig Wittgenstein) e da lingüística, Herbert HART construiu sua teoria a partir da indagação do que seria o direito, distinguindo este de elementos como coerção, moral e regras.

Em sua análise acerca das normas acolheu como cerne a natureza da norma, renegando a norma que se justifica pela força física simplesmente, pela força do soberano (Austin) para sustentar que esta – a norma – deve advir de alguém que, com base em outra norma, tenha autoridade para tanto.

Esta autoridade pode advir da aceitação – o grupo a aceita como norma de conduta, constituindo o chamado conjunto de estandartes constitucionais da comunidade – ou da validez – ser promulgada de acordo com norma secundária que determina sua obrigatoriedade.

Subdividiu, então, as normas em primárias e secundárias. As primárias seriam aquelas que asseguram direitos ou colocam obrigações, ao passo que as secundárias<sup>141</sup> firmariam a titularidade de quem pode e como pode formar, reconhecer, modificar ou extinguir a norma.

Em sendo assim, as comunidades primitivas não têm direito porque não conhecem as normas secundárias. Quando conhecessem tais normas fundamentais, passariam a ter Direito.

---

<sup>140</sup> HART, Herbert. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>141</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. As regras secundárias podem ser classificadas da seguinte forma: regras de alteração, regras de julgamento e regras de reconhecimento.

Essa norma secundária fundamental denomina-se “regra de reconhecimento”<sup>142</sup>. Dentro da teoria de Herbert HART ela estipula de que maneira serão identificadas as normas jurídicas, determinando a validade das normas primárias de acordo com seu *pedigree* e origem. É a única regra de um sistema jurídico cuja força obrigatória depende de sua aceitação, o fundamento do direito repousa na pressuposta aceitação pela comunidade da regra de reconhecimento<sup>143</sup>.

Pautado na análise destes elementos conclui que a linguagem jurídica tem como características a *vagueza* e a *indeterminação*, o que, aliado à impossibilidade de prever-se as ações humanas<sup>144</sup>, gera a possibilidade de mais de uma interpretação da norma pelo órgão julgador. Essa indeterminação qualifica o que chama de “*textura aberta*” da norma, que ganha destaque nos *hard cases*, ou seja, nos casos difíceis, assim entendidos como aqueles que são o cerne de incerteza, seja porque existem várias normas<sup>145</sup> que determinam sentenças distintas – porque as normas são contraditórias –, seja porque não existe norma exatamente aplicável<sup>146</sup>, logo o sistema seria autoregulamentador:

quando esses casos chegam aos tribunais judiciais os juízes têm discricionariedade para escolher a interpretação que considerem mais apropriada. Quando a regra aplicável é imprecisa, o juiz não tem outra saída que escolher prudentemente a opção que estime adequada. Nestas circunstâncias excepcionais, o juiz não está

<sup>142</sup> Sobre o posicionamento de Dworkin acerca da “regra de reconhecimento” de Hart, ver DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 70 e ss.

<sup>143</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*, p. 40.

<sup>144</sup> HART fala-nos que acaso fosse possível tal previsão teríamos a chamada “jurisprudência mecânica”. HART, Herbert. *O conceito de direito*, p. 141

<sup>145</sup> É de se atentar que para os positivistas o conjunto de regras jurídicas válidas do direito é exaustivo. Neste sentido CHUEIRI, Vera Karam de. *A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin*. ROCHA, Leonel Severo. *Paradoxos da auto-observação: percurso da teoria jurídica contemporânea*, p. 156.

<sup>146</sup> CASAMIGLIA citado por DWORKIN: “Un caso es difícil si existe incerteza, sea porque existe varias normas que determinan sentenças distintas – porque las normas son contradictorias –, sea porque no existe norma exactamente aplicable.” DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 13.

aplicando o direito – porque as regras não o indicam uma ou outra direção – , senão criando-o para o caso concreto<sup>147</sup>

Esse sistema autoregulamentador de Herbert HART sustenta a *tese da não-resposta certa* de acordo com as seguintes bases: a) vagueza – impossibilidade de se afirmar que uma proposição jurídica é falsa ou verdadeira; b) existência de estrutura oculta na proposição que explica como pode ser verdadeiro que a proposição não serve ao caso; c) suposição de que as proposições controvertidas possam não ser falsas, nem verdadeiras.

Nessa medida, a regra jurídica positivada serve como padrão de avaliação de condutas, enquanto fator de motivação de comportamento a justificar a mera subsunção da lei ao fato, caracterizando o pensamento simplista do positivismo: fidelidade à lei<sup>148</sup>. O que em tese corresponde ao critério de exclusão e inclusão, se a norma enquanto regra entra em conflito com outra uma delas será reconhecida como inválida e excluída; se não há norma, ou há pluralidade destas, o juiz, em sua discricionariedade, inclui uma norma valendo-se de seu poder criador.

Sopesando-se as idéias sucintamente expostas acerca da teoria de Herbert HART tem-se que este concebe a discricionariedade do juiz como um fato normal frente à indeterminação da norma aplicável ou sua inexistência, visualizando o juiz como um criador do Direito, com liberdade em seu ato de criação, mais precisamente no de julgar os casos difíceis, reconhecendo-se na sociedade duas diferentes formas de criação do Direito; prática consuetudinária e legislação.

E eis que exsurge a grande discussão em torno desta concepção normativa, como ficam os princípios em meio a essa criação jurisdicional? Há uma

---

<sup>147</sup> CASAMIGLIA na apresentação a DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 13:

<sup>148</sup> Conforme DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 8: “O público está muito mais preocupado com a questão da fidelidade”.

verdadeira seara de discricionariedade do julgador? As normas orientam-se umas pelas outras puramente? Moral e direito realmente se distinguem?

A estas questões cabe socorrer-se à teoria de Ronald Dworkin.

## 2.3 TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE RONALD DWORKIN

O norte-americano Ronald DWORKIN tornou-se um dos grandes expoentes da filosofia jurídica moderna criticando a escola positivista, mais precisamente Herbert HART, por considerá-lo a mais poderosa versão contemporânea do positivismo. E, nessa sua crítica, Ronald DWORKIN brinda a seara jurídica com respostas às questões levantadas no tópico anterior.

### 2.3.1 Direito e moral

Ronald DWORKIN contrariando os positivistas<sup>149</sup> concebe o direito como um conjunto de normas e princípios, onde moral e direito não se distinguem, haja vista ser impossível identificar o conteúdo do direito sem se recorrer à moral.

Eis o primeiro conflito entre Ronald DWORKIN e Herbert HART<sup>150</sup>, pois enquanto este tem uma visão restrita do direito, em que basta que a norma exista e seja válida para ser aplicada independente de seu conteúdo, de seu caráter de justiça; aquele compreende o direito de forma ampla, onde os argumentos descritivos e prescritivos devem compor o todo decisório, pregando a união entre direito e moral; pois, segundo Ronald DWORKIN, junto às normas, há os princípios e diretrizes que não podem ser identificados por sua origem – como pretendem os

<sup>149</sup> Acerca das bases principiológicas do Positivismo segundo Dworkin ver DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 65.

<sup>150</sup> Sobre a separação entre direito e moral com relação a Hart, ver HART, Herbert. *Positivism and the separation of law and morals*, p. 17-37.

positivistas com as normas –, mas por seu *conteúdo* e *força argumentativa*. Neste sentido Ronald DWORKIN assevera que :

argumentação jurídica, invoca e utiliza princípios que os tribunais desenvolvem lentamente mediante um largo processo de argumentação e de criação de precedentes. Estes princípios são especificamente morais. Em consequência, a argumentação jurídica depende da argumentação moral, no sentido de que os princípios morais têm papel muito importante na argumentação jurídica, especialmente nos casos difíceis.<sup>151</sup>

Para os positivistas as proposições jurídicas são verdadeiras quando descrevem corretamente o conteúdo das leis ou normas jurídicas<sup>152</sup>. Percebe-se, assim, o já citado simplismo da teoria, ao qual Ronald DWORKIN responde com o alerta de que nem sempre as proposições jurídicas atendem às regras jurídicas (cujo conteúdo é sanção), mas a princípios (cujo conteúdo é controverso) que precedem os criados pela lei e podem ser interpostos ao Estado.<sup>153</sup>

Pela acepção Dworkiana todo indivíduo que seja parte em um processo tem o direito de obter uma decisão de acordo com o ordenamento jurídico que pré-existe e tem em si a moral da comunidade.

Ronald DWORKIN constrói, então, uma teoria conceitual alternativa alicerçada na distinção entre princípio e norma, colocando direito e moral num patamar de encontro<sup>154</sup>, destacando a impossibilidade da utilização da discricionariedade nos moldes pregados pelo positivismo, alicerçando a *tese da resposta certa*.

<sup>151</sup> CASAMIGLIA na apresentação de DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 11: "El razonamiento jurídico, según Dworkin, invoca y utiliza principios que los tribunales desarrollan lentamente mediante un largo proceso de razonamiento y de creación de precedentes. Estos principios son específicamente morales. En consecuencia, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido de que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los casos difíciles".

<sup>152</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade*, p. 63.

<sup>153</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade*, p. 63.

<sup>154</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 3: "Há, inevitavelmente, uma dimensão moral associada a um processo judicial legal e, portanto, um risco permanente de uma forma inequívoca de injustiça pública".

### 2.3.2 Princípios e normas

Extrai-se da definição de Direito, proposta por Ronald DWORKIN, que este prima pela distinção entre princípios e normas.

Para Ronald DWORKIN os princípios seriam *pautas* que devem ser observadas por corresponderem a um imperativo de justiça, equidade ou outra dimensão da moral; um conjunto dos estandartes que não são normas<sup>155</sup>. Eles existem no sistema, abrangendo um campo amplo, em que não há possibilidade de se enunciarem exceções<sup>156</sup>, principalmente em razão da sua *dimensão de peso e importância*<sup>157</sup> a ser considerada por ocasião do exercício de interpretação<sup>158</sup>. Salutar que uma vez entrando em conflito os princípios não há de se considerar o critério de validade ou não, pois este critério não se aplica àqueles, levando um princípio a ser excluído face ao peso e importância de outro sem, contudo, deixar de ser válido. Este mesmo princípio, ora preterido, pode mais tarde vir a ser aplicado. Os princípios têm uma dimensão de peso e importância, jamais de validade excludente, própria das normas em constatando-se antinomia<sup>159</sup>.

<sup>155</sup> Percebe-se aqui a corrente forte da principiologia, referida alhures.

<sup>156</sup> Nesse ponto DWORKIN sofre o ataque de CARRIÓ, para quem tal como as regras possuem textura aberta e são passíveis de exceção, na medida em que é impossível prever-se todas as situações, o princípio também pode sê-lo. Ao que GRAU contraria afirmando que às regras pode-se enunciar taxativamente as exceções, ao passo que aos princípios nem mesmo na teoria consegue-se perseguir exceções; pois de acordo com GRAU, CARRIÓ confunde a questão de exceção com a de não incidência. As regras atuam de acordo com o critério de incidência e não incidência, ou seja, em face de caso não previsto não incidem – critério excludente, já os princípios sofrem o critério de ponderação, aplicando-se a uma gama infinita de situações. Neste sentido ver GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 93-98.

<sup>157</sup> Sobre esse quesito ver também a interessante passagem de ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 87-90.

<sup>158</sup> O juiz no exercício de interpretação frente a um caso deve balancear os princípios acolhendo o que tem mais peso, isso, contudo, não retira o caráter de validade do princípio que, neste momento, em razão de seu peso ou importância deixou de ser aplicado. Neste sentido DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 77: “En tal caso, es posible que nuestro principio no prevalezca, pero ello no significa que no sea un principio, de nuestro sistema jurídico, porque en el caso siguiente, cuando tales consideraciones contrarias no existan o no tengan el mismo peso, el principio puede ser decisivo.” GRAU denomina essa situação de “jogos de princípios”. GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 101 e ss.

<sup>159</sup> Cumpre ressaltar que entre regras e princípios não existe antinomia, prevalecendo os princípios. No referente ao conflito entre princípios, fala-se em antinomia negativa.

Dentro da acepção princípio, Ronald DWORKIN ainda ressalta a distinção entre princípios em sentido estrito e diretrizes<sup>160</sup>. Estas seriam estandartes que propõem objetivos a serem alcançados, visando uma melhora econômica, política ou social da comunidade, são consideradas socialmente benéficas, como, por exemplo, segurança nacional. Aqueles visam defender direito individual<sup>161</sup>.

Já as normas, em face da sua dimensão de validade, seguem a lógica do “tudo ou nada”, ou seja, se válidas aplicam-se, em caso contrário, não<sup>162</sup>. Logo, em havendo antinomia, a que for preterida será dada como inválida, sendo excluída do sistema autoregulador.

Ronald DWORKIN alerta que este critério positivista em verdade não corresponde à realidade, segundo ele o que se pode dizer acerca das normas é se são ou não *funcionalmente* importantes na regulação de determinado comportamento, mas não dentro do sistema. Assim:

Ao falar de regras ou normas, podemos dizer que são ou que não são funcionalmente importantes [...]. Neste sentido, uma norma jurídica pode ser mais importante que outra porque tem um papel mais relevante na regulação do comportamento.<sup>163</sup>

Outrossim, as exceções às normas devem ser expressas, face ao campo restrito de aplicação destas, o que permite a enunciação exhaustiva das mesmas, quanto mais exceções, mais completo será o enunciado da norma. Em

<sup>160</sup> Sobre o assunto ver GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 85.

<sup>161</sup> “A garantia dos direitos individuais é a função mais importante do sistema jurídico. O direito não é mais que um dispositivo que tem como finalidade garantir os direitos dos indivíduos frente às agressões da maioria e do governo.” CASAMIGLIA na apresentação do livro de DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 17.

<sup>162</sup> CASAMIGLIA na apresentação do livro de DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 9: “Enquanto as normas de aplicam ou não se aplicam, os princípios dão razões para decidir em um sentido determinado, mas, diferindo das normas, seu enunciado não determina as condições de sua aplicação. O conteúdo material do princípio – seu peso específico – é o que determina quando deve ser aplicado em uma situação determinada.

Os princípios – ademais – informam as normas jurídicas concretas, de tal forma que a literalidade da norma poder ser desatendida pelo juiz quando viola um princípio que neste caso específico se considera importante.”

contrapartida, aos princípios é impossível taxarem-se exceções, na medida em que são naturalmente abertos.

Ronald DWORKIN parte da distinção referida para sustentar a tese da resposta certa nos casos ditos difíceis, renegando a discricionariedade pregada pelos positivistas.

### 2.3.3 Discricionariedade X Tese da resposta certa

Preliminarmente cumpre traçar algumas considerações sobre a base da discussão levantada entre Ronald DWORKIN e Herbert HART: os casos difíceis.

Entende-se por *hard cases* aqueles nos quais há incertezas, seja porque existem várias normas que determinam sentenças distintas, seja porque não existe norma aplicável, situação com a qual o órgão judicante pode e se depara<sup>164</sup>.

Em torno desses casos surgiu a tese da não resposta certa, possuidora de duas versões; pela primeira "*há entre cada conceito dispositivo e sua aparente negação, um espaço ocupado por um conceito distinto*"<sup>165</sup>. Pela segunda, mais congruente com o pensamento de Herbert HART, parte das premissas de que há uma impossibilidade de se afirmar que uma proposição jurídica é falsa ou verdadeira (vagueza); de existir uma estrutura oculta na proposição explicativa de como pode ser verdadeiro que a proposição não serve ao caso; e a suposição das proposições controvertidas possam nem ser falsas, nem verdadeiras. Isto impossibilitaria a existência de uma resposta certa.

---

<sup>163</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 78: "Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que non son funcionalmente importantes [...] En este sentido, una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento."

<sup>164</sup> Ver DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 109 e 241: "Deve ser evidente, porém, que a teoria de ajuste de qualquer juiz muitas vezes não conseguirá produzir uma interpretação única. (A distinção entre casos controversos e fáceis no Direito talvez seja justamente a distinção entre casos em que se consegue isso e casos em que não se consegue)."

<sup>165</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 180.

Seguindo a linha do positivismo de Herbert HART compete, então, ao juiz valer-se de sua discricionariedade e, enquanto criador do direito, dar vazão ao precedente que se inclui no sistema legislativo como solução ao caso difícil, haja vista o sistema não pode prever soluções para todos os casos, isto mantém a autoregulação do mesmo “como a lei não estipula nada, nem mesmo a discricionariedade, o juiz deve fazer o que puder, por sua própria conta.”<sup>166</sup>

Ronald DWORKIN insurge-se contra esta teoria sustentando a existência de uma resposta certa para tais casos<sup>167</sup>, não se podendo atribuir ao judiciário um poder que não lhe é legítimo, sob pena ferir a separação de poderes, além do que, a este órgão, não é dado poder político para tomada de decisões. Dentro do sistema cada órgão tem sua função, logo, ao judiciário não compete produzir lei, mas ao legislativo.

Vera Karam CHUEIRI discorre que:

Pois bem, as decisões judiciais devem ser geradas por princípios uma vez que tribunal e legislativo não se confundem: programas legislativos podem ser razoável e corretamente justificados por políticas.

O legislativo não necessita razões de princípio – embora devesse – para justificar as regras que elabora e decreta. Por isso os juízes estão numa posição diferente da dos legisladores. Suas decisões devem ser fundamentadas por princípios e não por políticas, sob o argumento de que às partes pré-existem direitos e deveres, decorrentes dos precedentes e da legislação, cujo cumprimento lhes cabe obrigar.<sup>168</sup>

<sup>166</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 204. Um dos grandes argumentos a favor da segunda versão da tese da não resposta certa reside na tese da demonstrabilidade, assim nominada pelo autor como aquela que sustenta que se uma proposição não resta comprovada como verdadeira, após todos os fatos concretos relevantes sejam com relação a ela conhecidos ou estipulados, então ela não pode ser verdadeira. Mais uma vez o positivismo só vem reiterar o seu simplismo de fidelidade à lei.

<sup>167</sup> DWORKIN chega a por em xeque a existência de casos sem nenhuma resposta certa, afirmando que se tais casos existem e devem ser extremamente raros, haja vista que se se recorrer à interpretação proposta sempre haverá uma resposta aos *hard cases*. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 215.

<sup>168</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade*, p. 76, nota de rodapé.

Segundo a tese da resposta certa a toda pretensão jurídica corresponde uma resposta original, assentada na idéia de direitos, cujos princípios as regras positivas agasalham, não havendo espaço para a discricionariedade – para o ato de criação –, mas para a construção através da argumentação<sup>169</sup>. Ronald DWORKIN parte da premissa de que o raciocínio moral se caracteriza pela construção de um conjunto consistente de princípios que justificam e dão sentido às instituições. Neste sentido, os tribunais aplicam princípios desenvolvidos lentamente, mediante um processo de raciocínio e criação de precedentes. Princípios que são especificamente morais, tornando falaciosa a distinção, proposta pelo positivismo, entre direito e moral<sup>170</sup>.

A primeira perquirição levantada por Ronald DWORKIN acerca da discricionariedade, pregada pelos positivistas, volta-se em torno da acepção do próprio termo, pois, para o autor, “os positivistas tomaram o conceito de discricionariedade da linguagem comum<sup>171</sup>”, o mesmo se dando com outras palavras que têm seu significado elevado à seara jurídica<sup>172</sup>. Contrapondo-se a esta posição propõe a análise do termo a partir de seu contexto originário.

O que significa na vida ordinária dizer que alguém tem discricionariedade?

Diante desta questão Ronald DWORKIN infere que a aplicação do termo só se adequa a determinados casos, mais precisamente no contexto de alguém que

---

<sup>169</sup> DWORKIN expõe que o direito é um fenômeno social, o qual se distingue dos demais porque sua prática é argumentativa. Nesta medida alerta-nos para a questão de fundo do convencionalismo a ser interpretada na premissa: “O direito é o direito. Não é o que os juizes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política.” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 17 e 141. CASAMIGLIA reinterpreta a alusão de DWORKIN asseverando: “Posiblemente las tesis de Dworkin pueden contribuir a comprender lo que el hombre de la calle ya sabe: que los jueces no tienen libertad para inventarse derechos e interpretaciones. A la doctrina de los tribunales se le exige coherencia y adhesión y, en realidad, la función creadora de derecho de los jueces es bastante limitada.” CASAMIGLIA na apresentação de DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 19.

<sup>170</sup> Neste sentido CASAMIGLIA na apresentação do livro de DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 10.

<sup>171</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 82.

<sup>172</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 188.

está encarregado de tomar decisões sujeitas às normas estabelecidas por uma autoridade determinada (círculo de restrições) e, nesta medida, como quase todos os termos, seu conceito se vê afetado pelas características do contexto em tela, expondo a relatividade do termo.

Alude o autor a alguns exemplos de aplicação do termo discricionariedade e o sentido deste pelo expectador; por exemplo, quando se diz que a aplicação da norma não pode ser mecânica, exigindo do aplicador discernimento, ou quando se afirma ter um funcionário a autoridade final para tomar uma decisão a qual não pode ser revisada ou anulada por outro funcionário, ou ainda, quando se diz que um funcionário, em determinado caso, não está vinculado a normas impostas por sua autoridade superiora. Em todos estes casos utiliza-se o mesmo termo com sentidos diversos.

Contudo, independente do sentido do termo discricionariedade, o grande cerne da questão está em divisar com clareza que este não equivale à liberdade sem limites ou imune às críticas, uma vez que toda atuação humana, mais especificamente as decisões jurídicas, pautam-se em algum fundo de racionalidade, justiça e eficácia.

Subsumindo sua perquirição sobre discricionariedade ao sistema jurídico Ronald DWORKIN esclarece: “a discricionariedade de um funcionário não significa que seja livre para decidir sem recorrer às normas de sensatez e justiça, senão somente que sua decisão não está controlada por uma norma prevista pela autoridade particular<sup>173</sup>.” E, ainda, percorrendo o debate sobre a política judicial, pondera haver uma negligência com relação a distinção de dois tipos de argumentos

---

<sup>173</sup> “La discreción de un funcionario no significa que sea libre para decidir sin recurrir a normas de sensatez y justicia, sino solamente que su decisión no está controlada por una norma prevista por la autoridad particular em que pensamos al plantear la cuestión de la discreción.” DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 86.

políticos dos quais os juízes podem se valer ao tomar decisões, o que tem permeado a proliferação indistinta da discricionariedade

É a distinção (que tentei explicar e defender alhures) entre argumentos de princípio político, que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público. A visão correta, creio, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controversos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político.<sup>174</sup>

Esta norma não prevista pela autoridade particular pode compor um princípio ao qual o funcionário – entenda-se o juiz – deve voltar-se ao proferir a decisão. Nega, desta forma, o papel do juiz-legislador, criador do direito, para colocá-lo no papel de garantidor do direito, com poder de decisão assentado em argumentos de fundo, mais precisamente, princípios.

A linha de análise de Dworkin sugere a negação do poder político do juiz sem reduzir sua atividade a uma mera operação mecânica. Em seu modelo o juiz é garantidor de direitos e não criador deles, e, neste sentido, é um fiel seguidor de Montesquieu para quem o poder judicial era nulo.<sup>175</sup>

Essa negação de Ronald DWORKIN se justifica na medida em que as decisões judiciais são e deveriam ser geradas por princípios – os quais atendem melhor, e de forma mais direta, a questão ética – que envolvem a moralidade institucional e pessoal do juiz, jamais a pura política variável de acordo com os ânimos. Ronald DWORKIN fundamentara a ligação entre a moral pessoal e o princípio ético como uma das bases da coerência a existir na argumentação jurídica.

#### 2.3.4 Ronald DWORKIN e os argumentos anti-princípiolistas

<sup>174</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 6

<sup>175</sup> “La línea de análisis de Dworkin sugiere la negación del poder político del juez sin reducir su actividad a una mera operación mecánica. En su modelo el juez es garantizador de derechos y no creador de ellos, y, en este sentido, es un fiel seguidor de Montesquieu para quien el poder judicial era nulo.” CASAMIGLIA na apresentação de DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 21.

Antevendo as críticas positivistas de aplicação principiológica nos termos que propõe em oposição à discricionarietà, Ronald DWORKIN levanta e rechaça as mesmas. De acordo com ele, os seguidores da fidelidade à lei e do juiz-legislador, poderiam opor os seguintes fundamentos contra sua exposição, ou seja, os princípios não podem ser vinculantes, ao que o autor responde como sendo inverídico, pois estes, de certa forma, advêm de uma construção esboçada por outros juizes, a qual se reflete em decisões subjacentes, estas uma vez contrárias ao que se seguia principiologicamente ficam sujeita às críticas; de que, mesmo reconhecendo-se a força vinculante dos princípios estes não poderiam determinar um resultado em particular. Nesse ponto, Ronald DWORKIN converte essa objeção a sua tese em argumento de sustentação, pois, de acordo com ele, se os positivistas se valessem dessa concepção acabariam aceitando a distinção entre norma e princípio, estabelecendo, desta forma, que aquela impõe um resultado independente do contexto, ao passo que este não. E justamente nisto reside o ato do princípio sobreviver intacto, independente de prevalecer ou não, ao passo que a norma se esvai, se não prevalece o de os princípios não podem ser considerados direito porque sua autoridade e peso são discutíveis por natureza. A isso Ronald DWORKIN propõe recorrer-se à prática e outros princípios nos quais transparecem implicações histórico-legislativas e judiciais, que fundamentam os juizes de princípio de determinada sociedade. Assim os positivistas deveriam buscar outro argumento para o princípio não ter força de lei expressa, que não a questão da prova deste em relação à norma<sup>176</sup>.

---

<sup>176</sup> "A no ser que se reconozca que por lo menos algunos principios son obligatorios para los jueces y que exigen de ellos, como grupo, que tomen determinadas decisiones, tampoco se puede decir que alguna norma – o, en todo caso muy pocas – sea obligatoria para ellos. En la mayoría de las jurisdicciones norteamericanas, y actualmente también en Inglaterra, no es raro que los tribunales superiores apliquen normas establecidas." DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 90.

### 2.3.5 A comunidade de princípios

Ronald DWORKIN, após analisar dois outros tipos de comunidade – como uma questão de circunstância e como uma questão de regra – aponta e defende aquela que seria a melhor: a comunidade de princípios<sup>177</sup>.

Esta comunidade aceita e reconhece ser governada por princípios comuns e não apenas por regras criadas num acordo político, percebendo seus direitos e deveres como resultantes de um fato histórico a partir do qual a comunidade adotou o sistema de princípios<sup>178</sup>. Desta forma:

Uma comunidade de princípios não encara a legislação do mesmo modo que uma comunidade baseada em códigos, como acordos negociados que não têm nenhum significado adicional ou mais profundo além daquele declarado pelo texto da lei; trata a legislação como uma decorrência do compromisso atual da comunidade com o esquema precedente de moral política.<sup>179</sup>

Essa comunidade de princípios caracteriza-se basicamente pelo fato de cada cidadão respeitar os princípios da eqüidade e justiça<sup>180</sup>; exigir que ninguém seja excluído; o interesse não ser superficial, como na literalidade da lei e a exigência de integridade pressupor que cada pessoa é tão digna quanto outra<sup>181</sup>.

<sup>177</sup> Neste ponto DWORKIN se aproxima de RAWLS e sua sociedade hipotética. Ver RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>178</sup> “Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados.” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 255.

<sup>179</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 413.

<sup>180</sup> “O agir conforme princípios é um agir coletivo: desde a consideração dos agentes, da atribuição de deveres e obrigações, até a própria justificação. Quer dizer que a melhor concepção do direito o presume como um sistema articulado (uma totalidade), cujos elementos (constitutivos) não existem isoladamente (não geram efeitos).” CHUEIRI, Vera Karam de. *A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin*, p. 184.

### 2.3.6 Direito como integridade

A principal característica da comunidade de princípios versa sobre a aceitação do direito como integridade.

Essa concepção de direito apresentada por Ronald DWORKIN sustenta que o raciocínio jurídico, ao qual se sujeitam os juízes, constitui um programa interpretativo por eminência, principalmente nos casos difíceis, onde a necessidade da coerência de princípios<sup>182</sup> transparece na medida em que a interpretação ajusta e justifica determinada decisão.<sup>183</sup> Todavia, esta justificação não se limita ao conteúdo explícito das decisões passadas ou à visão do futuro, não fundamenta decisões no paliativo de que lei é lei, mas reclama os princípios que a elas se ajustam e as justificam enquanto estruturas da prática judicante.

Nessa linha, o direito como integridade exige do juiz uma nova forma de pensar o seu objeto, a de que, nas palavras de Vera Karam CHUEIRI:

o direito é estruturado sobre um coerente conjunto de princípios relativos à justiça, a equidade e ao procedural due process, obrigando o seu cumprimento. Estes princípios serão buscados na prática jurídica – no conjunto de decisões políticas coletivas – que os juízes interpretam para que, eles próprios, cheguem a uma decisão que, ao mesmo tempo, se ajuste e justifique tais práticas. No contexto da história política da sociedade, a decisão do juiz será um capítulo complementar que, naquele momento, a torna a melhor história possível; melhor no sentido do ponto de vista da moralidade política.<sup>184</sup> (grifo nosso.)

<sup>181</sup> DWORKIN reconhece que essa comunidade de princípios pode não chegar à plena justiça, mas esse ainda seria um preço a se pagar em nome de uma comunidade muito melhor que os demais exemplos que cita. Sobre o assunto ver DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 257.

<sup>182</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 206

<sup>183</sup> “O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elemento que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 271.

<sup>184</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. *A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin*, p. 189-190.

Na construção dessa “melhor história possível”, denominada por Ronald DWORKIN de “chain of law”<sup>185</sup>, o direito passa a ser comparado com a literatura<sup>186</sup> e o juiz ao crítico literário, sendo ela ilustrada pela “chain novel”<sup>187</sup>.

A “chain of law” estrutura-se sobre o modelo da “hipótese estética”<sup>188</sup>, esta partindo de pressupostos literários subsume-se à interpretação jurídica na medida em que o juiz, no exercício de raciocínio para a decisão jurídica, deve manter a identidade do objeto, não o transformando, mas mantendo a integridade; o juiz, nesta medida, assume o papel de crítico (cria enquanto interpreta) e artista (interpreta enquanto cria)<sup>189</sup>.

De acordo com esta concepção, cada juiz representaria um romancista – um parceiro – que deve ler o texto anterior compreendendo o que os outros juizes fizeram no transcorrer da corrente – daí a necessidade dos magistrados partilharem de um vocabulário, pois, para manterem a unidade do romance, devem ter em mente interesses e convicções semelhantes, o que representa dicionário e vivência concreta partilhadas<sup>190</sup> –, para chegar a uma opinião sobre o caso – ao que Ronald DWORKIN alude como romance coletivo – logo, não podem partir do nada, pois há sempre um direito pré-existente a servir de paradigma para a discussão proposta. Ao partir desta análise preliminar o juiz poderá emitir sua decisão, devendo ser esta

<sup>185</sup> “cadeia do direito”.

<sup>186</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 200, 217 e ss.

<sup>187</sup> “Romance em Cadeia”, o gênero literário artificial que, segundo DWORKIN torna mais fértil a comparação entre direito e literatura. Sobre o assunto ver DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 275 e ss.

<sup>188</sup> “Minha sugestão aparentemente banal (que chamarei de “hipótese estética”) é a seguinte: a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte.” DWORKIN, Ronald, *Uma questão de princípio*, p. 222.

<sup>189</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. p. 235

<sup>190</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 77.

possível no intuito de manter a legitimidade da corrente – no caso, para que o romance também o seja, com a sua colaboração<sup>191</sup>.

Para ilustrar sua corrente do direito Ronald DWORKIN expõe a “chain novel” utilizando-se de um juiz imaginário com habilidade, erudição, paciência e perspicácia supra-humanas, o qual aceita o direito como integridade<sup>192</sup> – juiz Hércules<sup>193</sup>.

Hércules desenvolve o sistema de interpretação dworkiano em casos concretos propostos pelo autor, onde o referido juiz dá a solução até então considerada inexistente. Para tanto, o juiz imaginário recorre as três etapas da interpretação jurídica, propostas por Ronald DWORKIN<sup>194</sup>, quais sejam: “pré-interpretativa”: nesta identificam-se as regras e os padrões orientadores da prática. Poder-se-ia dizer que se trata da identificação dos princípios circundantes do caso posto, neste sentido, princípios morais e jurídicos; interpretativa: o juiz articula os elementos precedentes com a prática, distinguindo entre direitos individuais e fins sociais, construindo a argumentação do que pesa ou tem maior importância no caso, sobressaindo-se a moral do juiz; pós-interpretativa: o juiz conclui o processo argumentativo ajustando sua conclusão advinda da etapa interpretativa ao que imagina ser esperado pela comunidade.

<sup>191</sup> “Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juizes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais os processos e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do ele faz agora.” DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 238.

<sup>192</sup> “Os juizes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política da doutrina jurídica comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos.” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 305.

<sup>193</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 176 e ss. No mesmo sentido DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 287 e ss.

<sup>194</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 81 e ss.

O juiz supra-humano ao encabeçar o desenvolvimento do romance do direito responde às questões que os positivistas sustentavam não ter resposta correta por comporem os casos difíceis. Estes que, conforme mencionado, para Ronald DWORKIN seriam inexistentes, ou raríssimos, encontram resposta na medida da aceitação da indivorciabilidade entre moral e direito – veja-se que Hércules no processo de interpretação, paradigma para outros juízes, em algum momento representa sua moral e da comunidade; do reconhecimento da distinção, dentro do super-conceito norma, entre normas-princípios e normas-diretrizes; da percepção da questão de fundo a envolver todas as normas: os princípios, a ser analisada na tomada de decisão; e, ainda, admita-se a construção coletiva das decisões judiciais, expurgando-se a visão deturpada de que juiz faz lei<sup>195</sup>, ou de que tudo se justifica em nome da lei.

Assim, juízes e comunidade se tornam parceiros na construção do direito de acordo com as bases morais que pressupõem os princípios orientadores das normas.

Da tese dworkiana sobressaem-se as normas-princípio e as normas-diretrizes enquanto componentes do direito de hoje, ontem e amanhã, positivados ou não.

### 2.3.7 A Teoria dos Princípios de Ronald DWORKIN no Brasil

Uma das grandes questões da seara jurídica brasileira foi, por muito tempo, a distinção entre princípio e norma frente a uma teoria da argumentação, primariamente alicerçada no positivismo. Contudo, tal discussão perdeu espaço,

---

<sup>195</sup> Como bem assevera GRAU em várias passagens, o juiz não faz norma, ele aplica o direito. Neste sentido especificamente ver: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 120.

dentre outros fatores, após a publicação de obras como as de Luís Roberto BARROSO e Eros Roberto GRAU, nas quais se afirmou comportar, a norma, os princípios e as regras<sup>196</sup> ou, nas palavras de Eros Roberto GRAU<sup>197</sup> “é gênero que alberga como espécies as regras e princípios.”<sup>198</sup>

J. J. Gomes CANOTILHO também faz menção à distinção, colocando-a como uma tentadora dificuldade, afirmando que:<sup>199</sup> “saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa.”

Segundo o constitucionalista português, essa complexidade resulta de dois fatores: “saber qual a função dos princípios, ou seja, se têm função retórica-argumentativa ou se são normas de conduta”; e “saber se há denominador comum entre princípio e regra ou há diferença qualitativa.”

Analisando-se o contexto doutrinário que envolve os princípios no Brasil, poder-se-ia dizer ser válida toda esta argumentação trazida pelos autores supracitados – entre outros –, que, de uma forma ou de outra instituem bases dworkianas no sistema pátrio. Salutar, contudo, a manutenção de pensamentos positivistas exacerbados pelos sujeitos da argumentação. O sistema brasileiro ainda está preso ao ditado “o direito está na lei”, sendo necessário reconstruir a base principiológica dos operadores do direito, sejam juízes, advogados, professores etc.

A sistemática de argumentação a partir do código deve ceder espaço à análise preliminar do princípio que antecede ou circunda bem como as três etapas da interpretação dworkiana.

---

<sup>196</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 141.

<sup>197</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, p. 110. Ainda nesse sentido BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 141.

<sup>198</sup> ATALIBA com sua peculiar acuidade já afirmava: “Mesmo no nível constitucional, há uma ordem que faz com que as regras tenham a interpretação e eficácia condicionada pelos princípios.” ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, p. 6.

Mas, apesar da desvinculação prática entre o proposto por Ronald DWORKIN e o sistema brasileiro, até o presente momento, há na doutrina quem alerte para a importância dos princípios, sobressaindo Celso Antônio Bandeira de MELLO<sup>200</sup>, com o seguinte conceito:

Princípio – já averbamos alhures – é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o reconhecimento dos princípios, que preside a intenção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

A partir de tal pensamento fica perceptível a importância do princípio enquanto ponto de congruência entre sociedade e sistema jurídico, na linha de alerta de Ronald DWORKIN.

No entanto, é com o constitucionalista português Jorge MIRANDA, através de sua exposição das funções dos princípios<sup>201</sup>, que a teoria de Ronald DWORKIN ganha alicerces mais visíveis no sistema.

Segundo Jorge MIRANDA são basicamente três as funções dos princípios: a primeira e mais visível é a do princípio como critério de interpretação e integração que dá coerência geral ao sistema; a segunda, o princípio é elemento e qualificação; e terceira, o princípio tem função dinamizadora e transformadora, por incentivar novas regras.

No pertinente a primeira função, diz-se ser a mais visível por estar presente onde quer que se esteja aplicando o direito, pois o princípio se dirige aos três poderes e condiciona a interpretação e aplicação de todas as regras jurídicas – comparativamente à etapa dworkiana da pré-interpretação, onde o juiz busca os

---

<sup>199</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 1086 e ss.

<sup>200</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 450.

elementos de orientação. Quanto a segunda função, não são poucos os sociólogos e juristas que afirmam ser através dos princípios sustentadores e elencados pela sociedade que se mede o grau de evolução do país – neste sentido a aceção dworkiana de indistinção entre direito e moral; e dessa decorre a terceira função, pois quanto mais a sociedade progride, mais os princípios evoluem e as regras o fazem por seguir. O sistema é dinâmico se os princípios o são.

Isso vem reforçar a tese dworkiana de que o princípio não é uma mera norma, mas uma “supernorma”, a qual, uma vez abalada, abala todo o sistema jurídico por ser, nas palavras de Roque CARRAZZA, “os mourões da ponte, ao passo que as regras são as grades.”<sup>202</sup>

Mais uma vez vale lembrar Celso Antônio Bandeira de MELLO ao afirmar que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

[...] Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustem e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.<sup>203</sup>

Ou ainda Carlos Ari SUNDEFELD, segundo o qual: “[...] aplicar as regras desconsiderando os princípios é como não crer em Deus, mas preservar a fé em Nossa Senhora.”<sup>204</sup>.

### 2.3.7.1 Normas-princípio e normas-diretrizes no Brasil

Preliminarmente destaca-se que neste tópico serão analisadas normas constitucionais positivadas, não se afastando em momento algum a consideração

<sup>201</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 199.

<sup>202</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 38.

<sup>203</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 451.

das normas não-positivas, pois, como bem assevera Ronald DWORKIN, em várias passagens de suas obras, o direito não é só o que está na lei e, muitas vezes, esta pode não tê-lo, permitindo, desta forma, ao juiz decidir contrariamente a ela, mas favorável ao princípio.

Percorrendo-se o texto constitucional de 1988 identificam-se normas-princípio e normas-diretrizes dentre as primeiras tem-se os artigos 1º, 2º, 4º, 5º e 170, caput parcialmente e incisos. Como exemplos de normas-diretrizes pode-se identificar os artigos 3º, 4º e 170, caput parcialmente, e 174. Atente-se para a distinção de uma mesma expressão que, de acordo com o contexto, serve como norma-princípio ou norma-diretriz: dignidade humana. Esta no seio do artigo 1º refere-se a uma norma-princípio, ao passo que no artigo 170 reporta-se a uma norma-diretriz. Avulta-se neste sentido a tese dworkiana de que os princípios se reportam a direitos individuais de forma mais precisa, em contrapartida, as diretrizes se remetem a fins sociais, e, ainda, de que o contexto das palavras contam na interpretação das mesmas – note-se que no artigo 1º a expressão dignidade humana tem cunho mais de direito fundamental a ser respeitado pelo Estado, todavia a mesma expressão no artigo 170, compõe um conjunto de objetivos políticos.

### 2.3.8 Críticas a Ronald DWORKIN

Ronald DWORKIN está muito longe de ter seus argumentos acolhidos pacificamente, proliferam críticas a respeito de sua teoria dos mais diversos teóricos. Uma crítica feita pelos europeus, por exemplo, está no fato de Ronald DWORKIN

---

<sup>204</sup> SUNDEFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, p. 136.

desconsiderar completamente a construção filosófica do direito advindo deste continente, fazendo com que sua teoria não seja aceita<sup>205</sup>.

Entre os positivistas Herbert HART destaca-se em sua crítica colocando os três argumentos de sua tese da não reposta certa já citados no presente trabalho. Há ainda MACCORMICK para quem a tese de Ronald DWORKIN contraria a criação do direito pelo juiz, deixa de considerar o fato deste não criar norma retroativa, apenas fazer uma eleição entre direitos. Joseph RAZ sustenta que Herbert HART nunca negou a existência dos princípios, mas que dentro da fala hartiana “regras” compreenderiam também os princípios. Robert ALEXY vai além, para ele a tese dworkiana não tem fundamento porque a solução dos casos difíceis depende de argumentação com relação ao princípio da proporcionalidade e não aos princípios que por natureza conflitam no sistema.<sup>206</sup> Outros defendem que se trata de uma nova tese naturalista, ou ainda uma nova visão positivista.<sup>207</sup>

No presente trabalho partilha-se da última visão crítica, a de que Ronald DWORKIN nada propõe de novo, em verdade, como assevera Herbert HART, a discricionariedade não corresponde à arbitrariedade, como supõe Ronald DWORKIN ao sustentar que o juiz não se pauta em nada ao exercer a discricionariedade positivista. Pela experiência corrente o juiz sempre parte de alguma base filosófica a guiar sua decisão, sendo sujeitas à nulidade as decisões arbitrárias.

---

<sup>205</sup> Entre estes críticos está CARRIÓ, entre outros citados no transcórper do presente.

<sup>206</sup> Sobre os críticos de Ronald DWORKIN e a réplica aos mesmos ver DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 412 e ss.; CASAMIGLIA na apresentação de DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 19.

<sup>207</sup> Neste sentido ver NINO, Carlos Santiago. *La validez del derecho*, p. 145-173. NINO afirma que: primeiro DWORKIN escolheu mal a direção de seu ataque, em razão de os próprios positivistas já terem atacado HART; e, segundo a discussão proposta não possui profundidade filosófica ficando no mero questionamento do que é direito, não conseguindo suplantar os argumentos positivistas. Mais enfático é BULYGIN ao afirmar que os críticos de DWORKIN só não derrubaram sua argumentação ainda por não terem percebido justamente o que DWORKIN também não percebeu: a distinção entre normas e proposições normativas. Grande parcela de culpa por essa falta de percepção BULYGIN atribui aos seguidores de HART. Ver: BULYGIN, Eugenio. *Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos*, p. 169-193.

Outrossim, nas palavras de José Renato Gaziero CELLA<sup>208</sup>: “outro aspecto que parece ter sido omitido pela crítica de DWORKIN é o fato de que, em muitos casos, os juízes fazem uso da analogia”.

Ronald DWORKIN ao por à prova o positivismo, tem seus méritos, como o destaque à questão da indistinção entre direito e moral, mas peca pela falta de profundidade de argumentos que a retirem da seara argumentativa, próprio do positivismo. Ronald DWORKIN parece ter esquecido de não ser positivista em sua análise do positivismo, desenvolvendo dentro desta concepção ideológica um novo aspecto, um aperfeiçoamento do mesmo<sup>209</sup>.

A inovação dworkiana sustentada por seus seguidores e estudiosos, como Vera Karam CHUEIRI, acabam por não corresponder à altura de uma nova tese, mas ao desenvolvimento daquela que cerca o sistema há tempos: o positivismo. Atente-se contudo de não se pretender retirar o mérito de Ronald DWORKIN apenas relocá-lo à situação que ele quer negar: a de que não inova, apenas traz novos aspectos ao positivismo jurídico, pois deste não consegue fugir.

---

<sup>208</sup> CELLA, José Renato Gaziero. *A teoria da argumentação jurídica como proposta de uma racionalidade possível frente à postura cética do positivismo jurídico contemporâneo*. (sem numeração de página)

<sup>209</sup> “Com Dworkin o positivismo ressurgiu das cinzas que ele (Dworkin) mesmo ajudara a produzir; tal qual Fênix o positivismo reaparece mais vivo do que nunca, revigorado por um refinamento sem precedentes, tributário da obra de Dworkin.” CELLA, José Renato Gaziero. *A teoria da argumentação jurídica como proposta de uma racionalidade possível frente à postura cética do positivismo jurídico contemporâneo*.

### 3. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O Direito, como já exposto, apresenta-se sujeito à interpretação na medida em que é composto por vocábulos que podem ser considerados imprecisos, ambíguos e abertos<sup>210</sup>. Palavras à mercê de contextualização em face do sujeito de direito. Em meio a isso, proliferam expressões cujo sentido preciso, para um dado momento, sempre conduz à dúvida de saber-se se realmente seu significado foi alcançado<sup>211</sup>.

Dentre essas expressões destaca-se a denominada “interesse público”.<sup>212</sup>

Não são poucos os textos nacionais e estrangeiros a se referirem a essa expressão utilizada após a Revolução Francesa<sup>213</sup>, como justificativa racional da ação revolucionária, a fim de conseguir a adesão de todos, visando fundamentar o poder do Estado. Na verdade, a expressão passou a ser quase que um adágio popular, a máxima “em nome do interesse público” tornou-se tão comum ao ponto de não se saber de onde veio e para onde vai.

---

<sup>210</sup> Sobre os conceitos indeterminados no direito ver: ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 205 e ss. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 621 e ss.

<sup>211</sup> Neste sentido BLANCHET expõe a posição de Jean Rivero, para o qual “o interesse público é noção de definição variável, sem dúvida, conforme a época, a forma social, os dados psicológicos e as técnicas, mas de fim constante, imutável uma vez que a ação administrativa tem por finalidade a satisfação do interesse público. BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*, p. 172.

<sup>212</sup> FOS ao tratar do interesse público destaca dois elementos que dificultam a precisão do mesmo: primeiro porque ele depende do momento, logo mutável; e segundo porque depende do regime político saber quem tem de dizer o que é interesse público, podendo tal tarefa competir a qualquer um dos três poderes. FOS, Jose Antonio Garcia-Trevijano. *Tratado de derecho administrativo*, p. 414.

<sup>213</sup> Sobre a origem e evolução do “interesse público” ver: CAPITULA, Sueli Solange. *Interesse público – princípio constitucional implícito*, p. 173. A autora apresenta seis fases históricas do interesse público: a) origem – passagem do homem nômade para o homem social; b) fase absolutista – reis e faraós representando o Estado, representavam o interesse público; c) fase cristã – a *Summa Theológica* de São Tomas de Aquino expõe a idéia do bem comum almejado pela sociedade via Estado; d) fase liberal – o interesse público passa a ser confundido com o interesse da burguesia, encontrando no Estado deveres negativos em prol da idéia liberal; e) fase social: reconhecimento dos deveres sociais do Estado, o qual para resguardá-los deve e pode intervir na economia; fase democrática: fortalecimento do poder legislativo em face da necessidade da participação da maioria. Ver também: TRAMONTIN, Odair. *Incentivos públicos a empresas privadas & guerra fiscal*. Acerca do antagonismo e vagueza da expressão *interesse público* ver VARGAS, João Galvão. *Sentido crítico do interesse público*. p. 49-54. DI PIETRO fala em principio da finalidade pública. DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 68 e ss.

A partir daquele momento a tutela da esfera pública passou a ser distinguida da privada<sup>214</sup>, competindo ao poder público zelar pelo interesse público, e, ao particular, zelar pelo âmbito privado.<sup>215</sup>

Essa distinção cedeu com o advento do Estado Social de Direito, em face do qual todos os interesses de relevância social bem como todos os interesses assumidos pelo Estado<sup>216</sup> passaram a ser considerados como públicos.<sup>217</sup> Inevitavelmente o interesse público perdeu sua identidade, tal como o interesse privado, sendo renegado a figurar como interesse do Estado, na medida em que esse o detinha e protegia. Estava-se na fase nominalista do interesse público, em que este era o que a lei ou a administração pública dissesse que era.<sup>218</sup>

Todavia, a evolução histórico-político-social dos regimes democráticos propiciou a evolução do conceito de interesse público, podendo-se dizer que o

<sup>214</sup> Fenômeno denominado de mito do século XIX. Salutar que a distinção não se operou primeiramente no referido momento histórico, pois, já em Roma, havia referida distinção, contudo é a partir da Revolução Francesa que a questão se fortalece. "No campo administrativo prevaleceu, por longo período, a idéia de contraposição irreduzível entre interesse público e interesse particular. Como a Administração apresentava-se na condição de detentora absoluta das escolhas referentes ao interesse público, este acabou por identificar-se como interesse da Administração. O contraste entre interesse público e interesse privado ou interesse social refletia a separação entre Estado e sociedade, predominante como realidade e concepção no século XIX e na primeira metade do século XX. No contexto do fim do século XX, em que a separação entre Estado e sociedade perde nitidez, em que ocorre progressiva aproximação entre Administração e cidadãos da sociedade civil, em que os inúmeros grupos sociais colaboram na identificação do interesse público, dificilmente se poderia aceitar a idéia de que os atos do esquema processual administrativo visam a satisfazer o interesse da Administração, autora do ato final". MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, p. 32.

<sup>215</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 179-180. Importante frisar que já no Direito Romano havia distinção entre direito público e direito privado, contudo a concepção romana não é sinônima da distinção público-privado esboçada pela Revolução Francesa, uma vez que, segundo esta, o público corresponde ao Estado – instrumento legitimador da atuação estatal, já para os romanos correspondia à comunidade. Neste sentido ver: FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, p. 64 e ss.

<sup>216</sup> MEDAUAR partilha da idéia de ser a distinção interesse público e interesse privado um mito do século XIX, ver MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 182.

<sup>217</sup> Sobre essas e outras formas do Estado em relação ao interesse público ver: BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Organizações da sociedade civil de interesse público: nova modalidade de parceria*, p. 79 e ss. O Estado Social de Direito caracterizou-se pelo intervencionismo (o Estado assumia deveres positivos a fim de sanar as diferenças sócio-econômicas promovidas pelo conflito capital-força de trabalho) e figura de prestador de serviços, pautado na compatibilização da liberdade com a igualdade, centralizador de poderes no Executivo, sob o manto de que isso deixaria mais célere a prestação de serviços, originando as ditaduras. Finalmente chega-se à fase democrática do interesse

mesmo atingiu uma identidade distinta do interesse estatal<sup>219</sup> com o fortalecimento da ponderação de interesses em confronto<sup>220</sup>, e, contemporaneamente, com o reconhecimento da existência de interesses públicos não titularizados pelo Estado, mas por outros segmentos da sociedade – exemplificando: as organizações não

---

com o fortalecimento do poder legislativo enquanto ente manifestante e sujeito ao povo e o surgimento de movimentos populares influentes na política decisionista.

<sup>218</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 180.

<sup>219</sup> Contudo, a autonomia do conceito em tela não é unânime encontrando, como afirma JUSTEN FILHO, quatro vertentes: a) interesse público como somatório dos interesses privados – baseia-se no critério quantitativo (avaliação aritmética), ou seja, o interesse privado poderá configurar-se como público se corresponder ao interesse da maioria (somatória de interesses individuais coincidentes), no sentido dessa corrente pode-se citar CAPITULA, Sueli Solange. *Interesse Público - Princípio Constitucional Implícito*; b) interesse público como somatório de determinados interesses privados – de acordo com essa vertente haveria duas categorias de interesses privados: uma referente à existência egoística, essencialmente individual, e que por tal não configuraria interesse público, e outra que transcenderia à individualidade podendo compor uma homogeneidade coletiva que lhe atribuiria caráter de interesse público. Essa corrente comporta duas variantes ainda, uma que considera imprescindível a titularidade da maioria sobre o interesse privado para caracterizá-lo como público, e a outra para quem a relevância de determinado interesse privado considerado por uma parcela da sociedade já permitiria a configuração como interesse público; c) interesse público como interesse da sociedade – esta não enquanto somatório de indivíduos, mas como instituição social que supera e distingue-se de seus integrantes, moldando-os a ela e não o contrário. Neste sentido, pode-se identificar a presença da Teoria Sociológica de Niklas Luhmann, para quem o indivíduo seria mero elemento de complexidade dentro do sistema autopoiético da sociedade, a qual o transcende e o supera na medida em que os círculos que a compõem intercomunicam-se. Sobre o assunto ver LUHMANN, Niklas. *Ilustración sociológica y otros ensayos*. Marçal JUSTEN FILHO critica tais vertentes – as quais denomina de concepções técnicas de interesse público derivadas da visão de que o interesse privado não seria satisfeito pela atividade individual, necessitando-se convertê-lo em público para sua efetiva realização –, pautadas em critérios aritméticos afirmando a impossibilidade de identificar-se o interesse público com o interesse da maioria, em face da mutabilidade social e da diferença de interesses entre os diferentes integrantes da sociedade, que em sendo a minoria num sentido poderiam representar a maioria contraditória, logo haveria duas maiorias em sentidos opostos que poderiam repercutir na existência de interesses públicos contraditórios, o que põe por terra o critério de identidade de interesse público com interesse da maioria. Como já alertara Georg Jellinek essa caracterização quantitativa poderia levar à construção de políticas não democráticas, na medida em que o sujeito de direito deixaria de ser o referencial, permitindo-se uma cristalização social. Em verdade estar-se-ia admitindo a desreferenciabilidade do sujeito de Direito de que nos fala COELHO reconhecendo-se o momento da Transmodernidade e, por conseguinte, da busca pela identidade do interesse individual em face do social e vice-versa. Sobre o tema Transmodernidade e desreferenciabilidade do sujeito de direito ver COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*; e, finalmente, a vertente que atrela o interesse público à ética – os princípios e valores fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana seriam o norte para a conceituação do interesse público, o qual ficaria evidente quando da compatibilização entre o “interesse social e o interesse titularizado e o interesse de uma parcela da população” em dado momento.

<sup>220</sup> Contemporaneamente tem-se trilhado pela ponderação dos interesses em conflito pois como expõe ALLEGRETTI: “o interesse público não pertence à Administração como seu próprio, mas ao corpo social e nasce da composição entre os vários interesses públicos, os interesses privados e de grupo (admitida, portanto uma relação não de contraposição extrínseca, mas de composição entre os diversos interesses); há um valor moralizador da conflitualidade e busca do consenso, previstas e explícitas, que subsistem as casuais e ocultas que nascem das pressões privadas e corporativas e da ativação facultativa de sujeitos mais vigilantes e dotados”. Citado por MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 183.

governamentais (ONGs)<sup>221</sup> –, que detêm tecnologia, recursos econômicos, meios materiais e conhecimento técnico mais eficientes e oportunos ao atendimento desses interesses do que o Estado, o qual deixa de ser a única via de suprimento de necessidades. Passa-se, assim, da fase homogênea do interesse público para a heterogênea.

Mas essa construção histórica ainda não permite afirmar um sentido preciso ao “interesse público”. Este varia de acordo com a sociedade, o momento histórico e os fenômenos jurídico-políticos em que está inserido.

Na linha desse desenvolvimento foi construída a doutrina da supremacia do interesse público sobre o particular<sup>222</sup>. De acordo com essa o interesse público sempre se sobrepõe ao particular, ora por representar o interesse da maioria decorrente da soma de interesses individuais, ora por indicar um interesse específico da sociedade independente do individual.

Em face de tais considerações passa-se à análise de uma possível concepção moderna de interesse público, mais depurada dos vícios ideológicos inseridos no conceito deste no transcorrer da história.

---

<sup>221</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a 'personalização' do direito administrativo, p.117. No mesmo sentido MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 181.

<sup>222</sup> O que para alguns autores, como TELLES, BORGES, BLANCHET e MELLO, afirmam ser condição básica para a Administração executar suas funções. TELLES, Antonio A. Queiroz. *Introdução ao direito administrativo*. p. 43-44. Segundo BORGES, para Hector Jorge Escola, o direito administrativo “é o direito do interesse público”. BORGES, Alice Gonzáles. *Interesse público: um conceito a determinar*. CAETANO destaca que a Administração está sujeita ao interesse público, este exerce sobre ela um poder de império. CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*, p. 183-185.

### 3.1 SIGNIFICADO MODERNO: ADEQUAÇÃO DE ORIGEM E SENTIDO

A palpitante questão de definir o que seria interesse público<sup>223</sup>, remete a três momentos dessa expressão: aquele no qual está ligada à idéia de bem comum; ao que a atrela à lei; e ao qual se recorre à dignidade da pessoa humana.

A ligação do interesse público ao bem comum advém da relação estabelecida entre este e o bem comum aristotélico, na medida em que se compreendia o interesse público como o resultado da busca pela felicidade social com a aceitação de manifestações morais sobre essa congregação de interesses; o homem enquanto membro da comunidade ajudaria na construção do bem comum.<sup>224</sup>

Essa identificação entre interesse público e bem comum<sup>225</sup> perdurou por um longo período até a Revolução Francesa<sup>226</sup> quando adveio a expressão interesse público distinta do bem comum, mas atrelada à lei e, por conseguinte, com o Estado, por considerar-se esta como legítima manifestação da vontade popular.

Desse momento decorreram duas subdivisões da concepção de interesse público de acordo com a lei<sup>227</sup> e a concepção de Estado: num primeiro momento, em

<sup>223</sup> “é importante lembrar que o interesse público não é determinável objetivamente. Há muitas dificuldades para a determinação do significado de ‘interesse’: ele representa, antes de tudo, um fenômeno psíquico, cuja descrição deve ser necessariamente feita com referência ao ordenamento jurídico.” ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*, p. 32

<sup>224</sup> Sobre o bem comum ver: Santo Tomas de Aquino, *Summa Theologica*, 2-2, q. 32, a. 6c.

<sup>225</sup> MARTINS FILHO expõe a noção de interesse público a partir do indivíduo que busca o bem, neste sentido, pondera: “quando o sujeito que busca um bem é uma comunidade, está-se diante do que se denomina *interesse público*, que aparece como a *relação entre a sociedade e o bem comum* que ela almeja, perseguidos por aqueles que, na comunidade, estão investidos de *autoridade*.” MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público*, p. 36. ÁVILA opõem-se à posição de MARTINS FILHO afirmando que o princípio da supremacia do interesse público não se confunde com o bem comum, por consistir numa regra de preferência, ao passo que o bem comum é “a própria composição do bem de cada um com o de todos”, logo o interesse público não será atingido pela composição do bem comum. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*, p. 3.

<sup>226</sup> Com a constatação de que os súditos possuíam direitos em face do Estado, a distinção público-privado arrefeceu-se abrindo o cenário para o desenvolvimento da doutrina do interesse público distinto do bem comum.

<sup>227</sup> É o chamado *princípio nominalista* – “interesse público é o que a lei ou a Administração diz que é, mesmo que se trate de algo muito específico”. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 180. MONTANER, Luis Cosculluela. *Manual de derecho administrativo*, p. 45. O autor

face do Estado Abstencionista, a lei disciplinava e respondia ao que era interesse público num caráter de exclusão, ou seja, o não positivado era de cunho privado, logo o interesse público encontrava-se adstrito ao texto legal, considerado exaustivo por si<sup>228</sup>; e, posteriormente, em face do Estado Intervencionista, o interesse público passou a identificar-se não somente com a lei mas com a discricionariedade administrativa.

Nesse sentido, José Antonio Garcia-Trevijano FOS, por exemplo, distingue a definição de interesse público em precisa – a derivante da lei – e imprecisa – a decorrente da valoração das situações de fato pela administração pública como de interesse público ou não.<sup>229</sup>.

A seguir há o momento moderno do interesse público em que este é visualizado não apenas no âmbito legislativo como em bases principiológicas, mais detidamente com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa última passagem do conceito de interesse público permitiu o reconhecimento da distinção entre interesse público e interesse estatal, na medida em que se conheceram outras manifestações representativas dele além da lei.

---

reafirma a importância da norma na configuração do interesse público, contudo, expõe a possibilidade deste não se exaurir na norma, *nem necessariamente contrapor-se ao interesse privado*.

<sup>228</sup> Em meio a esse cenário desenvolveram-se as concepções de BENTHAM e ROUSSEAU. Para BENTHAM, partidário da teoria utilitarista, o interesse público representava a soma dos interesses individuais; já para ROUSSEAU o interesse público não poderia ser extraído da soma de interesses na medida em que cada indivíduo possui vontade própria e particular, logo o interesse público seria a representação de uma vontade distinta, própria da comunidade.<sup>228</sup> No sentido de ROUSSEAU ver: GASPARINI, para quem o interesse público é “o que de refere a toda a sociedade. É o interesse do todo social, da comunidade considerada por inteiro”. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, p. 10. Para BLANCHET o interesse público representa “um complexo no qual se *conjugam* (e não apenas se *reúnem*) harmonicamente os interesses dos membros da coletividade, não considerados como simples indivíduos (relativamente às suas necessidades individuais), mas como membros de uma coletividade (relativamente às suas necessidades como *seres sociais* integrantes de uma comunidade). BLANCHET. Luiz Alberto. *Concessões de serviços públicos*, p. 172

<sup>229</sup> FOS, José Antonio Garcia-Trevijano. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 4.

Nessa linha, Renato ALESSI, partindo da distinção proposta por CARNELUTTI e PICCARDI, apresenta à seara administrativa a doutrina do interesse público subdividido em primário e secundário<sup>230</sup>.

O interesse público primário é uma expressão unitária derivada da conjugação de vários interesses individuais coincidentes; ao passo que o secundário refere-se ao interesse individual de cada membro, o qual pode ser contrário ao interesse primário. Em sendo assim, o interesse secundário da Administração pública impreterivelmente deve coadunar-se ao primário a fim de realmente representar a coletividade<sup>231</sup>, de configurar o interesse público referido implícita ou explicitamente na legislação ou nas decisões judiciais<sup>232</sup>.

Renato ALESSI destaca o papel da lei, delimitadora de forma, competência e conteúdo<sup>233</sup> como elemento essencial de distinção entre a atuação do interesse primário em detrimento do secundário, pois, como bem afirma, a Administração é composta por pessoas físicas<sup>234</sup> sujeitas a sua própria vontade, ao seu interesse

<sup>230</sup> Ver: ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Tomo I, p. 184 e ss. E, ainda, ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, p. 381 e ss.

<sup>231</sup> No Brasil essa teoria é partilhada por BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, p. 32 e ss. "Interesse público ou primário é o pertinente à sociedade como um todo e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra à competência do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa." BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, p. 57-58. Já Marçal JUSTEN FILHO é mais enfático afirmando não se tratar o interesse secundário nem mesmo de interesse, "na acepção jurídica do termo", mas de "conveniências circunstanciais, alheias ao Direito". JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a 'personalização' do direito administrativo*, p. 118.

<sup>232</sup> Exemplificando a possibilidade de contradição entre o interesse primário e o interesse secundário ALESSI coloca que a Administração pública pode ter o interesse de pagar o menos possível a seus empregados e aumentar os tributos – interesse secundário, na medida em que representa interesse patrimonial próprio da administração; em contrapartida o interesse primário propugna pelo pagamento dos funcionários e pela ponderação entre o valor a ser exigido e a capacidade contributiva. ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Tomo I, p. 185 – rodapé.

<sup>233</sup> Lúcia Valle FIGUEIREDO, apesar de não apontar uma distinção precisa entre interesse primário e secundário, acaba por reforçar a importância da lei para determinar o conteúdo do interesse público ao lado dos princípios. Ver: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 34 e ss. No mesmo sentido: FRANÇA, Reginaldo de. *Fiscalização tributária: prerrogativas e limites*. p. 14-15.

<sup>234</sup> MELLO não chega aludir à composição da Administração como fator de interesse secundário, mas ao simples fato de que Administração, enquanto sujeito de direito, também tem interesses puramente seus. Ver: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 32.

particular que não pode ser repassado no ato administrativo sob pena de depor-se contra a coletividade. Mas, como isso é um risco inerente ao sistema composto por seres humanos, a melhor forma de procurar evitá-lo é recorrendo-se ao princípio da legalidade.

Contudo, referido autor ainda alerta que a lei por si não retira a imprecisão do interesse público, valendo-se o administrador da discricionariedade limitada pela interpretação do sistema<sup>235</sup> – o que representa interesse público naquele caso de acordo com a lei vigente e os casos análogos – e pelos princípios.<sup>236</sup>

Todavia, essa evolução da expressão não permite identificar um conceito unívoco de interesse público, havendo as mais diversas variações na doutrina de acordo com a base ideológica do autor.

Lúcia Valle FIGUEIREDO, por exemplo, filia-se à corrente mais atual destacando que a expressão interesse público não seria “oca”<sup>237</sup>, pondera que poder-se-ia dizer ser o interesse público simplesmente: “Aquilo que a lei assim quis”, com conteúdo variável de acordo com a situação, ou seja dependente do texto e do contexto, e sujeito à interpretação sistemática, fundada na principiologia.<sup>238</sup>

José Eduardo FARIA, por sua vez, vê o interesse público, no cenário brasileiro, como aquele “voltado para consecução de fins gerias e pertinentes à

---

<sup>235</sup> Lúcia Valle FIGUEIREDO, transversalmente, também destaca a importância da análise do sistema para identificar-se o interesse público. Ver: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 37 e ss.

<sup>236</sup> Especificamente sobre os princípios em face da discricionariedade administrativa ver: ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*, p. 201 e ss. FIORINI também ressalta a importância da interpretação principiológica para chegar-se ao conteúdo do interesse público. Citado por FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 35 e ss.

<sup>237</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 37. A autora recorre a essa expressão para contrapor-se à situação corrente de que o interesse público aceitaria qualquer conteúdo e, por tal, é utilizado como justificativa de atos nem sempre condizentes com o ordenamento jurídico.

<sup>238</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 35. A autora enfatiza na obra a necessidade de recorrer-se aos princípios e ao sistema como meios de atingir-se o conceito de interesse público.

União, aos Estados, aos Municípios e às respectivas entidades de administração indireta ou descentralizada, sujeitos ao regime jurídico de direito público.<sup>239</sup>

Para Luciano Benévolo de ANDRADE o interesse público é um “racionalizar de decisões” a que se socorrem os três poderes e os administrados para justificar suas convicções.<sup>240</sup> O autor propõe como critério de identificação do interesse público relacioná-lo com os fins do Estado, nesse sentido: “será interesse público tudo aquilo que, de qualquer modo, possa contribuir, genuinamente, para a consecução da segurança, da disciplina, da conservação e do desenvolvimento da comunidade.”<sup>241</sup> E essa mensuração seria produto do consenso social a ser representado no consenso dos órgãos que o compõem<sup>242</sup>.

Celso Antônio Bandeira de MELLO afirma que o interesse público seria o interesse do corpo social, que compõe um pressuposto lógico do convívio social<sup>243</sup>.

No entanto, é em Marçal JUSTEN FILHO, Juarez de FREITAS, Celso Ribeiro BASTOS, Robert ALEXY, Humberto ÁVILA e Teresa NEGREIROS, entre outros que se encontra a moderna concepção de interesse público; partilhada, aliás, no presente trabalho.

<sup>239</sup> FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, p. 64 e ss.

<sup>240</sup> ANDRADE, Luciano Benévolo de. *Curso moderno de direito administrativo*, p. 28 e ss. O autor acentua que a ambigüidade do termo *interesse* é que vem justificar posições como a de Frank J. Sorauf, o qual chegou a propor que o termo fosse riscado do vocabulário. A partir disso o autor entende que interesse “consiste na pertinência de uma necessidade substantivada em alguém. Necessidade é um estado de carência que requer satisfação. Há o interesse-móvel, que impele à satisfação, e o interesse-objeto que é o resultado a ser atingido”.

<sup>241</sup> ANDRADE, Luciano Benévolo de. *Curso moderno de direito administrativo*, p. 30.

<sup>242</sup> Para LOPES “é preciso aclarar a idéia de que por detrás da expressão *interesse público*, finalidade primordial da Administração Pública, esconde-se, em seu conceito, que faz parte desse *interesse* o de não lesar ninguém ainda que, hipoteticamente, todos se beneficiassem disso. Vale dizer, na expressão *interesse público* oculta-se o valor de moralidade, ética, igualdade, independência, honestidade objetiva e subjetiva da Administração (e também do administrador) em relação a rigorosamente todos os assuntos que dizem respeito às relações da Administração no âmbito interno e externo. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Ética e administração pública*, p. 150.

<sup>243</sup> BLANCHET também afirma ser a supremacia do interesse público “imperativo lógico da vida comunitária”. BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de direito administrativo*, p. 40. E, ainda, PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios constitucionais da administração pública: agentes públicos, discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do poder judiciário*, p. 38: “A supremacia do interesse público sobre o particular constitui princípio constitucional

A moderna concepção põe por terra a máxima da “supremacia do interesse público sobre o privado”, construindo uma argumentação no sentido de que o interesse público encontra-se atrelado à dignidade da pessoa humana não configurando uma supremacia ou mesmo a representação do interesse da maioria em sentido comum, mas do respeito ao individual como via indireta de respeito ao comum.

Neste sentido Marçal JUSTEN FILHO já parte da crítica à premissa de que os “interesses titularizados pelo Estado são públicos”. Segundo o autor, aceitando-se essa concepção, o conteúdo e função do interesse público restam frustrados, daí dever-se reconhecer que o conceito de interesse público é anterior ao conceito de interesse do Estado<sup>244</sup>. Em sendo assim, a máxima “interesses titularizados pelo Estado são públicos” representa uma presunção relativa, um mero indício que pode ceder na análise do caso concreto<sup>245</sup>. Mais precisamente, conforme Marçal JUSTEN FILHO, deve ceder em face do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>246</sup> que está em maior grau de dimensão na escala de valores.<sup>247</sup>

Para este autor o interesse público seria um valor acessório, uma manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana que tem como único fim

---

fundamental inerente a qualquer sociedade politicamente organizada: *conditio sine qua non* de sua própria sobrevivência”.

<sup>244</sup> Marçal JUSTEN FILHO assevera: “Logo, o interesse é público não porque atribuído ao Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público.”, JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a 'personalização' do direito administrativo*, p. 117. Em interessante passagem Marçal JUSTEN FILHO discorre sobre a possibilidade de o Estado titularizar interesses privados e a não vinculação entre a natureza do interesse e o regime a ser aplicado: se público ou privado.

<sup>245</sup> Ou como bem pondera Gordillo na obra *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, p. XIII-17: “o interesse público não é o interesse da Administração Pública.”

<sup>246</sup> Neste sentido ver: NEGREIROS, Teresa. *A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios*, p. 356 e ss. Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana na sociedade atual ver: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, p. 23.

<sup>247</sup> Breves considerações sobre a dignidade da pessoa humana ver: JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a 'personalização' do direito administrativo*, p. 125-128 e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 97-118

esta, sendo “o interesse da sociedade e da população, mas voltado à realização dos valores mais elevados da hierarquia”<sup>248</sup>. Neste sentido afirma:

Apenas pode atribuir-se relevância ao interesse público quando imediatamente submisso ao princípio da dignidade da pessoa humana. Em nenhum momento, pode sacrificar-se a dignidade de um único particular a pretexto de realizá-lo, pois não há interesse público que autorize o desmerecimento da dignidade de um sujeito privado. Não se admite que os titulares do poder político legitimem decisões invocando a conveniência do interesse público e produzam, concretamente, o sacrifício do valor fundamental. O que não se admite é a diluição da dignidade de um único indivíduo em virtude da existência de um incerto e indefinido interesse público.<sup>249</sup>

Destaca, portanto, a importância de se determinar o conceito de interesse público “em face do risco da aplicação equivocada do referido princípio.”<sup>250</sup> E, ainda, cita Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, para o qual: “o interesse público é um lugar comum e que, justamente por isso, dispensa definição precisa, o que permite utilização mais eficiente.”<sup>251</sup> Dispõe que a indeterminação do conceito não seria um defeito, mas “um atributo destinado a permitir a aplicação mais adequada caso a caso. A indeterminação dos limites do conceito propicia a aproximação do sistema normativo à riqueza do mundo real.”<sup>252</sup>

Marçal JUSTEN FILHO destaca a importância da personalização do Direito Administrativo como elemento de precaução contra o aviltamento à dignidade da pessoa humana patrocinado pelo princípio da eficiência. “Equivale a dizer que a solução da crise fiscal do Estado não pode fazer-se pela patrimonialização do Direito Público.”

A personalização do Direito Administrativo traz um novo conteúdo ao interesse público, o de concretização dos direitos fundamentais, e nesse sentido

<sup>248</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a 'personalização' do direito administrativo, p. 129.

<sup>249</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a 'personalização' do direito administrativo, p. 129.

<sup>250</sup> Idem, ibidem.

tudo que representar sacrifício dos valores fundamentais ou for contrário à dignidade humana não representa interesse público<sup>253</sup>.

Celso Ribeiro BASTOS destaca que a supremacia do interesse público não pode servir de justificativa para a prática de atos contrários aos direitos individuais, daí a importância da razoabilidade<sup>254</sup>, como elemento mensurador entre o sacrifício do particular e o fim da norma.<sup>255</sup>

Para Juarez de FREITAS: “a especificidade do princípio do interesse público está em prescrever que, em caso de colisão, deve preponderar a vontade geral legítima sobre vontade egoisticamente articulada.”<sup>256</sup> Referido autor menciona ainda que:

o princípio da universalização do interesse público e da correlata subordinação das ações estatais à dignidade da pessoa humana não significa o arbitrário e inaceitável jugo da vontade do particular ou do cidadão, imolado para o gáudio de um volúvel e falso interesse coletivo. Ao revés. Representa tão-somente a indução legítima (limitada por imperativos da justiça) de que se subordinem as condutas e os bens particulares ao interesse geral digno desse nome, o qual também haverá de se configurar afinado com o interesse lícito de cada cidadão. Tal princípio encontra-se, pois, constantemente a concitar respeito às fronteiras de atuação do agente público, que não pode invocar em vão o interesse geral, sob pena de não respeitar a dignidade do Estado, que existe para a

<sup>251</sup> Idem, ibidem.

<sup>252</sup> Idem, ibidem.

<sup>253</sup> “A personalização do direito administrativo retrata a rejeição à supremacia da burocracia sobre a sociedade civil. Volta-se contra o fenômeno usual: a propósito de identificar o interesse público, o agente público acaba por escolher a realização de fins mais convenientes ao aparato administrativo. Desvincula-se do compromisso com a realidade dos interesses da comunidade. Isso é inadmissível, eis que a atividade administrativa tem de legitimar-se como via de realização dos interesses privados – na acepção de que o interesse público é produto da sua conjugação.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a 'personalização' do direito administrativo*, p. 129.

<sup>254</sup> MONTANER, Luis Cosculluela. *Manual de derecho administrativo*, p. 45. O autor destaca a importância da composição de interesses públicos e privados de acordo com os termos e limites da lei caso a caso. “De ahí que le concepto mismo de interés público haya dado cabida a esa composición de intereses privados y públicos en los términos y con los límites que la ley establece en cada caso”. Neste sentido ALLEGRETTI expõe: “o interesse público não pertence à Administração como seu próprio, mas ao corpo social e nasce da composição entre os vários interesses públicos, os interesses privados, e de grupo (admitida portanto uma relação não de contraposição extrínseca, mas de composição entre os diversos interesses)”. Citado por MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 183.

<sup>255</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*, p. 30. O autor exemplifica a situação asseverando que hoje em dia nem mesmo o direito à vida cede em face do interesse público.

<sup>256</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 53.

pessoa, não o contrário [...] a administração pública resulta a tão ou mais devedora de obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras temos de reverter o caldo da cultura que permite ao Estado despontar, não raro, como um bizarro Estado de não-Direito, no qual os compromissos resultam não-honrados. O Estado há de ser o primeiro, não o último, a observar as normas e a zelar pela credibilidade da palavra dos que o representam.<sup>257</sup>

Teresa NEGREIROS ao abordar a dicotomia público/privado inclina-se pela afirmação de que:

num sistema de proeminência da dignidade da pessoa, perde eficácia legitimante a oposição entre o público e o privado, já que, contrariamente ao que preside a uma relação dicotômica, o uso axiológico destas duas esferas não mais admite a sua conceituação como esferas reciprocamente exclusivas e impermeáveis. Exatamente por isso, não pode a natureza (qualidade) do interesse, se público ou privado, servir de critério geral e apriorístico para o fim de resolver conflitos entre princípios.<sup>258</sup>

Esse novo posicionamento em face do interesse público – refutando o interesse da maioria ou da minoria - encontrou a partir do artigo de Humberto ÁVILA um terreno mais fértil no Brasil, haja vista que ao contrário de Marçal JUSTEN FILHO que não responde nem ao interesse público nem à dignidade da pessoa humana, Humberto ÁVILA apresenta fundamentos de fundo para ambas às questões.

### 3.2 HUMBERTO ÁVILA: UMA VOZ NA CONTRAMÃO

A máxima do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que para alguns é própria justificativa do direito administrativo, sofreu um profundo abalo, no Brasil, com o artigo de Humberto ÁVILA.

Humberto ÁVILA, apoiado nas lições de Robert ALEXY, ISENSEE, HABERLE e SCHIMIDT-ASSMANN apresentou um artigo perquirindo duas

<sup>257</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 55.

questões: a) poderia o princípio da supremacia do interesse público ser identificado como norma-princípio? e b) seria ele um princípio estrutural do Direito Administrativo?

Em resposta à primeira questão Humberto ÁVILA afirma não ser a supremacia do interesse público uma norma princípio, mas mera regra de preferência, caracterizada pelo postulado da reciprocidade, em face das seguintes razões: a) o seu elevado caráter de abstração seja de fundamento de validade, seja de aplicação, implicam na inexistência de uma possível graduação, pois a regra é de preferência, independentemente da ponderação de peso e concretização das normas em conflito no caso concreto, a supremacia é pressuposto e não consequência de ponderação. Contrariamente, a norma-princípio, conforme exposto no capítulo 2 do presente, não pressupõe a prevalência, é na análise do caso concreto mediante a ponderação de peso e importância que um princípio sobressair-se-á sobre o outro. Daí porque Humberto ÁVILA denomina-a de “regra abstrata de preferência no caso de colisão”; b) a ausência dos fundamentos de validade da supremacia do interesse público é outro fator. Da análise sistemática do Direito, conclui que o legislador fez uma opção clara, positivada na Constituição, de resguardar interesses privados em face do interesse público, haja vista o rol exaustivo destes e as precisas regras delimitativas da competência da atividade estatal. Recorrendo à Robert ALEXY, afirma que o grau de direitos fundamentais auferido aos direitos privados impõe a argumentação pró direito individual, ou seja, no caso de dúvida este deve prevalecer em decorrência de seu caráter constitucional. Destaca novamente a necessidade da supremacia do interesse público ter um conteúdo mínimo e estabelecer uma relação condicionada de

---

<sup>258</sup> NEGREIROS, Teresa. *A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios*, p. 370.

prioridade no caso concreto; c) a indeterminabilidade abstrata representa outra objeção à configuração da supremacia como princípio, na medida em que compromete a segurança jurídica e não coaduna-se com o objetivo estatal de promoção do interesse público. Afirmar-se a supremacia implica opor conceitos que, em verdade, possuem “conexão estrutural”, pois compõem conjuntamente os objetivos do Estado e não uma ordem de prevalência; d) a incompatibilidade com os postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática<sup>259</sup> também depõe contra a aceitação da supremacia como princípio. Referidos postulados direcionam para a ponderação concreta, ao passo que a supremacia sobrepõe-se ao caso concreto não permitindo a efetivação da proporcionalidade e da concordância por colocar-se acima de outros postulados; *o resultado vem antes do problema*. Essa incompatibilidade torna mais patente a abstração da supremacia, comprometendo sua configuração como princípio, haja vista não se poder identificar seu conteúdo universal nem formalmente, nem materialmente; ao contrário das normas-princípios.

Com relação a segunda questão, Humberto ÁVILA ressalta as duas realidades pertinentes ao interesse público: a de norma e a de idéia. E é esta que, segundo ele, vem esboçada pelos administrativistas confundindo-se com o bem comum. Neste sentido, o princípio da supremacia do interesse público não seria estrutura do Direito Administrativo, na forma sustentada pelos administrativistas, a uma, porque não há como dissociar o interesse público do privado e, a duas, porque

---

<sup>259</sup> A concordância prática a que alude Humberto ÁVILA encontra-se delineada em Konrad HESSE como um dos princípios de interpretação da constituição. De acordo com esse princípio “os bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade. Onde nascem colisões não deve, em ‘ponderação de bens’ precipitada ou até ‘ponderação de valor’ abstrata, um ser realizado à custa do outro.” HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 66.

não é possível a descrição do mesmo com base em abstrações, mas sim na subsunção ao caso concreto.

Em face disso Humberto ÁVILA conclui pela inexistência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, afirmando a existência do princípio da ponderação<sup>260</sup> como a máxima promotora da realização do efetivo interesse público.

Subsume-se do exposto que Humberto ÁVILA representa uma voz na contramão dos administrativistas. Estes chegam a admitir a ponderação de bens, mas enfatizam de tal maneira a supremacia do interesse público que consideram-no, nos passos de Celso Antônio Bandeira de MELLO, um axioma do direito, justificador do próprio direito administrativo, logo, pressupõem a mesma a qualquer caso envolvendo uma relação público-privado.

E é em detrimento desta visão que o autor apresenta de forma coerente e fundamentada a incoerência e insuficiência dessa tautologia histórica ressaltando a importância do princípio da proporcionalidade e da pureza metodológica<sup>261</sup> na análise dos fatos reais.

Como exposto, o conteúdo do interesse público pode ser atingido através da interpretação sistemática de bases principiológicas, realizando-se efetivamente na medida da ponderação frente ao caso concreto, deixando-se de lado as falácias firmadas por abstrações ajurídicas.

---

<sup>260</sup> Importante frisar que na linha de Robert ALEXY, Humberto ÁVILA não aceita a ponderação ou proporcionalidade como norma-princípio, *mas como condição de realização do Direito*. Neste sentido ver: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 95-98 e 101 e ss.

<sup>261</sup> Fala-se em pureza metodológica porque Humberto ÁVILA expõe a fragilidade do suposto princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ao demonstrar que este parte de pressupostos abstratos não argumentativos de uma prévia resposta certa. Logo, não há a construção de uma dialética argumentativa visando uma resposta certa; ao contrário, mesmo reconhecendo a preocupante questão de ser o interesse público conceito aberto, ambíguo, vago, os partidários da supremacia partilham da aplicação lógica deste interesse sobre o privado. Daí sobressai-se a ilógica dessa supremacia, pois como pode ser lógica a sua aplicação, se seu conteúdo implica abstrações.

O direito não advém de fórmulas prontas, mas de uma magnífica qualidade das ciências sociais; a arte da argumentação.<sup>262</sup> Logo, pretender enfeixar o direito em apotegmas como o da supremacia do interesse público sobre o particular só tende à condução da insegurança jurídica, a esse “Estado de Direito” que na falta de argumentos de fundo, vale-se da expressão: “em nome do interesse público”.

A redescoberta dos princípios permite ao jurista de hoje a construção de argumentação contundente e coesa, eliminando as verdades absolutas em face da técnica da proporcionalidade dos interesses em conflito, os quais devem ser analisados em sua essência, o público, enquanto primário, e o privado, enquanto individual; provendo-se a sustentação da dignidade da pessoa humana.

A partir desse raciocínio pode-se asseverar ser a expressão *interesse público* mais uma daquelas expressões jurídicas de conceito indeterminado, variável de acordo com a época, o fato sujeito à subsunção e o sistema sócio-político-jurídico, mutável como a própria sociedade. Mas com um grande diferencial em relação às demais expressões, qual seja, o mal uso corrente no intuito de justificar o injustificável.

Em face desse mal uso foi delineada a distinção entre o interesse da administração pública – secundário – e o interesse público – primário. Ao sistema jurídico atual compete averiguar no caso concreto qual desses interesses está se manifestando e não meramente acolher a tautologia das peças construídas sob o véu do interesse público. Tal como hoje levanta-se o véu da pessoa jurídica a fim de alcançar-lhe o verdadeiro intuito, relativamente à Administração Pública há de se levantar o véu robustecido pelo adágio “em nome do interesse público” para subtrair-se as falácias em busca da reconstrução do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>262</sup> Sobre a argumentação jurídica ver a interessante abordagem de CELLA, José Renato Gaziero. *A teoria da argumentação jurídica como proposta de uma racionalidade possível frente à postura cética*

Valendo-se das palavras de Lúcia Valle FIGUEIREDO, a expressão interesse público parece ser “oca”, todavia não o é na medida em que se recorre à interpretação sistemática de fundo principiológico. Esta modalidade de interpretação pode conduzir à identificação do conteúdo e pretensão da sociedade no pertinente ao interesse público.

Em face disso, da análise da Constituição e dos princípios jurídicos pode-se dizer que a origem e sentido do interesse público são resgatados no Estado de Direito, preliminarmente, na pretensão de assegurar-se as premissas postas nos artigos 1º a 5º da CF/88, conjugados com os princípios jurídicos, destacadamente com o da dignidade humana, na medida em que este encontra-se representado no texto constitucional, seja em razão dos direitos e garantias do artigo 5º, seja na análise sistemática da Constituição. O conteúdo do interesse público reveste-se a partir do respeito ao texto constitucional e aos princípios.

Afora isso, as justificativas patrimoniais ou tendenciosamente pessoais dos administradores não passam de interesses secundários valendo-se de uma expressão histórica para justificá-las.<sup>263</sup>

Em sendo assim, o interesse público manifesta-se na preservação da dignidade humana, a qual, como pondera Humberto ÁVILA, encontra-se delineada pela conjunção dos direitos fundamentais, tais como: privacidade, intimidade e sigilo.

---

do positivismo jurídico contemporâneo, p. 42.

<sup>263</sup> De se notar que na época da Ditadura, entre outros órgãos, a COPS foi criada em nome do interesse público. Para lá foram muitos cidadãos, poucos voltaram. CÉLINE e CAPRA, com a genialidade peculiar remetem, indiretamente a se pensar sobre as justificativas criadas pela sagacidade humana em busca de seus próprios interesses. E, é a partir das obras de CÉLINE e CAPRA, *A vida e obra de Semmelweis* e *Ponto de mutação*, respectivamente, que o leitor é convidado a repensar a tão usual expressão: “interesse público”. De que público e para qual público? Haveria mesmo no Direito uma expressão de tal vagueza que não permitisse se chegar a uma resposta certa? Crê-se que na linha de Robert ALEXANDER e Ronald DWORKIN, a resposta a esta última questão é negativa, pois através da interpretação e dos princípios jurídicos há de se chegar à resposta certa na ponderação do caso concreto.

O interesse público<sup>264</sup> não se encontra mais ideologicamente em patamar de supremacia em relação ao privado, pois existe uma complementariedade, haja vista que princípios não podem pressupor hierarquia, no máximo entram em ponderação no caso concreto.

A apologia da supremacia do interesse público sobre o privado passa por um novo pensar a fim de manter-se o Estado Democrático de Direito. A construção das decisões a partir do pressuposto de que em havendo interesse público este já era argumento por si a ser rebatido pelo privado cede espaço à neutralidade da construção jurisprudencial sedimentada nos direitos fundamentais que erigiram o Estado de Direito e não nas falácias advindas de um pretense Estado Democrático de Direito<sup>265</sup>.

---

<sup>264</sup> O qual, como bem ressalta Humberto ÁVILA ao citar Josef ISENSEE, reveste-se de interesses privados também. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular"*, p. 29.

<sup>265</sup> Ver SUNDEFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, p. 49-53.

## 4. SIGILO

### 4.1 BASES HISTÓRICAS

A origem histórica do sigilo não encontra um momento preciso na história<sup>266</sup>. No entanto, pode-se destacar a existência de duas correntes doutrinárias que buscam precisar tal momento. Uma delas identifica o surgimento do direito ao sigilo conjuntamente com as atividades bancárias efetuadas nos templos religiosos da antigüidade, a outra, defende ser a ética protestante o berço do mesmo.

Essa segunda corrente, acima mencionada, levantada por CALDAS, parte da premissa weberiana da ética protestante e do espírito capitalista<sup>267</sup> para afirmar que o depósito efetuado aos homens “escrupulosos e honestos” para a multiplicação de bens terrenos em favor da glória de Deus representou o berço do direito ao sigilo bancário na justa proporção em que a ostentação de valores era vedada. Logo, conhecer a origem dos depósitos em favor da causa divina – salvação das almas pela promoção do nome do Senhor através de obras terrenas – era condenável, impondo-se o sigilo como questão ética<sup>268</sup>, como dever do banqueiro. Dever este, segundo o autor, só comparável ao do confessor na Igreja Católica.<sup>269</sup>

---

<sup>266</sup> “Por mais que percrustemos os horizontes da História, não conseguiremos lobrigar temporalmente determinada época para o surgimento do sigilo bancário”. ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*, p. 51.

<sup>267</sup> LE GOFF vê nos usurários da Idade Média o início do capitalismo, visão esta que muito influi no sigilo, pois segundo FARHAT, foi justamente neste momento que veio a *Gran Ordonance Français* tutelando o sigilo, inclusive o próprio FARHAT se refere a LE GOFF. Ver: LE GOFF, Jacques. *A bolsa e a vida: a usura na Idade Média*. FARHAT, Raymond. *Le secret bancaire*, p. 21.

<sup>268</sup> “A ética puritana justificava que o serviço prestado pela mão direita, a quem solicitava que haveres fossem acautelados sem que ninguém o soubesse, não seria efetivamente conhecido pela mão esquerda, que simultaneamente colocava os bens que assim lhe eram confiados a reproduzir. E, sendo as obras e a reprodução do dinheiro uma graça de Deus a humildade e o dever de não ostentação, impunham que se fizesse reserva dos meios”. CALDAS, Julio de Castro. *Sigilo bancário, problemas actuais*, p. 37.

<sup>269</sup> CALDAS destaca que o sigilo tinha “duplos benefícios: permitia o amparo a fugitivos e trãnsfugas de múltiplas guerras religiosas ou continentais, perseguições, insegurança, fuga, despotismos, o que sendo considerado operação de ajuda humanitária e fraterna, permitia realizar a obrigação de amor

Todavia, a corrente majoritária, da qual o expoente brasileiro é Sérgio Carlos COVELLO<sup>270</sup>, identifica o sigilo como uma característica inerente à atividade bancária, um costume tão antigo quanto a mesma, o qual passou por três fases assim divididas<sup>271</sup>: embrionária, institucional e capitalista.

A fase embrionária<sup>272</sup> compreende a antigüidade babilônica, hebréia, egípcia e greco-romana.

Na Babilônia o palácio e o templo eram os lugares onde se realizavam as atividades bancárias, as quais consistiam basicamente: no pagamento de tributos e depósitos da colheita e mercadorias; atividades que incorporaram o empréstimo a juros<sup>273</sup> quando passaram a ser administradas pela iniciativa privada, mantendo-se o caráter sigiloso das mesmas. De acordo com Nelson ABRÃO e Anselmo RODRIGUES, entre outros, nessa época encontra-se a mais antiga referência ao sigilo bancário com o Código de Hammurabi, pois:

De facto, o banqueiro, que de acordo com aquele código também desempenhava o papel de notário, tinha a possibilidade de revelar os seus arquivos, no caso de conflito com seus clientes, o que parece demonstrar que, na falta desse conflito, não era possível essa revelação.<sup>274</sup>

---

ao próximo e de auxílio a quem se achava em momentânea situação de desgraça e infortúnio, pretendendo acautelar aquilo que era considerado *reserva da sua própria identidade pessoal*: os bens que protegiam do desamparo". (Grifo nosso.) CALDAS, Julio de Castro. *Sigilo bancário, problemas actuais*, p. 37.

<sup>270</sup> A ponderação do autor como expoente da corrente não implica em ter sido o precursor da mesma no Brasil, haja vista ABRÃO, na 1ª edição de sua obra, *Direito Bancário* em 1982, ter-se posicionado neste sentido, contudo foi Sérgio Carlos COVELLO quem a apresentou subdividida nas fases ora partilhadas e seguidas pela doutrina como: ROQUE, PAULA, MACHADO, entre outros.

<sup>271</sup> Ver ainda sobre a evolução do direito ao sigilo, com interessantes passagens pela literatura clássica, ver: DUARTE, José. *Segredo profissional*. Revista dos Tribunais, v. 120 (CXX), p. 683-689, jul., 1939.

<sup>272</sup> Sobre essa fase ver ainda: MELLO FILHO, Álvaro. *Dimensões jurídicas do sigilo bancário*, p. 466-467.

<sup>273</sup> Pode-se identificar nesse momento a figura da usura contra a qual insurgiu-se Hammurabi, disciplinando que quem cobrasse juros acima de 1/6 do capital perdia este e os juros. Conforme art. M.

<sup>274</sup> RODRIGUES, Anselmo. *Sigilo bancário e direito constitucional*, p. 49-50. No mesmo sentido: ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*, p. 52. MACHADO assevera que provavelmente essa afirmação deve pautar-se nos historiadores, haja vista que, em sua análise do Código de Hammurabi, não

Os hebreus conheceram a atividade bancária cerca de dois séculos antes de Cristo, e tal como os babilônicos, tinham nos templos o seu centro de concentração de depósitos<sup>275</sup>.

A cultura grega<sup>276</sup>, berço da conta-corrente, mantinha nos templos o centro de concentração de depósitos e créditos, especialmente o de Delfos<sup>277</sup>. Sistema este que veio a ser exercido pelos egípcios.

Com os romanos o sigilo<sup>278</sup> bancário manteve seu caráter sacro, contudo, conforme Lauro Muniz BARRETO e Anselmo RODRIGUES, ganhou contorno jurídico, divergindo os referidos autores quanto à manifestação do mesmo, pois Lauro Muniz BARRETO vê o sigilo, em tese, resguardado nas compilações de Justiniano, Papiniano e Ulpiano sobre o sigilo profissional<sup>279</sup>, em contrapartida Anselmo RODRIGUES entende que o sigilo bancário estaria relacionado à *actio injuriarum*.<sup>280</sup>

Da análise dessa fase embrionária do sigilo constata-se a existência de uma característica peculiar, qual seja, as atividades bancárias desenvolviam-se em local sagrado. Isso por si só, de acordo com Sérgio Carlos COVELLO e os partidários da origem sacra do sigilo bancário, já configuraria o nascimento do mesmo, “pois os templos eram sólidas edificações que impunham respeito ao

---

vislumbrou “elementos suficientes para tal assertiva categórica.” MACHADO, Milton Terra. *A inconstitucional quebra do sigilo bancário*, p. 9 – rodapé.

<sup>275</sup> Referência bíblica à atividade bancária: Deuterônimo, Cap. 23, vs. 19. São Mateus, Cap. 25. Sobre o sigilo PROVÉRBIOS, 11-13, 25:9; Êxodo 22-25; Neemias 5-7 e 5-10; Ezequiel 18-17 e 22-12; Mateus 25-27; Lucas 19-23.

<sup>276</sup> Esta cultura foi a que desenvolveu a noção de respeito à vida privada – tema ser abordada mais detidamente em capítulo a parte - consagrado no Juramento de Hipócrates.

<sup>277</sup> Há quem identifique nessa época a origem precisa do sigilo bancário numa passagem sobre questão proposta por um cliente contra um banqueiro sob a acusação deste ter se apropriado do depósito daquele, em que Isócrates menciona serem as atividades bancárias realizadas sem testemunhas. Ao que LUÍS identifica, na verdade, *uma proteção da intimidade*. LUÍS, Alberto. *Direito bancário: temas críticos e legislação conexa*, p. 87.

<sup>278</sup> José DUARTE em exímia abordagem sobre os precedentes do sigilo profissional noticia que os romanos chegaram a ter um Deus do Segredo. DUARTE, José. *Segredo profissional*, p. 686.

<sup>279</sup> BARRETO, Lauro Muniz. *Questões de direito bancário*, p.30-31.

<sup>280</sup> RODRIGUES, Anselmo. *Sigilo bancário e direito constitucional*, p.50.

sagrado e ao divino, cobrindo, assim, com o manto do segredo e do mistério as atividades neles realizadas, incluída a intermediação do crédito.”<sup>281</sup>

A fase institucional, localizada na Idade Média, permitiu ao sigilo alçar patamares jurídicos mais contundentes, saindo da seara consuetudinária para formas mais explícitas de garantia, adquirindo um caráter de convenção tácita entre o cliente e o banco<sup>282</sup>.

O grande Banco dessa época, e segundo COTTELY “a primeira instituição bancária no sentido moderno”<sup>283</sup>, foi o São Jorge. Este “impunha o dever de segredo a seus empregados, os quais deviam jurar conservar em sigilo tudo o que soubessem concernente aos atos e documentos da instituição, segundo atesta o citado COTTELY. Tal sigilo era reforçado com o emprego de pessoas analfabetas para o desempenho de funções subalternas, evitando-se, desta forma, a divulgação de dados patrimoniais constantes dos assentamentos do Banco.”<sup>284</sup>

De acordo ainda com Sérgio Carlos COVELLO, a partir do século XIII, o sigilo estava “definitivamente incorporado na prática bancária como um dos deveres

<sup>281</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 21. Na linha do autor, Ideval Inácio de PAULA assevera que, apesar da dificuldade de afirmar-se o nascedouro do direito ao sigilo bancário, este pode se identificar com as atividades bancárias já exercidas nos templos, caracterizadas pela discrição, evoluindo na medida da evolução destas. E, uma vez as cerimônias religiosas sendo sagradas as atividades bancárias também o seriam. PAULA, Ideval Inácio de. *Sigilo bancário: preservação e quebra*, p. 9 e ss. E, ainda, Álvaro MELLO FILHO com a seguinte passagem: “Da inviolabilidade dos templos onde surgiram as instituições bancárias e do respeito ao divino que se irradiava às atividades, inclusive bancárias, levadas a cabo no âmbito daqueles templos infere-se que desde os primeiros momentos o oculto, o arcano, o misterioso, o discreto e o segredo estão presentes em todas as operações bancárias.” MELLO FILHO, Álvaro. *Dimensões jurídicas do sigilo bancário*, p. 467. E, ainda, conforme a jurisprudência brasileira: MINAS GERAIS, 1ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, em Belo Horizonte. Sigilo Bancário – Informações ao Fisco – Desobrigatoriedade. Mandado de Segurança 94.17100-5. Dibens Leasing S/A Arrendamento Mercantil e Delegado da Receita Federal em Belo Horizonte, Lourival Gonçalves de Oliveira, 26.08.1996. Revista de Dialética de Direito Tributário, n. 15, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 133.

<sup>282</sup> Neste sentido ver: ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*, p. 52.

<sup>283</sup> COTTELY citado por MELLO FILHO, Álvaro. *Dimensões jurídicas do sigilo bancário*, p. 466.

<sup>284</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 34.

inerentes ao exercício da intermediação do crédito<sup>285</sup>, sendo observado tanto pelos profissionais individuais quanto pelas casas bancárias.

Da Renascença até os dias atuais tem-se a fase capitalista em que o sigilo incorporou-se à lei.

Com as expedições marítimas a atividade comercial expandiu-se, o espírito mercantilista de valorização do dinheiro em busca do lucro sobrepôs-se às barreiras religiosas<sup>286</sup>, propiciando a proliferação de estabelecimentos bancários e, por conseguinte, o aparecimento dos grandes banqueiros capitalistas.

O sigilo bancário passou, então, a ser uma das grandes preocupações<sup>287</sup>, tendo sido consagrado em 1706 com a *Grande Ordenance Sur le Commerce*, em seu art. no art. 8º que explicitamente dispunha:

Levando em conta que o segredo é absolutamente necessário nas negociações de banco, câmbio, comércio e finanças, que estas se consomem em sua maior parte na cidade, em cadernos de notas e livros de contas, que não é possível escriturá-los de forma regular em que amiúde se apresentam vários agentes comerciais confusamente para fazer negociações, estabelecem que os segredos das negociações não poderá ser revelado, e que a apresentação ou comunicação dos registros não poderá ser concedida qualquer que seja o pretexto ou causa, de conformidade com o art. 9, do título XXX, do edicto do mês de março de 1673.<sup>288</sup>

O costume do sigilo bancário passou, a partir de então<sup>289</sup>, a integrar não só a consciência social de que fala Sérgio Carlos COVELLO como também a legislação de diversos países adequado à ideologia sócio-capitalista destes.

<sup>285</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 34

<sup>286</sup> O Calvinismo muito contribuiu para isso, pois contrariando a doutrina católica, não se opôs à usura, infirmo-se pela retidão do rendimento do capital, tal como se dava com o arrendamento da terra.

<sup>287</sup> A tal ponto de Luís XIII, em 1639, através de um decreto ter alertado para a "importância de discrição para o comércio e para as finanças". COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 37

<sup>288</sup> FARHAT, Raymond. *Le secret bancaire*, p. 20. E, ainda, de acordo com Geraldo VIDIGAL em 1726 um regulamento francês dispôs de forma análoga: "Attendu que le secret bancaire nécessaire dans le negociations de banque, chanhe, commerce et finances il est convenu que le secret des négociations ne pourra être revele [...]". VIDIGAL, Geraldo. *O sigilo bancário e o fisco*, p. 5.

<sup>289</sup> Em sentido contrário ver Anselmo RODRIGUES, pois para este a questão até então era meramente religiosa só alcançando a seara jurídica internacional a partir da "1ª Guerra Mundial e com o nascimento do nacionalismo e conseqüente controle dos câmbios [...]". O autor expõe uma

Todavia, no Brasil, a fase legislativa só chegou efetivamente em 1850 com o Código Comercial<sup>290</sup>, mais especificamente com o art. 17<sup>291</sup>, que versava sobre a exibição da escrituração.

## 4.2 TEORIAS SOBRE O FUNDAMENTO DO DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO

Precisar o fundamento jurídico do sigilo não se constitui numa tarefa fácil, prova disso é o número de teorias que buscam responder à questão: dez.<sup>292</sup>

### 4.2.1 Teoria contratualista

Para os partidários dessa teoria, cujo principal expoente é SCHEERER, o sigilo bancário fundamenta-se no contrato firmado entre o cliente e o banco, independentemente de cláusula expressa, haja vista que decorre da natureza das atividades bancárias, como cláusula acessória destas e dever jurídico do banco para com o cliente<sup>293</sup>.

---

interessante passagem para sustentar sua concepção. De acordo com ele, o primeiro conflito sobre a concepção moderna de sigilo bancário ocorreu no período da Gestapo, na Alemanha da 1933, em que o governo editou uma lei obrigando os cidadãos alemães a declarar os haveres no estrangeiro sob pena de morte. Para obter tal informação a Gestapo valia-se, dentre outros métodos, do disfarce para depositar valor em nome de determinada pessoa, conforme fosse o comportamento do funcionário do banco a referida polícia obrigava o cliente a fazer uma transferência de fundos. Esse sistema levou à execução de três cidadãos alemães. Em face disso a Suíça editou uma lei incriminando a violação do sigilo. RODRIGUES, Anselmo. *Sigilo bancário e direito constitucional*, p. 50-51.

<sup>290</sup> Cumpre destacar que a afirmação reporta-se à efetividade no pertinente à legislação propriamente brasileira e não no concernente à legislação portuguesa aplicável ao Brasil colônia, haja vista que em Portugal no Alvará de 1.756, capítulo XVII, já asseverasse ser “o segredo a alma do comércio”. No que alguns autores identificam como expressão de reserva do sigilo bancário. Neste sentido ver: VIDIGAL, Geraldo. *O sigilo bancário e o fisco*, p. 5.

<sup>291</sup> Especificamente com relação a esse artigo MENDONÇA assevera que: “um dos preceitos mais recomendáveis aos banqueiros é a guarda do segredo dos negócios de seus clientes”. MENDONÇA, Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial*, p. 82.

<sup>292</sup> Ver COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 113 e ss. Para COVELLO a proliferação de teorias decorre do fato de alguns países não terem positivado o direito ao sigilo.

<sup>293</sup> Neste sentido ver: MELLO FILHO, Álvaro. *Dimensões jurídicas do sigilo bancário*, p. 472.

Acolhida pelos ingleses no caso *Tournier vs. National Provincial Bank of England* (Acórdão de 17.12.1923, *Time Law Reports*, 24.01.1924)<sup>294</sup> – em que se reconheceu haver cláusula implícita do dever de sigilo no contrato bancário – e pelos italianos, esta teoria encontra divergências na doutrina com relação à modalidade contratual garantidora do sigilo: a) depósito; b) mandato; e c) inominado.

A par da construção dessa doutrina há críticas em relação a mesma por ausência comum de cláusula sobre o sigilo<sup>295</sup>; não conseguir justificar o dever de sigilo se o contrato não chegar a ser consumado; nem o por quê de se manter o dever com a extinção deste; não explicar o dever de sigilo para com terceiros; desconsiderar o caso dos incapazes; e não haver contrato entre o cliente e os funcionários.

#### 4.2.2 Teoria da responsabilidade civil (delitual ou do ato ilícito)

Essa doutrina, que tem em SACKER, COTTELY E SANTINI seus principais expositores, visa fundamentar o sigilo bancário no dever geral de não causar dano a outrem, sob pena de responsabilização pelo dano; considerando, desta forma, a violação do sigilo como ato ilícito na medida em que atinge direito natural e, por conseguinte, direito humano.

As críticas a essa teoria dirigem-se no sentido de que a mesma não fornece um fundamento ao dever de sigilo, tão só apresenta as conseqüências da violação deste. Outrossim, poderia induzir ao pensamento de que só em havendo dano a indenização seria devida, o que não é o caso, como afirma Sérgio Carlos COVELLO.

---

<sup>294</sup> MENDONÇA, Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial*, vol. 6. Parte III, p. 83.

<sup>295</sup> MELLO FILHO, Álvaro. *Dimensões jurídicas do sigilo bancário*, p. 472, cita as críticas de PARGA e PRIETO sobre este tópico.

#### 4.2.3 Teoria consuetudinária

Seu principal expoente é MOLLE, seguido por FOLCO, CASTELANA, GARRIGUES<sup>296</sup>, Geraldo VIDIGAL<sup>297</sup> e Lauro Muniz BARRETO. Para esta corrente o sigilo advém dos usos e costumes, os quais vieram a integrar os contratos bancários na medida do desenvolvimento das relações comerciais<sup>298</sup>.

Sérgio Carlos COVELLO, na linha de PRIETO, critica esta teoria afirmando ter a mesma apresentado só uma fonte formal do sigilo, mas não seu fundamento; além de, conforme PRIETO, CABRERA, Luiz Fernando BELLINETI<sup>299</sup> e Álvaro MELLO FILHO<sup>300</sup>, não ter validade onde houve a positivação do sigilo.

#### 4.2.4 Teoria do segredo profissional

HAMEL, BATAGLIA, CRESPI, ORLANDI, MICHELI, HENRION, RIPÉRT, RODIÉRE, RIVES-LAND, VILLEGAS, PETRONE, HUNGRIA, Lauro LIMBORÇO, Carlos Alberto HAGSTROM<sup>301</sup>, Nelson HUNGRIA e Raymond FARHAT<sup>302</sup>, entre

<sup>296</sup> Neste sentido a seguinte passagem de GARRIGUES: “Os remotos antecedentes deste uso bancário se situam por algum autor nas operações do trapezista grego, mas é nos estatutos dos Bancos criados na Europa a partir do século XV que se encontram cláusulas pelas quais o Banco se compromete a guardar cuidadoso segredo de suas operações com a clientela. É bastante provável – diz Molle [...] – que de tais cláusulas estatutárias se originasse o uso do segredo bancário, o qual terminou por adquirir o caráter de costume jurídico enquanto aparece como fruto da efetiva observância de uma norma tacitamente criada pela vontade coletiva.” Citado por COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 127.

<sup>297</sup> Geraldo VIDIGAL considera que GARRIGUES aproximasse da teoria contratualista, com fundamento na seguinte passagem do espanhol “[...] el fundamento [...] de este uso bancario (o segredo) hay que buscarlo em la naturaleza antes apuntada del contrato bancário como una relación de confianza.” Citado por VIDIGAL, Geraldo. *O sigilo bancário e o fisco*, p. 6.

<sup>298</sup> Importante frisar que um dos grandes argumentos a favor dessa teoria reside no fato de as relações comerciais, via de regra, deverem ser interpretadas pelos usos e costumes.

<sup>299</sup> BELLINETI, Luiz Fernando. *Limites legais ao sigilo bancário*, p. 148.

<sup>300</sup> MELLO FILHO, Álvaro. *Dimensões jurídicas do sigilo bancário*, p. 472.

<sup>301</sup> HAGSTROM, Carlos Alberto. *O sigilo bancário e o poder público*, p. 34: “O segredo bancário nasceu, portanto, como variante do segredo profissional, em geral, e do comercial, em particular, sendo difícil precisar sua origem.”

<sup>302</sup> Para Raymond FARHAT o sigilo está etimologicamente relacionado com o crédito, na medida em que este pressupõe confiança. FARHAT, Raymond. *Le secret bancaire*, p. 11. Mais enfaticamente sobre a visão do autor sobre o sigilo como dever profissional ver p. 12. Raymond FARHAT explica, ainda, a existência do sigilo bancário, em síntese, para reforçar dois planos distintos: o de finalidade individual, de proteção da esfera privada (afirmação do princípio geral do direito ao segredo, proteção

outros vêem o sigilo bancário como dever profissional do banqueiro - em face dos dados de esfera íntima de que toma conhecimento o banqueiro torna-se um verdadeiro depositário dos segredos do cliente - com obrigação caracteristicamente de cunho penal.

A França foi o primeiro país a positivizar criminalmente, de forma genérica, o dever de sigilo profissional, levando a jurisprudência a incluir, por interpretação extensiva, a atividade bancária no art. 378 do Código Penal Francês, considerando os banqueiros como "confidentes necessários"<sup>303</sup>; tendo a lei bancária Suíça de 1934, no art. 47, incluído o sigilo bancário como de categoria profissional.

De acordo com CALÓN "[...] o dever de segredo profissional nasce do interesse da sociedade em que não sejam revelados os fatos que o profissional conhece em razão de sua atividade."<sup>304</sup>

Interesse este fortalecido pelo desenvolvimento do monopólio das relações creditícias pela instituição bancária, a qual, como bem pondera GULPHE, acabou

---

de relações de confiança, atitude de recato sócio-econômico, personalização do patrimônio); e o de promoção política geral do Estado que assim adota uma política econômica (afirmação de caráter liberal do Estado, conquista e defesa de uma posição particular; estratégia de captação). Neste sentido: FARHAT, Raymond. *Le secret bancaire*, p. 53-64.

<sup>303</sup> Sérgio Carlos COVELLO parafraseando GULPHE coloca que "na atualidade, os banqueiros estão investidos de uma verdadeira função pública em virtude de exercerem o monopólio do crédito e, por isso, é notória a sua condição de confidentes necessários a respeito das informações recolhidas da clientela". COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 133. Em sentido contrário AZEVEDO e MELLO FILHO citam: PERRAN CHARMANTIER e GULPHE, para os quais uma vez a lei francesa não fazendo expressa menção à atividade bancária como revestida de segredo profissional, não se pode considerar a mesma como tal. MELLO FILHO, Álvaro. *Dimensões jurídicas do sigilo bancário*, p. 472.

<sup>304</sup> No mesmo sentido: Sérgio Carlos COVELLO "o sigilo profissional é, modernamente, considerado como de ordem pública, pois por ele se protege tanto o cidadão, em sua individualidade, como a própria sociedade, já que os profissionais obrigados a respeitá-lo prestam um serviço público como confidentes necessários." COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 131.

por se caracterizar como função pública<sup>305</sup> na medida em que o banco incorporou-se ao cotidiano das pessoas de forma inafastável<sup>306</sup>.

Lauro LIMBORÇO, mais enfático, considera o dever de sigilo como espécie do dever de sigilo profissional:

Pode-se dizer que o segredo profissional é o gênero de que é espécie o sigilo bancário. Enquanto aquele cuida de impedir a divulgação de revelações feitas a profissionais, este trata especificamente de resguardar o conteúdo das operações bancárias, bem como a prestação dos serviços correlatos.<sup>307</sup>

Sérgio Carlos COVELLO afirma que a profissão bancária apresenta os dois requisitos básicos para sujeitar-se ao segredo profissional: a investidura pública e a necessidade de confiança. Contudo, opõe objeção a mesma por esta também não precisar o fundamento para o sigilo, deslocando o problema para outra esfera.

Luiz Fernando BELLINETI também demonstra oposição a esta teoria por compreender que o sigilo profissional<sup>308</sup> pressupõe relação pessoal, o que não mais ocorre na atualidade, haja vista serem os bancos pessoas jurídicas compostas por inúmeros cidadãos que já não estabelecem mais um vínculo com o cliente, logo, a relação tornou-se impessoal, não se podendo falar em sigilo profissional<sup>309</sup>, havendo meramente uma relação comercial.

<sup>305</sup> Caracterização esta reforçada por CRESPI na seguinte passagem: “E em linha geral, o fato de ser o sigilo bancário um interesse não só do cliente e do Banco, mas também um interesse de todo o sistema bancário, legitima a observância do segredo com relação não só aos negócios efetivamente realizados como também das notícias que chegam ao conhecimento do banco no desenvolvimento da própria atividade”. Citado por COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 135.

<sup>306</sup> Numa linha mais atual BASTOS expõe: “A conclusão inexorável é que todos entram em contato com os bancos e aí deixam registrada uma parcela de sua vida íntima, de tal sorte que a biografia de um homem poderia ser escrita praticamente a partir de seus extratos bancários. [...] Hoje, praticamente a vida do homem pode ser escrita a partir de seu talão de cheques e, nas sociedades mais avançadas, pelos cartões de crédito e magnéticos.” BASTOS, Celso Ribeiro. *Estudos e pareceres de direito público*, p. 57 e 67.

<sup>307</sup> LIMBORÇO, Lauro. *Sigilo bancário – O MNI – Manual de normas e instruções do Banco Central*, p. 18.

<sup>308</sup> Sobre o sigilo profissional ver: CENEVIVA, Walter. *Segredos profissionais*. São Paulo: Malheiros, 1996.

<sup>309</sup> BELLINETI na verdade acaba por adotar a crítica traçada por Prieto, para o qual o dever de sigilo profissional aplicasse somente às pessoas físicas, logo em sendo os bancos pessoas jurídicas, a

#### 4.2.5 Teoria da boa-fé ou do dever de lisura:

Pautado no Código Civil Italiano, arts. 1175 e 1374, DI AMATO expôs esta teoria dirigida pelo caráter fiduciário da atividade bancária, ou mais especificamente, pela solidariedade corporativa das partes, encontrando dois momentos do sigilo: primeiro, o interesse do cliente à reserva (o direito de ser o árbitro da divulgação ou não de informações a seu respeito); e segundo, o interesse contratual, representado pela ausência de lesões de um contratante para outro. Sérgio Carlos COVELLO critica esta teoria por vê-la como atrelada à contratualista, herdando os problemas desta; além de não poder ser aplicada onde não houver disposição expressa sobre a mesma, salvo socorrendo-se aos princípios gerais do direito.

Luiz Fernando BELLINETI vai além em suas críticas lembrando que todos os atos jurídicos, para serem válidos, pressupõem boa-fé, logo, esta não seria justificativa para o sigilo bancário.<sup>310</sup>

#### 4.2.6 Teoria legalista

Essa teoria esposada por Álvaro MELLO FILHO, com apoio em PARGA, busca fundamentar o sigilo simplesmente na lei, seja pela interpretação literal, seja pela interpretação extensiva ou analógica. Sérgio Carlos COVELLO também censura essa corrente em face da desconsideração de outras fontes do direito, como o costume e, por outro lado, não fundamentar, mas meramente apresentar a forma de expressão do dever de sigilo. Segundo ele, aceitar essa teoria seria “olhar a coisa e não enxergar a causa.”<sup>311</sup>

---

norma em caso não seria aplicável. BELLINETI, Luiz Fernando. *Limites legais ao sigilo bancário*, p. 145-146.

<sup>310</sup> BELLINETI, Luiz Fernando. *Limites legais ao sigilo bancário*, p. 149.

<sup>311</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 148.

Importante ressaltar ter o próprio Álvaro MELLO FILHO, indiretamente, exposto uma outra grande falha dessa teoria ao afirmar que a mesma não se aplica a todos os sistemas jurídicos, uma vez não estando o sigilo positivado<sup>312</sup>. O autor tenta salvar a exposição falando da necessidade dos limites ao sigilo estarem positivados para respeito do mesmo, reforçando, com isso, a crítica de Sérgio Carlos COVELLO, pois se não vale para todos os sistemas então não pode repercutir num fundamento do direito ao sigilo bancário.

#### 4.2.7 Teoria do direito à intimidade dos bancos

Esta doutrina de CAPRIGLIONE sustenta que tem o banco, enquanto empresa, direito à intimidade do, qual o sigilo bancário é decorrente numa clara analogia ao segredo científico e industrial. O sigilo bancário seria uma forma de captar clientes na medida em que reforça a confiança na instituição.

A mesma é considerada totalmente inaceitável pela doutrina, pois os dados protegidos são do cliente e não do banco, admitir-se esta teoria seria permitir ao banco valer-se da intimidade dos clientes, a qual não integra a sua intimidade, além de desconsiderar o caráter obrigacional do sigilo.

#### 4.2.8 Teoria do direito à personalidade

Essa teoria<sup>313</sup> funda-se na doutrina alemã dos círculos concêntricos, considerando o sigilo como manifestação do direito à intimidade<sup>314</sup> e, por

---

<sup>312</sup> MELLO FILHO, Álvaro. *Dimensões jurídicas do sigilo bancário*, p. 473.

<sup>313</sup> Esta teoria será abordada de forma mais detida em capítulo específico.

<sup>314</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 156: “na intimidade, incluem-se tanto fatos de ordem espiritual como de ordem material, valendo ressaltar que o patrimônio e atividade negocial de uma pessoa constituem, indubitavelmente, projeção de sua personalidade, máxima numa sociedade capitalista como a ocidental, e é muito compreensível que as pessoas tenham interesse em preservar este aspecto da personalidade da indiscrição alheia.”

consequente, da personalidade enquanto direito inerente à natureza humana. COTTELY, nesse sentido, afirma que: “o segredo é um direito natural de cada pessoa e pertence aos chamados direitos humanos.”<sup>315</sup>

Aceita na Alemanha e Suíça, entre outros países, encontra adeptos como Sérgio Carlos COVELLO<sup>316</sup>, Paulo José da COSTA JÚNIOR<sup>317</sup>, Nelson ABRÃO, Geraldo VIDIGAL<sup>318</sup>, Luiz Fernando BELLINETI<sup>319</sup>, Alberto LUÍS<sup>320</sup>, Milton FERNANDES<sup>321</sup>, Walter CENEVIVA<sup>322</sup> e outros.

Inclinando-se por essa doutrina ANTOLISEI assevera “se há profissão que permite a quem a exercita penetrar nos segredos da clientela é exatamente o banqueiro.”<sup>323</sup> Profissão esta que, de acordo com Nelson ABRÃO, ao incorporar o sigilo possui “um fundamento filosófico e humanitário da proteção à intimidade”.<sup>324</sup>

Para os partidários dessa corrente, o simples fato de não se encontrar dispositivo específico para o direito ao sigilo não significa a negação do mesmo, haja vista que enquanto direito de personalidade, é direito inerente à condição humana, precedente de qualquer sistema legislativo<sup>325</sup>. De se notar que o sigilo bancário, antes mesmo de ser positivado, já era respeitado pela necessidade humana de velar

<sup>315</sup> Citado por COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 151.

<sup>316</sup> Sérgio Carlos COVELLO afirma que todas as outras teorias acabam por dirigir-se e firmar esta. Ver: COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 157 e p. 156 ao dizer que “o sigilo bancário existe para proteger a intimidade do cidadão.”

<sup>317</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*.

<sup>318</sup> VIDIGAL, Geraldo. *O sigilo bancário e o fisco*.

<sup>319</sup> BELLINETI, Luiz Fernando. *Limites legais ao sigilo bancário*, p. 148-156.

<sup>320</sup> LUÍS, Alberto. *Direito bancário: temas críticos e legislação conexa*, p. 83 e ss.

<sup>321</sup> FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*

<sup>322</sup> CENEVIVA, Walter. *Segredos profissionais*, p. 85.

<sup>323</sup> Citado por COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 63.

<sup>324</sup> ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*, p. 57.

<sup>325</sup> VALLBONA liga o segredo à própria origem do homem, afirmando que: “a consciência humana – diz – tem tão intimamente introduzido este sentimento que poderia dizer-se que o homem possui, efetivamente, a religião do segredo. Por isso mesmo, tudo quanto fizera o legislador para assegurar a sua guarda (em suas formas mais importantes de segredo profissional) tenderia a conseguir o ideal de justiça que todos levamos em nosso íntimo.” COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 159.

sua intimidade pessoal e patrimonial<sup>326</sup>, o que jamais foi vetado pelo direito, sob pena do homem “coisificar-se”<sup>327</sup>.

Maria José Oliveira Lima ROQUE<sup>328</sup>, Kiyoshi HARADA<sup>329</sup> e Ideval Inácio de PAULA<sup>330</sup>, atacam o posicionamento de Sérgio Carlos COVELLO acerca da inserção do sigilo bancário como forma de proteção da intimidade. Maria José Oliveira Lima ROQUE entende que o sigilo encontra-se meramente na seara da proteção à atividade comercial, na medida em que não sendo todos os cidadãos clientes do banco, não há de se falar que o homem nasce com o mesmo, ao contrário, o sigilo teria nascido historicamente desvinculado da intimidade e, por conseguinte, do direito à personalidade. Outrossim, os direitos da personalidade, segundo os autores, são irrenunciáveis e oponíveis a todos, ao passo que o direito ao sigilo é renunciável e passível de exceções<sup>331</sup>.

Os críticos de Sérgio Carlos COVELLO perfilham por um equívoco inescusável, haja vista que pretender sustentar não ser o direito ao sigilo uma manifestação do direito à intimidade porque admite exceções e é renunciável, ao passo que o direito à intimidade não se reveste dessas prerrogativas, significa reintegrar ao sistema jurídico a já secularmente ultrapassada doutrina dos “direitos absolutos” dos berços da Revolução de 1789.

É notório, no sistema jurídico, que nenhum direito é absoluto, sendo passível de exceções como bem sustenta René Ariel DOTTI na célebre passagem:

---

<sup>326</sup> Nesse sentido Sérgio Carlos COVELLO vê um fundo moral no dever de sigilo, distinguindo contudo que o segredo genericamente considerado permaneceu na seara moral das relações mais pessoais, ao passo que o segredo especializado – aí incluso o profissional – tornou-se norma jurídica. Daí o porquê em alguns países o sigilo encontrar-se positivado e em outros fundado na consciência social. Ver COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 159.

<sup>327</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 159.

<sup>328</sup> ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário & direito à intimidade*, p. 94

<sup>329</sup> HARADA, Kiyoshi. *Sigilo bancário e tributário*, p. 374.

<sup>330</sup> PAULA, Ideval Inácio de. *Sigilo bancário: preservação e quebra*, p. 24.

<sup>331</sup> ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário & direito à intimidade*, p. 94.

“todos os direitos, desde o mais fundamental que é a vida, comportam privações e limitações”<sup>332</sup>.

Outrossim, afirmar não ter o sigilo nascido atrelado à intimidade, mas às relações comerciais representa desconstruir as próprias bases históricas expostas pelos autores – ROQUE e PAULA – em suas obras, pois se o sigilo era encontrado nas relações travadas dentro dos templos, não sendo estas comerciais, mas meramente como correntes em local de guarda confiável pelo respeito à autoridade religiosa, o sigilo advinha do interesse do depositante em relação a sua intimidade, que se via resguardada pelo local sagrado, independentemente de qualquer relação comercial.

Outro ponto a se destacar refere-se à concepção de cliente que ao contrário do afirmado pelos críticos de Sérgio Carlos COVELLO não é cliente só aquele que realiza operações no banco, mas também todo

aquele que entra com ele em relações pré-negociais não chegadas a bom termo e em resultado das quais o banco ficou a dispor de um conjunto de informações sobre a pessoa, seus bens e negócios – informações que pertencem à esfera da sua vida privada e que ela não deseja ver divulgadas.<sup>333</sup> (Grifo nosso.)

Logo não merecem guarida as críticas apresentadas pelos autores em caso.

---

<sup>332</sup> DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, p. 40

<sup>333</sup> LUÍS, Alberto. *Direito bancário: temas críticos e legislação conexa*, p. 88. Nessa linha: AUBERT, Maurice. *Secret professionnel du banquier*. Tirage à part des Fiches juridiques suisses, dez., 1970. CENEVIVA, Walter. *Segredos profissionais*, p. 86; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 31 e ss. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida*

#### 4.2.9 Teoria mista

Para Ideval Inácio de PAULA o sigilo bancário encontra uma duplicidade de fundamentos: a) na teoria contratualista, pois decorre de uma obrigação acessória do contrato firmado entre o cliente e o banco; e b) na teoria legalista, pois antes de haver o contrato a lei por si já obriga o banco ao sigilo.<sup>334</sup>

Incorre o referido autor nos mesmos vícios apresentados individualmente a cada teoria, haja vista que: referente à contratualista como se pode justificar o contrato firmado entre um menor e o banco bem como a permanência do dever de sigilo após a conclusão do contrato; já com relação à legalista, a supletividade com que o autor a expõe na falta do contrato já a inválida, além do que desconsidera os sistemas onde não há a positivação do dever de sigilo.

A par das construções teóricas supra apresentadas não há uma linha diretiva unânime na doutrina nacional a fim de enquadrar o direito ao sigilo bancário especificamente em uma corrente, como pretende-se demonstrar. Entretanto, pelo exposto, pode-se perceber que independentemente da conclusão das teorias que visam fundamentar o direito ao sigilo bancário, elas não conseguem negar a base consuetudinária do mesmo – inerente à própria evolução histórica do instituto – e, de uma forma ou de outra, passam pela questão da intimidade.

Kiyoshi HARADA<sup>335</sup> também partilha de uma teoria mista fundamentando o direito ao sigilo bancário nas bases consuetudinárias e no dever de sigilo profissional, considerando o mesmo como mera consequência das relações comerciais. Tornando-se necessária uma remissão às críticas traçadas individualmente a cada teoria adotada pelo autor em caso.

---

*privada*: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte, p. 350-352. CENEVIVA, Wagner. *Segredos profissionais*, p. 79 e ss.

<sup>334</sup> PAULA, Ideval Inácio de. *Sigilo bancário: preservação e quebra*, p. 25.

#### 4.2.10 Teoria do direito à liberdade

Essa corrente delineada magistralmente por PONTES DE MIRANDA conclui que o direito ao sigilo bancário representa uma manifestação do direito à liberdade, a liberdade de não emitir o pensamento ou o que se sabe.<sup>336</sup>

Essa corrente indiretamente aparece na jurisprudência brasileira no passo em que os tribunais, refutando a construção jurisprudencial traçada até a CF/88, têm admitido como remédio impeditivo do acesso aos dados bancários, o *habeas corpus*.

#### 4.3 O SIGILO BANCÁRIO NO DIREITO COMPARADO

A pluralidade de teorias visando identificar o fundamento do sigilo bancário e a imprecisão histórica do mesmo são bem representadas na divergência de tratamento do instituto de país para país, havendo os que o positivaram de forma direta ou indireta, os que o mantêm como regra consuetudinária, os que o relativizaram ao extremo e, ainda, os que impõem limites severos à violação do mesmo.<sup>337</sup>

Com isso, far-se-á uma incursão sucinta na legislação de alguns países a fim de possibilitar uma melhor compreensão do tema.

---

<sup>335</sup> HARADA, Kiyoshi. *Sigilo bancário e tributário*, p. 374-375.

<sup>336</sup> SOUZA, Hamilton Dias de. *Sigilo bancário e direito à liberdade*. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, tomo VII, p. 129.

<sup>337</sup> Nelson ABRÃO assinala três grupos sobre o direito ao sigilo bancário na seara internacional: a) anglo-saxão, compreendendo EUA e Inglaterra, em que o direito ao sigilo não encontra amparo legal; b) Europa continental, representada pela Itália e França, com previsão legal do direito ao sigilo bancário; e c) do direito bancário reforçado, presente na Suíça e Líbano. ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*, p. 54-57. No mesmo sentido: RODRIGUES, Anselmo. *Sigilo bancário e direito constitucional*, p. 53 e ss. VEIGA, Vasco Soares da. *Direito bancário*, p. 225-229.

#### 4.3.1 Alemanha

Na Alemanha o direito ao sigilo não possui legislação específica nem definição legal, contudo é reconhecido em face do costume, da garantia de confiança e por representar um interesse da personalidade (direito à dignidade previsto constitucionalmente), o qual remonta ao Código Prussiano do imposto sobre a renda de 1851, só sendo afastado por decisão judicial em face do interesse público. Dentre as leis infraconstitucionais que o prevêm de forma indireta destaca-se a Lei dos Bancos de 19/07/61, art. 9<sup>338</sup>, a qual impõe o dever de sigilo, podendo o violador incorrer em prisão e multa, bem como os art. 157, 276, 280 e 286 do Código Civil alemão<sup>339</sup>; e o art. 30 do Código Tributário Nacional alemão ao dispor que a administração tributária não tem poderes para solicitar informações sobre as contas bancárias a fim de comprovar genericamente a exatidão das declarações de imposto de renda. Conforme relatório da OCDE há um projeto de lei pretendendo dar poderes à administração tributária ter acesso sobre informações bancárias de pessoa suspeita de delito penal ou lavagem de dinheiro propriamente dita<sup>340</sup>.

---

<sup>338</sup> “As pessoas que ocupam o cargo federal de vigilância [...] não devem divulgar ou utilizar sem autorização os fatos de que se tornem conhecedores no exercício de sua atividade e sobre os quais o instituto de crédito ou um terceiro tenha interesse em manter segredo, especialmente quando se trate de segredo comercial e industrial, ainda que não se encontre mais em serviço ativo, ou suas atividades tenha terminado.”

<sup>339</sup> Ver: COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 45 e ss. HAGSTROM, Carlos Alberto. *O sigilo bancário e o poder público*, p. 37. DERZI, Misabel de Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Direito tributário aplicado: estudos e pareceres*, p. 273. Lauro Muniz BARRETO a título de demonstrar a importância do direito ao sigilo bancário para a economia alemã cita que: “Peritos financeiros, que estudaram as causas da inflação verificada na Alemanha, concluíram que o levantamento do segredo bancário, decorrente de uma lei de imposto sobre o capital, foi a causa determinante da mesma inflação, acrescentando que a diminuição do papel econômico dos bancos, em consequência da desconfiança que aquela medida legislativa acarretou, produziu necessidade muito maior da moeda fiduciária, em substituição à moeda escritural bancária”. BARRETO, Lauro Muniz. *Questões de direito bancário*, p. 32.

<sup>340</sup> Conforme Relatório do Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE, intitulado: *Mejorar el acceso a la información bancaria por motivos fiscales*. Divulgado em 24.03.2000. França: OCDE, 2000, p. 117.

#### 4.3.2 Áustria

A Constituição Federal prevê no art. 20, § 3º a proteção às informações confidenciais, encontrando-se os banqueiros obrigados ao sigilo profissional em face do fisco, nos termos do § 171 das normas federais sobre tributos.<sup>341</sup> Todavia, mediante requisição da administração tributária e dentro de certos limites – procedimento penal ou consentimento do contribuinte<sup>342</sup> – podem os bancos prestar informações conjuntas sobre conta corrente e informar sobre uma pessoa específica suspeita de fraude tributária; informar se uma pessoa específica tem conta no banco.<sup>343</sup>

#### 4.3.3 Austrália

As autoridades fiscais têm acesso automático às informações sobre pagamentos efetuados bem como a quem foram efetuados; informações conjuntas sobre contas, sem reservas; informações sobre uma pessoa específica, sem limites; informação sobre uma pessoa específica suspeita de fraude tributária; informação sobre o cliente do banco (situação econômica/atividade) obtida para fins de crédito bancário; informações sobre se uma pessoa específica tem conta no banco.<sup>344</sup>

---

<sup>341</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Direito tributário aplicado: estudos e pareceres*, p. 272.

<sup>342</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Direito tributário aplicado: estudos e pareceres*, p. 53.

<sup>343</sup> HERRERA, Alfredo Echerría. *El sigilo bancario: acceso a la información bancaria para fines tributarios*, quadro anexo.

#### 4.3.4 Bélgica

Não possui legislação específica sobre o sigilo bancário, aplicando-se subsidiariamente as disposições do Código Penal sobre o segredo profissional, art 458<sup>345</sup>. Filia o sigilo bancário ao direito à vida privada e ao dever profissional, sofrendo exceções com relação ao Poder Judiciário e ao Fisco.

Mais especificamente com relação ao fisco vale ressaltar que o sigilo bancário praticamente inexistente, ou seja, os fiscais podem obter as informações desejadas diretamente do banco, salvo com relação ao imposto sobre a renda<sup>346</sup>. Neste caso há duas fases: na primeira, para apuração e controle os fiscais não podem obter informações bancárias; já na segunda, que ocorre em havendo reclamação do contribuinte com relação ao imposto, o fisco pode obter informações bancárias. Como bem diz Anselmo RODRIGUES “a reclamação funciona aqui como que uma autorização para o banco, libertando-o da obrigação de sigilo.”<sup>347</sup>

#### 4.3.5 Chile

Na legislação bancária chilena há duas figuras distintas: sigilo bancário e reserva bancária. O sigilo bancário previsto no inciso I do art. 154 da Lei Geral dos Bancos resguarda os depósitos e capitais de qualquer natureza recebidos pelos

---

<sup>344</sup> HERRERA, Alfredo Echerría. *El sigilo bancario: acceso a la información bancaria para fines tributarios*, quadro anexo.

<sup>345</sup> “Os médicos, cirurgiões, oficiais da saúde, farmacêuticos, parteiras e todas as demais pessoas que, por estado ou profissão, sejam depositárias de segredos, com exceção dos casos em que tenham sido chamados a prestar testemunho na justiça, ou quando a lei os obrigue a declarar, e se revelarem o segredo serão apenadas com prisão de 8 dias a seis meses e multa de 100 a 500 francos.”

<sup>346</sup> De acordo com DERZI e COELHO, com fundamento em BAENST, essa sistemática foi adotada “considerando o papel do segredo bancário na economia nacional e na evasão de poupança que a sua ruptura poderia acarretar para um país como a *Bélgica* – cuja vizinhança faz da reserva bancária o pilar de sua economia [...]” DERZI, Misabel de Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Direito tributário aplicado: estudos e pareceres*, p. 273.

bancos bem como, por extensão, os movimentos e saldos das contas, depósitos a prazo e outras formas de aplicação, sendo proibido a estas instituições proporcionar antecedentes relativos a ditas operações, salvo para o titular da conta ou alguém por ele autorizado, ou em virtude de lei, prevendo pena privativa de liberdade de 1 ano para os infratores da norma. Já o inciso II do citado artigo fala em “dever de reserva” para as demais operações, podendo os bancos franquear informações sobre essas às pessoas legitimamente interessadas, desde que não venha causar dano patrimonial ao cliente.

Todavia, em face do fisco a Lei do Imposto de Renda, no art. 101, com redação dada pela Lei 19.398/95, impõe aos bancos o dever de informar ao Serviço de Impostos Internos, antes de 15/03 de cada ano, os interesses ou outras rendas que tenham pago ou abonado a seus clientes durante o ano anterior, em decorrência de operações de aplicação de qualquer natureza que os clientes mantenham no banco.

Mas o Código Tributário chileno, no art. 62º, II, só permite ao Diretor do Serviço de Impostos Internos examinar as contas correntes quando estiver investigando delitos tributários, logo, o sigilo bancário persiste exceto para informações sobre pagamentos efetuados e a quem os efetuou e para informações sobre determinada pessoa suspeita de fraude fiscal<sup>348</sup>.

---

<sup>347</sup> RODRIGUES, Anselmo. *Sigilo bancário e direito constitucional*, p. 53. Ver ainda: COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 48 e ss. HAGSTROM, Carlos Alberto. *O sigilo bancário e o poder público*, p. 38. Ver, ainda, Relatório da OCDE, 2000, p. 54.

<sup>348</sup> Alfredo Echerría HERRERA noticia que há um projeto de alteração do Código Tributário chileno, com a inclusão de dois incisos no art. 85 em que o banco ver-se-á obrigado a fornecer ao fisco todas as informações relativas às operações de crédito em dinheiro que tenham celebrado e as garantias constituídas para sua concessão, na oportunidade, forma e quantidade que a fiscalização estabeleça. HERRERA, Alfredo Echerría. *El sigilo bancario: acceso a la información bancaria para fines tributarios*, p. 3 e ss.

#### 4.3.6 Colômbia

O sigilo bancário é considerado norma consuetudinária com aporte no Código Penal, art. 307<sup>349</sup> sob a epígrafe “segredo profissional”, havendo ainda, segundo Sérgio Carlos COVELLO, um projeto de reforma da Lei Bancária 45/63, com a inserção de um artigo específico para o sigilo bancário.<sup>350</sup>

#### 4.3.7 Espanha

Mesmo sendo norma consuetudinária o sigilo bancário era respeitado, tendo em 1940 a Lei de Larraz, no art. 61<sup>351</sup> imposto o dever de colaboração dos bancos para com o fisco. Em 24/07/47 o sigilo bancário foi positivado no estatuto do Banco da Espanha, só sendo derogável por ordem judicial ou norma de hierarquia superior. Atualmente a jurisprudência reconhece a proteção ao sigilo bancário em face do art. 18 da Constituição, o qual dispõe sobre o direito à intimidade, encontrando-se regulamentado pela Lei Orgânica de 05.05.1982.

Todavia, com a redação dada pela Lei 25/95 ao art. 111 da Lei Geral Tributária (Lei 230/63) os bancos passaram a ser obrigados a proporcionar à Administração Tributária todos os dados econômicos ou financeiros dos clientes, afastando-se nos termos do parágrafo 3º o sigilo bancário<sup>352</sup>, passando essas informações a constituírem um banco de dados da administração tributária a ser

<sup>349</sup> “El que teniendo conocimiento, por razón de su profesión, arte u oficio, de un secreto, lo revele sin justa causa, incurra en arresto de tres meses a un año y suspensión para ejercer tal profesión, arte u oficio por el mismo tiempo.”

<sup>350</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 66. E, ainda, PAULA, Ideval Inácio de. *Sigilo bancário: preservação e quebra*, p. 45.

<sup>351</sup> “Os estabelecimentos de crédito que atuam na Espanha ficarão obrigados a subministrar à fazenda quantos dados interessarem com relação a imposições, libretas e contas de poupança.”

<sup>352</sup> Sobre o sigilo bancário na Espanha ver: CAVALLÉ, Angel Urquizu. *El Secreto bancario y tributario en España*, p. 267-279. E, LÓPEZ, F. Javier Tua. *El secreto bancario y tributario en España*, 291-299.

utilizado no ato de fiscalização<sup>353</sup>. Daí o porquê do relatório da OCDE afirmar que neste país não há sigilo bancário apesar de reconhecer sua relação com a vida privada<sup>354</sup>. Neste sentido a norma em caso é altamente criticada pela doutrina, uma vez que ignora o art. 53.1 da Constituição espanhola, o qual resguarda o direito à intimidade, parecendo que a Constituição cede em face da Fazenda Pública.<sup>355</sup>

#### 4.3.8 Estados Unidos da América – EUA

Visando assegurar o direito à privacidade, o interesse público e o contraditório os EUA aprovaram o *Right to Financial Privacy Act*, segundo o qual as informações bancárias só podem ser fornecidas quando for comprovada a relevância destas para a solução de processo administrativo<sup>356</sup> ou judicial. Desta forma o fisco pode solicitar os dados bancários diretamente ao banco ou ao contribuinte, contudo deve notificá-lo sobre a expedição de solicitação de informações ao terceiro (banco), no prazo mínimo de 23 (vinte e três) dias antes data fixada para apresentação das informações. Caso o contribuinte não concorde com o franqueamento dessas pode, no prazo de 20 (vinte) dias contados da notificação, recorrer ao Judiciário alegando relação privilegiada ou confidencial ou fundamento constitucional – via de regra;

<sup>353</sup> Conforme Relatório da OCDE, 2000, p. 72.

<sup>354</sup> Conforme Relatório da OCDE, 2000, p. 53.

<sup>355</sup> MIGUEL, Carlos Ruiz. La configuración constitucional del derecho a la intimidad, p. 169-172.

<sup>356</sup> O respeito aos direitos fundamentais em detrimento das atividades intimidatórias do fisco americano, como a violação de sigilo, é bem representada na decisão da Suprema Corte Norte Americana no caso *United States v. Janis*. Neste caso o fisco efetuou lançamento tributário a título de IR, em face de Janis com base em valores apreendidos por autoridade policial na casa do referido. Por vício no relatório policial a prisão de Janis foi relaxada, determinando-se a devolução dos bens apreendidos, salvo os valores tributados. Janis recorreu à Suprema Corte pleiteando a restituição dos valores, o que foi acolhido por considerar-se ilegal o lançamento por sua origem viciada, devendo prevalecer o direito individual do autor ao devido lançamento administrativo em oposição à atividade fiscal sob pena de “encorajar a desobediência aos processos administrativos.” Esta decisão tem servido de paradigma para o acolhimento de recursos contra o fisco em processos de violação do sigilo bancário onde não foram efetuadas as devidas notificações ou há manifesto vício de quaisquer dos procedimentos exigidos para tanto. De se notar que um dos grandes cerne de anulação dos processos administrativos americanos tem sido o respeito ao devido processo legal a ser seguido já nessa esfera. Sobre a decisão em tela e suas implicações no sistema de fiscalização americano ver: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho. *Dano moral em matéria tributária*, p. 229-231.

privacidade, cientificando o IRS (Internal Revenue Service) e o banco solicitado sobre a interposição do recurso. A solicitação de informações ao banco permanece suspensa durante o período de tramitação do recurso perante o Judiciário.<sup>357</sup>

Logo, há necessidade de prévia permissão do cliente do banco para o fisco ter acesso às informações bancárias, salvo nos casos de movimentação financeira suspeita, pois nesta hipótese o banco deve comunicar automaticamente as autoridades competentes<sup>358</sup>.

#### 4.3.9 França<sup>359</sup>

Neste país o direito ao sigilo era considerado como um derivante do direito ao segredo, o qual encontra-se assentado no direito à liberdade erigido pela Revolução de 1789, como um direito natural do homem.<sup>360</sup>

Em sendo assim, com a previsão no Código Penal francês de 1810, art. 378<sup>361</sup> de sanção à violação do segredo profissional, esta norma passou a ser

<sup>357</sup> Sobre este tópico ver: DERZI, Misabel de Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Direito tributário aplicado: estudos e pareceres*, p. 271. WALD, Arnoldo. *Sigilo bancário e direitos fundamentais*, p. 38. HERRERA, Alfredo Echerría. *El sigilo bancario: acceso a la información bancaria para fines tributarios*, quadro anexo. RODRÍGUES, Marilene Talarico Martins. *Sigilo bancário e tributário*. p. 199. Ver também: Relatório da OCDE, 2000, p. 54.

<sup>358</sup> Relatório da OCDE, 2000, p. 74

<sup>359</sup> Especificamente sobre o sigilo bancário na França ver: FARHAT, Raymond. *Le secret bancaire*. Paris: Dalloz, 1974. HENRION, Robert. *Le secret professionnel du banquier*. Paris, 1968. Nas duas obras fica patente o caráter de segredo profissional atribuído pelos franceses ao instituto do sigilo bancário, principalmente na de HENRION que aborda os pormenores, as justificativas histórico-político-sociais e as consequências da violação desse dever profissional no sistema francês. De se atentar, contudo, que as obras datam de períodos anteriores ao processo de globalização econômica e do fortalecimento da OCDE e suas diretivas sobre os bancos de países membros, desta feita a leitura sobre as mesmas deve ocorrer ponderando-se o momento histórico, valendo mais a título de esclarecimento das bases do direito em caso na França.

<sup>360</sup> Para essa linha de pensamento o direito ao sigilo representa uma tutela da liberdade do indivíduo frente ao Estado e aos demais, na medida em que o homem ao excluir, ao resguardar uma parcela de sua vida, mantém autonomia em face dos outros. Essa corrente é partilhada por grande parte da doutrina brasileira como constatar-se-á no capítulo sobre o sigilo bancário no Brasil, sendo seu precursor brasileiro PONTES DE MIRANDA.

<sup>361</sup> “Os médicos, cirurgiões e outros oficiais da saúde, assim como os farmacêuticos, as parteiras e quaisquer outras pessoas que, por seu estado ou profissão ou por funções temporárias ou permanentes, sejam depositárias de segredos confiados, com exceção daqueles casos em que a lei os obriga a denunciá-los, em que os revele, sem justa causa, serão apenados com prisão de um a seis meses e multa de 500 a 3.000 francos.”

aplicada aos banqueiros pela jurisprudência e doutrina, por reconhecer-se nos banqueiros verdadeiros “confidentes necessários”<sup>362</sup>. Tendo a Lei de 1984, art. 57 previsto para os empregados e profissionais das entidades de crédito o dever profissional do sigilo<sup>363</sup>.

Todavia, o sigilo bancário não pode ser oposto à justiça penal, à justiça civil se o banco for parte no processo, e às autoridades fiscais. Relativamente a estas o sigilo bancário praticamente inexistente, havendo acesso às informações bancárias automaticamente<sup>364</sup>, salvo nos casos de compras anônimas de ouro ou de subscrição anônima de bônus de caixa.<sup>365</sup>

---

<sup>362</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 41. LUÍS relata interessante passagem sobre o sigilo bancário na França antes de abordar o sigilo bancário em Portugal: “Por ocasião de uma greve dos lixeiros de Paris, em Outubro de 1978, o publicista Jean Montaldo pôde localizar um autêntico tesouro de documentos abandonados na via pública”, tratava-se de 243 sacos de arquivos do Eurobank, contendo milhares de documentos originais. Montaldo publicou um livro divulgando parcialmente o conteúdo desses documentos despertando uma discussão na seara bancária, tendo o presidente do banco manifestado-se no sentido, basicamente, de que o erro não partiu do banco em deixar os arquivos no lixo em via pública, mas do fato dos mesmos terem sido publicados. Tal manifestação foi derrubada pela Associação dos Bancos em parecer oficial de 02/03/1979, no qual condenou a violação do sigilo bancário por qualquer pessoa, ressaltando que “os bancos e o seu pessoal são obrigados, perante a clientela, a uma imperiosa obrigação de discricionariedade profissional. Elemento essencial da confiança que deve existir entre o banco e os seus clientes, o segredo profissional é reconhecido e sancionado na maior parte dos Estados”. A partir de então os arquivos bancários passaram a ser incinerados, fortalecendo-se o sistema de proteção ao sigilo bancário. In LUÍS, Alberto. *Direito bancário: temas críticos e legislação conexa*, p. 84-86.

<sup>363</sup> Ver apêndice 1 do Relatório da OCDE, 2000, p. 53. E DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise. *Droit bancaire*, p. 35-36.

<sup>364</sup> De acordo com Alfredo Echerría HERRERA estas informações consistem em: abertura de conta corrente; pagamentos efetuados e a quem foram efetuados; informações sobre todo ingresso de capital; informe conjunto sobre as contas, sem limitações; informações sobre uma pessoa específica, sem limites; informações sobre pessoa suspeita de fraude fiscal; informações sobre se uma pessoa tem conta no banco; e informações fornecidas pelo cliente para fins de crédito bancário. HERRERA, Alfredo Echerría. *El sigilo bancario: acceso a la información bancaria para fines tributarios*, quadro anexo.

<sup>365</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p.42. HAGSTROM, Carlos Alberto. *O sigilo bancário e o poder público*, p. 38. DERZI, Misabel de Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Direito tributário aplicado: estudos e pareceres*, p. 274. RODRÍGUES, Marilene Talarico Martins. *Sigilo bancário e tributário*, p. 199.

Neste país a administração tributária armazena todas as informações passadas pelos bancos em uma base de dados para investigação, controle e cobrança de contribuições<sup>366</sup>.

#### 4.3.10 Hungria

As autoridades fiscais têm acesso automático às: informações sobre abertura de conta corrente; informações conjuntas sobre contas, com certa reserva; informações sobre pessoa específica suspeita de fraude tributária; informação sobre se uma pessoa específica tem conta no banco.<sup>367</sup>

#### 4.3.11 Inglaterra

O sigilo bancário é considerado cláusula implícita no contrato entre cliente e banqueiro, o qual pode incorrer em responsabilidade civil.<sup>368</sup> O sigilo é respeitado a tal ponto, segundo MOLLE, de exigir-se do candidato a trabalhar no banco a assinatura de um termo de compromisso de respeito ao sigilo das informações dos clientes<sup>369</sup>. Todavia, perante o fisco o sigilo bancário cede automaticamente.

<sup>366</sup> DESCHANEL ao falar do sigilo bancário na França destaca que o sistema da União europeia não encontrasse num sentido único, mas sim sofre diversas distorções na busca pelo capital via sigilo bancário. In DESCHANEL, Jean-Pierre. *Droit bancaire: L'institution bancaire*, p. 100.

<sup>367</sup> HERRERA, Alfredo Echerría. *El sigilo bancario: acceso a la información bancaria para fines tributarios*, quadro anexo.

<sup>368</sup> “O célebre julgado ‘Tounier X Nacional Provincial and Union Bank’, de 17 de dezembro de 1912, deixou assentado que o ‘dever de segredo é legal e surge contrato’, alinhavando que ‘o contrato que une o banqueiro a seu cliente comporta uma cláusula implícita que o obriga a guardar discrição sobre as contas e operações dos clientes.’ A doutrina é unânime nesse entender. Uma das mais respeitadas enciclopédias jurídicas, o Halsbury’s Laws of England, traz este ensino: ‘O contrato firmado entre o banqueiro e seu cliente contém cláusula implícita que obriga aquele a não revelar a terceiros, sem consentimento expresso ou tácito do cliente, a situação da conta nem suas transações com o Banco ou qualquer informação que chegue ao conhecimento do banqueiro, em virtude do relacionamento com o cliente’”. COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 55. Ver também o apêndice 1 do Relatório da OCDE, 2000, p. 52.

<sup>369</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 55. No mesmo sentido: WALD, Arnoldo. *Sigilo bancário e direitos fundamentais*, p. 25.

#### 4.3.12 Itália

Anselmo RODRIGUES refere-se ao sistema do sigilo bancário italiano como uma “verdadeira salada á italiana”<sup>370</sup>, haja vista a pluralidade de justificativas<sup>371</sup> para o mesmo: costume; obrigação contratual; segredo profissional previsto, por via oblíqua, no Código Penal, art. 622; e Lei Bancária, art. 10<sup>372</sup>, e ainda na seara constitucional com a tutela das liberdades individuais, a inviolabilidade de residência e do sigilo postal<sup>373</sup>. Todavia, a grande mudança no sistema do sigilo bancário italiano ocorreu a partir da “operação mãos limpas”, passando o fisco a ter acesso automático às informações bancárias do contribuinte<sup>374</sup> suspeito de sonegação ou evasão com a Lei 413 de 30/12/91.<sup>375</sup>

#### 4.3.13 Líbano

Até 1956 era costumeiro, mas a fim de fortalecer o sistema bancário e o investimento de capitais no país editou-se, neste ano, norma que atribuiu caráter indevassável ao sigilo através de contas cifradas e cofres-fortes numerados. Infirmar-se pelo direito ao sigilo enquanto proteção da intimidade atrelada ao direito à

<sup>370</sup> RODRIGUES, Anselmo. *Sigilo bancário e direito constitucional*, p. 53

<sup>371</sup> SANTAMARIA ao tratar do sigilo bancário italiano enquanto derivante do sigilo profissional acaba por discorrer sobre esta pluralidade de justificativas. SANTAMARIA, Baldassarre. *Le ispezioni tributarie*. Milão: Giuffrè, 1977, p. 169/189, especialmente p. 170/173.

<sup>372</sup> Lauro Muniz BARRETO noticia que a Itália chegou a firmar com a França, em 1930, uma Convenção Fiscal para evitar a bitributação, na qual o sigilo bancário permaneceu como inviolável a fim de evitar a evasão de divisas. BARRETO, Lauro Muniz. *Questões de direito bancário*, vol. 1, p. 32-33.

<sup>373</sup> Conforme Relatório da OCDE, 2000, p. 52

<sup>374</sup> Sobre o regime do sigilo bancário até a referida operação ver: COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 52. HAGSTROM, Carlos Alberto. *O sigilo bancário e o poder público*, p. 38. RODRIGUES, Anselmo. *Sigilo bancário e direito constitucional*, p. 53. BELLINETTI, Luiz Fernando. *Limites legais ao sigilo bancário*, p. 146. DELGADO, José Augusto. *O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro*, p. 136 e 139.

<sup>375</sup> Sobre o sigilo bancário na atualidade italiana ver: GIANFELICI, Enrico; GIANFELICI, Francesco. *Il segreto bancario: norme civili, penali e fiscali*, p. 19 e ss. BERSANI, Giuseppe. *L'accertamento tributario nella fase di accesso al domicilio del contribuente e di deroga al segreto bancario: aspetti problematici e strumenti di tutela*, p. 55 e ss. Ver, ainda, Relatório da OCDE de 2000, p. 54.

liberdade bem como à atração de capitais<sup>376</sup>. O sigilo é reconhecido como um privilégio que atrai clientes<sup>377</sup>. O banco não pode fornecer informações a quaisquer pessoas, mesmo para autoridade judiciária, salvo em caso de falência, litígio entre banco e cliente, ações relativas ao enriquecimento ilícito, consentimento do cliente. Para Sérgio Carlos COVELLO é um dos países mais avançados no resguardo do direito ao sigilo, “por resguardar a integridade de um instituto milenar.”<sup>378</sup>

#### 4.3.14 Luxemburgo<sup>379</sup>

Eminentemente consuetudinário, o sigilo bancário possui previsão genérica no Código Penal, art. 458. Relativamente ao fisco há exceção prevista desde 1940 quando se editou uma lei impondo aos bancos o dever de “proporcionar à administração todas as informações necessárias para assegurar a determinação e percepção de impostos, valendo ressaltar que os agentes fiscais têm a prerrogativa de exigir dos estabelecimentos de créditos extrato de conta e outros documentos pertinentes ao contribuinte”<sup>380</sup> para fins de incidência dos tributos indiretos. Sendo vedado, contudo, o acesso dos fiscais às informações bancárias para fins de incidência de tributos diretos, como o imposto de renda<sup>381</sup>. Em havendo suspeita de

<sup>376</sup> “Art. 1º. São submissos ao segredo profissional os bancos constituídos no Líbano sob a forma de sociedade anônima, bem assim as sucursais dos bancos estrangeiros, com a condição de ditos bancos e sucursais obterem do ministro das finanças autorização especial para gozarem dos benefícios da lei.”

<sup>377</sup> PAULA destaca que a posição geográfica do Líbano como ponto de passagem entre o Oriente e Ocidente, bem como África propiciou o desenvolvimento das atividades bancárias, as quais se reforçaram após a Segunda Guerra Mundial. PAULA, Ideval Inácio de. *Sigilo bancário: preservação e quebra*, p. 42.

<sup>378</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 62. Sobre o sistema do sigilo bancário no Líbano ver: FARHAT, Raymond. *Le secret bancaire*, p. 105 e ss.

<sup>379</sup> Ver *International Bank Secrecy, Sweet & Maxwell*, 1992, p. 471-480.

<sup>380</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 44.

<sup>381</sup> Neste sentido ver: DERZI, Misabel de Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Direito tributário aplicado: estudos e pareceres*, p. 273.

fraude o acesso às informações bancárias se dá somente mediante autorização judicial.<sup>382</sup>

#### 4.3.15 México

A Lei Geral de Títulos e Operações de Crédito de 1932, art. 105<sup>383</sup> disciplinou o direito ao sigilo bancário, excetuando-o por requisição judicial em processo em que o cliente seja parte; ou da Comissão Nacional Bancária e de Seguros para fins fiscais.

#### 4.3.16 Noruega

De acordo com Alfredo Echerría HERRERA, neste país o fisco tem acesso automático aos seguintes dados bancários do contribuinte: pagamentos efetuados e a quem foram pagos; saldo da conta ao final do ano; outras informações mais genéricas sobre os serviços; informações conjuntas, sem limites, sobre contas; informações sobre uma pessoa específica, sem limites; informações sobre uma pessoa específica suspeita de fraude tributária; informação sobre o cliente do banco (situação econômica/atividade) obtidas para fins de crédito bancário; informações

---

<sup>382</sup> HERRERA e SAMPAIO afirmam que Luxemburgo ao lado da República Eslovaca, são os únicos membros da OCDE que vedam o acesso das autoridades fiscais às informações sobre pessoas suspeitas de fraude. Neste sentido ver: HERRERA, Alfredo Echerría. *El sigilo bancario: acceso a la información bancaria para fines tributarios*, quadro anexo. SAMPAIO, André Serrão Borges de. *Informações à AGU sobre a ADIN 2.397*, disponível em [www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br). Todavia, a informação dos autores não procede, pois conforme o Relatório da OCDE de 2000, Luxemburgo permite o acesso, todavia exige autorização judicial. Ver Relatório da OCDE, 2000, p. 74.

<sup>383</sup> “Las instituciones depositarias no podrán dar noticias de los depósitos y demás operaciones, sino el depositante, deudor o beneficiario, a sus representantes legales o a quien tenga poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operacion; salvo cuando las pidieren la autoridad judicial, em virtud de providencia dictada em juicio em el depositante sea parte o acusado, y la autoridades hacendarias federales, por conducto de la Comision Nacional Bancaria y de Seguros, para fines fiscales. Los funcionarios de las instituciones de crédito, serán responsables em los términos de la Ley, por violación de secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas, en caso de revelación de secreto, a reparar los daños y perjuicios se causen.”

sobre se uma pessoa específica tem conta no banco.<sup>384</sup> E, ainda, conforme Relatório da OCDE, informações sobre o saldo ao final do ano e rendimentos do cliente.

#### 4.3.17 Polônia

As autoridades fiscais, com fundamento na Lei Bancária e no Código de procedimentos penais, têm acesso a: informações conjuntas, com alguns limites, sobre contas; informações sobre uma pessoa específica, sem limites; informações sobre uma pessoa específica suspeita de fraude tributária; informação sobre o cliente do banco (situação econômica/atividade) obtida para fins de crédito bancário; informações sobre se uma pessoa específica tem conta no banco.<sup>385</sup>

#### 4.3.18 Portugal

A doutrina e jurisprudência portuguesas identificam o direito ao sigilo bancário como lídima expressão do direito à intimidade e à vida privada<sup>386</sup>, previstos constitucionalmente e civilmente ao ponto de Anselmo RODRIGUES afirmar que mesmo se a Constituição portuguesa não previsse a proteção a tais direitos os mesmos ainda seriam tutelados em nome da Declaração Universal de Direitos do Homem<sup>387</sup>.

O Dec.-lei 47.909/67, art. 3<sup>388</sup> e 6, foi o primeiro diploma legal a disciplinar expressamente o direito ao sigilo bancário<sup>389</sup>.

<sup>384</sup> HERRERA, Alfredo Echerría. *El sigilo bancario: acceso a la información bancaria para fines tributarios*, quadro anexo.

<sup>385</sup> HERRERA, Alfredo Echerría. *El sigilo bancario: acceso a la información bancaria para fines tributarios*, quadro anexo. Disponível em <<http://www.agu.gov.br>>. Ver Relatório da OCDE, 2000, p. 51.

<sup>386</sup> Já MACHADO firma-se pela concepção de ser o sigilo bancário manifestação do sigilo profissional. MACHADO, Miguel Pedrosa. *Sigilo bancário e direito penal*, p. 73 e ss.

<sup>387</sup> RODRIGUES, Anselmo. *Sigilo bancário e direito constitucional*, p. 58-59.

<sup>388</sup> "Não podem, em qualquer caso, os elementos informativos fornecidos pelas instituições de crédito ser susceptíveis de difusão violadora do princípio do sigilo bancário que deve proteger as operações

Seguiu-se então um rigoroso sistema de controle legislativo sobre o instituto a fim de captar divisas em prol do interesse público de desenvolvimento econômico<sup>390</sup>. Em razão disso vieram<sup>391</sup>: o Dec.-lei 644/75 (Lei Orgânica do Banco de Portugal); Dec.-lei 729-F/75, arts. 7º e 8º<sup>392</sup>; Dec.-lei 2/78; Dec.-lei 298/92<sup>393</sup> (Regime Geral das Instituições de Crédito e Instituições Financeiras – R. G. I.C.), arts. 78 a 84; Código do Mercado de Valores Mobiliários, art. 650;<sup>394</sup> Código Penal, art. 290.

---

de crédito em causa.” Mais especificamente sobre o decreto ver: RAMOS, M. C. *O sigilo bancário em Portugal*, p. 122 e ss.

<sup>389</sup> Antes o Regulamento Administrativo do Banco de Portugal de 1847, art. 83 já possuía orientação sobre o tema: “As operações do Banco, e os depósitos particulares, são objeto de segredo [...]. O empregado que o revelar será repreendido, se da revelação não resultar dano; resultando será despedido; bem como o de 1891, no art. 221: “As operações do banco e os depósitos dos particulares serão assuntos de segredo para todo o pessoal da sede e das delegações, qualquer que seja a sua categoria. Os empregados que as revelarem serão repreendidos, se da revelação resultar dano; resultando, serão despedidos.” Neste sentido ver: RAMOS, M. C. *O sigilo bancário em Portugal*, p. 118 e ss.

<sup>390</sup> Neste sentido ver: DELGADO, José Augusto. *O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro*, p. 134-135. LUÍS destaca que já no preâmbulo do Dec.-lei 2/78 o Governo dispôs que: “a reconstrução do País implica o estabelecimento de um clima de confiança na banca que permita a captação e recuperação do dinheiro entesourado.” LUÍS, Alberto. *Direito bancário: temas críticos e legislação conexa*, p. 92.

<sup>391</sup> Sobre a evolução do sigilo bancário em Portugal ver: RAMOS, M. C. *O sigilo bancário em Portugal*, p. 117-137. E, ainda, VEIGA, Vasco Soares da. *Direito bancário*, p. 225 e ss.

<sup>392</sup> “Art. 7º. Os membros dos conselhos de gestão, bem como os restantes trabalhadores, e ainda, os membros das comissões de fiscalização *não podem*, nos termos da lei, *revelar factos* ou *elementos* cujo conhecimento lhes advenha *do exercício das funções e exclusivamente por virtude desse exercício*.”

Art. 8º. Os membros dos conselhos de gestão, bem como os restantes trabalhadores, e ainda, os membros das comissões de fiscalização *não podem*, do mesmo modo, *depor ou prestar declarações em juízo ou fora dele sobre factos de que devam guardar segredo profissional*.”

<sup>393</sup> Antes desse decreto promulgou-se o Dec.-lei 513-Z que reestruturou a Inspeção Geral de Finanças, obrigando as instituições bancárias a fornecer quaisquer informações solicitadas pelas autoridades fiscais. Referido decreto foi considerado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional por ter infringido o art. 26 da Constituição Portuguesa que dispõe sobre o direito à intimidade e vida privada, tópico em que se insere o direito ao sigilo bancário de acordo com a decisão. In RODRIGUES, Anselmo. *Sigilo bancário e direito constitucional*, p. 54 e ss.

<sup>394</sup> Arnaldo WALD destaca que em a Constituição Portuguesa e o Código Civil preverem o direito à intimidade, resguarda-se também o direito ao sigilo bancário. WALD, Arnaldo. *Sigilo bancário e direitos fundamentais*, p. 24. No mesmo sentido: PAULA, Ideval Inácio de. *Sigilo bancário: preservação e quebra*, p. 37.

Filiando-se ao segredo profissional, só se admite o acesso dos fiscais às informações bancárias com autorização judicial, “ou em circunstâncias excepcionais, havendo um procedimento penal contra o contribuinte.”<sup>395</sup>

O sistema português de proteção ao sigilo bancário era considerado nessa medida como um dos mais cerrados do mundo<sup>396</sup>, sobrepondo-se até ao Suíço. Todavia, com a edição da Lei 30-G de 29/12/2000 (Lei da reforma de tributação do rendimento), artigo 63.0-B o regime do sigilo bancário passou por uma profunda relativização permitindo-se aos fiscais o acesso automático às informações bancárias dos contribuintes, pressupondo, contudo, a oitiva do cidadão.

#### 4.3.19 Suíça

Considerado “verdadeira instituição nacional”. O direito à intimidade é notoriamente um princípio básico da democracia<sup>397</sup>. Sua força nesse país é tão grande que se instituíram por ocasião do império de Hitler as contas cifradas ou numeradas como garantia da mais absoluta discrição<sup>398</sup>. Além desse sistema a legislação prevê: na lei bancária de 1934, art. 47<sup>399</sup> prisão e multa para os violadores ou aqueles que induzem à violação; bem como o Código das Obrigações, arts. 107 e

<sup>395</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Direito tributário aplicado: estudos e pareceres*, p. 272.

<sup>396</sup> Sobre as críticas a esse sistema cerrado promovido pelo Dec.-lei 298/92, ver: SANCHES, J. L. Saldanha. *A situação actual do sigilo bancário: a singularidade do regime português*. In Caderno virtual do IDP. Disponível em <<http://www.ldp.org.Br/sasbrp.htm>>. Acesso 25 maio 2002.

<sup>397</sup> CC, art. 27 e 28; CP art. 321.

<sup>398</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 57-58. Essas modalidades de contas são condenadas pela OCDE por facilitarem a lavagem de dinheiro em face da dificuldade de identificação do titular da conta. Atualmente só existem no sistema suíço, austríaco e luxemburguês. Neste sentido ver Relatório da OCDE, 2000.

<sup>399</sup> “Quem divulgar um segredo que lhe foi confiado em sua razão de sua condição de oficial, empregado, agente autorizado, liquidante ou comissionista de banco, oficial ou empregado de uma companhia de auditoria reconhecida ou quem chegar a interar-se de algum segredo dessa natureza sobre essas bases e quem trate de induzir os outros a que viole o segredo profissional será punido com prisão por tempo não excedente a seis meses ou com multa não superior a 50.000 francos suíços.”

109, em decorrência da violação contratual. Não só o sujeito diretamente atingido pela violação do sigilo como também o terceiro pode insurgir-se contra a violação.<sup>400</sup>

Todavia, desde 1987, em face do art. 186 da lei de impostos federais, o sigilo cede mediante autorização judicial no curso de processo penal, bem como deve o banco informar ao governo sobre operações suspeitas, principalmente as decorrentes de capital estrangeiro, em razão da lei sobre cooperação penal internacional de 1981.

#### 4.3.20 Turquia

As autoridades fiscais, fundadas na lei bancária 4389, art. 22, têm acesso a: informações conjuntas, sem limites, sobre contas; informações sobre uma pessoa específica, sem limites; informações sobre uma pessoa específica suspeita de fraude tributária; informação sobre o cliente do banco (situação econômica/atividade) obtidas para fins de crédito bancário; informações sobre se uma pessoa específica tem conta no banco.<sup>401</sup>

#### 4.3.21 Uruguai

Nesse país o sigilo bancário encontra-se incorporado ao direito à privacidade, não sofrendo exceções em face de seu caráter de direito da pessoa humana.<sup>402</sup> Em razão disso Ideval Inácio de PAULA<sup>403</sup> e Alfredo Camargo

---

<sup>400</sup> Ver International Bank Secrecy, Sweet & Maxwell, 1992, p. 703-704.

<sup>401</sup> HERRERA, Alfredo Echerría. *El sigilo bancario: acceso a la información bancaria para fines tributarios*, quadro anexo.

<sup>402</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Direito tributário aplicado: estudos e pareceres*, p. 273.

<sup>403</sup> PAULA, Ideval Inácio de. *Sigilo bancário: preservação e quebra*, p. 48 e ss.

PENTEADO NETO<sup>404</sup> consideram o Uruguai um centro de confiança propício para o desenvolvimento das operações *off-shore*<sup>405</sup>, principalmente pela específica previsão ao sigilo bancário prevista no art. 25 do Dec.-lei 15.322/82<sup>406</sup>, denominado Lei de Intermediação Financeira. Esta norma veda o franqueamento de informações sobre valores e outras de caráter confidencial referentes ao cliente, salvo nos seguintes casos: autorização do cliente; decisão do Poder Judiciário; e por exigência do Banco Central do Uruguai. O Código Penal uruguaio também prevê sanções àqueles que violarem o sigilo bancário em face do sigilo profissional, nos arts. 300 a 302.

#### 4.4 O SIGILO BANCÁRIO NA OCDE

A par da especificidade legislativa de cada país o fenômeno da transnacionalização promoveu uma necessidade de unificação de diretivas nos sistemas econômicos implicando, indiretamente, no fortalecimento de órgãos como a OCDE enquanto sistema condutor de medidas a serem perseguidas pelos países membros e simpatizantes.

Inevitavelmente com a influência sobre o sistema econômico, do qual o banco é o grande pilar, esses órgãos acabaram por emitir diretivas sobre o sigilo bancário.

---

<sup>404</sup> PENTEADO NETO, Alfredo Camargo. *Empresas sem tributos*: Uruguai, Cayman, U.S.A., p. 42 e ss.

<sup>405</sup> Conforme relatório da OCDE, 2000, p. 23, nota de rodapé: "são as atividades de um banco que aceita depósito ou administra ativos em moeda estrangeira em nome de pessoas que residem em outros países."

<sup>406</sup> "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, pertenientes 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

Na Comunidade Européia a preocupação com o sigilo bancário já fora despertado com a Directiva 77/780/CEE, art. 12, em que se procurou compatibilizar o dever de sigilo bancário, enquanto parcela do sigilo profissional, com o dever de cooperação com outras entidades não bancárias.<sup>407</sup>

Contudo, a grande condução das relações e diretivas mundiais sobre a questão veio com a OCDE<sup>408</sup>, principalmente através da “Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997”<sup>409</sup>, a qual em seu art. 9º item 3 dispõe que: “Uma parte não deverá se recusar a prestar assistência mútua jurídica em matérias criminais do âmbito da presente Convenção sob a alegação de sigilo bancário.” Essa diretiva, bem como a “Convenção Modelo Relativa ao Imposto sobre a Renda e o Capital”, em seu art. 26<sup>410</sup>, e os relatórios de 1998 e 2000 do Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE, representam a preocupação deste órgão em evitar a fraude fiscal e a concorrência desleal em matéria tributária, pregando como medida saneadora o levantamento do véu das informações bancárias às autoridades fiscais.

---

deber establecido en este artículo, serán sancionados con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría.”

<sup>407</sup> Neste sentido VEIGA, Vasco Soares da. *Direito bancário*, p. 228.

<sup>408</sup> Esta em 1990 já havia analisado a questão do sigilo bancário em 17 países, constando a predominância de resguardo do mesmo, passível de violação somente mediante autorização judicial, restringindo-se o poder de fiscalização. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sigilo bancário e tributário*, p. 19-20.

<sup>409</sup> Ratificada pelo Brasil no Dec. 3.678/00

<sup>410</sup> “As autoridades competentes dos Estados contratantes intercambiarão informações necessárias para aplicar o disposto no presente convênio, ou no direito interno dos Estados contratantes relativo aos impostos compreendidos no convênio, na medida em que a imposição prevista no mesmo não seja contrária ao convênio. A troca de informações não será limitada pelo artigo 1º. As informações recebidas por um Estado contratante serão mantidas em segredo da mesma forma que as informações obtidas com fundamento no direito interno desse Estado e só se comunicarão às pessoas ou autoridades (incluídos os Tribunais ou órgãos administrativos) encarregadas da gestão ou arrecadação dos impostos compreendidos no convênio, dos procedimentos declarativos ou executivos relativos a ditos impostos, ou da solução dos recursos relativos aos mesmos. Ditas pessoas ou autoridades só utilizarão estas informações para estes fins. Podendo revelar a informação nas audiências públicas dos tribunais ou nas sentenças judiciais.”

Para a OCDE a troca de informações bancárias entre Estados não representa mais um fator a ser ponderado, mas uma necessidade do mercado global na busca pela justiça fiscal e da desconstrução de paraísos fiscais, os quais indiretamente propiciam a lavagem de dinheiro decorrente do narcotráfico<sup>411</sup>, todavia esse órgão reconhece ser o sigilo bancário uma parcela do direito à intimidade, o qual uma vez violado pode por em risco a situação econômico-financeira do indivíduo, desta feita aponta o sigilo fiscal como forma de garantia do sigilo das informações bancárias obtidas pelo fisco em decorrência de seu processo de fiscalização.

Conclusão indelével que se pode retirar da análise do relatório de 1998, denominado “Harmful Tax Competition – An Emerguig Global Issue”<sup>412</sup>, no qual, dentre as recomendações mais importantes, estão:

para contrastar a competição fiscal prejudicial, os países devem revisar as suas leis, regulamentos e práticas sobre o sigilo bancário, para remover empecilhos de acesso a tais informações, por autoridades fiscais;

intensificar o uso de trocas de informações, principalmente sobre as transações com países de tributação favorecida;<sup>413</sup>

Recomendações essas complementadas pelo Relatório de 2000 segundo o qual o cenário do sigilo pós 1985 sofreu alterações geradas pela transnacionalização, mas principalmente pela tecnologia promotora da “Era da

<sup>411</sup> Prova irrefutável desse pensamento esta na Convenção da OCDE sobre Narcotráfico, em que também há previsão de afastamento do sigilo bancário. Outrossim, a OEA segue os passos da OCDE nesse sentido, haja vista suas Convenções contra o Narcotráfico e a Lavagem de dinheiro preverem também medidas de afastamento do sigilo bancário.

<sup>412</sup> O título principal do relatório é “Concorrência fiscal prejudicial: um problema mundial” no original *Concurrence Fiscale Dommageable: un problème mondial*. OCDE, 1998. O relatório em caso apresenta um elenco de fatores caracterizadores dos paraísos fiscais, dentre os quais à página 37: a existência de dispositivos relativos ao sigilo bancário em face da fiscalização, concluindo com recomendações para o combate a concorrência fiscal prejudicial, sendo a de n. 4 no sentido de que os países intercomunique as transações financeiras efetuadas por estrangeiros; e a de n. 7 para que os países removam os obstáculos de acesso do fisco aos dados bancários. Constando no anexo II as manifestações de Luxemburgo e Suíça no sentido de não adoção às diretivas do relatório.

Banca sem fronteiras” com uma melhora no nível de vida e das transações financeiras<sup>414</sup>. Todavia, esse sistema trouxe também uma maior dificuldade de fiscalização tributária, podendo ocasionar conseqüências nacionais pela inviolabilidade de sigilo bancário em face do fisco, como: a injustiça fiscal e a falta de equidade; e no plano internacional: obstáculos à cooperação e concorrência fiscal nociva<sup>415</sup>. Nesse sentido, apesar do sigilo ser uma manifestação da intimidade da pessoa, conforme reconhece o órgão em caso, o mesmo mantém a recomendação da abertura das informações bancárias ao fisco, destacando como exemplo a Coréia, onde a declaração de rendimentos é feita automaticamente pelo banco à administração tributária sobre a importância, retenções, contas acessadas, identificação do titular, local de residência, registro mercantil. Esse sistema, conforme o item 42 do Relatório facilitaria a relação do contribuinte com o fisco na medida em que complementa as informações a serem declaradas pelo sujeito passivo.

Sumariamente pode-se extrair dos relatórios da OCDE – 1995, 1998 e 2000<sup>416</sup>, bem como das considerações apresentadas sobre cada país no presente capítulo, das críticas de SANCHES<sup>417</sup> ao sistema português anterior à Lei 30-G; e das conclusões do III Colóquio Internacional de Direito Tributário; serem as

---

<sup>413</sup> TÔRRES, Heleno. Direito tributário internacional – planejamento tributário e operações transnacionais, p. 152.

<sup>414</sup> Conforme o item 40 do Relatório da OCDE de 2000: “a tecnologia permitiu a liberalização do mercado financeiro transnacional, e mesmo que não fosse liberado isso ocorreria como conseqüência natural.”

<sup>415</sup> Cumpre destacar que a partir do Relatório da OCDE de 2000, nos termos do item 19, para integrar o referido órgão os países pretendentes devem adequar-se às diretivas sobre o sigilo bancário, ou seja relativizá-lo.

<sup>416</sup> HERRERA, Alfredo Echerría. *El sigilo bancario: acceso a la información bancaria para fines tributarios*, quadro anexo.

<sup>417</sup> SANCHES, J. L. Saldanha. *A situação actual do sigilo bancário: a singularidade do regime português*. Caderno virtual do IDP. Disponível em <<http://www.idp.org.Br/sasbsrp.htm>>. acessado em 25 maio 2002.

recomendações sobre o sigilo bancário no sentido de sua flexibilização frente o fisco, salvo Líbano, Luxemburgo e Suíça.

Todavia, entre as recomendações da OCDE e a prática das mesmas em cada membro efetivo ou simpatizante desta há uma figura que não pode ser desconsiderada, a Constituição. Esta representa os anseios de cada povo, um documento de reflexos históricos em que, via de regra, o direito à intimidade encontra-se tutelado. Mais especificamente no Brasil, encontra-se elencado entre os direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, X. Logo, pretender aplicar diretamente uma recomendação genérica sobre o sigilo bancário, de caráter internacional, no sistema jurídico brasileiro representa uma ameaça ao Estado brasileiro que tem dentre suas prerrogativas a de acolher normas e diretivas não conflitantes com o direito interno, conforme art. 5º, § 2º, em havendo conflito, como é o caso, valer-se das diretivas da OCDE consiste em recorrer à argumentação ajurídica e inócua.

Outrossim, a própria OCDE ressalta ao início de seus relatórios a importância de suas recomendações serem acolhidas de acordo com o direito interno e não como imposição, asseverando, mais especificamente com relação ao sigilo bancário que: “31. Devido à importância do sigilo bancário na banca de um país, há que vigiar-se o acesso da administração tributária à informação bancária. A supressão do sigilo bancário por motivos fiscais deverá realizar-se sempre com estritas precauções para garantir que a informação vá ser utilizada exclusivamente por razões especificadas por lei.”<sup>418</sup>

Logo, o novo cenário do direito ao sigilo na seara internacional só pode ser aplicado e recepcionado pelo direito brasileiro respeitando-se as peculiaridades do sistema deste, no caso o direito constitucional à intimidade.

---

<sup>418</sup> Relatório da OCDE de 2000, p. 45.

## 5 O SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL

### 5.1 TEORIA DO DIREITO À INTIMIDADE

O estudo do sigilo bancário na seara brasileira pressupõe, inelutavelmente, a análise da teoria do direito à intimidade para a melhor compreensão do desenvolvimento e perspectivas do instituto.

Pontuar o exato momento em que o homem sentiu a necessidade de ter uma parcela da sua vida ileso aos seus pares não representa uma tarefa fácil, ao contrário, a doutrina palpita em vários sentidos sem chegar a um ponto comum e essa divergência repercute também nas expressões afins como vida privada, privacidade e sigilo.

A par das divergências sobre a precisão histórica do direito à intimidade, no presente estudo partilha-se da concepção da origem grego-romana<sup>419</sup> do mesmo, em face da tutela atribuída às correspondências já naquela época, como manifestação das esferas apontadas por Aristóteles do público e do privado.

Sabe-se, todavia, que esse fenômeno só despertou interesse mais detido na doutrina e jurisprudência – saindo da compleição meramente da correspondência para abarcar outras manifestações - a partir do Século XIX com o célebre caso da atriz francesa que, depois de morta, teve sua figura divulgada pela imprensa<sup>420</sup>; e, de forma mais acirrada ainda, no *leading case* americano detalhado no artigo de Warren e Brandeis, considerado a primeira doutrina específica do tema, a qual seria rejeitada na Corte Suprema em 1902, sendo, todavia acolhida pela sociedade,

---

<sup>419</sup> PÁVÓN, Pilar Gómez. *La intimidad como objeto de protección penal*, p. 8: “Desde el mundo griego se han diferenciado las dos esferas donde se desenvolve la persona: pública y privada, y ya desde este momento se plantea la confrontación y valor de la libertad.”

repercutindo numa alteração de entendimento somente a partir de 1967, mais especificamente com o caso *Katz v. United States*, no qual foi considerada ilícita a prova obtida através de uma interceptação telefônica feita pelo FBI sem mandado judicial<sup>421</sup>.

Nascera juridicamente uma nova fase para a humanidade compreender os limites da convivência social além das temerosas correspondências. A tecnologia permitira ao homem conhecer novas formas de comunicação bem como de supervisão da vida alheia<sup>422</sup>. O homem não mais só pintava, fotografava; não só escrevia, falava ao telefone; não lia mais só livros, a imprensa o informava dos acontecimentos. O castelo de cartas marcadas, onde o maior “fuxico” demorava meses a proliferar, ganhava a cada dia novos instrumentos: jornais, revistas etc<sup>423</sup>.

Mas o homem também não podia se recolher, ser anti-social, logo teria de haver uma linha divisória entre o que se queria para si e o que ficaria ao alcance dos demais<sup>424</sup>, sob pena de sucumbir-se à tecnologia<sup>425</sup>.

---

<sup>420</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 13 e 53.

<sup>421</sup> Ver sobre o tópico em caso a excelente obra de SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, p. 54-80. Especialmente sobre o acolhimento da teoria de Brandeis e Warren ver p. 183-184. COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 13-15. No Brasil o *leading case* sobre esse direito é a PET 577/DF.

<sup>422</sup> Sobre o direito à intimidade em face da tecnologia ver: MORI, Michele Keiko. *Direito à intimidade versus informática*.

<sup>423</sup> “O inexcedível Eça de Queiroz, ao escrever a um amigo que lhe comunicara a intenção de fundar um jornal em Paris, sustentou que ‘foi incontestavelmente a imprensa que com a sua maneira superficial, leviana e atabalhoada de tudo afirmar, de tudo julgar, mais arraigou no nosso tempo o funesto hábito dos juízos ligeiros. O jornal oferece a cada manhã, desde a crônica até aos anúncios, uma massa espumante de juízos ligeiros, improvisados na véspera, à meia-noite, por excelentes rapazes que rompem a redação, agarram uma tira de papel e, sem tirar mesmo o chapéu, decidem com dois rabiscos da pena sobre todas as coisas do céu e da terra.’” Citado por COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só*, p. 68.

<sup>424</sup> PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, p. 170.

<sup>425</sup> Nesse sentido as palavras de Hannah ARENDT: “A distinção entre as esferas pública e privada, encarada do ponto de vista da privatidade e não do corpo político, equivale à diferença entre o que deve ser exibido e o que deve ser oculto. Somente a era moderna, em sua rebelião contra a sociedade, descobriu quão rica e variegada pode ser a esfera do oculto nas condições da intimidade.” Citado por NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*, p. 36.

A doutrina alemã desenvolveu, então, a teoria dos círculos concêntricos<sup>426</sup>, segundo a qual o homem possui quatro esferas<sup>427</sup> que o cercam em sua existência enquanto ser social – manifestações de sua personalidade – as quais vão se comprimindo, conforme a relação envolvida: público, privacidade, intimidade e sigilo.

A esfera do público refere-se à parcela da existência humana compartilhada com todos sem distinção, do melhor amigo ao transeunte que circula nesse momento em qualquer lugar do mundo<sup>428</sup>.

Já a da privacidade, o primeiro círculo propriamente dito, comporta as situações, informações, ações e atos um pouco mais pessoais, os quais a pessoa quer compartilhar com uma parcela mais restrita de seus pares. O círculo em que a confiança passa a compor as relações sociais com a troca de informações, sentimentos e testemunhos.<sup>429</sup>

Fecha-se, então, um círculo mais estreito o denominado de intimidade<sup>430</sup>, ao qual remançosamente a doutrina refere-se como “o direito de ser deixado em

<sup>426</sup> Sobre o assunto: FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*, COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 36 e ss. ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário & direito à intimidade*, p. 47-51.

<sup>427</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, p. 163 e 255 “[...] O nome ou quantidade dessas esferas variam de autor para autor, [...]”.

<sup>428</sup> Nas palavras de DONEDA<sup>428</sup>: “a esfera pública (Öffentlichkeitsbereich), onde circulam informações passíveis de serem conhecidas por todos, mesmo os que não pertençam necessariamente ao círculo de relações de seu titular, [...]” DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. *Correio Eletrônico (e-mail) e o direito à privacidade na Internet*, p. 5.

<sup>429</sup> Conforme FERRAZ JÚNIOR “A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por lhe dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão. [...] No direito à privacidade, o objeto é, sinteticamente, a integridade moral do sujeito. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 77. E, ainda, ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 82-83, ao afirmarem que a privacidade refere-se aos: “níveis de relacionamento social que o indivíduo habitualmente mantém oculto ao público em geral, dentre eles: a vida familiar, as aventuras amorosas, o lazer e os segredos dos negócios. Assim, dentro dessa esfera teríamos demarcado o território próprio da privacidade.” Os autores incluem no âmbito da privacidade as relações bancárias. TEPEDINO, Gustavo. *Informação e privacidade*, p.473-475.

<sup>430</sup> Ver a interessante obra de MIGUEL, Carlos Ruiz. *La configuración constitucional del derecho a intimidad*, p. 25-59, em que o autor discorre sobre o histórico do instituto e as teorias sobre o mesmo, com especial enfoque sobre a teoria do direito à intimidade com bases burguesas, por entender-se que protegendo a intimidade estar-se-ia protegendo a propriedade. O autor apresenta os argumentos

paz” numa alusão à definição proposta pelo juiz norte-americano Cooley, em 1873<sup>431</sup>. Esse corresponde à parcela mais própria do indivíduo, a do encontro consigo mesmo, seus problemas, alegrias, limitações e pensamentos mais íntimos, onde qualquer um, até mesmo a família, pode ferir esse círculo se nele penetrar<sup>432</sup>. Conforme Othon SIDOU o direito à intimidade “é, pois, o direito à dignidade humana, dêz que é aí onde ele vai buscar todo seu conteúdo ético.”<sup>433</sup> Ou ainda, conforme a definição exposta na Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade (1967): “o direito à intimidade é o direito do homem de viver de forma independente a sua vida, com o mínimo de ingerência alheia.”<sup>434</sup>

Essa inter-relação entre intimidade e dignidade humana transparece nos mais clássicos diplomas que tutelam o direito à intimidade, como a Declaração

---

contrários à mesma, concluindo no sentido adotado no presente estudo, ou seja, de que as bases do direito à intimidade encontra-se no sigilo de correspondência presente já na sociedade romana. Para Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR<sup>430</sup>: “A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 79. Mais detidamente sobre o histórico do direito à intimidade e discussões afins ver: ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário & direito à intimidade*, p. 41-77.

<sup>431</sup> PAVÓN, Pilar Gómez. *La intimidad como objeto de protección penal*, p. 14: “La intimidad se considera, pues, como la esfera íntima. En este sentido es clarificadora la definición propuesta por el juez norteamericano Cooley en 1873 como ‘el derecho a ser dejado en paz’” (The Elements of Torts, 1873). COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 12: A intimidade consiste “no direito de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada de curiosidade dos olhares e ouvidos ávidos.”

<sup>432</sup> René Ariel, DOTTI afirma: “a intimidade é um sentimento que brota do mais profundo do ser humano, um sentimento essencialmente espiritual.” DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, p. 68. Para José CRETELLA JUNIOR “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 a olhos estranhos”. CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*, vol. 1, p. 25. Todavia, o autor compreende que a intimidade reside no recesso do lar, o que em verdade representa privacidade e não intimidade, conforme os estudos dedicados especificamente ao tema. COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade* p. 52: “Consideram-se manifestações do direito à intimidade o direito à imagem, à defesa do nome, à tutela da obra intelectual, ao segredo (doméstico, epistolar, documental, profissional). São estes alguns dos aspectos dos direitos à intimidade, mas não todos. Mesmo porque a tutela da intimidade poderá ser estendida a outros atributos da personalidade, como a voz.” No sentido de COSTA JUNIOR, GRINOVER pondera que a tutela da intimidade não é taxativa podendo abranger novos atributos da personalidade. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 42.

<sup>433</sup> SIDOU, Othon. *Direito à intimidade*, p.10.

<sup>434</sup> DOTTI, René Ariel. *proteção da vida privada e liberdade de informação*, p. 73.

Universal dos Direitos do Homem de 1948<sup>435</sup>, a Convenção Européia para a Tutela dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>436</sup> e a Convenção Americana dos Direitos do Homem<sup>437</sup>.

Finalmente fecha-se o menor dos círculos: o do sigilo<sup>438</sup>. Este compõe-se do direito de não-revelar informações que sabe para terceiros, mantendo essas em seu foro mais reservado, representando a liberdade de não emitir o pensamento para além dos limites impostos por si mesmo ou por alguma norma.

Dessa esfera derivaram então direitos correlatos dependentes do titular: direito da pessoa que detém as informações, em decorrência de sua personalidade

<sup>435</sup> "Art. 12. Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda pessoa que tem direito à proteção da lei."

<sup>436</sup> "Art. 8º. Toda pessoa tem direito ao respeito à sua vida privada e familiar, ao seu domicílio e à sua correspondência."

<sup>437</sup> "Art. 11. Direito à vida privada.

Toda pessoa tem o direito de ter sua honra respeitada e sua dignidade reconhecida.

Ninguém pode ser objeto de interferência arbitrária ou abusiva em sua vida privada, sua família, seu lar ou sua correspondência, ou de ataques ilegais à sua honra ou reputação.

Toda pessoa tem o direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques."

<sup>438</sup> Na doutrina ora usa-se a nomenclatura sigilo ora segredo, palavras sinônimas, tendo-se adotado para o presente a denominação sigilo. COSTA JÚNIOR assevera: "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, muito chegados. Dessa esfera não participam sequer pessoas da intimidade do sujeito." COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 37. No mesmo sentido: PORTANOVA, Rogério Silva. *Informática: da tutela jurídica da privacidade ao segredo da indústria bélica*, p. 16. PONTES DE MIRANDA designa como aquela "liberdade de não emitir o pensamento para todos ou além de certas pessoas. Dessa liberdade nasce o direito ao sigilo da correspondência, porque se exerce aquela. Portanto, da liberdade de não emitir o pensamento irradia-se o direito ao sigilo". PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, tomo VII, p. 129. Nesse sentido: CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*, p. 268, diz esse autor que Pontes só complicou ao fazer tal exposição, pois em verdade o sigilo "[...] trata da mais ampla 'liberdade de emissão do pensamento, embora para um só, mas respeitada pelo Estado, quando protege esse tipo especial de emissão, mediante dispositivos de lei ou dispositivos constitucionais' ". E, ainda, "Assim como aos homens se reconheceu a liberdade ativa de emissão do pensamento, reconheceu-se a liberdade negativa: pensar, porém não emitir; saber, porém não dizer. Quem sabe e não quer dizer é livre, como quem ignorasse" MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, tomo V, p. 169. CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, v. 1, p. 268. CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, p. 558: "Por secreto debe entenderse no lo reservado, la vida interior o en soledad, sino 'aquellas situaciones, pensamientos y datos en general que pertenecen a la persona y que, por su índole o porque así lo quiere aquélla, están destinados a no expandirse ni ser conocidos por terceros'."

ou de sua profissão; direito da pessoa à qual a informação se refere<sup>439</sup>, por exemplo: o sigilo de correspondência e as informações do médico sobre seu paciente; e direito-dever de não revelar, decorrente do caso concreto ou de uma norma.<sup>440</sup>

Sobressaindo-se com mais acuidade o sigilo profissional<sup>441</sup> não só por sua notória antiguidade, mas pela positivação universal do mesmo a fim de resguardar informações trocadas entre cliente e profissional. Ao cliente não resta outro caminho senão o de revelar suas intimidades, sejam elas o pecado ao padre, a doença ao médico, a situação financeira ao banco, entre outras. Daí a importância de preservação dessas informações, pois não se trata de uma mera troca de informações, mas de um repasse coativo da intimidade<sup>442</sup> a tal ponto de considerar-se crime a revelação das mesmas, nos termos do art. 154 do Código Penal brasileiro<sup>443</sup>.

O sistema jurídico brasileiro resguardou o direito-dever ao sigilo profissional<sup>444</sup> desde sempre com suas bases consuetudinárias e, de forma infraconstitucional, com o Alvará Português de 1756, adentrando o sistema legislativo do Brasil imperial e, posteriormente, da República.

---

<sup>439</sup> GRINOVER destaca o segredo como “a defesa da pessoa da divulgação de notícias particulares, embora legitimamente conhecidas pelo divulgador.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 43.

<sup>440</sup> CENEVIVA, Walter. *Segredos profissionais*, p. 18.

<sup>441</sup> Especificamente sobre o tema ver: CENEVIVA, Walter. *Segredos profissionais*. Ver também a interessante notícia histórica do julgado de 1820 de tribunal inglês sobre o sigilo profissional violado por uma ajudante de veterinária que passara a vender fórmulas que aprendera com seu patrão. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*, p. 43. “O segredo profissional objetiva preservar aspectos eminentemente pessoais, impedindo que terceiros tenham conhecimento da vida alheia, resguardando-se a própria dignidade humana, que constitui um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. MELO, José Eduardo Soares de. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 304.

<sup>442</sup> Nesse sentido ver FRANCIULLI NETO, Domingos. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 128/129.

<sup>443</sup> LUÍS destaca a sanção à violação do sigilo profissional também no direito português. LUÍS, Alberto. *Direito bancário: temas críticos e legislação conexa*, p. 89.

<sup>444</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, p. 412-415.

### 5.1.1 A teoria dos círculos concêntricos no sistema brasileiro

A par da Declaração de Direitos de 1948, art. 12.1 e da IV Emenda Constitucional Americana<sup>445</sup> terem reconhecido o direito à vida privada como direito do homem, o Brasil só veio a incorporar tal direito com a CF/88; até então, desde a Constituição de 1824<sup>446</sup> a esfera resguardada de forma expressa era a do sigilo da correspondência e, a partir da Constituição de 1937, o domicílio também, formas indiretas de tutelar a intimidade.

Mas o legislador da Constituição de 1988, atendendo a um fenômeno mundial de preocupação com a ingerência de novas tecnologias na vida dos indivíduos<sup>447</sup> – computadores, câmaras, escutas<sup>448</sup> etc –, comprometedoras da paz e do equilíbrio da humanidade, acolheu em seu art. 5º, X e XII os tipos elencados pela teoria alemã, dispondo:

Art. 5º. [...]

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 e instrução processual penal;”

<sup>445</sup> Sobre a IV Emenda ver interessante passagem de SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, p. 171-179.

<sup>446</sup> Já nas Ordenações Afonsinas era sancionada a violação da correspondência no Livro Segundo Título CXXIII.

<sup>447</sup> Neste sentido ver: PINTO FERREIRA, Luís. *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 83-87. FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*, p. 136-138.

<sup>448</sup> Importante notar que Ruy Barbosa já em 1920 alertava que o legislador não poderia prever todas as formas de comunicação, daí o constituinte de 1824 só ter mencionado a correspondência, contudo a proteção deveria estender-se ao telegrafo. Parecer. *Revista dos Tribunais*, v. 37, p. 358.

Assim, teve início uma discussão acerca da distinção entre a esfera da intimidade e da vida privada, que para alguns representavam a mesma idéia, tendo o legislador constituinte sido redundante na adoção de ambos numa mesma disposição<sup>449</sup>. Já para outros a distinção é correta uma vez que a intimidade compõe aquela esfera mais restrita, como supra-exposto, ao passo que a vida privada seria mais abrangente, uma idéia aproximada da privacidade.<sup>450</sup> Existindo, ainda, aqueles que travam uma verdadeira confusão entre intimidade, privacidade e vida privada<sup>451</sup>.

Independentemente da discussão doutrinária prevaleceu perante o STF o entendimento de que falando em vida privada, privacidade ou intimidade, a nomenclatura propriamente dita não traz maiores conseqüências, a importância reside no que o legislador quis preservar, ou seja, a esfera do ser humano consigo e aqueles que escolheu como seus pares, sem a ingerência de terceiros.

Outra discussão travada a partir do inciso XII procurou definir o que quisera dizer o legislador com a expressão "sigilo de dados". Basicamente vieram duas teorias para justificá-la: uma de que o legislador referira-se aos dados em via de comunicação, aos processos telemáticos em crescente inserção na sociedade brasileira; e outra, para a qual os dados seriam meramente informações, independente da via de comunicação destas.

---

<sup>449</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*, p. 25.

<sup>450</sup> Ver SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, p. 273 e ss. COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 32. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*, p. 36. SILVA apesar de preferir adotar a expressão privacidade para designar vida privada e intimidade, acaba por traçar a distinção entre ambos. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 209-212.

<sup>451</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, p. 632. ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário & direito à intimidade*, p. 40-51, apesar da autora afirmar que partilha a concepção de COSTA JUNIOR, no transcorrer da obra ora fala em intimidade ora em privacidade ora em vida privada, principalmente na primeira parte da obra o que não leva à conclusão de qual o seu real posicionamento.

A primeira teoria em verdade visou restringir o campo de abrangência do inciso XII, do art. 5º à seara da informática<sup>452</sup> e os processos dessa derivantes que viessem a intervir na vida em sociedade<sup>453</sup>, segundo essa corrente o objeto tutelado não são os dados em si, mas a sua comunicação<sup>454</sup>.

Todavia, a doutrina que parece mais coerente com as diretivas internacionais é a segunda, uma vez que sejam as diretivas da OCDE, sejam da Comunidade Européia, elas falam em resguardar dados pessoais em qualquer tipo de fichário, informatizado ou manual, do setor público ou do setor privado, conforme extrai-se da Diretiva da CEE nº 46/95, e bem posiciona José Adércio Leite SAMPAIO ao tratar da proteção dos dados pessoais.<sup>455</sup>

Outrossim, como bem observa Alberto LUÍS:

nesta época do computer, todas a zona de reserva ou privacy está sob ameaça de conquista por parte da monstruosa burocracia que transforma os indivíduos em ficha e os reduz a uma síntese de dados registrados segundo critérios pré-ordenados e impiedosos [...]. O indivíduo é presa de uma antropologia de sinais e conotações, já não vive na sua cidadela, mas numa casa de vidro.<sup>456</sup>

Analisando-se a construção traçada sobre a intimidade, privacidade, vida privada e sigilo, percebe-se que todas essas esferas representam, diretamente, manifestações da personalidade humana, mais especificamente no pertinente ao

<sup>452</sup> “a Constituição ao se utilizar no art. 5º, inc. XII da expressão ‘dados’, quis se referir tão-somente a dados de computador.” LIMA NETO, José Henrique Barbosa Moreira. *Da inviolabilidade de dados: inconstitucionalidade da Lei 9.296/96 (Lei de interceptação de comunicações telefônicas)*, p. 191. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 71-72.

<sup>453</sup> Nesse sentido: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados*, p. 81 e ss. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, p. 102.

<sup>454</sup> Mais detidamente ver: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados*, p. 81 e ss. “Ora, como vimos, o inciso XII (proteção à comunicação de dados) impede o acesso à própria ação comunicativa, mas não aos dados comunicados.” Sobre a proteção dos dados comunicados e do avanço tecnológico em face do direito à intimidade ver: BENDA, Ernesto. *Dignidad humana y derechos de la personalidad*, p. 128-134.

<sup>455</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, p. 126-127.

<sup>456</sup> LUÍS, Alberto. *Direito bancário: temas críticos e legislação conexa*, p. 89.

direito à liberdade de fazer ou deixar de fazer algo de acordo com as suas concepções pessoais, permitindo ou vedando o acesso a sua vida.<sup>457</sup>

O homem em sua condição de ser livre pode dispor sobre quem compartilhará de sua vida, seus medos, suas paixões, seus temores, de sua seara familiar, de sua condição patrimonial, podendo subtrair inclusive e, principalmente, o Estado de ingerências sobre si a fim mesmo de afastar o totalitarismo do Grande Irmão.

Dessa concepção destaca-se a preocupação do homem em continuar a ser humano preservando um princípio elementar à sua existência, da dignidade humana.

Princípio esse que sofre ingerências na medida da mutação social a qual altera a própria compreensão do homem sobre si mesmo, daí o porque não haver um círculo fechado de definição das manifestações da: intimidade, privacidade e sigilo, pois estes acompanham a evolução do ser humano e, mais precisamente na Era da tecnologia, ganham a cada dia novos objetos influentes na vida humana que repercutem em nova configuração do conteúdo de cada um dos direitos suprarrelacionados.<sup>458</sup>

---

<sup>457</sup> Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. T. 7, p. 126. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, p. 43. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados*, p. 80.

<sup>458</sup> SAMPAIO afirma sobre o direito à intimidade que: "embora determinável em um certo tempo e lugar, esse conteúdo estará sempre aberto a novas interpretações, acréscimos e reduções, acompanhando as intempéries, contingências, mutações, enfim, a própria evolução da história humana, sem que isso importe 'fraqueza substancial'. Quer-se dizer que seu sentido é dinâmico, como dinâmica é a vida e mutável, como mutável é a compreensão humana de si mesmo e de seu devir." SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, p. 274.

## 5.2 O CONCEITO BRASILEIRO DE SIGILO BANCÁRIO

Plúrimos são os conceitos dirigidos ao sigilo bancário, seja na doutrina brasileira, seja na estrangeira. Todavia, pode-se distingui-los de acordo com a concepção da qual parte o expositor: dever profissional e direito-dever.

O dever profissional pode ser definido como “a obrigação imposta aos bancos de não revelar a terceiros, sem justa causa, os dados referentes a seus clientes que cheguem a seu conhecimento como consequência das relações jurídicas que os vinculam.”<sup>459</sup>

Na linha do direito-dever, ou seja, um direito do cliente do banco de não ver devassadas informações sobre a sua pessoa em posse do banco por comporem sua intimidade, com o correlato dever do banco de não franqueá-las, tem-se a seguinte definição:

a discricção que os bancos, os seus órgãos e empregados, devem observar sobre os dados econômicos e pessoais dos clientes, que tenham chegado ao seu conhecimento através do exercício das funções bancárias. Por cliente tem de entender-se aqui não só aquele que realiza operações no banco, mas também todo aquele que entra com ele em relações pré-negociais não chegadas a bom termo e em resultado das quais o banco ficou a dispor de um conjunto de informações sobre a pessoa, seus bens e negócios – informações que pertencem à esfera da sua vida privada e que ela não deseja ver divulgadas.”<sup>460</sup> (Grifo nosso.)

Este último conceito é que tem encontrado mais acolhida no sistema jurídico brasileiro, como poderá extrair-se da exposição a seguir.

---

<sup>459</sup> MALAGARRIGA, Juan Carlos. *El secreto bancario*, p. 15. LIMBORÇO, Lauro. *Sigilo bancário: o MNI – “Manual de normas e instruções” do Banco Central*. p. 15 e ss.

<sup>460</sup> LUÍS, Alberto. *Direito bancário: temas críticos e legislação conexa*, p. 88. Nessa linha: AUBERT, Maurice. *Secret professionnel du banquier*. Tirage à part des Fiches juridiques suisses, dez., 1970. COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 31 e ss.

### 5.3 DESENVOLVIMENTO E PROBLEMAS AFINS

Não bastassem as divergências sobre a história, natureza e conceito do sigilo bancário, outras questões, no transcorrer de sua evolução no sistema jurídico brasileiro, vieram a integrar estudos e pareceres sobre o tema, em decorrência dos conflitos despertados, principalmente após a Constituição de 1988.

Dentre esses conflitos destacam-se: o Ministério Público; o Tribunal de Contas; as Comissões Parlamentares de Inquérito; e o Fisco.

#### 5.3.1 Fisco

A máxima “daí a César o que é de César” pontuada há cerca de quase 2.000 anos já remete à imprecisão de se saber em que momento da história o tributo nasceu e, mais detidamente, a atividade fiscalizadora do Estado<sup>461</sup>.

Atividade esta elencada constitucionalmente no art. 174 como uma das funções do Estado, regulada no art. 145 e ss., e infraconstitucionalmente, de forma mais detida, pela Lei 5.172/66 – Código Tributário Nacional.

Correlata a essa função de fiscalização<sup>462</sup> existe, por parte do contribuinte, uma obrigação acessória de prestar informações positivada no art. 113, § 2º, do CTN a fim de o Estado controlar as atividades sujeitas ou não à tributação, numa relação de colaboração fisco-contribuinte.

Nesse cenário insere-se o direito ao sigilo bancário em face do fisco, pois nem sempre este se contenta com as informações prestadas por aquele.

---

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, p. 79 e ss.

<sup>461</sup> Breve passagem sobre a origem do fenômeno da tributação e, por conseguinte, da fiscalização ver: NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*, p. 5-6.

<sup>462</sup> Sobre a fiscalização tributária ver: FRANÇA, Reginaldo de. *Fiscalização tributária: prerrogativas e limites*.

### 5.3.1.1 Primeira fase (do Brasil Colônia à Lei 4.595/64)

Independentemente das atividades bancárias até a Revolução Industrial representarem pequena monta, só tendo alçado efetiva importância a partir do momento em que os brasileiros começaram a sair do interior para as grandes cidades e, literalmente, deixaram de depositar em seus “colchões” para depositar nos bancos, o sigilo bancário revestia-se de caráter absoluto em consideração ao costume herdado das terras do além mar, principalmente em face do, hoje brocardo popular, disposto no Alvará Português de 1756: “o segredo é a alma do comércio”<sup>463</sup>.

Brocardo este incorporado ao Código Comercial (1850) nos arts. 17 a 20, tendo a doutrina elencado, dentre aqueles sujeitos a essa disposição legal, os bancos.<sup>464</sup> Estes passaram então a valer-se dessa norma para justificar o dever de sigilo de forma absoluta, bem como do art. 192 do Código Penal de 1890<sup>465</sup> e do art. 153 da Constituição de 1824<sup>466</sup>. O reforço veio com o Código Civil (1916) que em seu art. 144<sup>467</sup> pontuou o dever de sigilo profissional, sem excepcioná-lo<sup>468</sup>.

Mas, a doutrina da relativização de direitos em face do interesse público começara a adentrar os tribunais do país, bem como as concepções positivistas e, a

<sup>463</sup> VIDIGAL, Geraldo. *O sigilo bancário e o fisco*, p. 5.

<sup>464</sup> Neste sentido MENDONÇA ponderou que: “um dos preceitos mais recomendáveis aos banqueiros é a guarda do segredo dos negócios de seus clientes.” MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. VI, p. 82.

<sup>465</sup> AZEVEDO lembra que no Código Penal de 1890, não havia exceção, considerando-se crime a violação, sob qualquer pretexto, do sigilo profissional. AZEVEDO, Noé. *O sigilo bancário*, p. 428.

<sup>466</sup> O dispositivo em tela versava sobre o sigilo de correspondência. Nesse sentido MENDONÇA equiparava o sigilo da escrituração comercial ao de correspondência, o qual estendia-se às operações bancárias. MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. II, 1911, p. 226. Para AZEVEDO essa fundamentação era inconcebível. AZEVEDO, Noé. *O sigilo bancário*, p. 414 e 417.

<sup>467</sup> CCB/02, art. 249, I.

<sup>468</sup> À época a teoria predominante para justificar o direito ao sigilo bancário era a do sigilo profissional derivado do costume. Neste sentido ver os primeiros textos específicos sobre o tema: ABREU, Florêncio de. *Abolição do sigilo comercial*, p. 73-79; e, em resposta a ABREU ver: AZEVEDO, Noé. *O sigilo bancário*, p. 428. Em textos não específicos ver: MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. VI, p. 82. (Apesar da consulta efetuada ter se reportado à 7ª edição, os textos consultados afirmam que desde a 1ª edição, o posicionamento do autor já era no sentido do sigilo bancário representar um dever profissional.). DUARTE também via o sigilo bancário tutelado

máxima consuetudinária do sigilo bancário passou a ser vista com novas bases. A discussão teria início.

O Código Penal (1940), art. 154<sup>469</sup> ao dispor sobre o dever de sigilo profissional, apontou exceção para a hipótese de determinação judicial. O Supremo Tribunal Federal – na linha de reiteradas decisões dos tribunais inferiores - pacificou a questão<sup>470</sup>, dispondo ser passível de exceção o sigilo bancário, enquanto manifestação do dever de sigilo profissional<sup>471</sup>, em face de determinação judicial.

Em 1952, a Lei 1.579 ao regulamentar as Comissões Parlamentares de Inquérito franqueia o acesso destas, no exercício de suas atividades investigatórias, às informações dos bancos<sup>472</sup>.

Em meio a esse cenário editou-se a Lei 4.595/64 (Lei do Sistema Financeiro Nacional), disciplinando no art. 38<sup>473</sup> o dever de sigilo bancário, com

pelo Código Penal de 1890 no tópico pertinente ao sigilo profissional. DUARTE, José. *Segredo profissional*. Revista dos Tribunais, v. 120, p. 691-703.

<sup>469</sup> "Na atualidade, é geralmente reconhecido que entre os *confidentes necessários* legalmente obrigados à discrição, figuram os banqueiros. Notadamente nas operações de crédito o sigilo bancário é uma condição imprescindível, não só para a segurança do interesse dos clientes do banco como para o próprio êxito da atividade bancária. Raros seriam os clientes dos bancos, se não contassem com a reserva do banqueiro e seus prepostos. Em nenhuma outra atividade profissional é de atender, com mais adequação, à advertência de que *a alma do negócio é o segredo*" HUNGRIA, Nélson. *Comentários do Código Penal*, vol. VI, p. 271.

<sup>470</sup> RT 179/650; RT 197/477; RT 298/768. RT 312/153; RF 143/154. Esse posicionamento equiparase ao adotado pelo Banker's Book Evidence Act de 1879, segundo o qual: "O Banco ou qualquer empregado seu não pode, em ação penal na qual não seja parte, ser compelido a exibir livro do estabelecimento, nem a depor como testemunha sobre as matérias nele contidas, salvo por ordem judicial, expedida por motivo especial." Ver íntegra em AZEVEDO, Noé. *O sigilo bancário*, p. 423.

<sup>471</sup> Para AZEVEDO, partidário ferrenho do positivismo, o sigilo bancário não se incorporava ao sigilo profissional por não haver qualquer lei incluindo o mesmo dentre as profissões sujeitas a esse dever. "Não encontramos texto algum de lei, nem ensinamentos de doutrina, que imponha ao banqueiro obrigação de guardar segredo sobre os depósitos e levantamentos de dinheiro que os correntistas façam nos seus estabelecimentos." Aliás para o autor "a recusa dos bancos em darem as informações requisitadas é idêntica a do dono de uma garagem, onde o ladrão de um automóvel o tivesse guardado depois da subtração, e que se negasse a prestar informações sobre esse fato à Justiça." AZEVEDO, Noé. *O sigilo bancário*, p. 414-415.

<sup>472</sup> Ver Revista Forense, v. 148, p.152.

<sup>473</sup> Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

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

especial atenção ao fisco, o qual, em face do desenvolvimento das operações bancárias e da crescente interferência destas na economia, despertara seu interesse.

Iniciava assim, um novo período do direito ao sigilo bancário em face do fisco.

### 5.3.1.2 Segunda fase (da Lei 4.595/64 à CF/88)

O advento da Lei 4.595/64 trouxe a possibilidade de franqueamento de informações bancárias às autoridades fiscais desde que preenchidos os requisitos legais: “processo instaurado” e “autoridade competente”, conforme art. 38, § 5º:

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

[...]

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

---

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

§ 3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

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

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

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

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

Uma nova discussão travou-se entre o fisco e o contribuinte, pois de acordo com a administração tributária o processo e a autoridade competente citadas pelo dispositivo legal eram o processo administrativo e a autoridade administrativa, no caso o Diretor do Departamento, Delegados Regionais Seccionais ou Inspetor, conforme Portaria do Ministério da Fazenda 496/68.

Proliferaram então requisições do fisco às instituições bancárias visando à obtenção de dados resguardados por estas e, por conseguinte, manifestaram-se doutrina e jurisprudência sobre o tema ora firmando-se no sentido do fisco, ora do contribuinte, considerando como autoridade competente aludida pela lei, a autoridade judicial e o processo instaurado como o judicial.<sup>474</sup>

Mas, eis que adveio a Lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional) dispondo em seu art. 197 que: os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras estavam obrigados a prestar informações sobre os bens, atividades ou negócios de terceiros à autoridade administrativa, mediante intimação escrita; salvo no caso em que a informação estivesse resguardada pelo sigilo em razão do cargo, função, atividade ou profissão, hipótese em que somente mediante autorização judicial poder-se-ia fornecer os dados bancários<sup>475</sup>.

Pautado nesse novo dispositivo o fisco insurgiu-se afirmando ter sido o direito ao sigilo bancário positivado na Lei 4.595/64, art. 38, superado pela nova sistemática, uma vez que a Lei 5.172/66 não resguardara as atividades bancárias como sigilosas. E o argumento que mais aflorou foi de não ser o sigilo bancário manifestação do sigilo profissional<sup>476</sup>. Neste momento houve uma clara discrepância

---

<sup>474</sup> REsp 37.566-5/RS.

<sup>475</sup> HAGSTROM destaca a incompatibilidade entre o art. 197, II e seu parágrafo único. In HAGSTROM, Carlos Alberto. *O sigilo bancário e o poder público*, p. 50.

<sup>476</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*, p. 993. Ao tratar do art. 197, parágrafo único BALEEIRO assevera: "Não é porém o caso dos banqueiros, p. ex., que não estão adstritos às

entre a construção do instituto do sigilo bancário e a sua unânime doutrina de ser derivante do sigilo profissional com a concepção positivista de esquerda, segundo a qual o sigilo bancário estaria resguardando a propriedade, não merecendo maior tutela<sup>477</sup>.

Essa posição não ganhou a menor acolhida na doutrina e jurisprudência pátria, haja vista a notória concepção de ser o sigilo bancário integrante do sigilo profissional, conforme reconhecido no transcorrer da evolução do mesmo, nas teorias justificadoras dele e na doutrina<sup>478</sup>.

Entretanto, as requisições das autoridades administrativas que, até então, encontravam um certo limite na Portaria MF/496/68 alçaram patamares invejáveis com a suposta prerrogativa de que qualquer fiscal poderia sujeitar os bancos a fornecer as informações exigidas.

A doutrina, todavia, firmou entendimento de não ter a Lei 5.172/66 derogado a 4.595/64, pelo contrário, a reforçara.

A linha de pensamento condutora desta conclusão foi a seguinte: em se tratando o direito ao sigilo bancário de parcela do segredo profissional reconhecido consuetudinariamente, a Lei 5.172/66 ao ressalvar no parágrafo único do art. 197 as informações obtidas em caráter de sigilo profissional acabou por manter a obrigatoriedade do dever de sigilo bancário e, por conseguinte, excepcionando o mesmo somente nas hipóteses previstas pela Lei 4.595/64<sup>479</sup>.

---

mesmas regras éticas e jurídicas de sigilo. Em princípio só devem aceitar e ser procuradores para negócios lícitos e confessáveis." FANUCHI, Fábio. *Curso de direito tributário brasileiro*, p. 413. 1 v.

<sup>477</sup> ROQUE e QUEIROZ são assíduas partidárias dessa concepção de ser o sigilo bancário manifestação da propriedade. Ver ROQUE, Maria José de Oliveira. *Sigilo bancário & direito à intimidade*; e MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. *Do lançamento tributário – execução e controle*, p. 143-146.

<sup>478</sup> Nesse sentido ver: RODRIGUES, Benjamin. *O sigilo bancário e o sigilo fiscal*, p. 106 e ss.

<sup>479</sup> Neste sentido: LIMBORÇO, Lauro. *Sigilo bancário: o MNI – "Manual de normas e instruções"* do Banco Central. p.19-20. Extremamente interessante a abordagem do autor sobre os poderes do Banco Central em acessar dados bancários em face da Res. 469/78, pois ao concluir pela ilegalidade da norma, afirma a flexibilidade do sigilo bancário somente nos termos da Lei 4.595/64, art. 38. O

Salutar nesse sentido a seguinte passagem de Lauro LIMBORÇO:

A prosperar uma interpretação isolada do disposto no art. 197, II, do CTN, estar-se-ia consagrando o arbítrio, o reinado da curiosidade, enfim, um regime tributário-policialesco.

A jurisprudência recomenda que, na dúvida, a lei fiscal se interprete a favor do contribuinte.

Além disso, as leis que abrem exceções às regras gerais (no caso, o sigilo) interpretam-se restritivamente.

Enfim, é o in dubio contra fiscum.

Deste modo há que prevalecer, sobre o Código Tributário Nacional, a regra geral prevista no art. 38, § 5º, da Lei 4.595, que permite à autoridade fiscal requisitar informações aos bancos com referência a assunto resguardado pelo sigilo bancário, desde que haja prévio processo e que essa informação seja declarada indispensável pela autoridade competente.

Não sendo assim, toda a privacidade que se pretendeu resguardar com o sigilo bancário cederia diante de simples curiosidade dos agentes da fiscalização fazendária.<sup>480</sup>

Essa justificativa foi adotada pelo STF em 1971, no julgamento do REXT 71.640-BA<sup>481</sup>, contudo a questão não se tornaria pacífica, pois o argumento de ser o sigilo bancário parcela do sigilo profissional continuava a ser rejeitado por parte da doutrina<sup>482</sup> e do fisco.

A essa época o fisco passou a valer-se de extratos bancários dos contribuintes para imputar tributo. A questão foi levada aos tribunais, o fisco

mesmo tema – acesso do Banco Central ao sigilo bancário – que foi abordado mais tarde por HAGSTROM, o qual perfilhou a conclusão de LIMBORÇO. HAGSTROM, Carlos Alberto. *O sigilo bancário e o poder público*, p. 50. BARRETO, Lauro Muniz. *Questões de direito bancário*, vol. 1, p. 29-44. BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, p. 803 e ss. LIMA, Rogério. *Pode o fisco, por autoridade própria, quebrar o sigilo do contribuinte?* p. 151 e ss.

<sup>480</sup> LIMBORÇO, Lauro. *Sigilo bancário: o MNI – “Manual de normas e instruções” do Banco Central*, p. 19.

<sup>481</sup> Ver ainda: TFR, AC 47.875-MG; STF, RE 71.640-BA.

<sup>482</sup> Nota-se nessa corrente doutrinária – cujo destaque é BALEEIRO – a veia positivista de que há necessidade de uma lei prevendo expressamente o dever de sigilo profissional dos bancos para este

argumentava que a tributação se dava somente após o contribuinte, tendo sido notificado a esclarecer a disparidade entre a declaração de renda e as informações bancárias, ter se omitido, o que implicaria presunção de fraude contra a administração tributária. A jurisprudência manifestou-se reiteradas vezes em sentido contrário ao fisco, afirmando ser deste o ônus da prova de estar o contribuinte cometendo a fraude, mesmo porque “os depósitos bancários, embora possam refletir sinais exteriores de riqueza, não caracterizam, por si só rendimentos tributáveis. Para tanto, faz-se mister a demonstração do aumento patrimonial e do aumento de receita de modo inequívoco”<sup>483</sup>, considerando-se insubsistente qualquer procedimento fiscal pautado nessas presunções.<sup>484</sup>

As reiteradas decisões nesse sentido culminaram com a Súmula 182 do TFR, segundo a qual é ilegal a tributação por presunção decorrente de extratos bancários.

A questão atingiu então patamares constitucionais com a proposta de Emenda Constitucional nº 11/94 que pretendia dar a seguinte redação ao art. 153, § 9º da CF/67 com a EC/69: “É inviolável o sigilo bancário, da correspondência e das comunicações em geral. A conta bancária do indivíduo não será objeto de investigação, nem servirá de base impunível para a tributação.”<sup>485</sup> Antes mesmo de ser analisada à luz da constituição vigente foi promulgada a Constituição Federal de 1988.<sup>486</sup>

---

ser respeitado. Renegam, desta forma, toda a construção histórica do instituto, eminentemente de base consuetudinária, para vê-lo a luz de um proliferante sistema legislativo.

<sup>483</sup> TFR, AC 68.350/SP.

<sup>484</sup> Ver ainda: RTFR 123/129-132; RTFR 112/33-35; RTFR 117/150-157. RTFR 106/144-150.

<sup>485</sup> Segundo informa MELLO FILHO, Álvaro. *Dimensões jurídicas do sigilo bancário*, p. 466-477.

<sup>486</sup> Há um interessante julgado do TFR em que o MPF pedira a instauração de inquérito contra gerente de banco suspeito de violar o sigilo bancário a favor da ECT em 1974. Apesar do julgado discutir mais precisamente questões de competência e política, percebe-se a preocupação com a preservação do sigilo bancário por parte do próprio MPF na sua incessante busca de sancionar o funcionário que violara o mesmo. HC 4.337/SP in RTRF 71.

### 5.3.1.3 Terceira fase (da CF/88 à LC 105/01)

Antes de analisar-se propriamente a terceira fase do sigilo bancário no Brasil há de se destacar o novo cenário social da economia e das relações sociais a partir do fenômeno tecnológico iniciado nos anos 70.

Nos idos de referida década teve início um novo fenômeno que viria a influir na sociedade e, por conseqüência, no direito, era o fenômeno de tecnologia que saía da seara de preparativos de guerra para fazer parte da vida do homem comum: máquina de lavar, secar, aspirador de pó e, com destaque, computador. O mundo jamais seria o mesmo a partir de então<sup>487</sup>.

Nascia a sociedade da informação fortalecida com a popularização da *internet*, a qual veio a permitir um acesso democrático a informações globais num processo célere e jamais imaginado, mas propiciando também a invasão e propagação de informações dos indivíduos de forma indiscriminada, representando um risco da desconsideração de manifestações pessoais do indivíduo contidas em bancos de dados com a mais variada gama informações sobre a pessoa.

O direito à intimidade passaria, então, a ter um novo conteúdo, qual seja, a tutela de informações versus a liberdade de informática.<sup>488</sup>

Essa preocupação levou à positivação constitucional e infraconstitucional do sigilo de dados como manifestação da dignidade humana, configurando-se como mais um direito fundamental<sup>489</sup>.

---

<sup>487</sup> Sobre a Revolução Tecnológica ver: FOLMANN, Melissa. *Sigilo bancário e fiscal à luz da LC 105/01 e do Dec. 3.724/01*, p. 55-64.

<sup>488</sup> Sobre o desenvolvimento da tutela do sigilo de dados enquanto manifestação do direito à intimidade ver: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, p. 474-508.

<sup>489</sup> Conforme HESSE trata-se do *direito à autodeterminação em relação à informação* assim entendida como "a faculdade do particular determinar, fundamentalemnte, mesmo sobre a revelação e emprego de seus dados pessoais." HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República da Alemanha*, p. 329.

A precursora dessa tutela na perspectiva constitucional foi a Constituição Portuguesa, de 1976, em seu art. 26, já no plano infraconstitucional foi a legislação Alemã.

Em meio a esse cenário tecnológico vários serviços estatais e privados passaram a ser efetuados com a ajuda do computador ou mesmo da internet, dentre eles as atividades bancárias como pagamento de contas, recebimento de impostos, aplicações no mercado mobiliário; passando o banco por vezes a ser intermediário entre fisco e contribuinte, por exemplo, no recebimento de Declaração de Imposto de Renda – DIR.

Como alerta Norberto BOBBIO:

nenhum déspota da antigüidade, mesmo que houvesse conseguido rodear-se do maior numero de guardas e de espíões, nunca teve a possibilidade de ter tantas informações sobre seus súditos como a que permite uma eficiente instalação de sistemas eletrônicos a qualquer governo atual. Certamente seria uma grave derrota da democracia, nascida com a promessa de transparência do poder, que o governo poderia ver sem ser visto.<sup>490</sup>

Uma nova realidade econômico-financeira derivou também desse cenário, constituindo-se a chamada economia global com o fortalecimento da figura bancária, na medida em que as transações financeiras romperam barreiras nacionais e o homem tornou-se um ser do mundo.

Logo, tecnologia e economia globalizada são os elementos desse novo cenário de análise do sigilo bancário, os quais, como restará demonstrado, muitas vezes são desconsiderados.

Na construção e desenvolvimento da Era Tecnológica e da economia globalizada foi publicada a CF/88, sendo que a primeira questão sobressalente com a edição desta foi a da recepção ou não das normas 4.595/64 e 5.172/66, uma vez

---

<sup>490</sup> Citado por LÓPEZ, F. Javier Tua. *El secreto bancario y tributario en España.*, p. 282-283.

que o novo sistema constitucional previa serem os temas tratados por estas da alçada de Lei Complementar, conforme arts. 192 e 146, III, respectivamente. As referidas leis foram acolhidas então como Leis Complementares, sujeitando-se a alterações somente mediante o sistema imposto a essa modalidade legislativa<sup>491</sup>.

Resolvido esse ponto restava ao sistema jurídico brasileiro responder a outra dúvida despertada por dois dispositivos – em meio à exaustiva enumeração de direitos e deveres da Constituição de Federal de 1988 – os incisos X e XII do art. 5º.

O direito ao sigilo bancário que até então se encontrava, segundo a doutrina majoritária<sup>492</sup>, no plano infraconstitucional passou a ser reconhecido pela jurisprudência e doutrina como norma constitucional, divergindo, contudo, em qual dos incisos encontraria guarida.

Diante desse contexto a doutrina nacional pode ser dividida em três partes, conforme o argumento de tutela ao sigilo bancário: a) doutrina do sigilo bancário como manifestação do direito à intimidade, nos termos da CF/88, art. 5º, X; doutrina do sigilo bancário como manifestação da proteção ao sigilo de dados, conforme CF/88, art. 5º, XII; e, fugindo dos incisos constitucionais para dispositivos do Estado Democrático de Direito, a doutrina do sigilo bancário como manifestação do direito à liberdade.

#### *5.3.1.4 Doutrina do sigilo bancário como manifestação do direito à intimidade, nos termos da CF/88, art. 5º, X*

Preliminarmente cumpre destacar que, ao contrário do pensamento dominante de ter o sigilo bancário vinculado-se à questão da intimidade só com a

---

<sup>491</sup> Ver Parecer AGU de nº GQ 110/96, da lavra de Miguel Pró de Oliveira Furtado, p. 119/120. in RDDT, n. 14. Bem como AI 189.047-2/1/TJSP in RT 679/107.

<sup>492</sup> Destaque-se que MENDONÇA já em seu Tratado de Direito Comercial à luz da CF/46 argumentava estar o sigilo bancário sob o manto constitucional do sigilo à correspondência.

edição da Constituição de 1988, já J. X. Carvalho de MENDONÇA (1911)<sup>493</sup>, Cáo TÁCITO (1965)<sup>494</sup>, Lauro LIMBORÇO (1983)<sup>495</sup>, Ary Brandão de OLIVEIRA (1983)<sup>496</sup> e Sérgio Carlos COVELLO (1989)<sup>497</sup> apontavam o tema como pertinente ao direito à intimidade.

Posicionamento justificável na análise da construção histórica do direito ao sigilo bancário, pois as relações bancárias travadas entre o cliente e o banco desde o início representaram uma tratativa de confiança de um indivíduo para outro não só no sentido material de guarda de valores, mas também de resguardo de informações pertinentes à pessoa em sua esfera restrita. Conforme ficou pontuado no tópico sobre as origens do sigilo bancário, já nos templos – considerados os primeiros bancos – as transações de guarda de valores revestiam-se de um teor secreto a fim de preservar o indivíduo, atitude incorporada às instituições bancárias quando se deslocaram dos templos para a atividade privada.

O passar dos tempos e a evolução social permitiram às instituições financeiras tornarem-se onipresente na sociedade humana, das atividades cotidianas mais simples, como pagar uma conta de luz, à transferência internacional de valores, aumentando ainda mais o grau de informações que obtêm sobre as pessoas e, por conseguinte, o dever de guarda dessas informações, as quais de uma esfera da intimidade meramente patrimonial alçaram patamares personalíssimos. Nas palavras de Celso Ribeiro BASTOS “a conclusão inexorável é que todos entram em contato com os bancos e aí deixam registrada uma parcela de

---

<sup>493</sup> MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. II, p. 226.

<sup>494</sup> TÁCITO, Caio. *Sigilo nas operações das instituições financeiras*, vol. 1, p. 929.

<sup>495</sup> LIMBORÇO, Lauro. *Sigilo bancário: o MNI – “Manual de normas e instruções” do Banco Central*, p. 19-20.

<sup>496</sup> OLIVEIRA, Ary Brandão de. *Considerações acerca do segredo bancário*, p. 120.

<sup>497</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 156 e ss.

sua vida íntima, de tal sorte que a biografia de um homem poderia ser escrita praticamente a partir de seus extratos bancários.”<sup>498</sup>

Essa linha doutrinária, entretanto, não encontrava fundamento constitucional específico, restando-lhes coligar o direito à intimidade à inviolabilidade de correspondência presente no texto constitucional de 1824<sup>499</sup>, ou firmá-la como norma implícita ao sistema democrático de direito, uma vez que era ponto pacífico nos diplomas paradigmas das relações humanas, quais sejam: a Declaração de direitos de 1948, art. 12, e a Emenda IV da Constituição Americana, o direito do homem à intimidade. Todavia, em face da linha positivista adotada pelo Brasil, uma argumentação centrada somente neste argumento estaria fadada ao insucesso, logo, recorrer à legislação infraconstitucional representava a melhor conduta.

A positivação do direito à intimidade no diploma constitucional, nesse sentido, representou o acolhimento do legislador constitucional de uma norma implícita à convivência humana e de diretivas internacionais sobre os direitos humanos, mais especificamente à dignidade humana, na medida em que uma grande parcela da liberdade do homem está em não sofrer ingerências dos demais em assuntos reservados à sua pessoa.

À primeira vista parecia irrefutável a presença do direito ao sigilo bancário num grau mais elevado: Constitucional, haja vista os dados bancários serem pertinentes à seara íntima das pessoas e em essa tutelando a intimidade tutelaria o sigilo bancário<sup>500</sup>.

Pois como bem ressalta Alberto LUÍS:

---

<sup>498</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Sigilo bancário*, p. 57-58.

<sup>499</sup> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: XXVII. O Segredo das Cartas é inviolável. A Administração do Correio fica rigorosamente responsável por qualquer infração deste Artigo.

o segredo bancário diz respeito, predominantemente à esfera privada de ordem econômica, que é merecedora de tutela, tanto ou mais que outros aspectos. As pessoas falam mais facilmente de sua saúde que da sua fortuna. 'Aquele que pergunta pela nossa saúde não nos parece indiscreto. Nós vemos nisso uma prova de interesse, mais do que indiscrição. Pelo contrário, não passará pela idéia de ninguém perguntar a uma pessoa conhecida se ela tem um depósito de títulos no banco (Delachaux).<sup>501</sup>

Mas a questão não findara nessa premissa nuclear.

Apareceram então três correntes: a) do direito absoluto à intimidade e, conseqüentemente ao sigilo bancário, derogando-se a Lei 4.595/64; b) do direito relativo à intimidade e, conseqüentemente ao sigilo bancário; c) da não incorporação do direito ao sigilo bancário ao texto constitucional.

A) Do direito absoluto à intimidade e, conseqüentemente, ao sigilo bancário, derogando-se a Lei 4.595/64. Presa à concepção arcaica dos direitos absolutos, essa corrente sustentava que o direito ao sigilo bancário estaria no corpo constitucional tutelado no inciso X, enquanto parcela da intimidade humana, não sendo passível de exceção. Pois, de acordo com essa argumentação, se o legislador constituinte não salvaguardara qualquer empecilho ao exercício do direito à intimidade, o legislador constitucional não poderia fazê-lo, logo, todas as leis impondo exceções ao sigilo bancário seriam inconstitucionais.<sup>502</sup>

Nessa linha posicionara-se Paulo BROSSARD afirmando que:

Nenhuma lei poderá ser feita que viole a intimidade da pessoa, sua vida privada, honra e imagem, que são invioláveis, diz a Constituição, art. 5º, X, como inviolável é o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, art. 5º, XII. Operações bancárias se fazem por carta, telegrama, atualmente por telefone; ora tudo isso é protegido rigorosamente pelo sigilo, admitindo a Constituição uma só exceção, relativamente às comunicações telefônicas, desde que para fins de

<sup>500</sup> Como bem destaca FRANCIULLI NETO: "o direito ao segredo não é senão um aspecto particular do direito à intimidade." FRANCIULLI NETO, Domingos. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 123.

<sup>501</sup> LUIS, Alberto. *Direito bancário: temas críticos e legislação conexa*, p. 88.

<sup>502</sup> CAMPOS indiretamente partilha dessa linha por considerar que o sigilo bancário só poderia ser afastado em caso de homicídio ou crimes contra a pessoa de alta gravidade. CAMPOS, Diogo Leite. *O sigilo bancário*, p. 173-176.

investigação criminal ou de instrução penal, e só em tais casos o sigilo pode ser levantado, mas e ainda mais assim, sempre e exclusivamente, por ordem judicial, art. 5º, XII, in fine. Este é o princípio fundamental, assegurado como direito individual.<sup>503</sup>

Todavia, como já afirmado alhures não se concebe mais no regime jurídico direitos absolutos, reconhece-se sim uma inerente necessidade de ponderação dos interesses em conflito a fim de atingir o Estado de Direito almejado socialmente<sup>504</sup>. Pois, como bem observa Konrad HESSE: “os direitos fundamentais devem ser utilizados somente conforme o seu espírito, não contrário ao seu espírito.”<sup>505</sup>

B) Do direito relativo à intimidade e, conseqüentemente ao sigilo bancário. Teoria adequada à concepção mais moderna de inexistirem direitos absolutos, pregando a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade na análise dos direitos em conflito, admitiu a possibilidade do direito à intimidade ceder em razão de outro na análise do caso concreto<sup>506</sup>.

Adotada majoritariamente no Brasil<sup>507</sup>, reconheceu o direito ao sigilo bancário como parcela do direito à intimidade, por serem as informações bancárias

<sup>503</sup> BROSSARD, Paulo. *Defesa do consumidor: atividade do Ministério Público – incursão em operações bancárias e quebra de sigilo – impossibilidade de interferência*, p. 94. MARTINS apesar de se referir ao sigilo bancário como sigilo de dados, também o considera absoluto, não podendo ceder nem mesmo em face do Poder Judiciário. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001*, p. 33.

<sup>504</sup> Nas palavras de DELGADO: “É de ser lembrado que não existe direito fundamental individual absoluto. A sua proteção constitucional há de ser deferida em harmonia com os valores construtores da cidadania. Se, em determinado momento, em razão de fatos concretos, existir necessidade de ser quebrado o sigilo bancário para impor-se moralidade e legalidade, cabe ao Estado, pela via do seu Poder Judiciário, considerar essa circunstancia relevante, por ter o zelar pelo bem-estar dos componentes da Nação e pela dignidade dessa.” DELGADO, José Augusto. *Os sigilos bancário e fiscal no ordenamento jurídico brasileiro*, p. 110-111. No mesmo sentido CAVALLÉ menciona a posição da Corte Constitucional Espanhola ao analisar o direito à intimidade como um direito fundamental relativo. CAVALLÉ, Angel Urquizu. *El secreto bancario y tributario en España*, p. 270/271.

<sup>505</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 517.

<sup>506</sup> “Disposto como direito fundamental, por extensão da proteção à vida privada, o sigilo bancário constitui, na verdade, o que a doutrina chama de direito individual relativo, isto é sua proteção pode ceder diante do interesse público relevante e maior a exigir a divulgação dos dados individuais, desde que, entretanto assegurados o devido processo legal e todas as garantias de preservação da vida privada.” TAVARES, Juarez. *A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada*, p. 107.

<sup>507</sup> Nesse sentido concluiu o III Colóquio Internacional de Direito Tributário ao focar o sigilo bancário. III Colóquio Internacional de Direito Tributário, 17-18 de agosto de 2001. São Paulo: IOB A

lídimas expressões da personalidade do cidadão<sup>508</sup> – diretamente relacionadas à dignidade humana –, as quais devem ser reservadas ao seu titular e àqueles aos quais o mesmo as confiou, excetuando-se somente nas hipóteses previstas pela Lei 4.595/64, art. 38.

Neste sentido Roberto Quiroga MOSQUERA enfaticamente assevera ser:

incontroverso que os dados e informações de natureza bancária dizem respeito à intimidade e à vida privada dos cidadãos. Dados que dizem respeito ao valor em dinheiro depositado em contas correntes bancárias, tipos e características de aplicações financeiras, ganhos ou prejuízos auferidos ou incorridos em operações bursatéis, etc., são, sem sombra de dúvida, elementos particulares e pessoais de qualquer indivíduo. Utilizando outra voz: informações que tocam no aspecto financeiro do ser humano representam íntimo e personalíssimo, devendo ser mantidas em sigilo por aqueles que eventualmente as detenham, em razão de sua atividade profissional. Parece-nos que tal conclusão é de uma clareza incontestável.<sup>509</sup>

---

THOMPSON COMPANY, p. 7-530. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sigilo bancário*, p. 15-25. BASTOS, Celso Ribeiro. *Sigilo bancário*, p. 57-58. TAVARES, Juarez. *A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada*, p. 105-111. OLIVEIRA, Régis de. *Aspectos constitucionais do sigilo bancário*, p. 98-99. MONDAINI, Flávio. *Sigilo bancário: o direito à privacidade e a sua aplicação na cobrança da dívida ativa do INSS*, p. 45-99. STURZENEGGER, Luiz Carlos. *A CPMF e a Medida Provisória 2.037*, p. 212. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Considerações sobre o sigilo bancário*, p. 102-131. BETTI, Francisco Assis. *O sigilo bancário e a nova lei que define o crime de "lavagem de dinheiro" - aspectos tributários e penais*, p. 204-207. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *O sigilo bancário, a Lei nº 9.613/98 e a intributabilidade do ilícito*, p. 209 e ss. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Meios de impugnação à quebra indevida de sigilo bancário*, p. 161-181. BORGES, Paulo César Corrêa. *Apontamentos sobre os crimes tributários e a quebra do sigilo bancário*, p. 215-234. BELLINETTI também segue essa linha, todavia destaca-se que o referido considera existir congruência entre o direito à privacidade e o direito ao sigilo bancário somente se as informações repercutirem na privacidade do cidadão, caso contrário o sigilo bancário não possui respaldo constitucional, mas meramente legal. Ver: BELLINETTI, Luiz Fernando. *Limitações legais ao sigilo bancário*, p. 155-161. Na doutrina portuguesa há RODRIGUES afirmando no mesmo sentido de BELLINETTI que só estariam resguardadas as informações bancárias, sob o manto do direito à privacidade previsto no art. 26 da CRP, relacionadas ocasionalmente à intimidade do cliente, citando como exemplo o caso de se passar um cheque para compra de preservativos; no mais seria meramente dever profissional. RODRIGUES, Benjamin. *O sigilo bancário e o sigilo fiscal*, p. 104 e ss.

<sup>508</sup> Neste sentido TAVARES coloca: "O sigilo bancário, portanto, não é uma simples prática bancária, destinada à agilizar ou perpetuar seus negócios, mas uma extensão da proteção da vida privada, inserida como direito fundamental do cidadão. O sigilo não é do banco, é do homem que utiliza o banco, que com ele negocia." TAVARES, Juarez. *A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada*, vol. 1, p. 107. E, ainda, DELGADO segundo o qual "o direito à intimidade integra os direitos da personalidade e visa a proteger o direito à inviolabilidade do domicílio, da correspondência, das comunicações de quaisquer espécies, dos dados pessoais computadorizados, do sigilo bancário. O mesmo acontece com o direito à privacidade." (Grifo nosso.) DELGADO, José Augusto. *Os sigilos bancário e fiscal no ordenamento jurídico brasileiro*, p. 48.

<sup>509</sup> MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Tributação no mercado financeiro e de capitais*, p. 70-71. No mesmo sentido conferir: DELGADO, José Augusto. *O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro*, p. 143. FERRAZ JÚNIOR acolhe também o sigilo bancário com as ressalvas da Lei 4.595/64, art. 38 nos incisos X e XII da CF/88, contudo discorda de MOSQUERA afirmando que o

Assim, o direito à intimidade passou a abranger o poder de “impedir que terceiros, inclusive o Estado e o Fisco tenham acesso a informações sobre o que se denominou ‘área de manifestação existencial do ser humano’”<sup>510</sup>

Reconhecendo-se, assim, a importância da tutela do sigilo e, por conseguinte, da intimidade, na medida em que estes refletem na dignidade da pessoa humana a qual não pode ficar ao livre arbítrio estatal, sob pena de destruir todo os pilares do direito moderno em que o homem é, enquanto ser social, o centro do destino de direitos e deveres que limitam o Estado. Finalmente, o homem é sujeito de direito e não sujeito ao direito do soberano, respeitando-se sua essência<sup>511</sup>.

José Adércio Leite SAMPAIO, nessa linha, assevera que:

Não obstante, julgamos que, em princípio, a história do direito fundamental à intimidade e à vida privada será a história do homem em busca de realização de sua dignidade, será a história de suas lutas contra opressão, o arbítrio, em prol da afirmação de sua liberdade, confundindo-se, nesse sentido, com a idealização e posituação dos direitos fundamentais, dos quais, como veremos, será uma especialidade.<sup>512</sup>

O acirrado desenvolvimento tecnológico brasileiro a partir da década de 90, com destaque às comunicações, realçou ainda mais os argumentos da doutrina<sup>513</sup>.

A Era tecnológica propiciou a sistematização da fiscalização tributária permitindo um melhor atendimento ao contribuinte, em contrapartida, a divulgação desautorizada e o acesso indiscriminado aos dados obtidos no ato fiscalizatório

sigilo bancário não faz parte do sigilo profissional (partilha da posição de BALEEIRO supraexposta), o qual estaria resguardado no inciso XIV. Segundo FERRAZ JÚNIOR o sigilo bancário refere-se aos dados privativos pertinentes à pessoa a que se referem. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados*, p. 85-86.

<sup>510</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição de 1988*. vol. 2, p. 63.

<sup>511</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. SEHN, Sólon. *Crimes fiscais e sigilo bancário: pressupostos e limites constitucionais*, p. 57-74.

<sup>512</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, p. 34.

<sup>513</sup> “É preciso notar que cada época dá lugar a um tipo específico de privacidade.” FRANCIULLI NETO, Domingos. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 125.

tornaram-se corriqueiros<sup>514</sup>. Exemplo notório dessa devassa foi a noticiada venda de CDs, na Praça da Sé, com informações extraídas da Receita Federal sobre o então presidente da República Fernando Henrique Cardoso. Os indivíduos viram-se sujeitos a um sistema publicitariamente divulgado como ágil e prático, mas sem garantias de serem seus direitos resguardados.

Somado a esse contexto houve a multiplicação de casos de corrupção – trazidos a público – de fiscais fazendários para o acesso aos dados de outros contribuintes ou para o não repasse das informações obtidas na fiscalização para os sistemas da administração fazendária.<sup>515</sup>

O cenário de desconsideração dos direitos individuais em plena reestruturação do país – saída da Ditadura – juntamente com a ausência de imparcialidade e incerteza do destino dos dados obtidos firmaram a corrente.

A tripartição de poderes e o devido processo legal, previstos constitucionalmente, viram-se enaltecidos na medida em que a análise do conflito, em nome do Estado Democrático de Direito, deveria ficar a cargo, única e exclusivamente, do Poder Judiciário.

A imparcialidade na obtenção dos dados bancários passou a ser o predicado mais exigido e, por conseqüência, a necessidade de um terceiro não

---

<sup>514</sup> “A expansão da proteção do direito à intimidade e à privacidade é uma conseqüência da evolução da era contemporânea nos setores tecnológicos e da instabilidade por que passam as instituições estatais, especialmente a encarregada de arrecadar tributos. Há o reconhecimento de que se desenvolve um processo de aguda corrosão na proteção à intimidade que, ao ser violada, provoca a publicização das condutas íntimas do cidadão.” DELGADO, José Augusto. *Os sigilos bancário e fiscal no ordenamento jurídico brasileiro*, p. 48.

<sup>515</sup> Salutar a seguinte passagem de MACHADO: “O perigo do mau uso político dessa informação é enorme e latente. A falta de ética e até a criminalidade na lata administração do País, no passado recente, não autoriza a que alguém duvide desse risco.” MACHADO, Milton Terra. *A inconstitucional quebra do sigilo bancário*, p. 14-15.

envolvido no conflito tornou-se imperativo para a manutenção da segurança jurídica.<sup>516</sup>

Pois, conforme observa José Augusto DELGADO:

o acesso indiscriminado de agentes do poder público às informações bancárias do contribuinte, além de afetar a segurança jurídica da relação em questão, promove um desequilíbrio entre o cidadão-contribuinte e o fisco, por caracterizar coação que coloca aquele em posição de inferioridade.<sup>517</sup>

C) Da não incorporação do direito ao sigilo bancário ao texto constitucional.<sup>518</sup> A corrente adotada pelo fisco sustenta não haver dispositivo algum da Carta de 1988 assegurando o direito ao sigilo, sob o argumento de que se o legislador constituinte assim pretendesse teria disposto expressamente sobre o mesmo e, ainda, que a tutela ao sigilo bancário seria uma tutela patrimonial, logo, não comporia o direito à intimidade, o qual representa manifestações personalíssimas distintas do patrimônio do indivíduo<sup>519</sup>. Levando, assim, à conclusão de não haver um direito fundamental ao sigilo bancário a ser sopesado pelo Poder Judiciário, subdividindo-se em: uma parte para a qual a Lei 4.595/64 não teria sido recepcionada, o que não foi acolhido, conforme já abordado; e outra, segundo a qual a Lei 4.595/64 teria sido recepcionada, todavia, recorreram novamente ao

---

<sup>516</sup> "O acesso indiscriminado do agente fiscal às informações bancárias do cidadão gera uma quebra da segurança das relações jurídicas por um terceiro, que passar a ter, sem causa justificadora, conhecimento da vida íntima de alguém, submetendo-o, a partir daí, a um regime de submissão. Por outro lado, ninguém poderá garantir, nem o próprio Estado, que o agente público utilize os dados que chegaram ao seu conhecimento para outros intentos que não o exclusivamente fiscal." DELGADO, José Augusto. *Os sigilos bancário e fiscal no ordenamento jurídico brasileiro*, p. 49.

<sup>517</sup> DELGADO, José Augusto. *Os sigilos bancário e fiscal no ordenamento jurídico brasileiro*, p. 50.

<sup>518</sup> COSTA sustenta que o direito ao sigilo bancário não estaria elencada entre os direitos constitucionais, todavia ressalta a importância do Poder Judiciário ser o mediador sobre a possibilidade de acesso ou não do fisco às informações bancárias. COSTA, Antônio José da. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 435-436.

<sup>519</sup> Nesse sentido: ROQUE, Maria José de Oliveira. *Sigilo bancário & direito à intimidade*. MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. *Do lançamento tributário – execução e controle*.

argumento de serem o processo administrativo e a autoridade administrativa os institutos referidos pelo art. 38 da lei em caso<sup>520</sup>.

Essa corrente, salvo raras exceções<sup>521</sup>, não foi acolhida pela jurisprudência pátria, não só pelos precedentes relativos à interpretação do art. 38 da Lei 4.595/64, antes da CF/88, como também por, após a edição desta, compreender-se que em se tratando de matéria constitucional não seria da alçada fiscal decidir sobre a conveniência ou não do franqueamento de informações bancárias<sup>522</sup>.

Outrossim, o argumento de ser o sigilo bancário tutela do patrimônio que não comporia a intimidade, não seria um direito pessoal; ou mesmo abalaria o indivíduo por sua divulgação, representa desconsiderar-se a construção traçada pelo sigilo profissional desde suas origens bem como reduzir a intimidade humana ao campo mínimo dos conflitos familiares, morais, sentimentais e de amizade, sem ponderar-se que em cada o patrimônio compõe talvez a parcela mais desejável de reserva e mais influente nas demais manifestações humanas<sup>523</sup>.

O homem paulatinamente encontrou no acréscimo patrimonial formas de manifestar sua intimidade, e violar o sigilo bancário repercute em atingir a intimidade humana, suas preferências pessoais, suas intenções<sup>524</sup>.

<sup>520</sup> Nesse sentido: BARCELOS, Luciana Abreu Pereira. *CPMF – Implicações decorrentes da MP nº 2.037-21/00 e da INSRF nº 89/00*, p. 115-127, especialmente p. 120. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 86. HENARES NETO, Halley. *Sigilo bancário e tributação*, p. 499-521. HARADA, Kiyoshi. *Sigilo bancário e tributário*, p. 373-380. SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *O sigilo bancário e o direito à intimidade e privacidade das pessoas*, p. 152-157. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 515-519. ICHIHARA, Yoshiaki. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 497-501.

<sup>521</sup> ROQUE, Maria José Lima. *Sigilo bancário e direito à intimidade*. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *Direitos fundamentais do contribuinte*. p. 515-519. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 86.

<sup>522</sup> AGRPET 15.641/RJ; RMS 23.002/RJ; INQO 7.321/DF; RHC 74.807/MT.

<sup>523</sup> HUNGRIA já em 1936 e DUARTE em 1939 alertavam para a importância do sigilo sobre o patrimônio do cliente como um dever profissional, pois não só os fatos de valor social mereceriam guarida, os patrimoniais também. HUNGRIA, Nelson. *A violação do segredo profissional*, p. 302-303. DUARTE, José. *Segredo profissional*, p. 685.

<sup>524</sup> Comentando o direito à privacidade MORAES expõe: “Com relação a essa necessidade de proteção à privacidade humana, não podemos deixar de considerar que as informações fiscais e

Mais uma vez analisa-se o direito fora do sistema social, esquecendo-se de observar que a sociedade de ontem não é a de hoje e nem a de amanhã, sendo a tecnologia um grande instrumento de mutação social a confluir numa mutação jurídica.

Hoje a tecnologia permite, via celular, saber onde uma pessoa está; permite também que ao se puxar um extrato de cartão de crédito descreva-se uma pessoa.

Burguês e proletário agem perante e sobre o crivo bancário, independente do vulto patrimonial e do que se esteja fazendo<sup>525</sup>.

#### *5.3.1.5 Doutrina do sigilo bancário como manifestação da proteção ao sigilo de dados, conforme CF/88, art. 5º, XII*

A preocupação com a tutela do sigilo de dados foi uma inovação na seara jurídica nacional trazida pelo legislador constituinte de 1988, seguindo uma tendência internacional que já despontara nos anos 70 em face da verificação do desenvolvimento de tecnologias propiciadoras de invasão e propagação de informações dos indivíduos de forma indiscriminada, principalmente em razão da utilização que o Estado vinha fazendo desses dados. A famosa sociedade da informação trazia consigo o risco da desconsideração de manifestações pessoais do indivíduo contidas em bancos de dados com a mais variada gama informações sobre a pessoa.

---

bancárias, sejam as constantes nas próprias instituições financeiras, sejam as constantes na Receita Federal ou organismos congêneres do Poder Político, constitui parte da vida privada da pessoa física ou jurídica." MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 91.

<sup>525</sup> Aceitar-se a concepção do sigilo bancário como um privilégio de classe seria reintroduzir, indiretamente, a teoria racionalista e Perez Luño a que se refere MIGUEL, Carlos Ruiz. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, p. 30-32.

O direito à intimidade passaria, então, a ter um novo conteúdo: a tutela de informações versus a liberdade de informática.<sup>526</sup>

Essa preocupação levou à positivação constitucional e infraconstitucional do sigilo de dados como manifestação da dignidade humana, configurando-se como mais um direito fundamental.

Percebe-se, nesse sentido, que a filiação do direito ao sigilo bancário na seara da intimidade conduz à doutrina do sigilo bancário como manifestação da proteção ao sigilo de dados, na medida em que estes representariam também parcela da intimidade. Para os partidários dessa concepção os dados seriam as informações em geral obtidas sobre determinada pessoa que, em face da revolução tecnológica, acabaram ganhando uma nova denominação.<sup>527</sup>

Podendo-se afirmar com Arnaldo WALD que:

o direito à privacidade abrange a indevassabilidade dos dados econômicos referentes ao indivíduo, aos quais se refere expressamente o art. 5º, XII, da Constituição, embora tradicionalmente, se tivesse dado maior ênfase, na categoria dos direitos da personalidade, a outros elementos (como o nome, a honra e a utilização da própria imagem) e a intimidade tenha sido considerada tradicionalmente como o direito de estar só. Mas esse direito à solidão significa também a ausência de presença de terceiros, não só no lar, mas também, em todas as projeções econômicas da personalidade, em relação aos quais o titular pode não querer ser objeto de controle.<sup>528</sup>

<sup>526</sup> Sobre o desenvolvimento da tutela do sigilo de dados enquanto manifestação do direito à intimidade ver: José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, p. 474-508.

<sup>527</sup> "O sigilo de dados, pela primeira vez, veio integrar o rol dos direitos e garantias individuais, na Constituição de 1988 (art. 5º, XII). Configura, segundo a doutrina, desdobramento do direito fundamental à privacidade (art. 5º, X), o qual integra a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 – art. 12." BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, p. 804. DERZI, Misabel de Abreu Machado. CÔELHO, Sacha Calmon Navarro. *Direito tributário aplicado: estudos e pareceres*, p. 275-280.

<sup>528</sup> WALD, Arnaldo. *O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na Lei Complementar n. 70*, p. 201-202. E, ainda, conforme CIFUENTES "se se admite que o patrimônio é emanção da personalidade – teoria de AURBY Y RAU – a proteção dela faz-se extensível ao conceito da privacidade patrimonial." CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*, p. 558.

A construção no sentido dessa doutrina levou à reintrodução do problema na seara da intimidade<sup>529</sup>, pois se o legislador constituinte visara com o inciso XII, art. 5º da CF/88 proteger as informações contidas em bancos de dados, em correspondência, em telecomunicações, indiretamente estava visando à manutenção da intimidade, logo o sigilo bancário encontraria guarida tanto no inciso X como no XII, pois ambos têm o mesmo objetivo, qual seja, preservar a intimidade do cidadão<sup>530</sup> independentemente da forma de manifestação influentes sobre esta, pois como alertado no capítulo 1 do presente, a Constituição não pode prever todas as situações futuras – quais os avanços tecnológicos a interferir na vida humana – mas deve apontar diretrizes para a ocorrência desses casos.

#### 5.3.1.6 Doutrina do sigilo bancário como manifestação do direito à liberdade

Para a vertente do sigilo bancário como manifestação do direito à liberdade o acesso às informações bancárias comporia um direito maior, representado pela Declaração de 1789: o direito de ser livre.

Livre para vedar a intromissão dos demais em seu seio patrimonial, moral, cultural e até mesmo afetivo. Livre das injunções estatais sobre a sua pessoa.

<sup>529</sup> Para MARTINS o sigilo bancário estaria no artigo 5º, XII da CF/88 como um direito absoluto, contudo o autor acolhe o posicionamento do Judiciário no sentido de ser o sigilo bancário um direito relativo presente no artigo 5º, X e XII da CF/88, excepcionado mediante autorização judicial. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 66-68.

<sup>530</sup> Nesse sentido ver Acórdão do STF na Ação Penal 307/94. FREGADOLLI, a qual após discorrer sobre o sigilo bancário em face do sigilo de dados acaba por incluir a tutela das informações bancárias tanto no sigilo de dados como na intimidade (CF/88, art. 5º, X e XII). FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e à prova ilícita*, p. 115-132. E, ainda, FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade*, p. 233-239. BRITO, Edvaldo. *Quebra do sigilo bancário pela administração tributária: impossibilidade*, p. 77-82. HARADA, Kiyoshi. *Poder de fiscalizar impostos e o sigilo bancário*, p. 328-330. HARADA vê o sigilo de dados como espécie do sigilo profissional que abarca o sigilo bancário. In HARADA, Kiyoshi. *Sigilo bancário e tributário*, p. 374-375. MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*, p. 244-248. MALERBI ao partilhar da corrente de ser o direito ao sigilo tutelado pelo inciso XII, vai além incluindo o direito ao sigilo de dados não só como manifestação do direito à intimidade como também do sigilo profissional. MALERBI, Diva. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 163-164. No sentido de MALERBI ver também: TOURINHO NETO Fernando da Costa. *O sigilo bancário, a nova lei que define o crime de "lavagem de dinheiro"*, p. 233-241.

Analisada à luz da construção histórica do direito e do instituto em estudo; bem como das doutrinas suprareferidas, essa corrente permite chegar-se à conclusão de uma coerência incontestável da mesma, na medida em que a intimidade, a privacidade e o sigilo têm seu berço no direito à liberdade do homem, no direito de vedar a ingerência de terceiros em sua existência<sup>531</sup> e no direito de desenvolver livremente sua personalidade<sup>532</sup>.

Nas palavras de Domingos FRANCIULLI NETO:

a liberdade não se exaure no direito de ir e vir, mas projeta-se em todos os atributos que dizem respeito à dignidade da pessoa. [...] De sã consciência, não há dizer que a indevida ou despropositada invasão da intimidade não fira de frente o conceito de liberdade. O constrangimento físico ou moral e a plena liberdade da pessoa são conceitos que se não acadrimam.<sup>533</sup>

#### 5.3.1.7 O posicionamento da jurisprudência

Após inúmeras digressões sobre o tema a jurisprudência direcionou-se no sentido de acolher o direito ao sigilo bancário como manifestação do direito à intimidade presente no art. 5º, X e XII da CF/88, sujeito às exceções da Lei 4.595/64, art. 38, entendendo como autoridade competente, o juiz, e processo instaurado, o processo judicial, tendo o STF assentado esse posicionamento no *leading case* MS 23.452.

Não satisfeitos com a batalha perdida perante o órgão maior de proteção dos cidadãos, os fiscalistas de plantão interpuseram proposta de Emenda

<sup>531</sup> Dentre os expositores dessa corrente pode-se citar: PAULON, Rosana Marques. *Sigilo bancário e tributário*, p. 491-497. SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. *Sigilo bancário e tributário*, p. 429-445. PASIN, João Bosco Coelho. *Sigilo bancário e tributário*, p. 385-394. RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 348-354. QUEZADO, Paulo. LIMA, Rogério. *Sigilo bancário*, p. 27-30.

<sup>532</sup> Nesse sentido SAMPAIO lembra que a jurisprudência dos órgãos da Convenção Européia dos Direitos do Homem tem ampliado a tutela do direito à intimidade englobando manifestações próprias do direito à intimidade. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, p. 121.

Constitucional – PEC – em relação ao art. 145, §1º, o qual passaria a ter a seguinte redação:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, sendo facultado à fiscalização tributária e previdenciária, nos termos da lei a requisição e o acesso a informações sobre o patrimônio, os rendimentos e as operações financeiras e bancárias dos contribuintes, sendo responsáveis civil, criminal e administrativamente pela garantia do sigilo dos dados que obtiver e atendido o disposto no art. 5º, XII. (Grifo nosso)

Essa proposta de PEC acabou por rechaçar os argumentos que o fisco sustentava até então, pois reconheceram com a redação oferecida ao art. 145 que o sigilo bancário integrava do sigilo de dados do art. 5º, XII – veja-se a ressalva ao final do artigo –, e, conseqüentemente, estavam diante de uma cláusula pétrea sujeita à ponderação pelo Poder Judiciário, conforme ficou destacado no relatório de Régis de OLIVEIRA à CCJ da Câmara dos Deputados ao opinar pela rejeição da mesma por afrontar a CF/88, art. 60, § 4º<sup>534</sup>, no que foi acolhido por esmagadora maioria, arquivando-se a referida proposta.

Referente à Emenda Constitucional como forma de inserção da possibilidade de acesso do fisco às informações bancárias José Augusto DELGADO e Ives Gandra da Silva MARTINS afirmam que por se tratar de cláusula pétrea, nem mesmo esse instrumento de reforma poderia promover tal alteração.<sup>535</sup>

<sup>533</sup> FRANCIULLI NETO, Domingos. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 131.

<sup>534</sup> "Ora se o direito ao sigilo bancário é uma das manifestações do direito à privacidade e se este, embora admita contemporizações, é um dos direitos individuais, inadmissível falar-se na possibilidade de ser tal direito revisto." OLIVEIRA, Régis de. *Aspectos constitucionais do sigilo bancário – parecer apresentado à CCJ*, p. 103. Nesse sentido ver ainda MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105*, p. 31 e ss.

<sup>535</sup> DELGADO, José Augusto. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 111. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 66. Em sentido contrário: CASSONE, Vittorio. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 408-409. BALERA, Wagner. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 538-539. ICHIHARA, Yoshiaki. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 497-501. COSTA, Antonio José da. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 435-436.

### 5.3.1.8 Quarta fase (da LC 105 às perspectivas em face do Estado de Direito)

A barreira erigida contra o fisco e a São Paulo: Saraiva, 1981 São Paulo: Saraiva, 1981 favor da dignidade humana promoveu uma busca a subterfúgios que retirassem do contribuinte essa garantia. Uma nova linha de ataque foi estruturada contra o direito ao sigilo enquanto direito fundamental pautada, basicamente, nos seguintes argumentos jurídicos<sup>536</sup>: transferência do dever de sigilo do banco para a autoridade fiscal, a qual o resguardaria sob o manto do sigilo fiscal, evitando-se a demora na obtenção das informações bancárias causada pelo Judiciário; combate à sonegação fiscal; igualdade tributária; justiça fiscal; e interesse público.

Atendendo a esse clamor, e mais uma vez em detrimento do Estado Democrático de Direito que já se posicionara através do Judiciário e da CCJ sobre o caso, em 10 de janeiro de 2001 foi editada a Lei Complementar 105/01, revogando o art. 38 da Lei 4.595/64, impondo às instituições financeiras o dever de informar ao fisco os dados bancários de seus clientes, independentemente da consulta ao Poder Judiciário.

Recomeçara então a discussão asseverando-se, em sentido contrário ao fisco, a inconstitucionalidade da lei por afrontar os incisos X e XII do art. 5º da CF/88 bem como o devido processo legal e a tripartição de poderes.<sup>537</sup>

<sup>536</sup> Não serão abordados os argumentos políticos que levaram à edição da lei, como a questão do salário-mínimo.

<sup>537</sup> Nesse sentido a bibliografia é farta, contudo remete-se o leitor a algumas obras pontuais: III Colóquio Internacional de Direito Tributário. São Paulo: IOB Thompson, 2001, em que a quase unanimidade dos autores consultados concluiu pela desmensuração entre o fim pretendido: combate à sonegação, e o meio: violação dos direitos fundamentais do contribuinte em detrimento do Poder Judiciário. MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*, p. 249-251. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105*, p. 31-38. MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de direito tributário*, p. 291-293. QUEZADO, Paulo. LIMA, Rogério. *Sigilo bancário*.

Analisando-se a lei fica nítido ter sido o objetivo mor da mesma: afastar do crivo do judiciário a apreciação da violação do sigilo bancário. E, daí avultam-se alguns elementos para análise.

### 5.3.2 Desconstruindo falácias

No desenvolvimento do presente estudo consultando-se manuais, revistas, jurisprudência, petições, entre outros periódicos foi possível identificar argumentos contra o direito ao sigilo bancário em face da fiscalização tributária, os quais merecem uma análise mais depurada.

#### 5.3.2.1 A primeira falácia: “o banco não é esconderijo”

Convictamente é possível afirmar que a grande maioria dos textos (aqui incluídos livros, artigos, petições) favoráveis ao fisco, apresentam a seguinte passagem como argumento inicial ou final de que o sigilo bancário deve ser franqueado ao ente fiscalizador:

“Como bem ilustra Covello<sup>538</sup> ‘o banco não é esconderijo”

Esses textos discorrem sobre os poderes do fisco em face do art. 145 da CF/88 – requisitar informações, a ilegalidade e injustiça da preservação do sigilo como arma dos sonegadores, a inacessibilidade do fisco às informações que poderiam diminuir a criminalidade, e assim por diante. Concluem a seguir que a administração fazendária deveria ter acesso direto às informações bancárias, pois se até Covello que destinou obra específica ao sigilo bancário afirmara não ser o banco esconderijo, porque o fisco não teria acesso.

---

<sup>538</sup> Cumpre ressaltar que nem sempre as palavras iniciais da frase estão como na forma posta, contudo vão ao encontro do sentido ora apresentado.

Pois bem, o trecho tão alardeado pela fiscalização diz precisamente o seguinte:

O Banco não é esconderijo. Cada caso, portanto, deve ser examinado à luz do bom senso, inferindo-se as conseqüências que a revelação possa produzir ao cliente. Na dúvida, o banqueiro – tomando-se este termo para designar todo aquele que se dedica à atividade bancária – deve calar, pois a discricão é uma das virtudes que dele se espera. Para nenhuma outra pessoa o aforismo é tão válido: O silêncio vale ouro.<sup>539</sup>

E mais a frente o autor, ao enfrentar particularmente o ponto do sigilo bancário em face do fisco, elogia a jurisprudência que exige a consulta ao Poder Judiciário e processo instaurado para o franqueamento de informações bancárias complementando: “os tribunais limitam o poder do Fisco, impedindo que esse poder se traduza em arbítrio e fira direito essencial do cidadão.”<sup>540</sup>

Irrefutável, desta feita, não haver a menor justificativa na passagem do autor que, em sendo considerada isoladamente até pode conduzir ao equívoco de se imaginar estar Sérgio Carlos COVELLO pregando a abertura do sigilo bancário, mas incorporada ao seu texto de origem percebe-se que o sentido é bem outro: o de reserva e discricão das atividades bancárias sujeitas a acesso somente mediante a intervenção de um terceiro imparcial, no caso o judiciário. E, tendo em vista o que bem asseverava MAXIMILIANO com as regras básicas de uma interpretação e Ronald DWORKIN rememora: o significado de um texto não esta em uma análise isolada de algum trecho, mas na interpretação do mesmo por inteiro, sob pena de induzir o destinatário da mensagem em erro. Hércules faz isso durante a construção do império do direito e assim deve ser em qualquer teoria argumentativa. Falácias devem ceder em nome do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>539</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 111.

<sup>540</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*, p. 196.

### 5.3.2.2 A segunda falácia: “quem não deve não teme”

Seguindo o texto de Sérgio Carlos COVELLO ou mesmo antes dele outra citação onipresente no ataque ao direito de sigilo bancário em face do fisco é a de Sacha Calmon Navarro CÔELHO, ora transcrita:

Não pode a ordem jurídica de um país razoavelmente civilizado fazer do sigilo bancário um baluarte em prol da impunidade, a favorecer proxenetas, lenões, bicheiros, corruptos, contrabandistas e sonegadores de tributos. O que cumpre ser feito é uma legislação cuidadosa que permita a manutenção dos princípios da privacidade e do sigilo de dados, sem torná-los bastiões da criminalidade. De resto reza a sabedoria popular que quem não deve não teme. A recíproca é verdadeira.<sup>541</sup>

A citação encontra-se perfeitamente conforme o texto do autor, todavia esquecem os que dela fazem uso de contextualizá-la. Sacha Calmon Navarro CÔELHO reporta-se ao sigilo bancário da forma supraexposta ressaltando antes e depois dessa passagem bem como em outros textos de sua lavra<sup>542</sup> que o direito ao sigilo bancário realmente não é absoluto devendo ceder em prol do esclarecimento de ilícitos, mas essa relativização só deve se dar nos termos das leis a exemplo dos países que cita, qual sejam, EUA, Inglaterra, Alemanha e França.

O texto data de 1991, época em que todos os países citados impunham a obrigatoriedade do crivo judiciário, em sendo solicitado pelo contribuinte, para só então haver acesso da fiscalização aos dados bancários, conforme relatório da OCDE.

Logo, mais uma falácia cede, pois, ao contrário da forma como Sacha Calmon Navarro CÔELHO é citado, não prega a liberação total do sigilo bancário ao fisco, mas sim o franqueamento de informações desde que respeitados os direitos do cidadão, conforme reiterou em outros textos de sua autoria.

<sup>541</sup> CÔELHO, Sacha Calmon Navarro. *Princípios constitucionais tributários*.

<sup>542</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Sigilo bancário e tributário*, p. 91-101.

### 5.3.2.3 A terceira falácia: “o sigilo bancário é um direito burguês”

O raciocínio de não estar o sigilo bancário presente na CF/88, por não representar parcela da intimidade ou vida privada das pessoas, haja vista seu caráter eminentemente patrimonial, constitui a terceira falácia.

Sopesando-se o exposto até então com a gritante constatação de que nenhum ato humano, por ínfimo que seja, escapa dos balcões do banco, podendo-se, como afirma Celso Ribeiro BASTOS, escrever a biografia de uma pessoa a partir de suas informações bancárias<sup>543</sup>, inclinar-se pela edificação traçada pelo fisco seria compartilhar das mais extremadas idéias da esquerda que vêem no direito ao sigilo bancário, como bem lembrou Misabel DERZI em palestra no X Simpósio de Direito Tributário do I.E.T., um direito burguês.

Concepção essa já ultrapassada na medida em que todos têm acesso aos bancos hoje em dia e, conforme a CF/88, todos têm direito à intimidade, à vida privada e ao sigilo de dados. Logo, essa postura foi muito pertinente no advento da Revolução de 1789 em que a apologia da igualdade se fez na teoria, mas na prática o resguardo era para os burgueses, onde, valendo-se do exemplo de LUÍS, perguntar sobre a saúde ou a situação bancária de pessoa não detentora do poder não seria impertinente, pois o acesso aos bancos era restrito aos que realmente tinham dinheiro.

Mas esse cenário mudou radicalmente com a Revolução Industrial – inchaço das cidades – e a Revolução Tecnológica, o homem descobriu que pode ser proletário, mas tem direito a fechar a sua porta e não deixar ninguém entrar.

Perfilhar o caminho de ser o direito ao sigilo bancário um direito burguês consiste em mais uma fuga da realidade, pois se o indivíduo ganha um salário

mínimo ou mil vezes o valor desse, para o sistema jurídico não interessa, ambos têm direitos iguais, têm direito à liberdade de franquear ou não o acesso a seus dados bancários. O risco de ter sua intimidade violada reside tanto para o proletário quanto para o burguês<sup>544</sup>; muito embora deva-se destacar que o “risco” é que não pode existir.

Voltando-se ao tópico sobre a construção do sigilo bancário essa visão transparece na medida em que este direito nasceu de um costume, este enquanto fonte do direito ligada eminentemente ao processo de reconhecimento social de determinada situação como implícita à relação social pela prática reiterada, direcionou o homem a, de acordo com seu processo evolutivo, ir inserindo normas a respeito do direito em caso, principalmente em face do poder de fiscalização tributária. Envolve-se, desta forma todos, os indivíduos independente de sua situação econômica.

Mas o fisco há tempos visando aprimorar sua arrecadação valia-se de destemperamentos, afrontando o direito. Na época dos reinados utilizava seus tributos diários, onde o contribuinte trabalhava para pagar os mesmos a fim de manter a luxúria estatal. Veio João Sem Terra, a Revolução Francesa, a Declaração de Direitos de 1789 e a situação parecia minorar em face da bandeira da igualdade, mas a fiscalização permanecia com a pecha de “supremacia” por representar o Estado almejado pelos contribuintes.

No Brasil, o processo não foi diferente, elaborando-se a Lei 5.172/66 para disciplinar os poderes da fiscalização tributária. Esta quis mais e passou a tributar

---

<sup>543</sup> BASTOS Celso Ribeiro. *Sigilo bancário e tributário*, p. 117. Ver ainda: LÓPEZ, F. Javier Tua. *El secreto bancario y tributario en España*, p. 282-283.

<sup>544</sup> HUNGRIA já em 1936 alertava para a importância do sigilo sobre o patrimônio do cliente como um dever profissional, pois não só os fatos de valor social merecem guarda como também os patrimoniais. HUNGRIA, Nelson. *A violação do segredo profissional*, p. 302-303.

por presunção pautada na análise de extratos bancários. O sistema jurídico rebelou-se gerando a Súmula 182 do TFR.

Em meio a essa situação, o legislador constituinte de CF/88 optou por inserir o sigilo bancário no direito à intimidade, apesar de já ser da essência do mesmo, haja vista ser uma manifestação do direito à intimidade do cliente desde os primórdios das relações bancárias<sup>545</sup>, na verdade houve o reconhecimento constitucional motivado pela mutação social decorrente do avanço tecnológico, das transações bancárias e da transnacionalização.

O sujeito de direito da sociedade atual não é mais o do Estado Burguês e, mesmo nessa época a preocupação em manter sua intimidade fazia-se presente velando-se por sua correspondência, seu lar.

A proteção ao lar do ser humano repercutia indiretamente na proteção de seu sigilo bancário, pois se aos mais afortunados poderia ser usual relacionar-se aos bancos, aos demais o “colchão” por um longo período foi um instrumento de guarda da intimidade das pessoas que veio a se estender aos bancos com a inevitável evolução econômica social do homem.

Logo, a acolhida dessa falácia patrimonialista que conduziu Winston e seus pares a aceitarem o Grande Irmão – afinal a “propriveda” significava individualismo e excentricidade<sup>546</sup>, elementos depoentes contra a boa comunidade –, pode levar a abolição, num momento imediato, do sigilo bancário, para de forma mediata refutar-se o direito à propriedade, à liberdade e assim sucessivamente, desconstituindo-se o direito da sociedade atual em prol de uma concepção desprovida de qualquer fundamento, a de que ter direitos é ser burguês.

---

<sup>545</sup> Esse raciocínio aparece indiretamente ao se analisar a história dos bancos na obra de ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*, p. 1-31. E, MEUNIER, A. Delphin. *Histoire de la banque*.

<sup>546</sup> ORWELL, George. 1984, p. 80.

Necessário se faz, nesse sentido à fiscalização tributária, redescobrir a historicidade do direito na evolução das instituições humanas, isto permitirá ao mesmo descobrir ter sido justamente com o objetivo de combater a oposição burguês-proletário que se construíram institutos de direito como o direito à intimidade, refutado-se desta poderes como os dos antigos reis de violarem correspondência, mas terem a sua resguardada.

#### *5.3.2.4 A quarta falácia: “o fisco está de mãos amarradas para combater a sonegação”*

Esta falácia utilizada veementemente para a edição da LC 105/01 na verdade é um ataque ao Judiciário, pois atrelada a ela estava a afirmação de ser este órgão muito moroso na análise dos pedidos do fisco, travando-lhe o bom andamento da fiscalização.

Nada mais significa essa afirmação do que a pretensão de retirar do órgão constitucionalmente capacitado para analisar imparcialmente o conflito de interesses entre fisco-contribuinte, tal prerrogativa; deixando desta forma o contribuinte nas mãos do ente interessado em suas informações: o fisco.

Volvendo-se aos tópicos anteriores avulta-se a constatação de que o fisco não estava de mãos amarradas, pelo contrário, tinha livre acesso às informações bancárias, desde que respeitasse o Estado Democrático de Direito, ou seja requisitasse judicialmente a invasão na intimidade dos contribuintes com indícios de sonegação.

Na verdade, o entrave do fisco eram os direitos do cidadão, então rompeu-os desconsiderando o devido processo legal, a presunção de inocência e a tripartição de poderes<sup>547</sup>.

O sistema judiciário juntamente com o Banco Central tentou resgatar a moralidade da violação do sigilo com a implantação do BACENJUD e a expedição de um relatório sobre o número de requisições de quebra do sigilo bancário e o atendimento destas, mas já era tarde. O fisco já multiplicara seus poderes com a LC 105/01.

Nesse sentido, cumpre trazer à colação considerações pertinentes aos outros direitos violados com o acesso indiscriminado às informações bancárias, os quais de uma forma ou de outra relacionam-se com as outras falácias, todavia vinculam-se mais diretamente à falácia em caso.

Conforme ressaltado no transcorrer do presente trabalho os direitos viram-se num outro momento quando do “fenômeno Montesquieu” e sua tripartição de poderes<sup>548</sup>. O homem identificou poderes distintos, autônomos, com funções delineadas, as quais ao serem exercidas não poderiam implicar ingerências nos demais poderes sob pena de um afrontar o outro afetando a máxima dos “freios e contrapesos”<sup>549</sup>.

---

<sup>547</sup> No sentido da desnecessidade do crivo do judiciário para quebra de sigilo ver: MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. *Do lançamento tributário – execução e controle*, p. 143-146. E, ainda, MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. *A inexistência de sigilo bancário frente ao poder-dever de investigação das autoridades fiscais*, p. 153.

<sup>548</sup> Sobre a construção dessa teoria e seus fundamentos ver, dentre outros, CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. p. 17-42.

<sup>549</sup> “Montesquieu, entretanto, foi aquele que, por primeiro, de forma translúcida, afirmou que a tais funções devem corresponder órgãos distintos e autônomos. Em outras palavras, para Montesquieu, à divisão funcional deve corresponder uma divisão orgânica. Os órgãos que dispõem de forma genérica e abstrata, que legislam, enfim, não podem segundo ele, ser os mesmos que executam, assim como nenhum destes pode ser encarregado de decidir as controvérsias. Há que existir um órgão (usualmente denominado poder) incumbido do desempenho de cada uma dessas funções, da mesma forma que entre eles não poderá ocorrer qualquer vínculo de subordinação. Um não deve receber ordens do outro, mas cingir-se ao exercício da função que lhe empresta o nome.” BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, p. 300.

Adveio, então, a noção clássica de ao legislativo competir a função de legislar, ao judiciário de julgar e ao executivo de executar. Atualmente sabe-se que em meio ao exercício dessas funções cada órgão acaba por atuar no sentido de funções dos demais, como por exemplo o legislativo, legisla, mas também administra e julga nos limites de sua seara organizacional.

Em sendo assim, o legislador constituinte de 1988 conferiu aos cidadãos brasileiros o direito à intimidade do qual o sigilo bancário é corolário – CF/88, art. 10, em contrapartida, atribuiu poderes de fiscalização tributária ao ente estatal – CF/88, art. 174, e de julgador dos conflitos ao judiciário.

Subsumindo-se essa tripartição de poderes do sistema brasileiro ao estudo em caso tem-se que de um lado há uma manifestação do poder legislativo assegurando ao indivíduo um direito fundamental de bases histórico-sociais muito profundas, de outro, há o ente estatal com seu poder-dever de fiscalizar ansioso por obter informações referentes à intimidade do cidadão, sob a justificativa de que desta forma poderá exercer melhor o poder outorgado, e, finalmente, tem-se o judiciário, o qual não representa nem o interesse particular de um contribuinte determinado, nem a sede fiscalista do Estado, constituindo-se uma figura neutra.

Figura esta objetivando dizer no conflito desses interesses qual deve preponderar sem ferir os pilares do sistema jurídico, ou seja, valendo-se do método da ponderação de bens, o judiciário manifesta-se no sentido de, frente a um caso específico, identificar qual apresenta maior razão de ser tutelado em face do outro.

A imparcialidade sobressai-se então como um dos principais requisitos para análise do conflito entre o sigilo bancário e o poder de fiscalização, não competindo, por uma lúdima questão de direito, a qualquer das partes envolvidas

dizer qual direito deve preponderar, mas a um terceiro, no caso o judiciário<sup>550</sup>, a fim de não se incorrer na volta ao sistema inquisitorial, no qual o mesmo que acusava, analisava e julgava. Esse cenário foi alterado pelo reconhecimento de direitos do homem não sujeitos aos desmandos estatais, fato este que não é do novo cenário social, mas de séculos passados, o qual o Estado parece por vezes fazer questão de esquecer.

Nessa linha ressaltasse a seguinte passagem de Luis Flávio GOMES:

Ao editar a LC 105/01, supôs o Poder Político (que se opõe ao Poder Jurídico) que podia regulamentar a questão da quebra do sigilo bancário também segundo a velha perspectiva da proeminência da lei ordinária (e da sua vontade, que muitas vezes se reveste de voluntarismo odioso). Equivocou-se. O ponto de partida, agora, são os direitos humanos fundamentais, que já não têm como guardião o Estado (o Leviatã), senão o Poder Jurídico em geral e, de modo particular, a Corte Suprema. Tudo isso no plano de direito interno. Na perspectiva internacional, o guardião dos direitos humanos, no nosso entorno, é a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Costa Rica).

Nem tudo que o Poder Político aprova (promulga e sanciona) é direito. O Poder Político produz tão-somente leis normais. Mas quem diz o que é o Direito é o Poder Jurídico.<sup>551</sup>

E, ainda, Fátima Fernandes Rodrigues de SOUZA

Exercendo o papel de 'parte' e 'juiz', carece a Administração do requisito básico da imparcialidade, que a Suprema Corte entende – com justa razão e sólidos fundamentos – imprescindível para a equilibrada ponderação sobre a prevalência de determinado interesse público em face do direito do particular, impedido o comportamento arbitrário do Poder Público contra o direito de privacidade do contribuinte.<sup>552</sup>

<sup>550</sup> Ver: CAVALLÉ, Angel Urquizu. *El secreto bancario y tributario en España*, p. 274. SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. *Sigilo bancário e tributário*, p. 434. LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 199-200. MALERBI, Diva. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 164. DELGADO, José Augusto. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 117. E, ainda, conferir os seguintes julgados: RESP 37.566-5, Areg 187/96/STJ, RESP 152.455, RESP 121.642, MS 21.279, RESP 202.961, RESP 114.741, RESP 114.760, INQ. 732-3, REXT 215.301, REXT 219.780.

<sup>551</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Crimes tributários e quebra do sigilo bancário*, p. 153.

<sup>552</sup> SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. *Sigilo bancário e tributário*, p. 441.

Diretamente correlacionado ao desrespeito à tripartição de poderes alia-se à violação do devido processo legal, pois uma vez o ente fiscalizador inculcando-se de poderes próprios de outro órgão passou ainda a pressupor que todos os contribuintes são sonegadores, logo afastou de seu “juízo” uma das bases de maior anseio do homem, sua presunção de inocência. A fiscalização ao iniciar o seu “processo” parte da premissa de ser o seu réu um infrator até prova em contrário invertendo a relação processual em mais uma de suas distorções de valores e direitos, cedendo a norma constitucional em face do interesse da arrecadação.

Na verdade, o fisco parece não compreender que não está trabalhando com normas meramente administrativas, mas com normas e princípios de caráter constitucional e, nessa medida, não lhe é deferido o mínimo campo de atuação. Logo, como bem assevera Fernando da Costa TOURINHO NETO:

[...] estando um conflito entre o Fisco e o contribuinte, evidentemente, não é a autoridade fiscal que vai dizer se os documentos bancários sigilosos são ou não indispensáveis. Um terceiro, imparcial, é quem pode solucionar o conflito ocorrente entre o interesse do Fisco e o direito de privacidade do indivíduo. Este terceiro é o juiz.<sup>553</sup>

Assim, mais uma falácia se vai, pois de mãos amarradas o fisco nunca esteve, mas desde 1988 o Brasil é um país revitalizado e adequado às declarações universais de direitos, pelas quais vinha primando a fim de não deixar os cidadãos sujeitos às benesses do Grande Irmão, impondo limites ao poder de legislar por intermédio do reconhecimento dos direitos fundamentais, dentre eles o direito ao sigilo<sup>554</sup>.

Direito este que em sendo um direito fundamental deve passar por um processo de ponderação com outros interesses em conflito, respeitando-se o devido

---

<sup>553</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Cadernos de direito tributário e finanças públicas*, p. 37.

<sup>554</sup> Sobre os limites ao poder de legislar no Brasil ver interessante passagem de LOPES, Ana Maria D'Avila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*, p. 105-110.

processo legal, o qual no caso significa irrefutavelmente o crivo do judiciário, enquanto ente imparcial, e a premissa da presunção de inocência.

Desta feita, compete à fiscalização saber a distinção entre a vedação de um poder-dever – o que realmente lhe amarraria as mãos, e o respeito ao Estado Democrático de Direito alicerçado pelos cidadãos brasileiros no decorrer de um processo histórico árduo e conflituoso, o qual não pode, e nem deve ceder aos intempérios do príncipe.

### 5.3.2.5 A quinta falácia: “princípio da supremacia do interesse público”

Esse princípio, já analisado páginas atrás, no presente momento remete a uma distinção entre interesse público e interesse estatal.

A apologia do interesse público é trivial para a violação do sigilo bancário, assim como o fora na Ditadura para justificar a prisão de milhares de inocentes. Mas há uma grave distinção entre o que quer o Estado e o que quer o contribuinte, entre o que é interesse público legítimo e interesse público estatal.

O interesse público em sua acepção mais moderna remete à noção de dignidade humana, assim entendida como o atendimento dos direitos e garantias constitucionais ao cidadão<sup>555</sup>. Dentre esses direitos e garantias reside o direito ao

---

<sup>555</sup> Sobre a concepção de dignidade humana nesse sentido ver: MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, p. 180-195. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 97-118, especialmente p. 110: “O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a *intimidade* e a identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passara de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana”. José Adércio Leite SAMPAIO ao lembrar que o art. 1.1 da Lei Fundamental de Bonn declara a inviolabilidade da dignidade humana e a obrigação do poder público de respeitá-la e protegê-la. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, p. 109.

sigilo bancário, o qual como bem alerta Régis de OLIVEIRA, em face da mutação social veio incorporar os direitos fundamentais do homem<sup>556</sup>.

Em contrapartida há o poder de fiscalização do Estado e o interesse deste em obter uma arrecadação eficaz.

Roque Antonio CARRAZZA enfaticamente afirma que: “Convém, neste ponto, afastarmos, de uma vez por todas, a superadíssima idéia de que o interesse fazendário (meramente arrecadatário) equivale ao interesse público. Em boa verdade científica, o interesse fazendário não se confunde nem muito menos sobrepõe o interesse público. Antes subordina-se ao interesse público e, por isso, só poderá prevalecer quando em perfeita sintonia com ele.”<sup>557</sup>

Ou ainda James MARINS: “O interesse público não é o dos governantes de plantão, e sim o de toda a sociedade, cuja a manifestação mais concreta se dá justamente no Texto Magno.”<sup>558</sup>

Sopesando-se as disposições dos dois parágrafos acima temos, de um lado, o interesse público de reserva da dignidade humana na medida em que o homem é livre para dispor sobre suas informações mais íntimas, e, de outro, o interesse de arrecadar. Competiria ao indivíduo ponderar o que é mais importante? Por certo que não, afinal ele argumentaria a seu favor, preservando sua intimidade. Poderia então o fisco analisar o que prepondera? Para a doutrina fiscalista sim, mas para o Estado de Direito que erigiu a dignidade humana como princípio nuclear, a resposta é negativa, competindo a um ente imparcial dizer frente ao caso concreto

---

<sup>556</sup> Nesse sentido o Des. Federal Wellington M. de Almeida do TRF da 4ª Região, ao negar ao fisco a expedição de ofício às administradores de cartões de crédito, asseverou: “o interesse público é o norte para se aferir a relevância da medida, contudo, que não se pode confundir interesse público com o interesse da Fazenda Pública, privilegiando-se os interesses do Estado perante os cidadãos.” Al 2001.0401.012272-6/SC.

<sup>557</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 296. E, Carlos Ari SUNDEFELD, na seguinte passagem: “só é ‘interesse público’ o assim qualificado pela ordem jurídica, não aquilo que o eventual ocupante do poder entenda como tal.” SUNDEFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, p, 145.

se há um interesse público capaz de sobrepor-se ao direito de sigilo, de intimidade do cidadão.<sup>559</sup>

Nas palavras de Ricardo Mariz de OLIVEIRA:

no Estado de Direito não é concebível que uma das partes tenha o domínio das provas sobre a outra, ainda que o próprio Poder Público seja essa parte, e mesmo perante as vantagens que as leis já lhe atribuem em detrimento da isonomia processual, vantagens estas que, até um limite de razoabilidade, têm sido admitidas pela jurisprudência.

Neste particular, não se pode deixar de considerar que o braço executivo do Poder Público é parte no processo, convindo, portanto, ser submetido ao prudente e autorizado controle do braço judicante que, juridicamente e de fato, têm sido admitidas pela jurisprudência.<sup>560</sup>

Pois como bem alerta Ives Gandra da Silva. MARTINS:

não é, pois, conveniente que se outorgue exatamente a estes servidores públicos o direito de quebra do sigilo bancário, visto que, se tem indícios fortes de ilícitos tributários, podem obter a quebra mediante autorização judicial, e, se não têm, não há porque permitir vasculhem a intimidade de pessoas cuja privacidade é assegurada pela Constituição em verdadeiras *fishing explorations*.<sup>561</sup>

Logo, na linha de Robert ALEXY e Ronald DWORKIN não existe um princípio da supremacia do interesse público a justificar o desrespeito à dignidade humana, a tal ponto de voltar-se a Era da Inquisição e ser julgado por quem acusa. Há sim um princípio maior de respeito ao ser humano a ser ponderado pelo poder Judiciário, o terceiro imparcial, construtor do Império do Direito, permitindo a adaptação constitucional conforme a sociedade a que se dirige, por via da mutação.

<sup>558</sup> MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro* (administrativo e judicial), p. 246.

<sup>559</sup> Conforme José Adércio SAMPAIO: "a 'privacidade' termina onde começa o legítimo interesse público, reconhecido previamente à ação governamental, através de mandado judicial, ou a *posteriori*, mediante um juízo de ratificação das medidas adotadas, pela afirmação da existência de uma *probable case*. Sua definição se faz a cada instante, de acordo com o caso e com a percepção que tem o juiz da aceitação ou não da prevalência de um dado interesse coletivo sobre o interesse individual ocorrente naquele caso." SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, p. 180.

<sup>560</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 250.

Pois como acertadamente pondera Marco Aurélio de MELLO “tenha-se sempre em presente a máxima de que, em sendo o direito uma ciência, o meio justifica o fim, e não este aquele.”<sup>562</sup>

A da supremacia do interesse público como representação do interesse estatal não compõe mais a sistemática jurídica, um novo cenário de ponderações e perquirições sobre o real significado do interesse público redirecionou o mesmo para um sentido mais depurado ao seu destinatário, o ser humano e suas manifestações existenciais, dentre as quais insere-se o seu direito ao sigilo enquanto manifestação do direito à intimidade.

Nessa linha, o sigilo bancário justifica-se “mais por razões de interesse público do que privado<sup>563</sup>”, pois ao tempo que preserva a confiabilidade no sistema financeiro, respeita objetivamente o direito secular do contribuinte, o qual como membro da comunidade jurídica ao ter resguardada sua privacidade indiretamente transmite segurança aos demais de que também terão seus direitos resguardados.

Seguir na doutrina fiscalista da supremacia do interesse público, vinculando este ao interesse estatal representaria a abertura para outras afrontas aos direitos do cidadão, como por exemplo adotar-se a teoria do delito penal de Limborço, segundo a qual os criminosos podem ser identificados previamente por questões genéticas. Logo, a fim de proteger o cidadão, em nome do interesse público estaria o homem sujeito a mais esse “benefício” do Grande Irmão.

A arte da argumentação, como já destacado, é um instrumento muito forte que pode conduzir aos piores tipos de arrepios à norma e, geralmente, começa em institutos, por vezes imperceptíveis pelo homem, como o foi na época de Hitler e sua apologia à destruição da arte, mais tarde era a destruição de outras raças.

---

<sup>561</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 73.

<sup>562</sup> MELLO, Marco Aurélio de. *A eficácia dos precatórios*, p. 230.

Hoje pode-se considerar uma questão menor a prerrogativa do Estado violar o sigilo sob a justificativa do interesse público, mas numa análise dos atos tomados por esse ente no passado não tão remoto – a Ditadura acabou há menos de duas décadas, pode-se vislumbrar o cenário que está por vir.

#### 5.3.2.6 A sexta falácia: “igualdade tributária”

O advento da LC 105/01 trouxe ao cenário jurídico mais um argumento o da: igualdade tributária<sup>564</sup>.

De acordo com os partidários dessa justificativa o sigilo bancário é um apanágio dos sonegadores que, em detrimento dos assalariados, acabam pagando menos tributo, por consequência. Essa situação geraria uma injustiça fiscal.<sup>565</sup>

Novamente parte-se da premissa da inexistência da presunção de inocência e da acolhida esquerdista da ojeriza à riqueza alheia. E nesse ponto há de se observar, preliminarmente, ser a questão da igualdade fiscal tema altamente palpitante e subjetivo, logo sujeito também ao crivo judicial e não meramente às considerações do fisco.

E, eis uma grande questão a depor contra os partidários da corrente fiscalista, aquela que reside na própria LC 105/01, art. 3º, § 1º:

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.

---

<sup>563</sup> MALERBI, Diva. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 84.

<sup>564</sup> Nesse sentido LANGOWSKI, Luiz Sergio. *Direito à intimidade e sigilo bancário*, p. 165. O autor em caso adota uma posição peculiar pois afirma não terem as pessoas jurídicas seu direito ao sigilo bancário resguardado constitucionalmente, pois não possuem direito à intimidade e vida privada, podendo sofrer derrogações por norma infraconstitucional.

<sup>565</sup> Nesse sentido: TAGLIAFERRO, Kleber Augusto. *A Constituição Federal e a Lei do Sigilo bancário: tensão entre princípios*, p. 72 e ss.

§ 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.

Extrai-se do artigo em tela que, em se tratando de funcionário público, a requisição ao Judiciário é obrigatória não sendo verdadeira a recíproca com relação ao contribuinte. Logo, a injustiça fiscal pode advir do direito de sigilo do contribuinte, mas não daquele que detém o controle sobre este.

Crê-se ser precisamente esse dispositivo o grande argumento contra a dita “violação de sigilo como maneira de acabar com a desigualdade fiscal”, pois, conforme depreende-se dele, mais uma vez o Estado permanece com seus privilégios injustificáveis viciando o Estado Democrático de Direito.

E como bem lembra Domingos FRANCIULLI NETTO: “deve-se arredar a idéia de que a preservação do segredo ou sigilo sempre visa a encobrir condutas ilícitas, maculas, eivas, jacas ou quaisquer defeitos ou fatos que, desvendados, poderiam estigmatizar ou ferretear a pessoa.”<sup>566</sup>

Ao Grande Irmão, cujo alerta de José Augusto DELGADO bem ressalta, não se reveste de muita confiança, o Judiciário deve acolher; já ao contribuinte, o fisco mesmo o protegerá de si mesmo.

#### 5.4 O MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público está dentre as instituições democráticas brasileiras que mais tem se destacado, principalmente em face da caracterização atribuída ao mesmo pela Constituição Federal de 1988, no tópico “das funções essenciais à

<sup>566</sup> FRANCIULLI NETTO, Domingos. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 125. Nesse sentido ver também: FERREIRA, Márcia Regina. *O sigilo bancário e o fisco*, p. 166.

justiça, art. 127, de ser “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Essa instituição criada através do Decreto 848 de 1890 passou por fases distintas<sup>567</sup>: pela Constituição de 1934 (a primeira que a mencionou expressamente) foi considerada órgão de cooperação das atividades governamentais; a de 1946 dedicou-lhe título específico; a de 1967 a elencou no capítulo do Poder Judiciário; a EC/69 a incluiu dentre os órgãos do Poder Executivo. Extrai-se dessa construção histórica do Ministério Público ter o mesmo passado por três categorias distintas: órgão autônomo (1946); órgão do Poder Judiciário (1967); e órgão do Poder Executivo (1969); está última categoria, de acordo com a doutrina predominante<sup>568</sup>, prevaleceu na Carta de 1988.

Mas o grande cerne da questão no pertinente ao sigilo bancário reside no inciso VI do art. 129 da Constituição de 1988, segundo o qual o Ministério Público tem poderes de “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.” (Grifo nosso.)

A Lei Complementar à época, a 40/81 (Lei Orgânica do Ministério Público) em seu artigo 15, incisos I e IV<sup>569</sup>, disciplinava a requisição de informações por parte deste órgão; bem como as Leis 7.492/86, art. 29 e 7.347, art. .8º, § 3º.

<sup>567</sup> Ver SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 582-583.

<sup>568</sup> Há quem afirme ser o Ministério Público um quarto poder.

<sup>569</sup> Art. 15. São atribuições dos membros do Ministério Público:

I - promover diligências e requisitar documentos, certidões e informações de qualquer repartição pública ou órgão federal, estadual ou municipal, da Administração Direta ou Indireta, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo e de segurança nacional, podendo dirigir-se diretamente a qualquer autoridade;

[...]

IV - requisitar informações, resguardando o direito de sigilo;”

Todavia, com o advento da nova Lei Orgânica do Ministério Público, a Lei 8.625/93<sup>570</sup> e a LC 75/93<sup>571</sup>, levantou-se um movimento dos membros desse órgão sustentando que o mesmo teria, em razão do art. 129 da CF/88, regulamentado pelas leis suprarreferidas, poderes para requisitar informações bancárias independentemente do crivo judiciário.<sup>572</sup>

Proliferaram então notificações aos bancos, por parte do Ministério Público, com o intuito de lhe serem franqueadas informações bancárias<sup>573</sup>, as quais, uma vez não atendidas, repercutiam em denúncia do *parquet* contra as autoridades bancárias.

Doutrina e jurisprudência levantaram-se contra essa sistemática ponderando, majoritariamente, que ao Ministério Público não fora conferida tal

<sup>570</sup> “Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;

§ 2º O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.”

<sup>571</sup> Art. 8º. Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.”

<sup>572</sup> Neste sentido ver: MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, p. 406 e ss. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Considerações sobre o sigilo bancário*, p. 119-120. MARQUES, Carlos Alexandre. *Sigilo bancário e fiscal: a natureza do pedido de quebra do sigilo bancário e fiscal e alguns comentários práticos da atuação do Ministério Público*. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 94-97. E, de forma mais acirrada apresentando as conclusões sobre o tema no XI Congresso Nacional do Ministério Público, ver: COSTA, Epaminondas da. *Defesa do patrimônio público, sigilo bancário/fiscal e autonomia administrativa do Ministério Público*, p. 114-122. BELLINETTI, Luiz Fernando. *Limitações legais ao sigilo bancário*, p. 159-161. SILVA, Wanderlei Carvalho da. *O sigilo bancário e o Ministério Público*, p. 119-140.

<sup>573</sup> “A qualquer notícia de jornal, diz a subprocuradora, um procurador se sente autorizado a abrir inquérito e a adotar procedimentos que intimidam as pessoas investigadas, sem se preocupar com os direitos individuais do investigado e, muito menos, com as repercussões que a investigação terá sobre a sua vida e de sua família. [...]

Os procuradores brasileiros gostam de seguir o exemplo dos procuradores italianos – que, ao contrário dos daqui, são autoridades judiciárias – que conduziram a Operação Mãos Limpas. Devem, portanto, cuidar de não ultrapassar, com zelo, os limites da lei e a fronteira dos direitos individuais para não anular com abusos, como fizeram vários de seus colegas italianos, um esforço sério da moralização pública.” O ESTADO DE S. PAULO. *Os limites do Ministério Público*. Terça-feira, 8 jun. 1999, Caderno A, p. 3. O texto trata das constatações expendidas pela subprocuradora-geral da República Delza Curvello Rocha.

prerrogativa<sup>574</sup>, haja vista tratar-se de direito fundamental do indivíduo positivado no art. 5º, X e XII da CF/88, o qual só poderia ceder em razão de uma ponderação exercida pelo Poder Judiciário mediante processo devidamente instaurado e indícios de prova de ilícito, atendendo-se ao devido processo legal.<sup>575</sup>

Nesse sentido, o Acórdão proferido pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região<sup>576</sup>:

Habeas corpus. Crime de desobediência. Sigilo bancário. Representante legal do banco que recusa o fornecimento de informações sobre a movimentação bancária do correntista ao Ministério Público. Inteligência do § 5º do art. 38 da Lei 4.595/64 em face da ordem constitucional estabelecida na Carta de 88. Salvo conduto concedido. Salvo conduto concedido.

1 – A nova ordem constitucional, vigente a partir de 5 de outubro de 1988, alçou o sigilo bancário ao patamar de garantia fundamental, por disposição do inciso X do art. 5º da Constituição Federal, submetendo sua violação ao crivo do judiciário, que, nos termos do inciso XII do mesmo artigo, poderá autorizar sua quebra nas hipóteses e na forma previstas em lei para fins de investigação ou instrução criminal, observado o devido processo legal.

Até a LC 105/01 a argumentação contrária ao Ministério Público encontrava supedâneo também no art. 38 da Lei 4.595/64, o qual exigia “autoridade

<sup>574</sup> O STF só tem admitido o acesso de informações bancárias ao Ministério Público se estas forem pertinentes aos servidores da Administração Direta e Indireta, bem como à aplicação de dinheiro público. Nesse sentido ver o MS 21.729/95, no qual o STF denegou a segurança excepcionando o direito ao sigilo bancário independentemente da oitiva judicial, reconhecendo poderes do MPF para tanto, por haver no caso – averiguação sobre empréstimo de dois bilhões de dólares concedidos a usineiros parcela de valores de origem pública, impondo-se no caso o dever de publicidade, nos termos da CF/88, art. 37. Sobre o acesso do Ministério Público às informações bancárias das sociedades de economia mista ver o voto vencido do Des. OETTERER GUEDES do TJSP, segundo o qual: o MP deveria ter poder de acesso direto por haver dinheiro público nas transações efetuadas por sociedades de economia mista. MS 21.933-0/1. Revista dos Tribunais, vol. 719, p. 102-103.

<sup>575</sup> Neste sentido ver: REALE, Miguel. *Incompetência do Ministério Público para quebra do sigilo*, p. 117-128. DERZI, Misabel de Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Direito tributário aplicado: estudos e pareceres*, p. 281-282. GIANNETTI, Leonardo Varella. *Sigilo bancário e Ministério Público*, p. 277-285. FRANCIULLI NETO, Domingos. *Direitos fundamentais do contribuinte*, p. 131-135. E, ainda as decisões: STF, PET. 577-Questão de ordem, Rel. Min. Carlos Velloso. RE 215.301/CE. STJ, RESP 37.566-5/RS; RESP 28.586-4/GO; RESP 21.898/94; RESP 37.566/94; HC 2.019/94; HC 2.352/94; HC 1.290/91; HC 1.458/92; HC 5.065/MG; HC 97.02.16051-0/RJ in RT 745/670; RESP 90.275/CE.

<sup>576</sup> SÃO PAULO, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, *Habeas corpus*. Crime de desobediência. Sigilo Bancário. *Habeas Corpus* 97.03.026846-3/SP/6.491. Banco do Estado de São Paulo e Procurador da República em São Paulo. Theotonio Costa. 30.06.1998. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 36, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 224.

competente” – assim entendida como a autoridade judicial – e processo instaurado, para haver o acesso às informações bancárias<sup>577</sup>. Contudo, com a revogação do artigo em caso, suprimiu-se o obstáculo infraconstitucional firmado contra a legitimidade do Ministério Público para promover a violação do sigilo de dados bancários. Desta forma, há quem já afirme ter o referido órgão poder de violação do sigilo bancário<sup>578</sup> desde então.

A par das considerações devidas aos integrantes do *parquet* e partidários da idéia de terem estes poderes para requerer informações bancárias independentemente do Poder Judiciário, principalmente após a LC 105/01, não merecem acolhida as argumentações dos mesmos.

A matéria em discussão, como exposto no transcorrer do presente e fundamentado na jurisprudência e doutrina pátrias, reveste-se de caráter constitucional, regida pelo art. 5º, X e XII<sup>579</sup>. Logo, o fato da norma infraconstitucional (Lei 4.595/64, art. 38) disciplinadora das exigências de: autoridade competente e

---

<sup>577</sup> Sobre as exigências da Lei 4.595/64 para violação de sigilo em face do Ministério Público ver interessante parecer de TAVARES sobre uma decisão em sede de Mandado de Segurança impetrado pelo *parquet* a fim de obter informações bancárias conforme as diretivas constitucionais, visando evitar uma superveniente declaração de ilicitude das provas obtidas. Todavia, o juízo *a quo* não concedeu a liminar por entender que o órgão em caso detinha poderes para requerer diretamente as informações pleiteadas, haja vista o art. 129 da CF/88. TAVARES opina pela concessão da segurança, uma vez que, dentre outros fatores, a ausência desta iria implicar indubitavelmente na ilicitude da prova por se tratar de direito fundamental à intimidade. TAVARES, Juarez. *A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada*, p. 105-111.

<sup>578</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Considerações sobre o sigilo bancário, p. 120.

<sup>579</sup> Neste sentido já afirmara BROSSARD: “Ainda que ao MP se reconheça as atribuições mais amplas e os poderes mais largos, o seu exercício não se dará, não poderá dar-se, senão com submissão às normas constitucionais, especialmente as constantes das declarações de direitos, que constituem limites intransponíveis à ação de qualquer autoridade, a começar pela do Presidente da República associado à do Congresso Nacional. Nenhuma lei poderá ser feita que viole a intimidade da pessoa, sua vida privada, honra e imagem, que são invioláveis, diz a Constituição, art. 5º, X, como inviolável é o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, art. 5º, XII. Operações bancárias se fazem por carta, telegrama, atualmente por telefone; ora tudo isso é protegido rigorosamente pelo sigilo, admitindo a Constituição uma só exceção, relativamente às comunicações telefônicas, desde que para fins de investigação criminal ou de instrução penal, e só em tais casos o sigilo pode ser levantado, mas e ainda mais assim, sempre e exclusivamente, por ordem judicial, art. 5º, XII, *in fine*. Este é o princípio fundamental, assegurado como direito individual”. BROSSARD, Paulo. *Defesa do consumidor: atividade do Ministério Público – incursão em operações bancárias e quebra de sigilo – impossibilidade de interferência*, p. 94.

processo instaurado, ter sido revogada não outorga ao Ministério Público o poder de exigir autonomamente o franqueamento das informações bancárias, pois prevalecem, em detrimento da LC 75/93, da Lei 8.625/93 e da LC 105/01, as normas constitucionais.

Poderia argumentar-se, nesse sentido, que o art. 129 da CF/88 conferiria tal poder ao órgão em caso independentemente das normas infraconstitucionais, todavia, voltar-se-ia à discussão já pacificada de que havendo conflito entre uma pretensão e um direito erigidos num mesmo patamar normativo, há de intervir um terceiro imparcial, no caso o Poder Judiciário; muito mais quando o conclave versa sobre um direito fundamental.

Irrefutável, desta feita, a ausência de poderes do Ministério Público para ter acesso a dados bancários sem a anuência do interessado ou da intervenção do Poder Judiciário.

## 5.5 O TRIBUNAL DE CONTAS

O Tribunal de Contas criado por iniciativa de Ruy BARBOSA, através do Decreto 966-A-90, passou a integrar o regime constitucional brasileiro já na Constituição de 1891, estando previsto na Constituição atual no art. 71 e seguintes.<sup>580</sup>

Tal como o Ministério Público, o Tribunal de Contas não possuiu uma natureza jurídica determinada<sup>581</sup>, havendo divergência doutrinária no sentido de se o mesmo seria um órgão jurisdicional – haja vista seu poder de julgar as contas postas a sua análise – ou um órgão administrativo.

---

<sup>580</sup> Sobre a evolução do Tribunal de Contas no sistema constitucional brasileiro ver: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 727.

<sup>581</sup> Sobre a discussão ver: REALE, Miguel. *Questões de direito*, p. 79-107.

A questão, após uma longa digressão doutrinária-jurisprudencial, parecia ter sido pacificada com a Súmula 6 do STF<sup>582</sup>, na qual foi reconhecida, indiretamente, a não vinculação entre judiciário e Tribunal de Contas bem como a sujeição deste para com àquele.

A pertinência de se precisar a natureza do Tribunal de Contas para fins de acesso às informações bancárias é de elevado grau<sup>583</sup>, pois se acaso fosse acolhida a sustentação de ser ele um órgão judiciário, nos termos da Lei 4.595/64, art. 38, ele teria poderes de acesso a tais dados. Todavia, em lhe sendo reconhecido caráter eminentemente administrativo, enquanto componente do Poder Legislativo subordinado ao Congresso Nacional, a vedação fez-se cristalina; tendo o STF firmado posicionamento no sentido de que

Não se vislumbra, pois, em todos os dispositivos constitucionais e legais, permissão para que o TCU, ainda que no curso de auditorias ou inspeções no Banco Central, possa ter acesso a informações protegidas por sigilo bancário, sobretudo, repita-se, aquelas referentes a operações de instituições financeiras privadas. E, aí está, certamente, a razão maior pela qual o TCU não foi contemplado dentre as exceções do art. 38 da Lei 4.595/64, como possível receptor de informações protegidas pelo sigilo bancário.<sup>584</sup>

Ainda nesse julgado foi analisada outra questão que repercute no sigilo bancário: a do livre acesso do Tribunal de Contas às contas envolvendo dinheiro público, prevalecendo o entendimento, anteriormente esposado pela doutrina, de ser lícita tal análise por estar dentre as atribuições do referido órgão fiscalizar os gastos públicos. Fora este caso, em havendo envolvimento de verbas privadas ou mesmo

---

<sup>582</sup> “A revogação ou anulação, pelo Poder Executivo, de aposentadoria ou qualquer outro ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele Tribunal, ressalvada a competência revisora do Judiciário.” Ver ainda: RDA 38/299, 47/182, 48/307, 59/311, 166/13; RT 224/341, 225/330.

<sup>583</sup> A Lei Orgânica do Tribunal de Contas chega a prever em seu art. 42: “Nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções e auditorias sob qualquer pretexto.”

<sup>584</sup> STF, MSMA 22.801/DF, voto do Min. Celso de Mello, DJ 29/04/97.

instituições privadas, prevalece o entendimento de ser necessária a autorização judicial.<sup>585</sup>

Sobressai-se então o questionamento de se, com a revogação promovida pela LC 105/01, haveria alguma alteração pertinente à possibilidade de acesso do Tribunal de Contas aos dados bancários?

A resposta segue a linha do afirmado relativamente ao Ministério Público, ou seja, independentemente da revogação do art. 38 da Lei 4.595/64 e das disposições da Lei Orgânica do Tribunal de Contas, o direito ao sigilo bancário pertence à seara dos direitos constitucionalmente assegurados, logo não há alteração no quadro de vedação do franqueamento de informações bancárias a esse órgão<sup>586</sup>.

Outrossim, mais detidamente com relação ao Tribunal de Contas, cumpre observar que a LC 105/01 franqueou acesso de informações a agentes previdenciários e fiscais, não englobando, por conseguinte, o órgão em comento.

<sup>585</sup> Conferir parecer de lavra do Consultor da União Miguel Pró Oliveira Furtado, no qual o mesmo, após uma brevíssima digressão sobre as bases do Tribunal de Contas e os fundamentos infraconstitucionais do sigilo bancário, acaba por recomendar ao Tribunal de Contas que solicite autorização judicial para obter os dados bancários e, no caso analisado, fiscais a fim de evitar futuros conflitos, uma vez que a jurisprudência tendia a reconhecer o direito ao sigilo bancário como de cunho constitucional. In *Sigilo bancário e fiscal frente ao TCU*. Parecer nº GQ 110, D. O.12.09.96, p. 18.050, disponível em < <http://www.agu.gov.br/parecer> >. Neste sentido ver o precedente da PGFN: parecer PGFN/0833/96 da lavra de MONTEIRO, Carlos Eduardo da Silva; bem como as decisões: STF, MS 23.627-DF, MS 23.875-DF. E, ainda, MARTINS, segundo o qual, “não tem, pois, por ser órgão do Legislativo e não do Judiciário, o Tribunal de Contas, as forcas do Poder Judiciário, nem mesmo aquelas de investigação que as CPIs do Congresso possuem.” MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sigilo de dados que devem as autoridades fiscais manter sob risco de responsabilidade civil*, p. 72. Em sentido contrário ver: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *O sigilo fiscal e a competência dos Tribunais de Contas*, p. 155-162.

<sup>586</sup> Neste sentido, MARTINS, em parecer solicitado pelo então Secretário da Receita Federal sobre a possibilidade de acesso do TCU aos dados fiscais, após discorrer sobre sua posição de que citado órgão deveria compor o Poder Judiciário, concluiu pela impossibilidade de fornecimento das informações requeridas, pois “de rigor, os artigos 70 a 74, que cuida da competência de atribuições da Corte, não mencionam os poderes de investigação que pertinem ao Poder Judiciário, não podendo, pois, exigir quebra do sigilo de informações detidas por qualquer órgão da Administração, que digam respeito a terceiros desvinculados da Administração [...]. No mais, prevalece a inviolabilidade de sigilo de dados, cláusula pétrea que não pode ser quebrada por nenhuma autoridade [...]”. Apesar do parecer versar sobre sigilo de dados fiscais as conclusões acerca dos poderes do Tribunal de Contas e da proteção constitucional ao sigilo de dados fiscais aplicam-se, analogicamente, ao sigilo bancário. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sigilo de dados que devem as autoridades fiscais manter sob risco de responsabilidade civil*, p. 69-73.

## 5.6 A COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO

Consideradas como garantia de um verdadeiro regime democrático, as Comissões Parlamentares de Inquérito tiveram origem na Inglaterra, tendo sido integradas ao sistema constitucional brasileiro a partir da Constituição de 1934, fazendo-se presente na Constituição de 1988, no art. 58, § 3º.

A função precípua dessas comissões, reguladas pela Lei 1.579/52, consiste em outorgar ao Poder Legislativo poderes de investigação dos atos do Executivo, repercutindo, geralmente em investigações sobre contas bancárias, logo uma nova questão em face do sigilo bancário: teriam as Comissões Parlamentares de Inquérito<sup>587</sup> poder para excepcionar o mesmo?

Nos termos da CF/88, art. 58, § 3º as Comissões em comento equiparam-se ao judiciário, estando adstritas aos limites postos a este<sup>588</sup>, devendo tal como ele fundamentar suas decisões e requisições<sup>589</sup>, sob pena de nulidade, resguardando sigilo sobre as informações dela decorrentes.

Essa linha de pensamento restou pacificada pelo STF na decisão do MS 23.452/RJ<sup>590</sup> em que o pleno, por unanimidade, reconheceu terem as Comissões Parlamentares de Inquérito poderes para determinarem o franqueamento de informações bancárias, em face das prerrogativas investigatórias de que são investidas<sup>591</sup>.

<sup>587</sup> Sobre estas ver: COMPARATO, Fábio Konder. *Comissão Parlamentar de Inquérito*, p. 58-66.

<sup>588</sup> Neste sentido ver o parecer de COMPARATO sobre a requisição indiscriminada de informações bancárias pretendida pela CPI no Requerimento 935/91, a fim de verificar a evasão fiscal no país. O parecerista conclui que: "aqueles órgãos legislativos não têm poderes superiores aos que competem ao Judiciário, em qualquer circunstância." COMPARATO, Fábio Konder. *Comissão Parlamentar de Inquérito*, p. 66.

<sup>589</sup> STF, MS 23.960/DF; MS 23.882/PR.

<sup>590</sup> STF, MS 23.549-7; HC 71.039; MS 23.947/DF; MS 23.629/DF.

<sup>591</sup> "Ora, tão somente o Poder Judiciário e as Comissões Parlamentares de Inquérito, que têm poderes de investigação próprios do Poder Judiciário, podem quebrá-lo, conforme determina o artigo 58, §3º da Constituição Federal e a jurisprudência retro elencada." MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sigilo de dados que devem as autoridades fiscais manter sob risco de responsabilidade civil*, p. 71.

Apesar dessa diretiva jurisprudencial a LC 105/01, art. 4º, § 1º acabou por elencar as Comissões Parlamentares de Inquérito como detentoras do poder de requerer informações bancárias diretamente das instituições financeiras ou por intermédio do Banco Central ou da Comissão de Valores Mobiliários, dentro de sua competência constitucional.

Referido dispositivo em face da decisão do STF no MS 23.452 (considerada o *leading case*) e dos demais precedentes judiciais, parece ser inócua, ou pior, parece reconhecer a ausência do poder auferido às Comissões até o advento da LC 105/01, demonstrando mais uma das impropriedades legislativas do sistema brasileiro.

Todavia, numa análise mais perfunctória transparece outra conclusão: a de pretender o legislador, em face do reconhecimento das Comissões terem poder para violar o sigilo por decorrência de sua equiparação ao Judiciário, aproximar os órgãos previdenciários e fiscais, aos quais atribuiu tal poder com a LC 105/01, das Comissões a fim de legitimá-los como um terceiro imparcial.

E, nesse sentido, mais uma vez o legislador incorreu na ausência de análise das normas constitucionais, prendendo-se a perquirir a questão num plano infraconstitucional, “esquecendo-se” de que versa sobre direito fundamental positivado no art. 5º, X e XII da norma maior.

---

Ver ainda: GOMES, Luiz Flávio. *Quebra do sigilo dos dados ou registros telefônicos*. Disponível em: <<http://www.direitocriminal.com.br>>. Acessado em: 18 dez. 2000. Em sentido contrário: SCAFF, Fernando Facury. *O Estatuto Mínimo do contribuinte*, p. 469.

## CONCLUSÃO

A evolução histórica do homem permitiu o reconhecimento da indissociabilidade entre este e o direito na medida em que as razões sociais, direta ou indiretamente, motivam a construção jurídica da qual a expressão máxima é a Constituição.

Esta representa o conjunto de normas disciplinadoras, garantidoras e motivadoras dos valores almejados pela sociedade da qual adveio e para a qual se destina, devendo, como exposto no transcórre do presente, a fim de evitar um “rompimento” jurídico, adaptar-se a essa destinatária via processos formais ou informais, as denominadas reforma e mutação. Mais atuante do que a reforma, a mutação readapta o texto constitucional, expresso ou não, à sociedade de forma mais célere sem abater a essência do mesmo sob pena de induzir à desestruturação sócio-jurídica. A interpretação em meio a esse processo representa um grande liame entre o direito e a sociedade, particularmente a partir do momento em que o homem deixou de ser visto como mero operador do direito – aplicar a lei – para incorporar o papel de intérprete responsável e crítico-constutivo das bases jurídicas não necessariamente positivadas e que, por vezes, podem até contradizer a norma posta.

Compreendendo-se, desta feita, ser o direito um conjunto de normas e princípios, sujeito à interpretação como meio não de só de aplicar o sistema normativo posto, mas também de ponderar outros elementos inerentes ao convívio social.

Observou-se, indiretamente, na construção do presente, a ocorrência dessa mutação no conteúdo de três grandes pilares do tema abordado, interesse público, intimidade e sigilo.

O interesse público a par de ser uma expressão onipresente no sistema sócio-jurídico, adaptou-se ao homem, saindo de concepções estatais para as de cunho mais jurídico. O interesse público, assim entendido como a manifestação objetiva de direitos manifestos da dignidade humana, aparta-se do interesse estatal, o qual, em decorrência do princípio da legalidade dos atos administrativos, deve indiscutivelmente seguir determinações de lei, mas acima de tudo respeitar os direitos fundamentais do homem a fim de evitar-se a sujeição deste à vontade do príncipe utilizada em épocas não tão remotas como justificativa de afrontas ao direito sob manto de que se estava tutelando o interesse público.

A inserção da dignidade humana como conteúdo preciso do interesse público representa, nessa linha, a coerência do direito com a sociedade que descobriu não haver uma verdade absoluta revestida pela lei, mas uma verdade factual interferente sobre as normas jurídicas, assim entendidas como normas-princípio e normas-diretrizes, com atenção mais particularizada ao texto constitucional podendo-se valer, contemporaneamente, ao sentido de ser esta um “organismo vivo”.

Esse “organismo vivo”, com especial enfoque no Brasil, conheceu, de sua primeira formulação até a constituição de 1988, uma figura diretamente vinculada à questão da convivência social, a intimidade.

Relacionada ao sistema de informações pessoais, ao direito do sujeito, detentor de personalidade própria, opor-se à intromissão dos demais em sua vida, a intimidade passa por mutação conceitual adaptando-se aos sistemas desenvolvidos para aprimorar a troca de informações – da correspondência expressa à virtual. Um processo de adaptação promovida pela interpretação na medida em que a

Constituição ou a lei em sentido lato não podem prever aonde chegará o engenho humano na busca incessante de novos processos tecnológicos.

Nesse sentido, a revolução tecnológica promoveu um novo momento para o direito à intimidade, pois na medida em que se desenvolvem sistemas comunicacionais as informações individuais acabam compondo um bloco único no qual, por vezes, o indivíduo não quer estar inserido.

Inegável os benefícios auferidos pela tecnologia no pertinente à troca de informações propiciando a transnacionalização, todavia esse mesmo processo leva à discussão do controle e limite de acesso a essas informações, especialmente em face das bancárias. Estas proliferaram rompendo barreiras nacionais de forma mais célere, permitindo a construção de blocos econômicos e, ao mesmo tempo globalizando o sistema econômico, incentivando um maior interesse estatal sobre as transações bancárias, com a finalidade de aumentar a arrecadação.

Essa voracidade fiscal, incentivada por órgãos como a OCDE, justifica-se do ponto de vista da atividade estatal ser um poder-dever derivante de norma constitucional, todavia perde sua razão no exato momento em que o fisco desconsidera o sistema jurídico.

Desconsideração esta visível na suposta acolhida de recomendações proferidas por um órgão do qual o Brasil sequer é membro e, mesmo que o fosse, a própria OCDE destaca a necessidade de adaptação do sistema jurídico interno para, posteriormente, implantar-se suas diretivas. Alerta esse em consonância com a construção do direito e a preponderância do sistema constitucional. O fisco perde ainda sua razão ao valer-se de argumentos falaciosos condutores da opinião pública.

Falácias como a da conveniente interpretação parcial de doutrina abalizada sobre o sigilo bancário, onde frases descontextualizadas podem induzir o poder judiciário em erro, ou ainda a de desmerecer esse direito historicamente construído sobre as bases do costume, como atrelado meramente à questão patrimonial, a qual não representaria um valor a ser tutelado por ser uma herança burguesa. Argumentação inócua a uma porque foi visando tutelar o indivíduo dos desmandos do Grande Irmão que a doutrina do direito à intimidade ganhou mais força, permitindo ao proletário também ter seu direito ao sigilo de correspondência resguardado, o qual mais tarde viria a se manifestar nas informações bancárias, logo o direito ao sigilo das informações bancárias de burguês nada possui, salvo para aqueles que se prendem em justificativas ajurídicas para justificar o injustificável, a violação direta de sigilo pelo fisco. Outra questão depoente contra o sigilo seria a de que este é um direito burguês por tutelar o patrimônio, a qual cede, estranhamente, diante do fato que despertou maior interesse do fisco pelas transações bancárias, a tecnologia. Esta permite construir-se a biografia de uma pessoa através de sua movimentação financeira, uma vez que o homem moderno do nascer ao falecer entra, direta ou indiretamente, em contato com o banco, em sendo assim não se pode mais afirmar que o banco movimenta dinheiro e pronto, mas sim que representa um depositário das mais variegadas informações e, mais, mesmo quando estritamente financeiras, ainda merecem tutela, pois também são uma forma de manifestação de um caráter pessoal do indivíduo.

Nesse sentido o fisco perde ainda sua outra falácia, a de não ser o direito ao sigilo bancário uma parcela do direito à intimidade. Esta falácia cede na exata proporção em que o direito à intimidade, bem como ao sigilo, sofrem mutação conforme os processos tecnológicos, daí poder-se afirmar que as informações a

serem resguardadas pelo sigilo variam conforme a sociedade. No caso brasileiro esta optou desde suas bases mais remotas por tutelar o sigilo bancário, logo a tecnologia ao propiciar um maior acesso às informações bancárias não retirou desta sociedade sua concepção histórica de serem essas informações representativas da intimidade resguardado constitucionalmente, conforme decidiu reiteradas vezes o poder judiciário, ao contrário, o novo cenário tecnológico influente sobre as relações econômicas tem merecido maior preocupação justamente por servir de justificativa às destempéries dos fiscalistas de plantão em detrimento de um direito constitucionalmente erigido.

Reconhecida como norma constitucional o direito ao sigilo desmistifica também a falaciosa expressão de "quem não deve não teme" bem como de que o fisco estaria de "mãos amarradas", pois dentre os pilares do Estado constitucional brasileiro encontram-se o devido processo legal, o qual exige, dentre outros elementos, um juiz imparcial e a presunção de inocência. Em desatenção a esses e à natureza constitucional do sigilo bancário – reconhecida pelo legislativo também na observação da impossibilidade de emenda constitucional que viesse a abolir o mesmo – o fisco veio valer-se de normas infraconstitucionais para violar o sigilo, a exemplo de LC 105/01. Esta norma além de servir de argumento contra o próprio fisco quanto à questão da igualdade tributária por ele sustentada, consiste numa afronta ao devido processo legal na medida em que atribui ao acusador o papel de julgador, ou seja, retira a imparcialidade na análise da ponderação entre um direito fundamental e um interesse estatal, bem como na questão procedimental ao pressupor, desde o início, ser o contribuinte um sonegador até prove em contrário, desconsiderando a presunção de inocência. Na verdade o fisco pretende com essa norma arrebatrar os sustentáculos da tripartição de poderes, que segundo ele

amarrava-lhe as mãos. Todavia, estas supostas amarras são os direitos dos cidadãos em não se sujeitarem mais ao Estado fiscalista, mas ao Estado da legalidade constitucional, o qual o respeita como ser social e ser individual com direito a ser julgado não mais no sistema inquisitorial, mas no democrático de direito. Neste o interesse estatal não pode se sobrepor ao interesse público da dignidade da pessoa humana, mais especificamente no caso em tela, no direito à sua intimidade relativa às informações bancárias.

Esse é o novo cenário do direito ao sigilo bancário, um cenário de transnacionalização econômica incentivada pela acirrada tecnologia de informação, em que os direitos fundamentais se debatem com falácias estatais deturpadoras de conceitos como o do interesse público e do direito à intimidade, numa clara tentativa de, um lado o homem ser um indivíduo do mundo e de outro ser um vassalo do fisco.

Um cenário sócio-econômico em contrariedade que merece aplausos pela facilidade de acesso às informações e pela revolução na economia, especialmente com relação às atividades bancárias, mas também revisões na relação homem-direito, pois a indissociabilidade entre estes deve conduzir ao Estado Democrático de Direito resguardando-se o interesse público, assim entendido como a dignidade humana, de manutenção do sigilo bancário enquanto norma constitucional e, por tal, passível de exceção somente nas hipóteses constitucionais, quais sejam, devido processo legal, crivo do poder judiciário, ou requisição de comissão parlamentar de inquérito.

Recobrando-se que em direito a máxima maquiavélica de "os fins justificam os meios" cede em face do estado constitucional valendo dizer sim que "os meios justificam os fins".

## BIBLIOGRAFIA

A. DALPHIN-MEUNERA. *Histoire de la banque*. França: Universitaires de France, 1951.

ABRÃO, Carlos Henrique. Os sigilos bancário e fiscal na cobrança da dívida ativa. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 30, p.14-20, mar., 1998.

\_\_\_\_\_. Sigilo bancário e tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito bancário*. 7. ed. rev. atual. e amp. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 51.

ABREU, Florêncio. Abolição do sigilo comercial no Brasil. *Revista dos Tribunais*, n. 310, p. 73-79, ago., 1961.

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. tradução Buenaventura Pellisé Prats. tomo I. Barcelona: Bosch, 1982.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALTAVILA, Jaime de. *Origem dos direitos dos povos*. 2. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, [s. d.]

AMARAL NETO, Francisco. O sigilo bancário no direito brasileiro. *Sigilo bancário: colóquio luso-brasileiro*. Lisboa: Cosmos, 1997.

ANDRADE, Luiciano Benévolo de. *Curso moderno de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

ARAÚJO, Luiz Alberto David de. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ALCHORRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ASSIS ALVES, Francisco de. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ASSIS ALVES, Francisco de. Sigilo bancário e tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

AUBERT, Maurice. *Secret professionnel du banquier. tirage à part des fiches juridiques suisses*. [S.l.: s.n.]. Dezembro, 1970.

ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". *Revista Diálogo Jurídico*. ano I. vol. I. n. 7., Salvador, 2001, p. 1-30.

AZEVEDO, Noé. O sigilo bancário. *Revista dos Tribunais*, n. 315, p. 412-430, jan., 1962.

BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. atual. Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7 ed., rev. e comp. à luz da constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/1996. Rio de Janeiro: Forense, 1998

BALERA, Wagner. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Considerações sobre o sigilo bancário. *Revista Brasileira da Ciências Criminais*. n. 36, p. 102-131, out./dez., 2001.

BARBOSA, Ruy. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1934. V v.

BARBOSA, Ruy. Parecer. *Revista dos Tribunais*, v. 37, p. 359-364, fev. 1921.

BARCELOS, Luciana Abreu Pereira. CPMF – Implicações decorrentes da MP nº 2.037/00 e da IN SRF 59/00. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 63, p. 115-127, dez., 2000.

BARRIO, Javier Delgado.; VIGO, Rodolfo. *Sobre los principios jurídicos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

BARRETO, Lauro Muniz. *Questões de direito bancário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972. 1 v.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro e SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Comentários á Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v.1

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. Sigilo bancário e tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

BATISTA, Liliane Maria Busato. *A quebra do sigilo bancário como meio de prova no direito processual civil brasileiro*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre no Programa de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão em Direito pela PUCPR, 2001.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. Organizações da sociedade civil de interesse público: nova modalidade de parceria. *Revista dos Tribunais*, ano 89, n. 779, set., 2000.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Limites legais ao sigilo bancário. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 18, p. 141-161, abr./jun., 1996.

BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. *Manual de direito constitucional*. tradução Antonio López Pina. Madri: Instituto Vasco de Administración pública, Marcial Pons, 1996.

BERSANI, Giuseppe. *L'accertamento tributario nella fase di accesso al domicilio del contribuente e di deroga al segreto bancario: aspetti problematici e strumenti di tutela*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.

BETTI, Francisco de Assis. O sigilo bancário e a nova lei que define o crime de "lavagem de dinheiro" – aspectos tributários e penais. *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*, ano II, n. 2, p. 193-212, jan./abr., 1999.

BINACO, João Francisco. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessões de serviços públicos*. 2. ed. Curitiba. Juruá, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A teoria da formas de governo*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo e a crise contemporânea*. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará/PROED, 1985.

BORGES, Paulo César Corrêa. Apontamentos sobre os crimes tributários e a quebra do sigilo bancário. In: SALOMÃO, Heloísa Estellita. (Coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001.

BORGES, Alice Gonzales. Interesse Público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 205, p. 109-116, jul./set., 1996.

BRITO, Edvaldo. Quebra do sigilo bancário pela Administração Tributária: impossibilidade. In ROCHA, Valdir de Oliveira. (coord.). *Grandes questões atuais de direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2001. 5. v.

BROSSARD, Paulo. Defesa do consumidor: atividade do Ministério Público – incursão em operações bancárias e quebra de sigilo – impossibilidade de interferência. *Revista dos Tribunais*, n. 718, p. 88-96, ago., 1995.

BRUNO, Gilberto Marques. Quebra do sigilo bancário. *ADCOAS*, p. 116-117, v. 4, n. 4, abr., 2001.

BRYCE, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BULYGIN, Eugenio. *Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos*. In: ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro De Estudios Constitucionales, 1991.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996.

CALDAS, Júlio de Castro. Sigilo bancário: problemas actuais. In: *Sigilo bancário: colóquio luso-brasileiro*. Lisboa: Cosmos, 1997.

CAMPANILE, Vinicius Tadeu. Sigilo bancário: instrumento garantidor dos direitos fundamentais relacionados à liberdade e conseqüentemente à privacidade e a intimidade dos cidadão. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CAMPOS, Diogo Leite de. O sigilo bancário e a intimidade da vida privada. In: *Sigilo bancário: colóquio luso-brasileiro*. Lisboa: Cosmos, 1997.

\_\_\_\_\_. O sigilo bancário. *Cadernos de direito tributário e finanças públicas*. n. 20, v. 5, p. 173-176, jul./set., 1997.

CAMPOS, German J. Bidart. *Filosofia del derecho constitucional*. Buenos Aires: EDIAR, 1969.

CAMBI, Eduardo. A inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário e fiscal sem autorização judicial. *Revista de Estudos de Direito Civil e Processual Civil*, n.11, maio/jun., 2001

CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. *Revista Forense*, n. 187, p. 22, 1960.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CAPITULA, Sueli Solange. Interesse público – princípio constitucional implícito. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. v. 17, p. 170-187, out./dez., 1996.

CAPRA, Fritjof. *Ponto de mutação*. 14 ed. São Paulo: Cultrix, 2000.

CARDOSO, Hélio Apoliano. *Do sigilo*. Campinas: Bookseller, 2002.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y language*. Buenos Aires: Astrea, [S.d.].

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CASSONE, Vitório. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Sigilo bancário e tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

CAVALCANTE, Mantovani Colares. O sigilo bancário e a tutela preventiva. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 68, p. 93-100, maio, 2001.

CAVALLÉ, Angel Urquizu. El secret y tributario en España. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

CÉLINE, Louis-Ferdinand. *A vida e a obra de Semmelweis*. tradução Rosa Freire D' Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

CELLA, José Renato Gaziero. *A teoria da argumentação jurídica como proposta de uma racionalidade possível frente à postura cética do positivismo jurídico contemporâneo*. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

\_\_\_\_\_. *Teoria tridimensional do direito de Miguel Reale*. Curitiba: Juruá, 2001.

CENEVIVA, Walter. *Segredos profissionais*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 85.

CERVINI, Raúl. *La direccion dogmática del secreto bancario em um Estado Democrático De Derecho*. Disponível em: <[http:// www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br)>. Acesso em 19 jan. 2001.

CHUEIRI, Vera Karam de. *A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin*. In: ROCHA, Leonel Severo. *Paradoxos da auto-observação: percurso da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995.

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. 2 ed., São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. SEHN, Solon. Crimes fiscais e sigilo bancário: pressupostos e limites constitucionais. In: SALOMÃO, Heloisa Estellita. (Coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001.

COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2001

\_\_\_\_\_. *Teoria crítica do direito*. Curitiba: Livros HDV, 1987.

\_\_\_\_\_. *Teoria da ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1974.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Princípios constitucionais tributários. *Caderno de pesquisas tributárias*. n. 18, p. 96-104.

\_\_\_\_\_. Sigilo bancário e tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. Comissões Parlamentares de Inquérito. Limites. Pareceres. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 10, p. 58-66, 1995.

COSTA, Antônio José da. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Epaminondas da. Defesa do patrimônio público, sigilo bancário/fiscal e autonomia administrativa do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, v. 746, p. 114-122, dez. 1997.

COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Revista Direito Público, n. 95, p.125-138.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: RT, 1970.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

COVELLO, Sérgio Carlos. O sigilo bancário como proteção à intimidade. *Revista dos Tribunais*, v. 648, p. 37-30, out., 1989.

\_\_\_\_\_. O sigilo bancário como proteção à intimidade. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. n. 3, v. 1, p. 89-90, set./dez., 1998.

\_\_\_\_\_. *O sigilo bancário: com particular enfoque na sua tutela civil*. 2. ed. São Paulo: LEUD, 2001.

CRETELLA JUNIOR, José. *Direito administrativo do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.[s.d].

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, v. I.

CUCCI, Jorge Bravo. El secreto bancario y la reserva tributária en el Perú. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Lomonad, 1986.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise. *Droit bancaire*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2001.

DELGADO, José Augusto. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

\_\_\_\_\_. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Estudos Tributários*, n. 22, p. 136, nov./dez., 2001.

\_\_\_\_\_. Os sigilos bancário e fiscal no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Interesse Público*, n. 15, ano 4, p. 29, jul./set., 2002.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. O sigilo bancário e a Administração Tributária. In ROCHA, Valdir de Oliveira. (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2001. 5 v.

\_\_\_\_\_. O sigilo bancário. A Lei 9.613/98 e a intributabilidade do ilícito. *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*. ano I, n. 1, p. 209-231, set/dez, 1998.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Direito tributário aplicado: estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

DESCHANEL, Jean-Pierre. *Droit bancaire: L'institution bancaire*. Paris: Dalloz, 1995.

DUARTE, Francisco Carlos. *Justiça & decisão: teoria da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2001.

DIAS, Sílvio Vericundo Fernandes. Preservação do sigilo constitucional. *Revista de Processo*. ano 23, n. 89, p. 230-233, jan./mar. 1998.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DONEDA, Danilo César Marganhoto. *Correio eletrônico (e-mail) e o direito à privacidade na Internet*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Rio de Janeiro como requisito para a obtenção do título de mestre, 1999

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade da informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

DUARTE, José. Segredo profissional. *Revista dos Tribunais*, v. 120 (CXX), p. 683-689, jul., 1939.

DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? In: DWORKIN, Ronald. (coord.). *The philosophy of law*. New York: Oxford, 1977.

\_\_\_\_\_. *Los derechos en serio*. Tradução Marta Guastavino. 3. reimp. Barcelona: Ariel, 1987.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EIRAS, Agostinho. *Segredo de justiça e controle de dados pessoais informatizados*. Coimbra: Coimbra, 1992.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista do Tribunal Regional Federal 4ª Região*, n. 25, jul./dez., 1996.

FARHAT, Raymond. *Le secret bancaire*. Paris: Dalloz, 1970.

FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

FARIA, José Eduardo. Interesse público versus interesse privado: as antinomias jurídicas na gestão econômica. *RPGE – Fortaleza*, n. 6, p. 31-42.

FÉDER, João. A fiscalização do dinheiro público e o sigilo bancário. *Revista Forense*, n. 308, p. 51-58, 1989.

FERNANDES, Edison Carlos. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O sigilo fiscal e bancário e a competência do Tribunal de Contas. *Revista Fórum Administrativo*, p. 155-162, abr. 2001.

FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977.

FERNANDÉZ, Fernanda Mabel. Sereto bancario y tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Liberdade de opinião, liberdade de informação: mídia e privacidade. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. n. 23, v. 6, p. 24-29, abr./jun., 1998.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Palestra proferida no Simpósio internacional sobre sigilo bancário, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal*. Brasília, 15 de fevereiro de 2001. disponível em [www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br). consultado em 20.10.2001.

\_\_\_\_\_. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. n. 1, p. 77-90.

FERRAZ, Roberto Catalano Botelho. Dano moral em matéria tributária. In: MARINS, BERTOLDI & EFING. *Temas de advocacia empresarial*. Curitiba: Juruá, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA, Márcia Regina. O sigilo bancário e o fisco. In: MARINS, James. MARINS, Gláucia Vieira. (coord.). 1. ed. 3. tir. *Processo tributário administrativo e judicial*. Curitiba: Juruá, 2002.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Julex, 1989, v. I.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

FOLMANN, Melissa. *Sigilo bancário e fiscal: à luz da LC 105/01 e do Dec. 3.724/01*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2002.

FOS, Jose Antonio Garcia-Trevijano. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I. 3. ed. Madri: Revista de Derecho Privado. [S. d.].

FRANÇA, Reginaldo de. *Fiscalização tributária: prerrogativas e limites*. Curitiba: Juruá, no prelo.

FRANCIULLI NETO, Domingos. O processo e a quebra do sigilo bancário. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*. n. 1. v. 13., p. 27-56, jan./jun., 2001.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

\_\_\_\_\_. O direito à intimidade. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. n. 5, p. 196-246.

FREITAS, Juarez de. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FURTADO, Miguel Pró de Oliveira. Sigilo bancário e fiscal: submissão da questão ao Judiciário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 14, p. 108-126, nov., 1996.

\_\_\_\_\_. *Sigilo bancário e fiscal frente ao TCU*. Parecer nº GQ 110, D. O.12.09.96, p. 18.050, disponível em < <http://www.agu.gov.br/parecer> >. Acessado em 20 out. 2002.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, ano 7, n. 25, jul./dez., 1996, p.27-50.

GARCIA, José Carlos Cal. *Linhas mestras da Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

GASTALDI, Marisa. Secreto bancario y tributario. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

GIANFELICI, Enrico; GIANFELICI, Francesco. *Il segreto bancario: norme civili, penali e fiscali*. 2. ed. Milão: Cosa & Come – Giuffrè Editore, 2002.

GIANNETTI, Leonardo Varella. Sigilo bancário e o Ministério Público. *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*. ano II, n. 3, p. 277-285, maio/ago, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. Crimes tributários e quebra do sigilo bancário. In SALOMÃO, Heloisa Estellita. (coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. Quebra do sigilo dos dados ou registros telefônicos. Disponível em: <<http://www.direitocriminal.com.br>>. Acessado em: 18 dez. 2000. GONÇALES, Antônio Manoel do Amaral. A questão do sigilo bancário. *Cadernos de direito Tributário e finanças públicas*. n. 9, p. 154-157, out./dez., 1994.

GONÇALEZ, Antonio Manuel. Sigilo bancário e tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GORDILLO, Augustín. *Introducción ao derecho administrativo*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1996.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GUERRIERI, Félix Gustavo. Secreto bancario y tributario. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1976.

HAGSTROM, Carlos Alberto. O sigilo bancário e o poder público. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. Ano XXIX. n. 79. p. 34-62, jul./set., 1990.

HAMATI, Cecília Maria Marcondes. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HARADA, Kiyoshi. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HARADA, Kiyoshi. Poder de fiscalizar impostos e sigilo bancário. *ADCOAS*, v. 9, p. 328-330, set., 1998.

HARADA, Kiyoshi. Sigilo bancário e tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

HENARES NETO, Halley. Sigilo bancário e tributação. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

HENRION, Robert. *Le secret professionnel du banquier*. Paris, 1968.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HART, Herbert. Positivism and the separation of law and morals. In: DWORKIN, Ronald. *The philosophy of law*. New York: Oxford University Press, 1977.

HERNANDEZ, Fernanda Guimarães. Sigilo bancário e tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

HERRERA, Alfredo Echeverría. El sigilo bancario acceso a la información bancaria para fines tributarios. *Revista da Advocacia Geral da União - Centro de Estudos Victor Nunes Leal*. Disponível em <<http://www.agu.gov.br>>. Acessado em 20 out. 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução da 20. ed. por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HORTA, Raul Machado. Limitações constitucionais dos poderes e de investigação. *Revista de Direito Público*. n. 5, p. 34-40, jul./set., 1968.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, [ S.d.]. 6 v.

ICHIHARA, Yoshiaki. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

International Bank Secrecy, Sweet & Maxwell, 1992, p. 703/704.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la constitucion*. Tradução Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 26, p. 115-143, 1999.

KAFKA, Franz. *O processo*. tradução Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LABANCA, Jorge. *El secreto bancario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968, p. 57.

LACOMBE, Américo Masset. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LANGOWSKI, Luis Sergio. *Direito à intimidade e sigilo bancário*. Dissertação apresentada ao curso de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001.

LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Ensayos sobre metodología y en el derecho financeiro y tributario*. Madri: Marcias Pons, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1966. Madrid,

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1985.

LE GOFF, Jacques. *A bolsa e a vida: a usura na Idade Média*. tradução Rogério Silveira Muoio. 2. ed. 2. reimp. São Paulo: Brasiliense, 1998.

LEÃO, José Francisco Lopes de Miranda. Sigilo bancário face ao processo administrativo fiscal. *Repertório IOB de Jurisprudência*. n. 14, p. 279-282, 1994.

LIMA, João Frazão de Medeiros. Sigilo bancário não existe constitucionalmente. *Repertório IOB de Jurisprudência*. n. 11, p. 261-262, 1997.

LIMA, Rogério. Pode o fisco, por autoridade própria, quebrar o sigilo bancário do contribuinte? *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. n. 34, v. 8, p. 146-156, set./out., 2000.

LIMA NETO, José Henrique Moreira. Da inviolabilidade de dados: inconstitucionalidade da Lei 9.296/96 (Lei de Interceptação de Comunicações Telefônicas). *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 23, ano 6. São Paulo, Revista dos Tribunais, abr./jun. 1998.

LIMBORÇO, Lauro. Sigilo bancário – O MNI – Manual de normas e instruções do Banco Central. *Revista dos Tribunais*, v. 570, p. 15-20, abr. 1983.

LOBO, Maria Teresa de Cárcamo. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOEWESNTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.

LONGO, Eveni. Direitos humanos e a proteção dos dados pessoais. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. ano 3, v. 1., p. 176-182, abr./jun., 1995.

LOPES, Ana Maria D'Avila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Ética e administração pública. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 2, p. 139-152.

LÓPEZ, F. Javier Tua. El secreto bancario y tributario en España. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

LUHMAN, Niklas. *Ilustración sociológica y otros ensayos*. tradução H. A. Murena. Buenos Aires: Sur, 1973.

LUÍS, Alberto. *Direito bancário: temas críticos e legislação conexa*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

LUQUE, Alejandro M. Linares; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo Bancário e Tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

MACHADO, Miguel Pedrosa. Sigilo bancário e direito penal. *Colóquio luso-brasileiro sobre o sigilo bancário*. Lisboa: Cosmos, 1997.

MACHADO, Milton Terra. A inconstitucional quebra do sigilo bancário. *Revista de Estudos Tributários*, v. 3. n. 18, p. 5-19, mar./abr., 2001.

MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. *Do lançamento tributário: execução e controle*. São Paulo: Dialética, 1999.

MALAGARRIGA, Juan Carlos. *El secreto bancario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

MALERBI, Diva. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. Sigilo bancário e tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

MARAFON, Plínio José. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

MARONE, José Ruben. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, Fernando de Oliveira. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. Sigilo bancário e tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

MARQUES, Carlos alexandre. Sigilo bancário e fiscal: a natureza do sigilo bancário fiscal e alguns comentários práticos da atuação do Ministério Público. In: *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*. ano I, n. 1, p. 209-231, set/dez, 1998.

MARQUÉS, Mercedes Peláez. Secreto bancario e tributário en España. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001. *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e arbitragem*. n. 11, p. 31-38, jun., 1996.

\_\_\_\_\_. Sigilo de dados que devem as autoridades fiscais manter sob o risco de responsabilidade civil. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 9, p. 69-73, jun., 1996.

\_\_\_\_\_. Sigilo bancário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 1, p. 15-25, out., 1995.

\_\_\_\_\_. Sigilo bancário e tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 66, n. 2, p. 30-44, abr./jun., 2001.

MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MELLO FILHO, Álvaro. Dimensões jurídicas do sigilo bancário. *Revista Forense*, 287, p. 466-467.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal Anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Marco Aurélio de. A eficácia dos precatórios. *Revista tributária e de finanças públicas*. n. 20, p. 228-230, jul./set., 1997.

MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

MELO, José Eduardo Soares de. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade. *Repertório IOB de Jurisprudência* n. 24/92, p. 436-438.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1953. vol. II e VI, parte 3.

MIGUEL Carlos Ruiz. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1995.

MINAS GERAIS, 1. Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, em Belo Horizonte. Sigilo Bancário – Informações ao Fisco – Desobrigatoriedade. Mandado de Segurança 94.17100-5. Dibens Leasing S/A Arrendamento Mercantil e Delegado da Receita Federal em Belo Horizonte, Lourival Gonçalves de Oliveira, 26.08.1996. *Revista de Dialética de Direito Tributário*, n. 15, dez., 1996, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, p. 133.

MIRANDA, Jorge. *Jurisprudência constitucional escolhida*. Lisboa: Universidade Católica, 1996, 1. v.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1983.

MIRETTI, Luiz Antonio Caldeira. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MITSUI, Jackson. O sigilo bancário frente à administração tributária. In: MARINS, James. MARINS, Gláucia Vieira. (coord.). 1. ed. 3. tir. *Processo tributário administrativo e judicial*. Curitiba: Juruá, 2002.

MONDAINI, Flávio. Sigilo bancário: o direito à privacidade e a sua aplicação na cobrança da dívida ativa do INSS. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, p. 98-119, 2000.

MONTAINER, Luis Cosculluela. *Manual de derecho administrativo*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

MONTEIRO, Carlos Eduardo da Silva. Parecer. *PGFN/CAT*, n. 833, 1996.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1997. MORAES, Guilherme Penã de. *Direitos fundamentais: conflitos e soluções*. Rio de Janeiro: Labor Iuris, 2000.

MOREIRA NETO, Nelson. Impossibilidade de quebra de sigilo bancário em procedimento administrativo e falta de imparcialidade do fisco. *Repertório IOB de jurisprudência*. 1ª quinzena, caderno 1, 2000, 169-170.

MORI, Michele Keiko. *Direito à intimidade versus informática*. Curitiba: Juruá, 2001.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Meios de impugnação à quebra indevida de sigilo bancário. In SALOMÃO, Heloísa Estellita. (coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001.

MUKAI, Toshio. Sigilo bancário e tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

NEGREIROS, Teresa. A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1985.

NEYRA, José Alberto. Secreto bancario y tributario. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2000.

\_\_\_\_\_. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2000.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997.

OCDE. *Relatório Concurrence fiscale dommageable: un problème mondial*. 1998. Disponível em <<http://www.odce.org>>. Acessado em 01.02.2000.

\_\_\_\_\_. *Relatório mejorar el acceso a la información bancaria por motivos fiscales*. 2000. Disponível em <<http://www.odce.org>>. Acessado em 01.02.2000.

OLIVEIRA, Régis de. Aspectos constitucionais do sigilo bancário. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 99, p. 98-104, jul./set., 1995.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o interesse privado no direito administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, v. 220, p. 69-107, abr./jun., 2000.

ORWELL, George. 1984. 27. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2002.

PASIN, João Bosco Coelho. Sigilo bancário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

PASTORELLO, Dirceu Antonio. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PASTORELLO, Dirceu Antonio. Sigilo bancário e tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

PAULA, Ideval Inácio de. *Sigilo bancário: preservação e quebra*. Curitiba: Juruá, 2003, no prelo.

PAULON, Rosana Marques. Sigilo bancário e tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

PAVÓN, Pilar Gómez. *La intimidad como objeto de protección penal*. Madri: Akal, 1989.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da administração pública: agentes públicos, discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do poder judiciário*. São Paulo: Atlas, 2000.

PENTEADO NETO, Alfredo Camargo. *Empresas sem tributos: Uruguai, Cayman, U.S.A.* São Paulo: Rumo, 1995.

PERELMAN, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

PINTO FERREIRA, Luís. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

PINTO FERREIRA, Luís. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 2.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

\_\_\_\_\_. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. Tomo I. 2 ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951

PIRAÍNO, Adriana. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Borsoi, 1969.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

PONTES, Helenilson Cunha. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- PORTANOVA, Rogério Silva. *Informática: da tutela jurídica da privacidade ao segredo da indústria bélica*. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção de título de mestre em Ciências Humanas – Especialidade Direito. Florianópolis, 1987.
- PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2 ed., Rio de Janeiro: RT, 1987.
- QUEZADO, Paulo. LIMA, Rogério. *Quebra de sigilo bancário: uma análise constitucional (doutrina e jurisprudência)*. Fortaleza: ABC, 1999.
- QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. *Sigilo bancário*. São Paulo: Dialética, 2002.
- RAMOS, M. C. O sigilo bancário em Portugal. In: *Colóquio luso-brasileiro sobre o sigilo bancário*. Lisboa: Cosmos, 1997.
- RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- REAL, Alberto Ramon. Los métodos de interpretación constitucional. *Revista de Direito Público*, n. 53/54, p. 50-63, jan./jun., 1980.
- REALE, Miguel. *A nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Questões de direito*. São Paulo: Sugestões literárias, 1981.
- RIBEIRO, André da Costa. Lei complementar tributária. In: MARINS, James; GLAUCIA, Gláucia Vieira. (coord.) *Direito tributário atual*. Curitiba: Juruá, 2000.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.
- ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- ROCHA, Valdir de Oliveira. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- RODRIGUES, Anselmo. Sigilo bancário e direito constitucional. In: *Colóquio luso-brasileiro sobre sigilo bancário*. Lisboa: Edições Cosmos, 1997.
- RODRIGUES, Benjamin. O sigilo bancário e o sigilo fiscal. *Sigilo bancário: colóquio luso-brasileiro*. Lisboa: Cosmos, 1997.
- RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- \_\_\_\_\_. Sigilo bancário e tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário & direito à intimidade*. Curitiba: Juruá, 2001.

SAMPAIO, André Serrão Borges de. *Informações à AGU sobre a ADIN 2.397*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. acessado em 13 nov. 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. 3. ed. atual. e rev. por Uadi Lammego Bulos. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1995.

SANCHES, J. L. Saldanha. A situação actual do sigilo bancário: a singularidade do regime português. *Caderno virtual do IDP*. Disponível em: <<http://www.ldp.org.Br/sasbsrp.htm>>. Acessado em 25 maio 2002.

SANTA MARIA, José Serpa de. *Direitos da personalidade e a sistemática civil geral*. São Paulo: Julex Livros, 1987.

SANTALUCÍA, Marcelo, Sigilo bancário e tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

SANTI ROMANO. *Principii di diritto conztituzionale generale*. Milão:Giuffrè, 1978.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes . Sigilo bancário e tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O sigilo bancário e fisco (uma análise constitucional). *Repertório IOB de Jurisprudência*. 1ª quinzena de agosto, n. 15, caderno 1, p. 443-447, 2001.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Relativizar o sigilo bancário em face da Administração Tributária. *Fórum Administrativo*, p. 746-767, ago. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001.

SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional: como mudam as constituições*. Tradução Sergio Bath. Brasília: UNB, 1996.

SCAFF, Fernando Facury. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SCAFF, Fernando Facury. Sigilo fiscal e reserva de jurisdição. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 71, p. 60-71, ago., 2001.

SCAFF, Fernando Facury. Sigilo fiscal e totalitarismo político. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. Sigilo bancário e tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

Seminário Internacional – planejamento tributário. Realizado em 8-9 de ago. 2002, Recife: Pernambuco. Vídeo. Conferência: Sigilo bancário e controle sobre a elisão tributária. Orientação da jurisprudência do STJ. Min. José Augusto Delgado. Arnaldo Jr. Produções, vídeos jurídicos.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. O sigilo bancário e o direito à intimidade e privacidade das pessoas. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

Sexto Simpósio de Direito Tributário do IET. Quebra do sigilo bancário. Misabel Derzi. Delta vídeo. Realizado em Porto Alegre 18-19 de out. 2001. PUC. Delta vídeo. Tecnologia digital.

SIDOU, Othon. Direito à intimidade. *Revista dos Tribunais*, n. 421, p. 9-13, nov. 1970.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Wanderlei Carvalho da. O sigilo bancário e o Ministério Público. MARINS, James. MARINS, Gláucia Vieira. (coord.). 1. ed. 3. tir. *Processo tributário administrativo e judicial*. Curitiba: Juruá, 2002.

SILVEIRA, Alípio. Os métodos de interpretação da lei em nosso Supremo Tribunal. *Revista Forense* 189/18-42.

SOUZA, Fátima F. Rodrigues de. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. Sigilo bancário e tributário. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.

SOUZA, Hamilton Dias de. Sigilo bancário e direito à liberdade. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 51, p. 60-66, dez., 1999.

STRAPASSON, Maria das Graças. *Princípio da legalidade tributária*. Curitiba: Juruá, 2003.

STURZENEGGER, Luiz Carlos. A CPMF e a Medida Provisória 2.037. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. n. 10, p. 198-213.

SUNDEFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. 1 e 2 v.

TAGLIAFERRO, Kleber Augusto. A Constituição Federal e a lei do sigilo bancário: tensão entre princípios. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 66, p. 67-75, mar., 2001.

- TAVARES, André Ramos. Sigilo bancário como direito fundamental. In: *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, realizado em São Paulo, 17-18 ago. 2001. São Paulo; IOB, 2001.
- TAVARES, Juarez. A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 1, p. 105-111, jan./mar., 1993.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. rev. e atual. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- TELLES, Antonio A. Queiroz. *Introdução ao direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TENÓRIO, Igor. *Curso de direito financeiro brasileiro*. Rio de Janeiro: Mabri, 1962.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TORRES, Heleno. *Direito tributário internacional – planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 152.
- TORRES, Ricardo Lobo. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa. O sigilo bancário, a nova lei que define o crime de "lavagem de dinheiro". *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*. ano I, n. 1, p. 233-241, set./dez., 1998.
- TRAMONTIN, Odair. *Incentivos públicos a empresas privadas & guerra fiscal*. Curitiba: Juruá, 2002.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- VEIGA, Vasco Soares da. *Direito bancário*. Coimbra: Almedina, 1997.
- VIDIGAL, Geraldo. O sigilo bancário e o fisco. *Cadernos IBCB*, n. 3 (separata). São Paulo: IBCB, 1988.
- VILLEGAS, Carlos Gilberto. *La cuenta corriente bancaria y el cheque*. Buenos Aires: De Palma, 1987.
- VIGO, Rodolfo L. *Interpretación jurídica*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.
- WALD, Arnoldo. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na Lei Complementar n. 70. *Caderno de direito tributário e finanças públicas*. n. 1, p. 196-209.
- WALD, Arnoldo. Sigilo bancário e direitos fundamentais. *Revistas dos Tribunais. Cadernos de direito tributário e finanças públicas*, n. 22, p. 25.
- YAMASHITA, Douglas. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas Tributárias, n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.