

⁴ De acordo com Mozer Benedito, no livro *Dívida Externa*, 2ª ed., São Paulo, Edições Loyola, publicado em 2000, no ano de 1989, a nossa dívida externa era de 115 bilhões de dólares. Só no governo atual pagamos 60 bilhões, ou seja, mais de 140 bilhões de dólares acima da dívida, mas continuamos a dever 243 bilhões.

⁵ O Poder Econômico, enquanto o poder estatal, é defendido, também, pelo jurista mineiro Washington Peluso Albino de Souza, em sua obra *Direito Econômico*, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 439.

Bibliografia:

- AZUMBULA, Darcy. *Teoria Geral do Direito*. 30ª ed. São Paulo: Globo, 1993, p. 397.
- BENEDITO, Mozer. *Dívida externa*. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 90.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 171.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 239.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Apontamentos sobre *religião e política econômica: a modernidade medieval*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, 2000, n. 37, p. 263/311.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 1.228.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Para Viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1979, p. 214.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Renascer do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 41.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 366.
- MUZZI, Carlos Victor. Política. *Jornal do Advogado*: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais da Caixa de Assistência dos Advogados, Belo Horizonte, ano XXII, n. 182, mar./1999, p. 02.
- SOUZA, Washington Peluso Albino. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 626.
- Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 614.

Sigilo bancário: um instituto de futuro incerto

*Deocleciano Batista

I Parte – A Teoria do Sigilo Bancário

Nota Introdutória.

O sigilo bancário alcançou entre nós um *status* de direito subjetivo quase absoluto. Um pouco devido à má compreensão do instituto e muito em virtude do discurso articulado dos setores mais diretamente interessados em sua preservação.

A compreensão tida até aqui, no entanto, tende a ser alterada. E essa expectativa decorre de pelo menos dois fatores. O primeiro deles seria a *flexibilização* recentemente aprovada em favor do Fisco. E o segundo

resulta do debate que se seguiu àquela medida legislativa e que tem aclarado a natureza jurídica desse dever de discrição do banqueiro.

Este texto procura afastar as muitas imprecisões conceituais e também a idéia de intangibilidade conferida ao sigilo bancário. Noções básicas¹ e elementos informadores do instituto² costumam prestar-se a equívocos, o que aumenta em muito o grau de desinformação ou desvirtuamento da discussão. E a necessária correção de rumos reclama uma rápida incursão pelos vários aspectos doutrinários, desde as origens em tempos

*Advogado, mestrando em Direito Público pela UFPE e Professor de Direito Constitucional do UniCeub.

religiosos gregos até a contemporânea fundamentação constitucional.

Em seguida, a institucionalização do segredo em alguns dos principais ordenamentos estatais é contraposta ao tratamento legal observado pelo Brasil. O interesse maior dessa breve abordagem seria o de situar as controvérsias suscitadas por circunstâncias que admitem ou deveriam autorizar o levantamento da discricção.

E o fecho noticia a perspectiva nada promissora do instituto. A prova mais evidente dessa percepção talvez esteja na decisão tomada no final do ano passado pela Comunidade Econômica Européia de simplesmente acabar com o sigilo até 2010.

Capítulo I – Origem e Elaboração Doutrinária.

1.1 Surgimento marcado pela discricção e segredo próprios da origem religiosa das primeiras instituições bancárias.

Os bancos de hoje nasceram nos porões dos templos religiosos da Antigüidade. O de Delfos,³ por exemplo, acolhia depósitos de um grande número de particulares e também era usado pelos escravos para guardar suas poupanças. Quem lançasse mão dos bens lá depositados estaria cometendo sacrilégio (Weber, 1974: 223).

Pouco depois, ainda na Grécia, a religião iniciou o seu distanciamento das atividades bancárias. Os primeiros banqueiros, no entanto, continuaram observando a discricção e o sigilo assegurados pelos religiosos. Há quem diga que, já por essa época, a atividade

bancária estava sujeita a normas legais e morais.⁴

Mais tarde, em Roma, o sigilo bancário deixaria em definitivo o terreno religioso para conhecer existência e regulamentação jurídicas. Mas o primeiro banco na acepção contemporânea teria sido o São Jorge. Ele surgiu em 1147 e impôs aos bancários dos seus quadros o dever de “jurar e conservar em sigilo tudo o que soubessem a respeito dos atos e documentos da instituição e de seus clientes” (Mello Filho, 1984: 467).

Esse dever de discricção sempre atendeu a interesses privados. Mais recentemente, as funções dos bancos ganharam tal ordem de importância e complexidade que passaram a ser vistas como sendo de interesse público.⁵

1.2 Segredo profissional ou simples dever de discricção?

Boa parte da doutrina especializada prefere atribuir a origem do sigilo bancário ao chamado segredo profissional. À semelhança de advogados, médicos e sacerdotes, o banqueiro teria despertado “uma confiança fruto da discricção com que manipulava as confidências” (Bastos, 1993: 59).

Outros ponderam a dificuldade “em precisar sua origem”, embora acreditem que decorra da “variante do segredo profissional, em geral, e do comercial, em particular”:

Resumidamente, pode-se afirmar que o aperfeiçoamento da organização social e a divisão do trabalho em diferentes atividades, com a conseqüente formação de categorias profissionais distintas, fizeram-se acompanhar de exigências éticas, de normas morais, e, mais tarde, de normas técnicas,

consubstanciadas, por fim, em normas jurídicas. A evolução social foi acompanhada, igualmente, pelo estabelecimento de certos valores sociais, dentre os quais sobressaem a confiança e a discrição, decorrentes da confidência. (...). A obrigação de segredo acabou sendo estendida, em diferentes graus de intensidade, a outros profissionais – aos comerciantes, por exemplo. E, por fim, o poder público acabou intervindo para instituir ou confirmar tal obrigação, mediante normas gerais ou especiais, quase sempre acompanhadas por sanções penais (Hagstrom, 1990: 35).⁶

A melhor compreensão, porém, parece ser a de que os banqueiros “não estão adstritos às mesmas regras éticas e jurídicas de sigilo”. Eles, “em princípio, só devem aceitar e ser procurados para negócios lícitos e confessáveis”. Muito diversa seria a realidade vivida pelos advogados, médicos e padres, “cujo dever profissional lhes não tranca os ouvidos a todos os desvios de procedimento ético ou jurídico, às vezes conhecidos somente da consciência dos confidentes” (Baleiro, 1999: 993).

“Nem todo ofício”, assim, “está protegido pelo sigilo profissional: só aquele que, por sua natureza, exige a confidência ampla no interesse de quem confidencia. É o caso do advogado, do padre, do psicólogo etc. Nos demais casos a denúncia é uma possibilidade e até uma exigência” (Ferraz Jr, 1992: 145).

Ou seja, a proteção de confidências, ainda que de algo ilegal, é garantida como dever quando o profissional que a ouve o faz em razão do ofício. Já a liberdade de o banqueiro omitir ou resistir ao devassamento de informações de sua clientela há de ser contraposta a outros valores igualmente protegidos.⁷ Até porque os donos de bancos estão longe ser

‘confidentes necessários’.

Capítulo II – Fundamentações Teóricas Adotadas em Diferentes Ordens Jurídicas.

2.1 Doutrinas tradicionais.

As principais elaborações teóricas em torno do sigilo bancário podem ser rememoradas em poucas linhas.⁸

2.1.1 Teoria consuetudinária.

Para essa corrente, o fundamento do segredo bancário na ordem jurídica que deixou de positivá-lo estaria nos usos e costumes.⁹

A prática constante do respeito ao sigilo formaria aquilo que a jurisprudência italiana denomina *uso vinculante como fonte do direito*.¹⁰

2.1.2 Teoria contratualista.

O sigilo seria aqui uma decorrência necessária do dever jurídico acessório e implícito resultante do negócio jurídico firmado pelo banco com o cliente.

O contrato bancário constituiria, assim, o seu objeto principal.¹¹

2.1.3 Teoria do segredo profissional.

Os seus defensores argumentam que o dever de discrição do banqueiro está muito próximo daquilo que se entende por segredo profissional.

Para eles, deve-se abandonar a compreensão estrita do ‘segredo do profissional’ para abarcar todo segredo inerente ao ‘exercício

profissional' de atividades econômicas.

2.1.4 Teoria obrigacional.

O sigilo bancário constituirá clara obrigação jurídica sempre que sua exigibilidade decorra do direito posto.¹²

Essa fundamentação é apropriada para compreender o sigilo na ordem jurídica brasileira desde sua positivação em 31 de dezembro de 1964 (Lei 4.595/64, art. 38).

2.2 Fundamentação contemporânea.

Mais recentemente, com a tendência de aumento significativo do rol de direitos e garantias fundamentais,^{13 e 14} boa parte da doutrina passou a sustentar que o sigilo bancário seria decorrência necessária de preceitos constitucionais.

Na ordem constitucional brasileira inaugurada em 1988, a fundamentação jurídica da faculdade de resistir ao devassamento de informações bancárias estaria na inviolabilidade da 'vida privada' e do 'sigilo de dados'¹⁵ (CF, art. 5º, X e XII).

Alguns evocam, ainda, o direito à intimidade (CF, art. 5º, X).¹⁶ Mas, conquanto constitua clara aporia,¹⁷ a intimidade é totalmente estranha à faculdade de manter sigilo porque escapa a qualquer forma de repercussão social. Ela encerra e está compreendida num âmbito de exclusividade absoluta que as pessoas reservam para si. Ao passo que o segredo bancário pressupõe a reserva em relação a informações que foram comunicadas a alguém (*i. e.*, ao banqueiro) e que terão uma repercussão social ainda que restrita.

Já os vínculos de pertinência do segredo

bancário com os direitos subjetivos à privacidade e sigilo de dados precisam ser melhor explicitados.

O segredo bancário tem caráter acessório. Isto é, constitui mero instrumento para o eventual exercício da faculdade conferida a clientes das instituições financeiras. E, quando alegado, a sua essência instrumental faz com que deva ser sopesado diante de outros direitos ou interesses envolvidos.

A privacidade, diferentemente, é um direito em si mesmo que só encontra limite na privacidade de terceiro. E o sigilo de dados diz respeito à comunicação informatizada que está protegida como parte da tutela à vida privada.¹⁸ Ou seja, a proteção é para a comunicação ou troca de informações em caráter privado, e não para os dados transmitidos.^{19 e 20}

Capítulo III – O Senso Comum em Torno do Sigilo Bancário e sua Natureza Jurídica na Atualidade.

3.1 A conceituação até aqui aceita.

O dever de discrição do banqueiro é mais conhecido em outras partes como 'segredo bancário'. No Brasil, por opção legislativa, restou consagrada a expressão 'sigilo bancário'.

O sigilo bancário tem sido identificado como uma obrigação imposta aos bancos de só revelar as informações que lhe são confiadas quando há justa causa. A compreensão recorrente foi assim apreendida por Juan Carlos Malagarriga: "*el secreto bancario es la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros, sin causa justificada, los*

datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan” (apud Mello Filho, 1984: 466).

3.2 A natureza jurídica hoje ditada pelos direitos fundamentais.

Não raro, o sigilo bancário é tido pelos ordenamentos normativos de nossos dias como faculdade de resistir fundada em direito subjetivo fundamental.

A estrutura básica dos direitos fundamentais conta com três elementos: sujeitos, conteúdo e objeto. Os sujeitos do sigilo bancário são o cliente, titular do direito ao sigilo, e o banqueiro, como obrigado ao dever de discrição. O conteúdo é a faculdade conferida ao titular do direito de resistir à divulgação indevida de informações sobre os negócios mantidos com o banco. E o objeto vem a ser o bem protegido, isto é, tudo que

diga respeito às relações jurídicas materializadas em contas bancárias, empréstimos, prestações de serviços etc.

O sigilo bancário refere-se, assim, à faculdade de agir, de assegurar a manutenção do sigilo, de resistir ao devassamento dos vínculos estabelecidos com instituições financeiras. Ou seja, diz respeito ao conteúdo de um ou mais direitos subjetivos fundamentais, à liberdade de negar acesso a informações privadas. “Seria, portanto, um equívoco falar em direito ao sigilo, tomando a faculdade (conteúdo) pelo bem protegido (objeto), como se se tratasse em si de um único direito fundamental” (Ferraz Jr., 1992: 144).

Isto porque a faculdade de manter o sigilo é apenas o conteúdo de diferentes direitos subjetivos. Ele existe em caráter acessório como instrumento garantidor da inviolabilidade da comunicação de dados e, em particular, da privacidade do titular ou mesmo de terceiros.²¹

PARTE II – O Dever de Discrição do Banqueiro e o Direito Estatal.

Capítulo IV – As Limitações Conhecidas pelo Segredo Bancário.

4.1 A relatividade, como regra, em todos os direitos estatais.

Ao contrário do que muitos imaginam, nunca houve proteção absoluta ao sigilo bancário. Dependendo do ‘sistema jurídico’²² de filiação ou mesmo da ‘ordem jurídica’²³ considerada, o dever de discrição do banqueiro sempre esteve sujeito a diferentes graus de atenuação em favor de interesses tidos como

de maior relevância.²⁴

Essas possibilidades de levantamento do sigilo são referidas na doutrina e jurisprudência como ‘limites naturais e legais’.²⁵ ‘Naturais’ seriam, por exemplo, a abertura consentida pelo cliente e a inadimplência que força o banco a protestar um título ou a propor ação de cobrança.^{26 e 27} Já o estabelecimento de ‘limites legais’ faz-se, normalmente, em benefício da atuação de órgãos estatais. Dentre as hipóteses comuns aos diversos ordenamentos, as mais óbvias seriam as determinações vindas do Poder Judiciário,

as exigências próprias da supervisão exercida pelo Banco Central, as requisições do Poder Legislativo e de suas Comissões Parlamentares de Inquérito e as solicitações da Administração tributária.²⁸

Como será visto a seguir, com a menção à disciplina dispensada por alguns dos mais sólidos Estados de Direito, as limitações constituem regra e a tendência é que o segredo bancário desapareça ou torne-se residual.²⁹ Atentemos, inicialmente, para o que ocorre em quatro ordens filiadas ao sistema romano-germânico.

4.1.1 Alemanha.

Na Alemanha, não há previsão legal assegurando o sigilo bancário. Mas tanto a doutrina como a jurisprudência o admitem por ser prática de há muito observada e, principalmente, pelo respeito devido ao ‘princípio da garantia de confiança’.

O segredo profissional da lei penal não aproveita ao banqueiro. Ele pode apenas alegar o dever de discrição na esfera cível, cabendo ao magistrado decidir se os motivos ponderados são relevantes para afastar o direito ou interesse que está sendo discutido.

Os bancos também estão obrigados a denunciar qualquer evidência de ilícito e a prestar informações requeridas pela administração em geral, aí compreendidos o Ministério Público e a Polícia.

É certo, ainda, que não há sigilo em face do fisco. Mas cabe uma ressalva: “(...) *dans ce domaine également, le devoir de renseigner ne peut être exigé que dans le cas d’une disposition expresse du législateur et pas seulement sur ordre*

d’une autorité administrative” (Barmann, 1973: 17).

4.1.2 França.

No direito francês, a proteção do sigilo é posta sob a perspectiva do público *versus* o privado. E as normas legais sempre afastam o interesse do particular quando há interesse público envolvido (Gavalda e Stoufflet, 1973: 81).

4.1.3 Itália.

O segredo bancário na Itália inexistente em face do Poder Judiciário, sendo que no campo penal o exame da documentação vinda dos bancos é restrita à magistratura e na esfera cível o pedido de levantamento do sigilo é apreciado previamente pelo juiz da causa.

O ordenamento italiano do início da década de setenta do século XX ainda era bastante restritivo no tocante ao acesso do fisco a dados bancários. Mas a realidade vivida àquela época

ne doit pas faire croire que les organismes de crédit sont dans une position personnelle privilégiés au regard du fisc. Il est clair, en effet, que lorsque d’éventuels contrôles de fonctionnaires de l’Administration des Finances ont exclusivement pour objet de s’assurer de l’observation précise des règles fiscales qui s’imposent à les organismes de crédit, et ne visent pas à rechercher l’origine des revenus de la clientèle, l’examen éventuel de documents comptables non nominatifs ne peut être considéré comme l’équivalent d’une violation du secret bancaire. En revanche, il est solidement établi que non seulement il n’existe pas de pouvoir d’inspection reconnu au fisc, d’une

manière générale, auprès des banques, mais encore qu'en principe il est interdit à l'administration fiscale d'aller à l'encontre de l'obligation de réserve de la banque (Ruta, 1973: 120).

4.1.4 Suíça.

A federação suíça também impõe consideráveis restrições ao sigilo bancário. As muitas restrições constam de normas infra-constitucionais editadas pelo governo central e pelos cantonais.

Lá o sigilo não vale na área criminal e, na cível, a conveniência ou necessidade das requisições é decidida pela magistratura.

Em matéria fiscal, a abertura dos dados depende apenas da instauração de procedimento contencioso administrativo (Schonle, 1973: 177-98).

Capítulo V – O sigilo bancário nas ordens jurídicas brasileira e estadunidense.

5.1 O direito positivo e a jurisprudência no Brasil.

O dever de discrição do banqueiro só foi positivado entre nós quando da edição da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964.³⁰ Nela, o legislador preferiu a palavra ‘sigilo’ a ‘segredo’. E criou o delito da ‘quebra de sigilo’,³¹ assim entendido o devassamento ou violação das informações bancárias da clientela por parte de quem está legalmente obrigado a manter sigilo sobre as “operações ativas e passivas e serviços prestados” por instituições financeiras.³²

O acesso às informações protegidas pelo sigilo foi inicialmente admitido para o Poder Judiciário, Poder Legislativo, Comissões

Parlamentares de Inquérito e autoridades e “agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados” (Lei 4.595/64, art. 38, §§ 1º a 6º).

Ficaram de fora desse rol de exceções pelo menos três outras instituições públicas que, em determinadas circunstâncias, têm claro interesse jurídico nas informações acobertadas pelo sigilo. São elas: o Banco Central; as Polícias; e o Ministério Público.

Nesse meio tempo, as inovações legislativas procuraram tornar ainda mais relativa a proteção do sigilo. Já a jurisprudência caminhou em sentido contrário. Não só com uma rigorosa interpretação restritiva, mas principalmente com a generalizada exigência de prévia autorização do próprio Poder Judiciário.³³

5.1.1 Poder Judiciário.

“As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário (...) 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” (Lei 4.595/64, art. 38, § 1º).

A previsão legal, portanto, não enseja margem de resistência às instituições financeiras destinatárias da ordem. A determinação só poderá ser desatendida “se o juiz não estiver no pleno exercício da atividade jurisdicional” (Pimentel, 1973: 188).

Atendida a determinação, o dever de discrição do banqueiro e a obrigatoriedade legal do sigilo passam à esfera de responsabilidade do magistrado.

5.1.2 Poder Legislativo (federal).

“O Banco Central do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo” (Lei 4.595/64, art. 38, § 2º).³⁵

Há quem entenda que o legislador teria restringido a possibilidade desses pedidos de informações do Congresso Nacional “às instituições financeiras públicas”. Isto porque ele só estaria constitucionalmente autorizado a fiscalizar “órgãos públicos” (Hagstrom, 1990: 56).

Essa opinião, contudo, soa destituída de sentido. Afinal, o Banco Central figura entre os legalmente obrigados à prestação de “informações ao Poder Legislativo”. E aquela autarquia tem poderes para exigir qualquer informação das instituições financeiras, sejam elas públicas ou particulares.³⁶

5.1.3 Comissões Parlamentares de Inquérito.

Essas Comissões podem obter “as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central do Brasil” (Lei 4.595/64, art. 38, § 3º).³⁷

Elas têm “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas”, devendo os “pedidos de informações (...) ser aprovados (...) pela maioria absoluta de seus membros” (CF, art. 58, § 3º, c/c Lei 4.595/64, art. 38, § 4º).

A decisão de levantar o sigilo, no entanto,

deve ser fundamentada e deve haver indicação objetiva da necessidade da medida.³⁸ O Presidente do Supremo Tribunal Federal, em recente decisão interlocutória, observou que: “(...) se as Comissões Parlamentares de Inquérito têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (CF, art. 58, § 3º), têm, também, as mesmas obrigações destas. Estabelece a Constituição, no art. 93, IX, que as decisões judiciais serão fundamentadas, sob pena de nulidade”.³⁹

5.1.4 Administração Tributária.

Na norma específica do sigilo bancário está dito que “os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados⁴⁰ somente poderão proceder a exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente” (Lei 4.595/64, art. 38, § 5º).⁴¹

O Código Tributário Nacional (CTN), editado em data posterior à norma do sigilo bancário e que foi igualmente recepcionado pela atual ordem jurídica como ‘lei complementar’,⁴² trata do acesso do Fisco às informações bancárias em pelo menos duas passagens. Na primeira, inclui “os bancos, as casas bancárias, caixas econômicas e demais instituições financeiras” entre as que, “mediante intimação escrita”, estão “obrigadas a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros” (CTN, art. 197).^{43 e 44}

Num segundo momento, a lei tributária institui o segredo fiscal também para as infor-

mações bancárias (CTN, art. 198).

O Constituinte de 1988, por sua vez, facultou “à administração tributária (...) identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte” (CF, art. 145, § 1º).⁴⁵

Nos primeiros anos de vigência do § 5º do art. 38 da Lei 4.595/64, as expressões ‘processo instaurado’ e ‘autoridade competente’ não suscitaram maiores controvérsias. Eis o que disse o Deputado Federal Mussa Demes numa das sessões da Comissão de Reforma Tributária da Câmara:

Recordo muito bem que em 1968 ou 1969, se não me engano, eu já era fiscal do Imposto de Renda e, naquela época, não existiam as dificuldades que vemos hoje com relação ao sigilo. Naquela época, a Constituição não proibía (*sic*) que se pedisse esse tipo de informação aos bancos. Tanto isso é verdade que, por força de uma portaria do então Ministro da Fazenda,⁴⁶ o hoje Deputado Delfim Neto, os fiscais quebravam (*sic*) o sigilo bancário mediante a simples apresentação ao gerente de um banco de um termo de início de ação (*rectius*: ‘procedimento’) fiscal elaborado contra qualquer pessoa física ou jurídica” (Melo, 2000: 1).

Esse depoimento é corroborado pela jurisprudência do antigo Tribunal Federal de Recursos. Os julgados sobre a matéria eram assim ementados:

Sigilo Bancário. Contas de depósitos. Fiscalização tributária. Administrativo e tributário. Repetição de indébito. Sigilo bancário. CTN, art. 197. Lei 4.595/64, art. 38.

1. O exame de documentos e registros de contas de depósito nas instituições financeiras, para efeito de fiscalização dos tributos federais, dependerá de autorização em cada caso específico, sendo que, no

presente, a intimação dirigida ao Banco-autor para prestar informações atendeu os requisitos da Portaria GB 469/68, do Sr. Ministro da Fazenda, editada visando a facilitar a fiscalização. 2. Os textos dos arts. 197 do CTN (...) e 38 da Lei 4.595/64 (...) não se conflitam; ao contrário, convivem em harmonia. 3. Apelação a que se nega provimento” (Ap. 47.985/MG, TRF, DJ de 16.9.1982, p. 9.056).

Para a administração tributária, as expressões ‘processo instaurado’ e ‘autoridade competente’ eram assim interpretadas:

O legislador, ao falar em ‘processo instaurado’, quis referir-se à hipótese de prece-dência da lavratura do processo à efetivação daqueles cogitados exames, não bastando, por certo, que haja simplesmente um ‘termo de exame de escrita’ ou peças que a ele se assemelhem, conforme a vigente sistemática processual fiscal. Por outro lado, há necessidade que a ‘autoridade competente’, que é a que preside os atos processuais, se haja manifestado, considerando imprescindíveis esses exames, para cabal saneamento processual. Somente após preenchidas essas duas condições é que poderá atuar a fiscalização, então com franco acesso àqueles elementos elucidativos (Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional nos autos administrativos 101.2320/66).

Essa compreensão prevaleceu até a data de controvertido julgamento havido no Superior Tribunal de Justiça. Impressionado com o argumento de que a expressão ‘processo instaurado’ deveria ser interpretada de acordo com a doutrina do Processo Civil, o relator sustentou que ‘processo instaurado’ tinha o sentido de ‘processo judicial’. Logo, a ‘autoridade competente’ lá referida seria a ‘autoridade jurisdicional’ que preside a relação jurídica processual es-

tabelecida e em andamento.⁴⁷

A partir daí, o acesso da administração tributária às informações bancárias do contribuinte passou a depender de autorização expressa do Poder Judiciário. Quadro esse que acaba de ser alterado com a aprovação pelo Poder Legislativo de um pacote de medidas fiscais propostas pelo Poder Executivo.

A repercussão inicial a esse conjunto de medidas será objeto da segunda parte deste texto. A forte reação de determinados setores, inclusive com a propositura de diversas ações direta de inconstitucionalidade, evidencia que o acesso da administração tributária às informações bancárias do contribuinte dependerá novamente do entendimento a ser alcançado no plenário do Supremo Tribunal Federal.

5.1.5 Ministérios Públicos.

As normas editadas nas últimas décadas para institucionalizar a atuação dos Ministérios Públicos federal e estaduais tiveram o claro propósito de facultar-lhes acesso irrestrito às informações cercadas de sigilo.⁴⁸ Porém, em juízo, o entendimento sempre foi o de que eles deveriam obter com antecedência uma autorização judiciária expressa.

Essa compreensão jurisprudencial foi ratificada no correr da atual ordem jurídica. Pela Constituição de 1988, “a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público” seriam estabelecidas em “leis complementares da União e dos Estados” (CF, art. 128, § 5º).

Com a aprovação da Lei Complementar 75, em 20 de maio de 1993, o Ministério Público da União recebeu poderes para, “nos

procedimentos de sua competência”, requisitar informações e documentos “de autoridades da Administração Pública direta e indireta” e de “entidades privadas” (art. 8º, II e IV).⁴⁹ Já a exceção do sigilo ficou assim: Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção do sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido” (*id.*, *ibid.*, § 2º).

Um pouco antes, iguais poderes haviam sido conferidos aos Ministérios Públicos estaduais (art. 26 da Lei 8.625, de 12.2.93).

Essa nova disciplina parecia apontar para a inoponibilidade do sigilo bancário em face dos Ministérios Públicos. Ou seja, a Constituição teria criado uma nova exceção ao dever de discricção do banqueiro e os estatutos ministeriais teriam derogado a Lei 4.595/64.

Os bancos, no entanto, objetaram que a ‘lei do sigilo bancário é específica’ e deve prevalecer sobre as ‘normas genéricas’ de estruturação dos Ministérios Públicos. Ao ser provocado, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou a exigência de que as “requisições feitas pelo Ministério Público que impliquem em violação⁵⁰ ao referido sigilo, devem submeter-se, primeiramente, à apreciação do Judiciário, sob pena de incorrer em abuso de autoridade”.⁵¹

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, admitiu que o Ministério Público tenha acesso a informações bancárias quando há recursos públicos envolvidos. Nos demais casos, permanece a exigência de prévia autorização judicial.⁵²

Essa posição foi renovada há pouco em acórdão assim ementado:

A norma inscrita no VIII, do art. 129, da CF, não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a CF consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitima o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo de qualquer pessoa.⁵³

5.1.6 Banco Central.

A lei específica do sigilo bancário não incluiu expressamente o Banco Central entre os autorizados a ter acesso às informações protegidas.⁵⁴ Mas lei posterior, que mais tarde veio a ser recepcionada formal e materialmente pela ordem jurídica iniciada em 5 de outubro de 1988, explicitou que “o Banco Central do Brasil poderá examinar os livros e documentos das instituições financeiras, (...) as quais serão obrigadas a prestar as informações e os esclarecimentos” por ele “solicitados” (Lei 4.728/65, art. 4º).⁵⁵

Essa mesma norma instituiu ainda uma outra espécie de derrogação do sigilo bancário. Por ela, o Banco Central está obrigado a comunicar ao Ministério Público Federal os crimes constatados no desempenho de suas atribuições de fiscalização (Lei 4.728/65).⁵⁶

Embora também não esteja dito no art. 38 da Lei 4.565/64, o acesso às informações torna o Banco Central depositário do dever de discrição até então devido apenas pelo banqueiro. O eventual descuido de sua parte poderia acarretar o comprometimento de di-

reitos de clientes e das próprias instituições financeiras.

5.1.7 Polícias.

Com frequência, autoridades policiais solicitam documentos e informações às instituições financeiras. Estas se recusam a fornecê-los porque o rol taxativo de exceções não contempla qualquer das polícias (Lei 4.595/64, art. 38 e seus §§).⁵⁷

Os crimes que o Banco Central conhece no desempenho de suas atribuições de fiscalização são noticiados apenas ao Ministério Público (Lei 4.728/65, art. 4º§ 2º).⁵⁸

À autoridade policial só resta demonstrar em juízo a necessidade funcional ou institucional do acesso às informações e, assim, obter o mandado judicial de levantamento do sigilo (CF, art. 5º, XXXV).⁵⁹

Capítulo VI – O tratamento legal nos Estados Unidos da América (EUA).

6.1 A busca do equilíbrio entre a ordem pública e a esfera da privacidade.

Essa breve referência à disciplina do sigilo bancário entre os estadunidenses busca caracterizar a fórmula que eles encontraram para atender às exigências de ordem pública, sem descuidar da proteção dos interesses individuais.

A Constituição dos EUA não trata do segredo bancário. E sua Corte Suprema decidiu, em 1976, que ninguém tem privilégio constitucional para evitar que suas contas bancárias sejam devassadas por autoridades governamentais no curso de investigação cri-

minal ou em procedimentos verificadores de sonegação fiscal.

O sigilo bancário é regido por uma norma federal de 1978, intitulada “Lei do Direito à Privacidade Financeira”.⁶⁰ E nela o dever de discrição é excepcionado em numerosos casos.

As hipóteses de acesso da autoridade governamental⁶¹ a dados de cliente de instituição financeira⁶² são os seguintes: intimação ou ordem administrativa; pedido escrito da ‘autoridade governamental’; mandado de busca e apreensão obtido pela ‘autoridade governamental’; ordem judicial; e autorização do cliente (*U.S.C.*, Title 12, *Chapter 35, Sections 3402 to 3408*).

No caso específico da Receita Federal (*Internal Revenue Service – IRS*), a análise de informações financeiras, em particular de contas bancárias, é um dos métodos mais utilizados para investigação de possíveis sonegadores. O seu ‘Manual de Investigações Fiscais’ esclarece que o método é mais indicado quando o contribuinte resiste ao exame de sua contabilidade ou se os registros não estão disponíveis, são incompletos ou não refletem corretamente a renda tributável (www.irs.gov).⁶³

Essa liberalidade no trato do acesso do fisco faz-se acompanhar, no entanto, de alguns instrumentos de controle. Um deles é a possibilidade de a instituição financeira indicar um advogado para verificar a regularidade dos trabalhos da autoridade tributária. Outro é a atividade correicional da Rede de Combate a Crimes Financeiros,⁶⁴ que conta com competência normativa para fiscalizar e punir eventuais abusos havidos em investiga-

ções fiscais.

Depois da edição do *Right to Financial Privacy Act of 1978*, o Congresso dos EUA. aprovou uma série de leis que obrigam as instituições financeiras, inclusive cassinos, a fornecer informações à Rede de Combate a Crimes Financeiros sobre atividades suspeitas, movimentação de quantias superiores a US\$ 10 mil e outras relacionadas a políticas de interesse da sociedade.

Capítulo VII – As Incertezas que cercam o futuro do sigilo bancário.

7.1 Os europeus como precursores de uma tendência ditada pela aceleração do fenômeno da globalização.

A aceleração do processo de globalização econômica e as facilidades de locomoção criadas pelo desenvolvimento tecnológico tornam cada vez mais frágil o modelo atual de proteção ao sigilo bancário.

Secundados por organismos internacionais, alguns Estados têm demonstrado grande interesse em acabar com os chamados ‘paraísos fiscais’ e também na criação de mecanismos comuns de combate a crimes financeiros.⁶⁵ Essa pressão tem levado muitos outros Estados a adotar normas rígidas de controle da movimentação de capitais e políticas fiscais mais homogêneas com as práticas internacionais.

Um bom exemplo desse fenômeno parece ser a ‘lei-padrão’ de controle da lavagem de dinheiro que a maioria dos Estados periféricos vem aprovando a toque de caixa.⁶⁶ Outro seria a recente decisão da União Europeia de acabar com o sigilo bancário até o ano

de 2010.

Reunidos na cidade portuguesa de Santa Maria da Feira, os 15 Estados do Conselho Europeu aprovaram em 20 de julho de 2000 um pacote de harmonização fiscal que tem como ponto mais polêmico o fim do segredo bancário. Na qualidade de titular da presidência rotativa da União Européia, o Primeiro-Ministro português Antonio Guterres prestou ao final do encontro as seguintes declarações: “Foi uma negociação de 12 anos. Agora temos um documento que vai estabelecer os princípios e as orientações para as futuras diretivas nessa área. (...) Essa questão não é importante só para a Europa, porque abre caminho para a criação de mecanismos de transparência global no mundo financeiro que são essenciais para a globalização da economia” (<http://estado.com.br/jornal/00.06/21/news244.html>).

O pacote aprovado resultou num código de conduta para dismantelar os 66 paraísos fiscais diretamente ligados à União Européia. Também incluiu a tributação de *royalties* e o pagamento de impostos sobre rendimentos

das poupanças mantidas em qualquer dos 15 Estados da União.

A maior dificuldade encontrada para acabar com o sigilo bancário foi a resistência da Áustria e de Luxemburgo. A Áustria, por exemplo, argumentava que não poderia suprimir em tão curto espaço de tempo um instituto jurídico que nos últimos 200 anos sempre constou de suas normas constitucionais. Como condição para ratificar o acordo, exigiu que lhe fosse permitido preservar o segredo de depósitos efetuados por austríacos em agências bancárias do seu território.

Todas essas novidades deverão ser postas em prática até o final de 2010. As normas com o conteúdo das diretivas foram negociadas ainda no correr de 2000. A partir de 2002, a União Européia inicia os entendimentos para firmar acordos de igual conteúdo com outros Estados.

Os efeitos irradiadores tradicionalmente alcançados pelas medidas aprovadas na comunidade econômica européia por certo constituem séria ameaça à existência do sigilo bancário em todo o mundo.

Notas

¹ Como a da ‘quebra’ ou ‘violação’ das informações protegidas pelo segredo, em lugar de levantamento autorizado por uma das derrogações legais. Ou, ainda, do ‘dever do banqueiro’, i. e., próprio da instituição financeira onde o cliente mantém seus negócios, e não do segredo profissional que tem outra finalidade e fundamento. O delito da ‘quebra de sigilo’ deve ser entendido como o devassamento ou violação das informações bancárias da clientela por parte de quem está legalmente obrigado a manter segredo sobre ‘operações ativas e passivas e serviços prestados’ por instituições financeiras (Lei 5.595/64, art. 38, 7º).

² O sigilo bancário, como será demonstrado ao longo do texto, parece decorrer basicamente dos direitos fundamentais que asseguram a inviolabilidade da privacidade e da comunicação de dados (CF, art. 5º, X e XII). E não, como querem alguns, do direito individual que protege a intimidade. A faculdade de manter o sigilo é apenas o conteúdo de diferentes direitos subjetivos. Ele existe em caráter acessório como instrumento garantidor da inviolabilidade da comunicação de dados e, em particular, da privacidade do titular ou mesmo de terceiros.

³ Delfos, cidade da Grécia antiga, na Fócida, o mais importante centro religioso do mundo grego (*Novíssima*, 1982: 597).

⁴ Demóstenes teria ensinado que, além de atividades características como a da guarda de valores, os banqueiros também atuavam como conselheiros legais dos clientes e verdadeiros notários ou tabeliães. O que permite supor que estavam submetidos a normas legais e, em situações como a do sigilo, também morais (Farhrat, 1970: 17).

⁵ Muitos sustentam que as atividades bancárias constituem autêntico “serviço público” (p. e.: Abrão, 1982: 5-6; Rodriguez, 1968: 31-2).

⁶ O autor reconhece que, “ao examinarmos a situação do banqueiro, constatamos que sua profissão não se identifica, em suas origens, com uma relevante missão moral, nem se caracteriza, fundamentalmente, pela recepção necessária e obrigatória de confidências”. Sustenta, no entanto, que atualmente “grande parcela da sociedade é compelida, por diversas razões, a recorrer aos serviços bancários e, por diferentes motivos, a manutenção do segredo continua a ser de interesse geral” (id., *ibid.*: 36).

⁷ Exemplos óbvios seriam as esferas de interesses de terceiros, assim entendidas não só as dos demais indivíduos isoladamente como também a da sociedade e a do próprio Estado. Essa tensão permanente entre diferentes esferas de interesses igualmente protegidos fica bastante evidente na atuação do Fisco, que em “tous les

pays ont tendance à demander aux banquiers des renseignements de plus en plus nombreux” (Henrion, 1968: 16).

⁸ Nenhuma das construções adiante referidas proporciona uma compreensão abrangente e precisa do fundamento do sigilo bancário. São teorias tímidas na tentativa de estender a explicação do fenômeno para o conjunto das ordens jurídicas.

⁹ “El fundamento del deber de secreto que tienen los bancos hay que buscarlo, una vez más, en las normas usuales de general vigencia, y el fundamento, a su vez, de este uso bancario hay que buscarlo en la naturaleza antes apuntada del contrato bancario como una relación de confianza” (Garrigues, 1953: 52).

¹⁰ P. e., Corte de Cassação, julgado de 18/7/74.

¹¹ “La obligación de secreto sería un deber accesorio que se sitúa al lado del deber principal objeto del contrato” (Garrigues, 1953: 51).

¹² “La justificación jurídica de la discreción bancaria no es dogmática y invariable, sino que há dependido según tenemos ya noticia de los diversos ordenamientos jurídicos y del grado alcanzado por los mismos en su tratamiento” (Prieto, 1978: 80).

¹³ A expressão ‘direitos fundamentais’, tomada da cultura publicista alemã, é vista aqui como gênero das diferentes espécies de ‘direitos’ (individuais e coletivos, sociais, políticos etc.). Na classificação proposta para fins didáticos, o sigilo bancário seria corolário da ‘primeira geração [ou ‘dimensão’] de direitos’ (Norberto Bobbio prefere a expressão ‘era dos direitos’ – Bobbio, 1992). Os ‘direitos de 1ª geração’ são os da liberdade, isto é, os direitos civis e políticos. Inseridos nas primeiras Constituições do final do século XVIII, consolidaram-se nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito ao longo do século XIX. Têm por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado, correspondendo à fase inaugural do constitucionalismo ocidental (i. e., à da ‘sociedade versus Estado’). Os ‘direitos de 2ª geração’ são os chamados direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos ou das coletividades. Decorrem do princípio da igualdade e foram introduzidos em Constituições de Estados que adotaram ideologias ou pensamentos antiliberais (no caso, o constitucionalismo marxista e, um pouco antes, a Constituição social-democrata de Weimer). Os ‘direitos de 3ª geração’ fundam-se na fraternidade (humanismo, universalidade) ou solidariedade. São os casos, por exemplo, dos direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio da humanidade e o de comunicação. Eles têm como primeiros destinatários o gênero humano. Surgem agora os ‘direitos de 4ª geração’, como os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. A democracia positivada, ao que tudo indica, será pela primeira vez do tipo ‘direta’ (graças aos avanços tecnológicos – aspecto material – e às ‘informações corretas’ decorrentes do pluralismo do sistema). E há intelectuais que acreditam seriamente que estamos a caminho da globalização política, com o conseqüente surgimento de uma espécie de poder político central que venha a ditar políticas públicas para todo o universo.

¹⁴ As ‘garantias’ não se confundem com os ‘direitos’ fundamentais. As primeiras são instrumentos que conferem eficácia aos segundos. Ou seja, elas não asseguram um bem da vida propriamente dito (liberdade de expressão, propriedade, segurança etc.), mas fazem valer precisamente esses direitos individuais e coletivos. Exemplos de garantias constitucionalizadas: ação popular, ato jurídico perfeito, coisa julgada, habeas corpus, habeas data, mandado de injunção e mandado de segurança. O surgimento delas deu-se quando ficou evidente que os direitos não podiam, por si sós, ser assegurados ou ter efetiva existência prática. O sigilo bancário, como será apontado nas próximas linhas, tem um caráter acessório e essencialmente instrumental em relação aos direitos fundamentais de privacidade e inviolabilidade da comunicação de dados. Sua natureza jurídica é, assim, de ‘garantia’ e não de ‘direito’.

¹⁵ O direito anterior não fazia referência à inviolabilidade dos dados. Essa hipótese veio a ser prevista em decorrência do desenvolvimento da informática. Os dados protegidos pelo Constituinte de 1988 são, portanto, os dados informáticos (Ferreira Filho, 1990: 39).

¹⁶ (Gonzalez, 1994: 156; Martins, 1995: 71 e 76; Moyano e Vanni, 1997: 47-54; et al.).

¹⁷ “Não há um conceito absoluto de intimidade. Mas é possível exemplificá-lo: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange” (Ferraz Jr., 1992: 43).

¹⁸ “O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. (...) se alguém ‘entra nesta transmissão’, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violando o sigilo de dados” (Ferraz Jr., 1992: 145-6).

¹⁹ “Doutro modo, se alguém, não por razões profissionais, ficasse sabendo legitimamente de dados incriminadores relativos a uma pessoa, ficaria impedido de cumprir o seu ‘dever’ de denunciá-los” (id., ibid.: 146).

²⁰ Os sempre equivocados estão convencidos de que “o vocábulo ‘dados’, constante do art. 5º, XII, da Carta Magna, certamente refere-se a informações em poder dos bancos, entidades financeiras etc., que são indevassáveis [sic]” (Gonzalez, 1994: 156).

²¹ “O direito à privacidade, em conseqüência, sendo um fundamento em si mesmo, permite dizer que a privacidade de um indivíduo só se limita pela privacidade de outro indivíduo (como a liberdade de um só encontra limite na liberdade do outro). O mesmo, porém, não vale para a inviolabilidade do sigilo, cuja instrumentalidade remete à avaliação ponderada dos fins, à chamada Abwägung (sopesamento) da dogmática constitucional alemã (Grabitz, 1976: 95)” (Ferraz Jr., 1992: 145). Essa necessidade de sopesamento fica evidente quando os interesses individuais devem ser contrapostos aos da sociedade e do Estado, como na instrução processual, investigação criminal, saúde pública etc.

²² Sistema jurídico, aqui, será tomado na acepção proposta por René David. O Brasil, p. e., pertence em sua classificação à “família romano-germânica”, i. e., àquela que congrega os Estados nos quais “as regras de direito são concebidas (...) como regras de conduta, estreitamente ligadas à preocupação de justiça e moral”. Para ele, “determinar quais devam ser estas regras é tarefa essencial da ciência do direito; absorvida por esta tarefa, a ‘doutrina’ pouco se interessa pela aplicação do direito que é assunto para os práticos do direito e da administração”. Nota também que, “a partir do século XIX, um papel importante foi atribuído, na família romano-germânica, à lei; os diversos Estados pertencentes a esta família passaram então a adotar a ‘codificação’” (David, 1996: 17-8).

²³ Ordem jurídica no sentido dogmático que prepondera em todos os sistemas jurídicos contemporâneos de filiação romano-germânica. Confira: “A ordem jurídica

não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra, e assim por diante, até abdicar finalmente da norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora” (Kelsen, 2000b: 247).

²⁴ “(...) o sigilo não foi construído legalmente como uma barreira intransponível ou como um esconderijo inexpugnável para aqueles que transgridem as normas. Serve sim para preservar os negócios lícitos dos cidadãos, compreendendo-os como atos inerentes à sua vida privada e para proteger interesses legítimos e de forma mediata o próprio bem-estar coletivo” (Marques, 1997: 538).

²⁵ Sem classificar as derrogações em ‘legais’ e ‘naturais’, a magistratura inglesa, num caso decidido em 1924 (“*Tournier versus National Provincial Unionbank*”), admitiu que o sigilo bancário comporta exceções “where disclosure is under compulsion of law, where there is a duty to the public to disclosure, where the interests of the bank require disclosure, where the disclosure is made by the express or implied consent of the customer” (Henrion, 1968: 82).

²⁶ Mas há quem não admita a ‘cláusula de exoneração’, pela qual o cliente abre mão previamente do sigilo bancário, pois isso equivaleria a “renunciar a um direito essencial indisponível” (sic). E nem transija com “a troca interbancária de informações a respeito da clientela ou de terceiros, sem autorização do titular do segredo”, porque isso configuraria “violação à obrigação de silêncio imposta aos bancos” (Covello, 1989: 29).

²⁷ As chamadas ‘centrais de risco’ também seriam espécie de limitação natural. Normalmente, essa estratégia de reduzir a margem de ‘risco do negócio’ não conta com previsão normativa e gera fundadas desconfianças quanto à legitimidade. Confira: “La question qui se pose est celle de savoir si les renseignements communiqués en vue de prévenir la réalisation des risques constituent une exception à l’obligation au secret bancaire ou bien la justification qu’ils présentent, leur enlève le caractère d’illégalité?” (Farhat, 1970: 189).

²⁸ Um Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, na qualidade de “Administrador do Banco de Portugal”, defende que o segredo bancário não pode ser afastado pelo “interesse patrimonial do Estado em cobrar impostos”. Diz ele: “não vejo maior peso no interesse do Estado em cobrar receitas que podem ser malbaratadas” (sic; Campos, 1997: 176).

²⁹ Essa tendência já está sendo percebida entre nós. “O sigilo é uma norma que está se tornando, em outros países [sic], cada vez mais relativa. Se de um lado existe o direito do cidadão, que não é um direito absoluto, cada vez mais ele vem sendo relativizado face às dificuldades que o Estado tem encontrado, como sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e contrabando de armas. Historicamente, nos últimos 25 anos, quem defende o sigilo como direito absoluto está perdendo, porque as sociedades estão ficando mais democráticas” (Mattos Filho; <http://www.estado.com.br/editorias/2001/02/19po1416.html>).

³⁰ A Lei nº 4.595/64 “dispõe sobre a Política e as Instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências”. Lê-se, no *caput* do seu art. 38, que “as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”.

³¹ A redação do dispositivo que instituiu essa figura penal ficou assim: “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” (Lei 4.595/64, art. 38, § 7º).

³² Essas ‘operações’ e ‘serviços’ não têm contornos bem definidos. Mas é certo que “a atividade atual dos bancos resulta de uma dúbia categoria de operações: aquelas essenciais à função que é própria dos bancos (exercício do crédito), e que consistem, de um lado, na coleta dos capitais junto aos poupadores (operações passivas) e, de outro lado, na distribuição dos capitais (operações ativas); aquelas que consistem na prestação de determinados serviços (chamados serviços bancários) a favor do público e que, não obstante a notabilíssima relevância assumida na prática, econômica e juridicamente desempenham uma função apenas acessória e complementar” (Ferri, 1971: 680).

³³ Para o tributarista Ary Oswaldo Mattos Filho, o resultado prático dessa jurisprudência foi que o Brasil se tornou um dos Estados “com maior grau de fechamento quanto ao sigilo bancário”. E exemplifica: “quando o governo brasileiro pediu a outros Estados a movimentação financeira do ex-senador Luiz Estevão, uma semana depois estava com tudo na mão” (<http://www.estado.com.br/editorias/2001/02/19po1416.html>).

³⁴ As primeiras dessas ações foram distribuídas em 1º de fevereiro aos Ministros Ilmar Galvão (nº 2.386-1, de iniciativa da Confederação Nacional do Comércio - CNC) e Sepúlveda Pertence (nº 2.390-0, do Partido Social Liberal – PSI). O Ministro Ilmar entendeu caracterizado o critério da continência, pelo qual a competência para apreciação é do relator da ação de objeto mais amplo, e a relatoria acabou sendo redistribuída para o Ministro Sepúlveda. Uma terceira ação foi distribuída no dia 2 daquele mesmo mês ao Ministro Moreira Alves (nº 2.397-7, da Confederação Nacional da Indústria – CNI).

³⁵ A presença desses “relevantes motivos” não constitui um sério obstáculo à divulgação das informações. O Poder Legislativo, como um dos poderes do Estado, pode tornar público quaisquer documentos, “ainda os mais secretos” (STF, MS n 1959/53).

³⁶ “No âmbito do Poder Legislativo é comum o pedido de informações formulado por deputados, senadores ou comissões sobre operações ativas e passivas e serviços de instituição financeira, com solicitação, ainda, de nomes de clientes, valores de operações, extratos de contas etc.” (Mello Filho, 1984: 475). Mas esses pedidos devem ser “aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal” (Lei nº 4.595/64, art. 38, § 2º).

³⁷ A derrogação legislativa contempla apenas a esfera federal. Dela estão excluídas as comissões parlamentares de inquérito de assembleias legislativas e câmaras de vereadores.

³⁸ STF, MS 23.452-1/RJ, Luiz Carlos Barretti Jr. versus Presidente da “CPI do Sistema Financeiro Nacional” do Senado Federal, rel. Celso Mello (Plenário, 16.9.99; DJ de 12.5.2000); e MS 23.619-DF, Antônio Oliveira Claramunt versus Presidente da “CPI do Narcotráfico”, rel. Octavio Gallotti (Plenário, 4.5.2000; DJ,

17.12.2000). Na internet: <http://www.stf.gov.br/andamento/AcompProcessual.asp>.

³⁹ O pedido de liminar em mandado de segurança foi deferido e o ato parlamentar foi suspenso até que fossem prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora e julgado o mérito pelo Pleno (STF, MS 23.877-1/DF, Clube de Regatas Vasco da Gama e Outros versus Presidente da "CPI do Futebol" do Senado Federal (decisão interlocutória prolatada pelo Presidente, Ministro Carlos Velloso; relator designado, Ministro Marco Aurélio). Na internet: <http://www.stf.gov.br/andamento/AcompProcessual.asp>.

⁴⁰ A norma menciona apenas as autoridades tributárias estaduais e federais. O Supremo Tribunal Federal, contudo, decidiu que as instituições financeiras devem também prestar informações bancárias às autoridades tributárias municipais (STF, RE 71.640-BA, Banco da Bahia S/A versus Prefeitura Municipal de Salvador, 1ª Turma, rel. o Min. Djaci Falcão, julg. em 17.9.71, v. u., publ. em 10.11.71).

⁴¹ Os pedidos às instituições financeiras de "esclarecimentos e informes" recebem igual tratamento. E o exame, guarda e uso desses elementos devem observar o dever geral de reserva (id., *ibid.*, § 6º).

⁴² Esse Código "dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios" (Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966).

⁴³ O parágrafo único desse art. do CTN exclui a prestação de informações por parte daqueles legalmente obrigados "a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão".

⁴⁴ O art. 105 do mesmo Código parece guardar igual interesse. Conquanto não faça menção expressa a sigilo bancário, nele está dito que: "Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los".

⁴⁵ Afora esse preceito, "a competência da administração fazendária para o exercício da função fiscalizadora encontra embasamento constitucional em vários outros dispositivos. Por exemplo, na prevenção (vigilância) e repressão (censura) do contrabando e do descaminho, em sua área de competência, ela é afirmada no art. 144, § 1º, II". O conjunto de disposições constitucionais autoriza afirmar, assim, que "a identificação de patrimônio, rendimento e atividades econômicas do contribuinte é uma presunção da função fiscalizadora da administração tributária. Interpretar de outro modo é tornar impossível a exigência de declaração de bens, de rendimentos etc." (Ferraz Jr., 1992: 148-9).

⁴⁶ A aludida Portaria Ministerial era a GB 493/68.

⁴⁷ Com isso, as instituições financeiras devem atender "à solicitação do Fisco, cumprindo-lhe, porém, negar-se a fornecer qualquer espécie de notícia ou documentação pertinente à movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços a ele prestados (art. 38, caput, da Lei 4.595/64)" (STJ, REsp 37.566.5/RS, Estado do Rio Grande do Sul versus Fox Veículos Ltda. e Outros, 1ª Turma, rel. o Min. Demócrito Reinaldo, v. u., julg. em 2.2.94, publ. em 28.3.94. Na internet: <http://www.stj.gov.br>).

⁴⁸ Cf., p. e.: os arts. 30, IX, 34, VIII, e 38, XIV e XV, da Lei Orgânica do Ministério Público da União de 1951 (i. e., Lei n 1.341/51); art. 4º, § 2º, da Lei 4.728/65 – que dispunha sobre mercado de capitais; arts. 28 e 29 da Lei 7.492/86; art. 15, I, da LC 40/81 – que trouxe as diretrizes gerais de organização do Ministério Público dos Estados; e art. 12 da LC 70/91.

⁴⁹ E por ser titular da ação penal, o Ministério Público pode ordenar à autoridade policial a instauração de inquérito (CPP, art. 5º, inc. II). Aliás, o inquérito policial sequer é imprescindível. "O Ministério Público, munido de elementos suficientes, quanto à autoria e materialidade delituosa, pode oferecer denúncia sem anterior instauração de procedimento investigatório" (Dias, 1995: 243).

⁵⁰ Se o julgado houvesse concluído pela legitimidade da previsão legal, o melhor seria falar em 'abertura' ou 'levantamento' do sigilo. E não em 'quebra' ou 'violação'. Isto porque a hipótese seria de mera transferência da obrigatoriedade de manutenção do segredo. A responsabilidade pela reserva deixaria de ser do banco e passaria a ser do Ministério Público.

⁵¹ STJ, HC 2.019-7/RJ, Ariosvaldo Manoel Vieira e Outros versus 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 5ª Turma, rel. o Min. Flaquer Scartezini, julg. em 13/4/94, v. u., publ. em 9/5/94 (<http://www.stj.gov.br/netacgi/nph-brs?s1=2019&d=JUR.../index.html&r=10&f+G&l=2>).

⁵² STF, MS 21.729-4-DF, Banco do Brasil S/A versus Procurador-Geral da República, rel. designado o Min. Marco Aurélio e rel. para o acórdão o Min. Octavio Gallotti, julg. em 30/8/95. Na internet: <http://www.stf.gov.br/andamento/AcompProcessual.asp>.

⁵³ STF, RECR 215.301-0/CE, MPF versus José Carlos Aguilar, 2ª T., rel. o Min. Carlos Velloso, v. u., jul. em 13/4/99, publ. em 28/5/99, p. 24 (<http://stj.gov.br/juris.html&Sect2=THESOFF&Sect6=BLANK&p>).

⁵⁴ A existência de banco central em qualquer parte do mundo, no entanto, tem como pressuposto lógico a necessidade de fiscalizar o sistema financeiro. Se não lhe fosse facultado amplo acesso a todas as informações das instituições financeiras, especialmente as cobertas pelo sigilo bancário, ele não teria como cumprir o seu papel institucional.

⁵⁵ O Catedrático de Coimbra antes citado tem restrições ao acesso assegurado aos bancos centrais e enorme simpatia quanto à troca dessas informações entre as instituições financeiras. Confira: "O Banco Central, nos seus procedimentos de supervisão, não poderá exigir dados concretos sobre a identidade dos depositantes ou devedores dos bancos. (...) A boa fé que preside ao comércio jurídico levará a aceitar que uns bancos comuniquem aos outros, mediante prévio conhecimento

do seu cliente, a 'ficha bancária' deste, para avaliação do risco do crédito" (Campos, 1997: 176).

⁵⁶ Essa imposição veio a ser reafirmada pela Lei 7.492/86.

⁵⁷ "Sem mandado judicial, a autoridade policial não pode obter informações ou apreender 'documentos bancários' (...), pois o sigilo bancário é ditado por altos interesses sociais [sic] que a lei ampara" (Consultoria Geral da República, Parecer 594-H, publ. na p. 11.697 do DOU de 21/11/67).

⁵⁸ A obrigação legal alcança também as demais instituições financeiras públicas. E a "comunicação deve ser formalizada com todos os documentos indicadores do ilícito, objetivando propiciar àquele órgão não só uma segura avaliação do suporte fático da acusação, assim como melhores condições de oferecer a pertinente denúncia. Vale dizer, como o art. 38 da Lei 4.595/64 não ampara operações ilícitas e, considerando que é dever legal" das instituições financeiras públicas "noticiar ao Ministério Público possíveis crimes (...), torna-se necessário fundamentar a convicção em seguros elementos de prova, ainda que indiciária, remetendo-se ao Ministério Público a documentação comprobatória da infração, para instrução do procedimento penal cabível, sem que isto implique em quebra ou violação do sigilo bancário" (Mello Filho, 1984: 476-7).

⁵⁹ Essa solução, no entanto, não é unânime. Atente-se: "(...) o Poder Judiciário, apesar de ter o poder legal de determinar a quebra [sic] de sigilo bancário, só poderá fazê-lo na constância de uma ação judicial, jamais durante ou com fundamento apenas em procedimento administrativo. Conseqüentemente, não haverá embasamento legal para qualquer ordem judicial que vise violar sigilo bancário durante ou na constância de inquérito policial, pois não resta dúvida que este é um procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal" (Moyano e Vanni, 1997: 49-50).

⁶⁰ Quando da aprovação desse Right to Financial Privacy Act of 1978 (United States Code – U.S.C.; Title 12 – Banks and Banking; <http://caselaw.1p.findlaw.com/casecode/uscodes>), os deputados fizeram constar no Relatório da Câmara dos Representantes que a norma "procura estabelecer um equilíbrio entre o direito do cliente à privacidade e a necessidade das agências encarregadas de aplicar a lei de obter informações financeiras em investigações legítimas".

⁶¹ A 'autoridade governamental' tem uma conotação bastante ampla. Abrange qualquer agência ou departamento e, ainda, qualquer agente, funcionário ou oficial ligado à máquina estatal. Confira: "government authority" means any agency or department of the United States, or any officer, employer, or agent thereof" (U.S.C., Title 12, Chapter 35, Section 3401, n. 3).

⁶² 'Instituição financeira' é a designação para "qualquer unidade administrativa de banco, caixas econômicas, fornecedor de cartões de crédito, sociedade de financiamento industrial, bancos de investimento, associações de empréstimo e poupança, associação de construção, empréstimo ou bancos de financiamento agrícola (inclusive bancos de cooperativas), associação de crédito, ou instituição de finanças do consumidor, localizados em qualquer Estado ou território dos Estados Unidos, Distrito de Columbia, Porto Rico, Guam, Samoa Americana ou Ilhas Virgens" (U.S.C., Title 12, Chapter 35, Section 3401).

⁶³ Em regra, o IRS atua a legislação tributária com base no resultado das investigações procedidas pelos seus agentes e pelos integrantes dos ministérios públicos estadual e federal.

⁶⁴ A 'Rede de Combate a Crimes Financeiros', mais conhecida entre os norte-americanos pela sigla FINCen, é um órgão especial vinculado à Secretaria de Estado do Tesouro.

⁶⁵ "(...) nos últimos anos aumentou muito a preocupação com o chamado 'crime organizado', que atravessa fronteiras e busca fórmulas de 'limpar' os recursos provenientes da atividade criminosa, aplicando-os nos mercados financeiros e de capitais. Assim, diferentes iniciativas de caráter internacional têm buscado unir esforços no combate ao crime organizado, notadamente com relação ao tráfico de drogas, ao terrorismo, ao contrabando, à corrupção e aos crimes econômicos, em geral. Tais iniciativas têm sido centradas, mais recentemente, na implantação, renovação e uniformização da legislação específica" (Hagstrom, 1977: 50).

⁶⁶ No Brasil, a 'Lei de Lavagem de Dinheiro' tem como objeto a "lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores" (Lei 9.613, de 3 de março de 1988).

Bibliografia

1. Artigos doutrinários

CAMPOS, Diogo Leite de. O sigilo bancário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 20, p. 173-176, jul./set. 1997.

DIAS, José Carlos Dias. Sigilo Bancário – Quebra – Requisições da Receita Federal e do Ministério Público. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, São Paulo, n. 11, p. 240-244, jul./set. 1995.

MELLO FILHO, Álvaro. Dimensões jurídicas do sigilo bancário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 287, p. 466-477, jul./set. 1984.

GONÇALEZ, Antônio Manoel. A questão do sigilo bancário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 155-157, out./dez. 1994 (Cadernos de Direito Tributário e de Finanças Públicas).

HAGSTROM, Carlos Alberto. Sigilo Bancário: Novas questões. *Revista de Direito Mercantil - industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, n. 105, p. 41-52, jan./mar. 1997.

MARQUES, Carlos Alexandre. A natureza do pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal e alguns comentários práticos da atuação do ministério público. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, v. 736, p. 535-538, fev. 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo Bancário em matéria fiscal; caderno de direito tributário e finanças públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 3, n. 12, p. 66-76, jul./set. 1995.

MOYANO, Helios Nogué; VANNI, Adriano Salles. Sigilo Bancário: por quem pode ser violado. *Revista Brasileira de*

Ciências Criminais, São Paulo, n. 19, p. 47-54, jul./set. 1997.

2. Leis

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. “Right to financial privacy act” (12 U.S.C 3401-3422). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com>>. Acesso em: 8 mar. 2001.

3. Livros

ABRÃO, Nelson. *Curso de direito bancário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARMANN, J. *Le Secret Bancaire en Allemagne Fédérale*. In: LE SECRET Bancaire dans la C.E.E. et en Suisse – Rapport National du Colloque Organisé par le Centre d’Économie Bancaire Internationale et le Centre Universitaire d’Études des Communautés Européennes de l’Université de Paris I (les 15 e 16 Octobre 1971). Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p. 15-50.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Estudos e Pareceres – Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

FARHRAT, Raymond. *Le Secret Bancaire*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991, v.

1.

FERRI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*. Turim: Unione Tipografica, 1971.

GARRIGUES, Joaquin. *Contratos Bancarios*. Madrid: (...), 1953.

GAVALDA, C., J. Stoufflet. *Le Secret Bancaire en France*. In: LE SECRET Bancaire dans la C.E.E. et en Suisse – Rapport National du Colloque Organisé par le Centre d’Économie Bancaire Internationale et le Centre Universitaire d’Études des Communautés Européennes de l’Université de Paris I (les 15 e 16 Octobre 1971). Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p. 77-97.

HENRION, Robert. *Le Secret Professionnel du Banquier*. Bruxelles: Institut de Sociologie de l’Université Libre de Bruxelles, 1968.

KELSEN, Hans. *Quién Debe Ser El Defensor de la Constitución?*. Tradução Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 2000b.

MERRIAM-WEBSTER’S dictionary of law. Nova Iorque: Merriam-Webster, 1996. Disponível em: <<http://dictionary.lp.findlaw.com>>. Acesso em: 10 mar. 2001.

NOVÍSSIMA *Enciclopédia Delta-Larousse*. Delfos. Rio de Janeiro: Delta, 1982, v. 2.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1973.

PRIETO, Luis M. Cazorla. *El Secreto Bancario*. Bilbao: Instituto de Estudios Fiscales, 1978.

RODRIGUEZ, Joaquín Rodríguez. *Derecho Bancario*. Cidade do México: Porrúa, 1968.

RUTA, G. *Le Secret Bancaire en Droit Italien*. In: LE SECRET Bancaire dans la C.E.E. et en Suisse – Rapport National du Colloque Organisé par le Centre d’Économie Bancaire Internationale et le Centre Universitaire d’Études des Communautés Européennes de l’Université de Paris I (les 15 e 16 Octobre 1971). Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p. 119-38.

SCHONLE, Herbert. *Le Secret bancaire en Suisse*. In: LE SECRET Bancaire dans la C.E.E. et en Suisse – Rapport National du Colloque Organisé par le Centre d’Économie Bancaire Internationale et le Centre Universitaire d’Études des Communautés Européennes de l’Université de Paris I (les 15 e 16 Octobre 1971). Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p. 177-98.

WEBER, Max. *Historia Económica General*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1974.