

OS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

José Augusto Delgado

1 Breves notícias introdutórias

A Lei Complementar nº 105/01 tem exigido reflexões doutrinárias buscando sedimentar conclusões a respeito da ação a ser exercida pelo fisco para a obtenção de informações bancárias dos contribuintes, com a finalidade de verificar se ocorre não-pagamento de tributos.

O seu exame conduz o intérprete a analisar os reflexos dessas investigações quando confrontados os seus resultados com os lançamentos de ofício e que não foram, no tempo apropriado, impugnados pelo sujeito ativo tributante.

Os estudos também são alongados para que seja examinada se a experiência européia contemporânea na aplicação de normas gerais antielisivas tem obtido êxito ou se tem sido causa de fomento de instabilidade na relação entre fisco e contribuinte.

Essas análises doutrinárias não podem deixar sem apreciação a influência que está sendo exercida nos novos rumos tomados pela hermenêutica tributária, especialmente nos países que adotam o regime democrático, pela necessidade de serem prestigiados os *princípios da liberdade e da justiça tributária*, considerados como fatores nucleares para o desenvolvimento econômico.

Um campo específico está, também, sendo tratado, que é o da influência do planejamento tributário e o fenômeno do sigilo bancário como posto pela legislação brasileira atual.

As meditações doutrinárias têm evoluído para reavaliar se o sistema de quebra do sigilo bancário, como posto no ordenamento jurídico brasileiro, pelo compasso legislativo da atualidade, não provoca um desequilíbrio entre a vontade da Constituição Federal e a ação administrativa que o fisco pretende desenvolver no cumprimento dessa missão.

Necessário está se tornando uma discussão sobre os atributos do sistema jurídico nacional, considerando-se o Direito como sistema de normas e princípios, a fim de que se estabeleça uma harmonia entre a completeza, a coerência e a unidade como elementos definidores de sua constituição.

O fundamento jurídico do sigilo bancário passa por processo de interpretação acoplada às realidades do Século XXI, pelo que aumenta a complexidade da matéria. Nesse campo, os debates envolvem o exame das teorias consuetudinária, contratualista, da responsabilidade civil, do segredo profissional, da liberdade de negação e da influência que exerce a carga possuída pelos direitos fundamentais.

As preocupações envolvem, por outro lado, o escopo do devido processo legal em combinação com o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, sem se afastar, pela essencialidade, a tormentosa questão da guarda da intimidade e da privacidade.

No círculo amplo que acabamos de configurar, passamos a algumas observações sobre o tema.

Inicialmente, repetimos a afirmação de que o tema sigilos bancário e fiscal tem sido motivo de aprofundados pronunciamentos doutrinários.

No campo do direito positivado, identificamos que a legislação a ele aplicada pelo nosso ordenamento jurídico é a seguinte:

- a) Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001.
- b) Lei Complementar 105, de 10.01.2002.
- c) Decreto 3.724, de 10.01.2002.
- d) Portaria SRF 580, de 12 de junho de 2001.
- e) Lei 4.729, de 14 de julho de 1965.

Doutrinariamente, ao lado de inúmeros artigos e referências no corpo de obras gerais, pode-se registrar que as obras mais recentes que tratam do assunto, entre tantas outras, são:

- a) *Sigilo Bancário e Fiscal* - Melissa Folmann, Juruá Editora.
- b) *Sigilo das operações de instituições financeiras* - Marco Aurélio Greco, parecer, *in* Revista dos Advogados de São Paulo, ano 5, nº 9, janeiro-junho de 2002.
- c) *Sigilo das operações de instituições financeiras* - Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *idem*.
- d) *Sigilo das operações de instituições financeiras* - Jayme Vita Roso, *idem*.
- e) *O Sigilo Bancário e o Devido Processo Legal* - Denise Lucena Cavalcante, monografia apresentada e aprovada no I Congresso de Direito Tributário, Recife/2001.
- f) *Direitos Fundamentais do Contribuinte - Pesquisas Tributárias* - Nova Série 6 - Ed. RT, Coordenador: Ives Gandra da Silva Martins. Coletânea com 34 trabalhos enfocando o tema.
- g) *O Sigilo Bancário* - Rui Celso Reali Fragoso - texto no site <http://www.jus.com.br>.
- h) *O Sigilo Bancário e a Administração Tributária* - Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho. Site da AGU.
- i) *Observações Sobre Norma Antielisão no Direito Comparado - Em Especial no Reino Unido* - Luiz Dias-Martins Filho - Texto colhido na Internet.
- j) *Elisão Fiscal* - José Souto Maior Borges - palestra proferida no Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal - ESAF. Trecho colhido na Internet.
- l) Parecer do Vice-procurador-Geral da República Moacir Antônio Machado da Silva, no MS nº 21.729 -4- STF. Site da AGU.
- m) Informações prestadas pela AGU, na ADIn nº 3290 - André Serrão Borges de Sampaio. Site da AGU.
- n) *A quebra do Sigilo Bancário e O Fisco* - Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho. Site da AGU.
- o) *A Administração Tributária Federal e o Sigilo Bancário* - Ailton Dutra Leal. Site da AGU.
- p) *Algumas Reflexões sobre o Actual Estado Fiscal* - José Casaltá Nabais. Site da AGU.
- q) *Normas Gerais Antielisivas* - Ricardo Lobo Torres. Texto colhido da Internet
- r) *Sigilo Bancário* - Paulo Quezado e Rogério Lima, Dialética, 2002.

A constitucionalidade da legislação recente que institui o sistema de quebra de sigilo bancário em nossa ordem jurídica está sendo questionada no Supremo Tribunal Federal, por via da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) 2397-7, intentada pela Confederação Nacional da Indústria, Rel. Min. Selpúlveda Pertence, com a pretensão seguinte:

"Dispositivo Legal Questionado:

Lei Complementar nº 105, art. 3º, § 3º; art. 5º, caput e parágrafos; art. 6º, e no inciso VI do § 3º, do art. 1º, a remissão ao art. 6º. Subsidiariamente, a declaração parcial da inconstitucionalidade do art. 6º, retirando-se a palavra 'administrativa' e dando-se a interpretação conforme a CF da expressão 'autoridade', como sendo sempre a autoridade judicial. Decreto 3.724, de 10 de janeiro de 2001, que regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105; e a Lei complementar nº 104, art. 1º, na parte em que dá nova redação ao art. 198 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, no tocante dos incisos II do § 1º e ao § 2º, introduzidos neste artigo.

Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. 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. (...) § 3º. Além dos casos previstos neste artigo o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários fornecerão à Advocacia-Geral da União as informações e os documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte. (...) Art. 5º. O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e

aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. § 1º. Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo: I - depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança; II - pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques; III - emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados; IV - resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança; V - contratos de mútuo; VI - descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito; VII - aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável; VIII - aplicações em fundos de investimentos; IX - aquisições de moeda estrangeira; X - conversões de moeda estrangeira em moeda nacional; XI - transferências de moeda e outros valores para o exterior; XII - operações com ouro, ativo financeiro; XIII - operações com cartão de crédito; XIV - operações de arrendamento mercantil; e XV - quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente. § 2º. As informações transferidas na forma do *caput* deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados. § 3º. Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. § 4º. Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos. § 5º. As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor. Art. 6º. As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001. Regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. Art. 1º. Este Decreto dispõe, nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, sobre requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal e seus agentes, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, em conformidade com o art. 1º, §§ 1º e 2º, da mencionada Lei, bem assim estabelece procedimentos para preservar o sigilo das informações obtidas. Art. 2º. A Secretaria da Receita Federal, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis. § 1º. Entende-se por procedimento de fiscalização a modalidade de procedimento fiscal a que se referem o art. 7º e seguintes do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal. § 2º. O procedimento de fiscalização somente terá início por força de ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), instituído em ato da Secretaria da Receita Federal, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º deste artigo. § 3º - Nos casos de flagrante constatação de contrabando, descaminho ou qualquer outra prática de infração à legislação tributária, em que a retardação do início do procedimento fiscal coloque em risco os interesses da Fazenda Nacional, pela possibilidade de subtração de prova, o Auditor-Fiscal da Receita Federal deverá iniciar imediatamente o procedimento fiscal, e, no prazo de cinco dias, contado de sua data de início, será expedido MPF especial, do qual será dada ciência ao sujeito passivo. § 4º. O MPF não será exigido nas hipóteses de procedimento de fiscalização: I - realizado no curso do despacho aduaneiro; II - interno, de revisão aduaneira; III - de vigilância e repressão ao contrabando e descaminho, realizado em operação ostensiva; IV - relativo ao tratamento automático das declarações (malhas fiscais). § 5º. Para fins deste artigo, o MPF deverá observar o que se segue: I - a autoridade fiscal competente para expedir o

MPF será ocupante do cargo de Coordenador-Geral, Superintendente, Delegado ou Inspetor, integrante da estrutura de cargos e funções da Secretaria da Receita Federal; II - conterá, no mínimo, as seguintes informações: a) a denominação do tributo ou da contribuição objeto do procedimento de fiscalização a ser executado, bem assim o período de apuração correspondente; b) prazo para a realização do procedimento de fiscalização, prorrogável a juízo da autoridade que expediu o MPF; c) nome e matrícula dos Auditores-Fiscais da Receita Federal responsáveis pela execução do MPF; d) nome, número do telefone e endereço funcional do chefe imediato dos Auditores-Fiscais da Receita Federal, a que se refere a alínea anterior; e) nome, matrícula e assinatura da autoridade que expediu o MPF; f) código de acesso à Internet que permitirá ao sujeito passivo, objeto do procedimento de fiscalização, identificar o MPF. § 6º. Não se aplica o exame de que trata o *caput* ao procedimento de fiscalização referido no inciso IV do § 4º deste artigo. Art. 3º. Os exames referidos no *caput* do artigo anterior somente serão considerados indispensáveis nas seguintes hipóteses: I - subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado; II - obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o sujeito passivo deixar de comprovar o efetivo recebimento dos recursos; III - prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país enquadrado nas condições estabelecidas no art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; IV - omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável; V - realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível; VI - remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas; VII - previstas no art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996; VIII - pessoa jurídica enquadrada, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), nas seguintes situações cadastrais: a) cancelada; b) inapta, nos casos previstos no art. 81 da Lei nº 9.430, de 1996; IX - pessoa física sem inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou com inscrição cancelada; X - negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira; XI - presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato. § 1º. Não se aplica o disposto nos incisos I a VI, quando as diferenças apuradas não excedam a dez por cento dos valores de mercado ou declarados, conforme o caso. § 2º. Considera-se indício de interposição de pessoa, para os fins do inciso XI deste artigo, quando: I - as informações disponíveis, relativas ao sujeito passivo, indicarem movimentação financeira superior a dez vezes a renda disponível declarada ou, na ausência de Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda, o montante anual da movimentação for superior ao estabelecido no inciso II do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996; II - a ficha cadastral do sujeito passivo, na instituição financeira, ou equiparada, contenha: a) informações falsas quanto a endereço, rendimentos ou patrimônio; ou b) rendimento inferior a dez por cento do montante anual da movimentação. Art. 4º. Poderão requisitar as informações referidas no *caput* do art. 2º às autoridades competentes para expedir o MPF. § 1º. A requisição referida neste artigo será formalizada mediante documento denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) e será dirigida, conforme o caso, ao: I - Presidente do Banco Central do Brasil, ou a seu preposto; II - Presidente da Comissão de Valores Mobiliários, ou a seu preposto; III - presidente de instituição financeira, ou entidade a ela equiparada, ou a seu preposto; IV - gerente de agência. § 2º. A RMF será precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira, necessárias à execução do MPF. § 3º. O sujeito passivo responde pela veracidade e integridade das informações prestadas, observada a legislação penal aplicável. § 4º. As informações prestadas pelo sujeito passivo poderão ser objeto de verificação nas instituições de que trata o art. 1º, inclusive por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários, bem assim de cotejo com outras informações disponíveis na Secretaria da Receita Federal. § 5º. A RMF será expedida com base em relatório circunstanciado, elaborado pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal encarregado da execução do MPF ou por seu chefe imediato. § 6º. No relatório referido no parágrafo anterior, deverá constar a motivação da proposta de expedição da RMF, que demonstre, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade prevista no artigo anterior, observado o princípio da razoabilidade. § 7º. Na RMF deverão constar, no mínimo, o seguinte: I - nome ou razão social do sujeito passivo, endereço e número de inscrição no CPF ou no CNPJ; II - número de identificação do MPF a que se vincular; III - as informações requisitadas e o período a que se refere a requisição; IV - nome, matrícula e assinatura da autoridade que a expediu; V - nome, matrícula e endereço funcional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal responsáveis pela execução do MPF; VI - forma de apresentação das informações (em papel ou em meio magnético); VII - prazo para entrega das informações, na forma da legislação aplicável; VIII - endereço

para entrega das informações; IX - código de acesso à Internet que permitirá à instituição requisitada identificar a RMF. § 8º. A expedição da RMF presume indispensabilidade das informações requisitadas, nos termos deste Decreto. Art. 5º. As informações requisitadas na forma do artigo anterior: I - compreendem: a) dados constantes da ficha cadastral do sujeito passivo; b) valores, individualizados, dos débitos e créditos efetuados no período; II - deverão: a) ser apresentadas, no prazo estabelecido na RMF, à autoridade que a expediu ou aos Auditores-Fiscais da Receita Federal responsáveis pela execução do MPF correspondente; b) subsidiar o procedimento de fiscalização em curso, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996; c) integrar o processo administrativo fiscal instaurado, quando interessarem à prova do lançamento de ofício. § 1º. Somente poderão ser solicitados, por cópia autêntica, os documentos relativos aos débitos e aos créditos, nos casos previstos nos incisos VII a XI do art. 3º. § 2º. As informações não utilizadas no processo administrativo fiscal deverão, nos termos de ato da Secretaria da Receita Federal, ser entregues ao sujeito passivo, destruídas ou inutilizadas. § 3º. Quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente à Secretaria da Receita Federal as informações a que se refere este artigo ficará sujeito às sanções de que trata o art. 10, *caput*, da Lei Complementar nº 105, de 2001, sem prejuízo das penalidades cabíveis nos termos da legislação tributária ou disciplinar, conforme o caso. Art. 6º. De conformidade com o disposto no art. 9º da Lei Complementar nº 105, de 2001, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, por seus respectivos Presidentes ou servidores que receberem delegação de competência para a finalidade específica, deverão comunicar, de ofício, à Secretaria da Receita Federal, no prazo máximo de quinze dias, as irregularidades e os ilícitos administrativos de que tenham conhecimento, ou indícios de sua prática, anexando os documentos pertinentes, sempre que tais fatos puderem configurar qualquer infração à legislação tributária federal. Parágrafo único. A violação do disposto neste artigo constitui infração administrativo-disciplinar do dirigente ou servidor que a ela der causa, sem prejuízo da aplicação do disposto no art. 10, *caput*, da Lei Complementar nº 105, de 2001, e demais sanções civis e penais cabíveis. Art. 7º. As informações, os resultados dos exames fiscais e os documentos obtidos em função do disposto neste Decreto serão mantidos sob sigilo fiscal, na forma da legislação pertinente. § 1º. A Secretaria da Receita Federal deverá manter controle de acesso ao processo administrativo fiscal, ficando sempre registrado o responsável pelo recebimento, nos casos de movimentação. § 2º. Na expedição e tramitação das informações deverá ser observado o seguinte: I - as informações serão enviadas em dois envelopes lacrados: a) um externo, que conterá apenas o nome ou a função do destinatário e seu endereço, sem qualquer anotação que indique o grau de sigilo do conteúdo; b) um interno, no qual serão inscritos o nome e a função do destinatário, seu endereço, o número do MPF ou do processo administrativo fiscal e, claramente indicada, observação de que se trata de matéria sigilosa; II - o envelope interno será lacrado e sua expedição será acompanhada de recibo; III - o recibo destinado ao controle da custódia das informações conterá, necessariamente, indicações sobre o remetente, o destinatário e o número do MPF ou do processo administrativo fiscal. § 3º. Aos responsáveis pelo recebimento de documentos sigilosos incumbe: I - verificar e registrar, se for o caso, indícios de qualquer violação ou irregularidade na correspondência recebida, dando ciência do fato ao destinatário, o qual informará ao remetente; II - assinar e datar o respectivo recibo, se for o caso; III - proceder ao registro do documento e ao controle de sua tramitação. § 4º. O envelope interno somente será aberto pelo destinatário ou por seu representante autorizado. § 5º. O destinatário do documento sigiloso comunicará ao remetente qualquer indício de violação, tais como rasuras, irregularidades de impressão ou de paginação. § 6º. Os documentos sigilosos serão guardados em condições especiais de segurança. § 7º. As informações enviadas por meio eletrônico serão obrigatoriamente criptografadas. Art. 8º. O servidor que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida nos termos deste Decreto, em finalidade ou hipótese diversa da prevista em lei, regulamento ou ato administrativo, será responsabilizado administrativamente por descumprimento do dever funcional de observar normas legais ou regulamentares, de que trata o art. 116, inciso III, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, se o fato não configurar infração mais grave, sem prejuízo de sua responsabilização em ação regressiva própria e da responsabilidade penal cabível. Art. 9º. O servidor que divulgar, revelar ou facilitar a divulgação ou revelação de qualquer informação de que trata este Decreto, constante de sistemas informatizados, arquivos de documentos ou autos de processos protegidos por sigilo fiscal, com infração ao disposto no art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), ou no art. 116, inciso VIII, da Lei nº 8.112, de 1990, ficará sujeito à penalidade de demissão, prevista no art. 132, inciso IX, da citada Lei nº 8.112, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis. Art. 10. O servidor que permitir ou facilitar, mediante atribuição, fornecimento ou

empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações, banco de dados, arquivos ou a autos de processos que contenham informações mencionadas neste Decreto, será responsabilizado administrativamente, nos termos da legislação específica, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis. Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica no caso de o servidor utilizar-se, indevidamente, do acesso restrito. Art. 11. Configura infração do servidor aos deveres funcionais de exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo e de observar normas legais e regulamentares, nos termos do art. 116, incisos I e III, da Lei nº 8.112, de 1990, sem prejuízo da responsabilidade penal e civil cabível, na forma dos arts. 121 a 125 da daquela Lei, se o fato não configurar infração mais grave: I - não proceder com o devido cuidado na guarda e utilização de sua senha ou emprestá-la a outro servidor, ainda que habilitado; II - acessar imotivadamente sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal, arquivos de documentos ou autos de processos, que contenham informações protegidas por sigilo fiscal. Art. 12. O sujeito passivo que se considerar prejudicado por uso indevido das informações requisitadas, nos termos deste Decreto, ou por abuso da autoridade requisitante, poderá dirigir representação ao Corregedor-Geral da Secretaria da Receita Federal, com vistas à apuração do fato e, se for o caso, à aplicação de penalidades cabíveis ao servidor responsável pela infração. Art. 13. A Secretaria da Receita Federal editará instruções necessárias à execução do disposto neste Decreto. Art. 14. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001. Altera dispositivos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional. Art. 1º. A Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...) "Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. § 1º. Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: I - requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; II - solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. § 2º. O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo'."

Fundamentação Constitucional: art. 5º, *caput*, X, XII, XXXV, LIV, LV, art. 145, § 1º.

Há, ainda, no Supremo Tribunal Federal, duas outras ADIns com idêntica ou semelhante pretensão:

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) 2390-0, requerente o Partido Social Liberal, os dispositivos questionados são:

Art. 1º, § 4º; art. 5º; art. 6º e seu parágrafo único da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, e contra a totalidade do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001 (Regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001).

Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Art. 1º. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. § 1º. São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar: I - os bancos de qualquer espécie; II - distribuidoras de valores mobiliários; III - corretoras de câmbio e de valores mobiliários; IV - sociedades de crédito, financiamento e investimentos; V - sociedades de crédito imobiliário; VI - administradoras de cartões de crédito; VII - sociedades de arrendamento mercantil; VIII - administradoras de mercado de balcão organizado; IX - cooperativas de crédito; X - associações de poupança e empréstimo; XI - bolsas de valores e de mercadorias e futuros; XII - entidades de liquidação e compensação; XIII - outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional. § 2º. As empresas de fomento comercial ou factoring, para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º. § 3º. Não constitui violação do dever de sigilo: I - a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil; II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil; III

- o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996; IV - a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa; V - a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados; VI - a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar. § 4º. A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: I - de terrorismo; II - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; IV - de extorsão mediante seqüestro; V - contra o sistema financeiro nacional; VI - contra a Administração Pública; VII - contra a ordem tributária e a previdência social; VIII - lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; IX - praticado por organização criminosa. Art. 4º. O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, nas áreas de suas atribuições, e as instituições financeiras fornecerão ao Poder Legislativo Federal as informações e os documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais. § 1º. As comissões parlamentares de inquérito, no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações e documentos sigilosos de que necessitarem, diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários. § 2º. As solicitações de que trata este artigo deverão ser previamente aprovadas pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito. Art. 5º. O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. § 1º. Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo: I - depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança; II - pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques; III - emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados; IV - resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança; V - contratos de mútuo; VI - descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito; VII - aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável; VIII - aplicações em fundos de investimentos; IX - aquisições de moeda estrangeira; X - conversões de moeda estrangeira em moeda nacional; XI - transferências de moeda e outros valores para o exterior; XII - operações com ouro, ativo financeiro; XIII - operações com cartão de crédito; XIV - operações de arrendamento mercantil; e XV - quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente. § 2º. As informações transferidas na forma do *caput* deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados. § 3º. Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. § 4º. Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos. § 5º. As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor. Art. 6º. As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

O fundamento constitucional é: art. 5º, X, XII e LIV.

A terceira é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) 2386-1, requerida pela Confederação Nacional do Comércio - CNC (CF, 103, IX)

Os dispositivos questionados são:

Arts. 5º e 6º, da Lei Complementar nº 105, 2001, de 10 de janeiro de 2001.

Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Art. 5º. O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. § 1º. Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo: I - depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança; II - pagamentos efetuados em moeda corrente ou

em cheques; III - emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados; IV - resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança; V - contratos de mútuo; VI - descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito; VII - aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável; VIII - aplicações em fundos de investimentos; IX - aquisições de moeda estrangeira; X - conversões de moeda estrangeira em moeda nacional; XI - transferências de moeda e outros valores para o exterior; XII - operações com ouro, ativo financeiro; XIII - operações com cartão de crédito; XIV - operações de arrendamento mercantil; e XV - quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente. § 2º. As informações transferidas na forma do *caput* deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados. § 3º. Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. § 4º. Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos. § 5º. As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor. Art. 6º. As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Fundamentação Constitucional: art. 5º, X.

As referidas Ações aguardam julgamento. Não foi apreciada, ainda, a liminar.

Esse é o panorama parcial da temática sigilo fiscal no atual momento jurídico brasileiro.

2 Considerações preliminares

O ordenamento jurídico brasileiro submete-se, na época contemporânea, a um intenso processo de transformações, em decorrência dos novos impactos sociais, econômicos, financeiros, éticos e globalizantes que estão afetando as relações entre Estado e cidadão, cidadão e seu semelhante e deste com grupos institucionalizados oficiais ou não oficiais. Esses fenômenos, quando bem dirigidos, procuram valer-se de regras dispostas no Direito e que sejam capazes de aprimorar a função estatal e de consagrar, de modo mais hierarquizante possível, os direitos fundamentais da cidadania.

Os que colaboram com as suas idéias e ações para que essas mudanças nas estruturas jurídicas do Estado tenham êxito, de modo especial as impostas nas funções administrativas e comportamentais, perseguem um único objetivo: o de que seja valorizado o cidadão e respeitados seus direitos fundamentais.

A Carta Magna de 1988 apregoa, a partir do seu preâmbulo e com continuidade no exposto nos demais Títulos e Capítulos que a compõem, mensagens imperativas contendo propósitos de homenagem à instituição de um Estado Democrático, com finalidade primordial voltada para a proteção dos direitos sociais e individuais, tendo como centro maior a valorização da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade, da justiça, tudo endereçado a que seja alcançado um estágio representativo de absoluta eficácia e efetividade da dignidade humana¹.

A pretensão é de ser construída uma Democracia para o Século XXI com preceitos que, ao serem aplicados, abram espaços para a execução de medidas concretas que resultem em oferecer ao cidadão, qualquer que seja a escala a que ele pertença na grade social, segurança pública e jurídica, assistência à saúde, atendimento escolar, guarda da moralidade, liberdade, amplo emprego, respeito aos seus direitos fundamentais e outros valores que estão inseridos no contexto representativo da dignidade humana.

O entendimento manifestado repousa na concepção de que é impossível a convivência, com êxito, do Estado com o cidadão, quando as suas relações estão em constante tensão. O alcance dessa situação provoca insegurança, medo, temor, falta de confiança e incentiva a quebra dos princípios da ética e da moralidade².

Envolvido por esse clima de indefinições institucionais acima apresentadas, embora de modo muito resumido, examino as modificações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro que afetaram o

sistema regulador das instituições financeiras com os seus clientes, com novas regras para o sigilo bancário e a possibilidade de sua quebra pela fiscalização tributária.

3 O sigilo bancário no direito comparado

Uma visão rápida do tratamento dado por alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros para o sigilo bancário proporciona uma compreensão mais alargada dessa entidade jurídica, dos seus objetivos e dos efeitos produzidos por ele nas relações do titular da conta bancária com a instituição financeira e com a garantia da sua segurança no ambiente social.

a) Portugal

A doutrina tradicional considera que a tutela do segredo bancário no Direito português sempre portou-se com um padrão protetor com características mais amplas do que o vigente na Suíça, até então considerado o país que mais oferecia proteção nesse campo de relacionamento financeiro.

Esse entendimento decorre da interpretação que os doutos manifestam sobre o Decreto-lei nº 2/78, normativo que disciplinava o sigilo bancário em Portugal.

O objetivo dessa legislação portuguesa sobre sigilo bancário, conforme depreende-se da sua mensagem, era imprimir confiança no funcionamento das instituições de crédito, para que se afirmassem como veículos necessários para a captação da poupança. Essa idéia foi exposta por Alexandra Falque de Gouvêa, Professora Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa e assessora do Conselho para o Sistema Financeiro, no corpo do artigo de sua autoria *Perspectivas de Reforma da Tutela do Seguro Bancário no Direito Português*, publicado na Revista do Gabinete de Documentação e Direito Comparado, da Procuradoria-Geral da República, Lisboa, 1990, p. 9-22.

Destaco, do corpo do mencionado artigo, a observação feita pela autora, p. 12 e 13, no sentido de que "a tutela do segredo bancário surgiu em Portugal conjunturalmente associada aos esforços de reanimação das instituições de crédito como fonte de captação da poupança. Por esse facto, foi-lhe dado um regime mais protector do que o próprio regime vigente na Suíça, campeã em matéria de protecção do segredo bancário".

A seguir, afirma a autora: "É testemunha de que esse reforço da confiança nas instituições de crédito foi de facto o objectivo do legislador ao aprovar o normativo que disciplina o sigilo bancário, a letra do preâmbulo do Decreto-lei nº 2/78, de 9 de janeiro, que contém o enquadramento legal da matéria, o qual reza o seguinte: 'Ponderando que a reconstrução do País implica o estabelecimento de um clima de confiança na banca que permita a captação e recuperação do dinheiro entesourado, vem o Governo revelando preocupações pela tutela do segredo bancário'. No mesmo sentido, a letra do preâmbulo do Despacho Normativo nº 357/79, de 20 de novembro: 'A importância do segredo bancário é bem conhecida para a estabilização, normalidade de funcionamento e transmissão de uma imagem de confiança por parte de qualquer sistema bancário'. Nesta medida, com a legislação então aprovada, o regime português na matéria afastou-se quer do sistema da *common law*, de responsabilidade (exclusivamente) civil do banqueiro por violação do dever de discrição bancária, quer da generalidade dos sistemas europeus, que integram a matéria no regime geral do sigilo profissional (equiparando o banqueiro ao confidente necessário), aproximando-se mais dos sistemas praticados na Suíça e no Líbano (todavia, enquanto no Líbano há uma total imunidade das instituições de crédito às requisições da autoridade judiciária, na Suíça o princípio é o da cooperação com a função judiciária no tocante à matéria penal)".

A autora conclui esse tópico do seu artigo, afirmando: "Pela razão apontada de ser essencialmente o interesse público e colectivo o motivo determinante da aprovação do Decreto-lei nº 2/78, o regime português gizado nessa altura começou por ser ainda mais hermético do que o próprio regime vigente na Suíça, na medida em que o dever de cooperação com as autoridades judiciárias cessa inclusivamente nas matérias sujeitas a segredo bancário, segundo o entendimento generalizado dos Tribunais e doutrina³. Paradoxalmente, a disciplina jurídica não encontrou, de início, reflexo na materialidade dos factos, tendo-se assistido a múltiplas e impunes violações do segredo bancário".

Arnoldo Wald, analisando o sigilo bancário no ordenamento jurídico de Portugal, registra: "O Código Civil português, no seu art. 80, dispõe que: 'Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem. A extensão da reserva será definida conforme a natureza do caso e as condições das pessoas'. O art. 33 da Constituição portuguesa de 1976 estabelece que: '1. A todos é reconhecido o direito à identidade pessoal, ao bom nome e reputação e à reserva da intimidade da vida privada e familiar. 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias'.

Tanto no âmbito constitucional quanto na legislação civil é garantido o direito à privacidade e à vida íntima, que fundamentam o sigilo bancário. Já o Decreto-lei 2/78, de 09.01.1978, prevê, expressamente, o dever de segredo dos titulares dos órgãos dos bancos e aos seus trabalhadores"⁴.

b) Alemanha

Carlos Alberto Hagstrom, em artigo intitulado *O Sigilo Bancário e o Poder Público*, publicado na Revista de Direito Mercantil nº 79, p. 37, registra que "na Alemanha não há regra específica nem definição legal para o segredo bancário, mas sua existência é observada, reconhecida pelo Direito Privado e pelo Direito Público, admitida em diversas leis, aceita pela doutrina e pela jurisprudência", sofrendo, contudo, "limitações decorrentes de interesses de ordem pública e social, quando pode haver a quebra do sigilo", conforme, aliás, lembra Sérgio Carlos Covello, na sua obra *O sigilo bancário*, Leud, 1991, p. 34.

A lei bancária alemã, de 19.07.61, em seu art. 9º, determina que há obrigação de ser preservado o "direito à privacidade para aqueles que exercem uma função federal de vigilância", por "seus colaboradores" e pelos "controladores dos depósitos" (Arnoldo Wald, em artigo *Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais*, publicado na Revista dos Tribunais nº 22, RT, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, jan.-março de 1998, p. 24).

O citado autor esclarece, ainda, que na Alemanha a fonte do sigilo bancário está no direito à personalidade.

c) Itália, França e Suíça

Luiz Fernando de Bellinetti, em artigo denominado *Limitações Legais ao Sigilo Bancário* (Revista de Direito do Consumidor, RT, nº 18, abril/junho - 1996, p. 141-161), ao analisar o sigilo bancário no Direito Comparado, comenta o tratamento que lhe é dado pela Alemanha, Itália, França, Suíça e Portugal.

Em face de, nos itens acima, já ter sido enfocado o tema na Alemanha e em Portugal, destacaremos, apenas, do trabalho do autor, as observações feitas sobre o sigilo bancário nos ordenamentos jurídicos da Itália, França e Suíça.

A respeito, transcrevo o que escreveu o autor:

"4.12 Itália⁵

Assim como na Alemanha, na Itália também não há norma específica disciplinando o sigilo bancário, embora seja ele reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, utilizando-se dispositivos variados do sistema para superditá-lo.

No entanto, também na Itália não é ele absoluto, cedendo ante interesse de ordem pública, nos casos previstos em lei.

Como afirma Giacomo Molle, "l'obbligo della banca al segreto non è senza limit ed essendo esse, come si è detto, diretto alla tutela del cliente e quindi di un interesse privato, non vi sono limiti ad esso da parte del legislatore. Prescindendo daí casi nei quali la rivelazione sai imposta dalla legge un dovere di comunicazione può sorgere nei confronti della autorità giudiziaria, del fisco e di terzi" (La Banca Nell'Ordinamento Giuridico Italiano, Milano - Dott. A Giuffrè Editore, 1980, p. 158).

4.13 França

Também na França o sigilo bancário é protegido pelo ordenamento jurídico, embora inexistente uma norma específica, fundando-se a proteção num conjunto de regras de ordem penal, civil e comercial.

Da mesma forma, admite-se a quebra do sigilo em face de interesses de ordem pública⁶.

4.14 Suíça

País onde os bancos e a sua alardeada discricção são instituições nacionais, há previsão legal específica para a proteção do sigilo.

No entanto, também lá o segredo não é, como alguns supõem, absoluto.

Conforme aduz Hagstrom, 'não pode ser invocado, em geral, perante a justiça penal. Na justiça civil, o juiz tem poder discricionário para decidir sobre a matéria, havendo algumas variações de conformidade com as legislações cantonais. Em procedimentos de taxação e recursos o segredo é preservado perante o fisco; é afastado, contudo, no procedimento contencioso (penal fiscal). Algumas outras exceções ao dever de segredo são contempladas expressamente em textos legais'."

Quanto ao direito suíço, acrescenta-se que Arnaldo Wald, no artigo já citado, observa que "a justificativa para o sigilo bancário está no direito da personalidade. A lei de 1934 prevê pena de multa ou de prisão para o funcionário da instituição que violar o segredo bancário, mesmo que inexista dano para aquele que viu reveladas informações sobre sua vida financeira".

A seguir, Arnaldo Wald compara o direito da Suíça com o do Líbano, afirmando: "A Suíça, assim como o Líbano, para a maior segurança e reforço da preservação do sigilo bancário, utiliza a conta numerada, ficando desconhecido o nome do cliente. A legislação libanesa prevê quatro hipóteses de derrogação do sigilo: 'a) o consentimento do cliente, seus herdeiros ou legatários; b) no litígio entre o cliente e o banco; c) na falência; e d) no enriquecimento ilícito'".

d) Inglaterra e EUA

O sigilo bancário no direito inglês e no sistema norte-americano mereceu de Arnaldo Wald, no trabalho já citado, p. 24 e 25, a análise que transcrevo:

"No direito inglês não há nenhuma norma escrita que estabelece sanção à violação do segredo bancário, mas qualquer pessoa que queira trabalhar em uma instituição financeira deve assinar um formulário especial pelo qual se compromete a manter sigilo sobre as movimentações bancárias. O dever de segredo na atuação do banco é interpretado rigorosamente pelos tribunais ingleses.

No sistema jurídico norte-americano, depois de discrepâncias nas legislações estaduais e após a lei federal que restringiu o âmbito da obrigatoriedade do sigilo bancário, foi aprovada a *Right to Financial Privacy Act*, que dispõe que a prestação de informações por parte da instituição financeira somente pode ser dada em processos administrativos ou judiciais, quando os dados forem relevantes para solucionar o litígio. Com essa lei a quebra do sigilo bancário ganhou um caráter excepcional, somente podendo ocorrer desde que respeitado o devido processo legal. Assim o direito americano buscou conciliar a defesa ao direito de privacidade, o atendimento aos interesses públicos quanto às informações financeiras e a existência do contraditório."

e) Régis de Oliveira, quando Deputado Federal, em parecer apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, com referência a Projeto de Emenda Constitucional apresentado pelo Exmº Sr. Presidente da República, objetivando alterar o § 1º do art. 145 da CF, observou que o sigilo bancário, no Direito Comparado, é posto da forma seguinte:

"13. Direito comparado. Na Alemanha não há regra específica, nem definição legal para o segredo bancário, mas sua existência é reconhecida, bem como aceita pela doutrina e jurisprudência. Decorre de direito costumeiro, somente podendo ser quebrado por expressa disposição legal (Barmann, J. *Le secret bancaire en Allemagne Fédérale*. In: Rapport, p. 15 e ss). Na Bélgica há proibição, somente sendo viável a derrogação do segredo pela Justiça Penal e pelo Fisco, que somente tem acesso às informações bancárias diante do processo pendente (Herion, *Le secret bancaire en Belgique*, III Rapport, p. 51-75). Na Itália, os documentos somente podem ser examinados pelos juizes. Não há acesso por parte das autoridades administrativas (*Idem*, p. 129). Na Holanda, da mesma forma, o sigilo apenas cede ante ordem da autoridade judicial ou penal (Muller. *Idem*, p. 99-117). Na França, a violação do segredo ocorre ante órgãos do poder público que alegam interesses superiores aos dos particulares, não se admitindo a quebra diante de normas administrativas (Gavalda Stoufflet. *Idem*, p. 77-97).

f) Voltando a analisar o sigilo bancário em Portugal, pode-se afirmar que o sistema apresentava-se rigoroso e não aceitava a quebra, como se vê de decisão do Supremo Tribunal de Justiça, em *Scientia Jurídica*, tomo XXIV, nºs. 166-168, de 1980 (Parecer publicado na Revista de Direito Mercantil nº 99, p. 98 e ss).

Com o sentido de demonstrar como o sigilo bancário era tratado no ordenamento jurídico de Portugal, cito, na íntegra, um acórdão da Secção Criminal do Tribunal de Relação de Évora, cujo texto colhi da Internet (<http://www.tre.pt/jurisp/321-96.html>):

PROC. Nº 321/96.

ACÓRDÃO

Acordam na Secção Criminal do Tribunal da Relação de Évora:

1. No Tribunal Judicial da Comarca de Portimão correm termos uns autos de inquérito, registrados sob o nº 3571/94, que tiveram origem numa queixa apresentada por "M..., Lda." contra a sociedade "E..., Lda.", nos quais se procede à investigação de factos susceptíveis de integrar a prática de um crime de emissão de cheque sem provisão.

Está em causa o cheque nº 3681861637, sacado sobre a Caixa Geral de Depósitos, emitido em 1 de Julho de 1994, no valor de 820.661\$00.

No decurso do inquérito, o Ministério Público solicitou àquela instituição bancária o fornecimento de determinada documentação bancária, o que esta se negou fazer, alegando que a revelação da pretendida documentação contende com o disposto na legislação sobre segredo bancário.

A requerimento do Digno Magistrado do Ministério Público, o Mmº Juiz de Instrução suscitou a intervenção deste Tribunal da Relação a fim de dispensar os serviços da Caixa Geral de Depósitos do segredo bancário quanto à documentação bancária solicitada, a saber: cópia da ficha de assinaturas e extracto da conta da Agência de S..., com o nº..., sobre a qual foi sacado o cheque em causa, respeitante aos meses de Maio, Junho e Julho de 1994.

Nesta Relação, o Exmº Procurador da República emitiu douto parecer no sentido de a referida instituição bancária ser dispensada do cumprimento do dever do segredo bancário em ordem à prestação dos elementos pretendidos para a efectivação do inquérito.

Colhidos os vistos legais, cumpre agora decidir.

2. A Caixa Geral de Depósitos, através do ofício fotocopiado a fls. 5 dos autos, recusou-se a fornecer os documentos pedidos pelo Ministério Público para instrução de um processo de inquérito, com fundamento no sigilo bancário.

Compreendendo o inquérito o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas em ordem à decisão sobre a acusação (cfr. art. 262º, nº 1, do Código de Processo Penal), a consulta dos pretendidos documentos - extracto da conta e ficha de assinaturas - é, sem margem para dúvidas, de grande importância para a instrução do processo e recolha de indícios probatórios tendentes à eventual dedução de acusação, pois sem ela desde logo muito dificilmente se poderá concluir pela identificação da pessoa que assinou o cheque.

O dever de sigilo bancário traduz uma obrigação de facto negativo (de non facere) e encontra-se disciplinado no Dec. Lei nº 298/92, de 31 de Dezembro, que aprovou o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras. O art. 78º de tal diploma, consagrando o dever de segredo profissional, dispõe no seu nº 1 que "os membros dos órgãos de administração ou de fiscalização das instituições de crédito, os seus empregados, mandatários, comitidos e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional não podem revelar ou utilizar informações sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços", explicitando-se no seu nº 2 que "estão, designadamente, sujeitos a segredo os nomes dos clientes, as contas de depósito e seus movimentos e outras operações bancárias".

O dever de segredo profissional não é, porém, um dever absoluto, isto é, não prevalece sempre sobre qualquer outro dever que com ele entre em conflito. Sofre, com efeito, as excepções previstas no art. 79º do mesmo Dec. Lei nº 298/92, onde se estabelece, além do mais, que os factos e elementos cobertos pelo dever de segredo podem ser revelados nos termos previstos na lei penal e de processo penal - cfr. alínea *d* do nº 2.

No art. 84º do mesmo diploma legal prescreve-se que "a violação do dever de segredo é punível nos termos do Código Penal" e, efectivamente, o Código Penal vigente - revisto pelo Dec. Lei nº 48/95 de 15 de Março - prevê e pune como crimes quer a

violação de segredo profissional quer o seu aproveitamento indevido - cfr. arts. 195º e 196º.

Ao contrário da versão do Código Penal anterior à referida revisão - em que se estatuiu no art. 185º que a violação do segredo profissional não seria punível se ocorresse "no cumprimento de um dever jurídico sensivelmente superior ou visasse um interesse público ou privado legítimo, quando, considerados os interesses em conflito e os deveres de informação que, segundo as circunstâncias, se impõem ao agente, se pudesse considerar meio adequado para alcançar aquele fim" -, não contém o Código Penal actual, relativamente ao crime de violação do segredo profissional, qualquer causa específica de exclusão da ilicitude, pelo que há que atentar nas causas gerais de exclusão da ilicitude.

Ao abordar o conflito de deveres, dispõe o art. 36º, nº 1, do Código Penal que "não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar". Não será, pois, ilícita a violação do segredo profissional se, perante um conflito de deveres, o agente satisfizer o dever de valor igual ou superior ao do dever que sacrifica.

No Código de Processo Penal generalizou-se a possibilidade de quebra do segredo profissional.

Assim, as pessoas indicadas no nº 1 do sobredito art. 78º podem recusar-se a depor sobre factos objecto de segredo profissional, mas se a autoridade judiciária, concluindo embora pela legitimidade da recusa, não prescindir desse depoimento, pode requerer ao tribunal que o ordene.

E o tribunal deverá ordenar a prestação do depoimento com quebra do segredo profissional sempre que entender que esta se mostra justificada face às normas e princípios aplicáveis da lei penal, nomeadamente ao princípio da prevalência do interesse preponderante - cfr. art. 135º, nºs 1, 2 e 3 do Código de Processo Penal.

A possibilidade de apreensão pela autoridade judiciária de títulos, valores, quantias ou outros objectos depositados em bancos ou outras instituições de crédito, relacionados com um crime e que possam ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, bem como a possibilidade de exame pelo juiz de correspondência e documentação bancárias, estão previstas no art. 181º, nºs 1 e 2 do Código de Processo Penal. As pessoas obrigadas ao dever de segredo profissional podem recusar apresentar aqueles documentos ou objectos em seu poder, se invocarem, por escrito, segredo profissional, caso em que o conflito de interesses e deveres assim surgido será dirimido pelo tribunal, nos termos idênticos aos previstos para a recusa de depoimento - cfr. arts. 182º, nº 2 e 135º, ambos do citado código.

Enquanto o dever de segredo profissional é geralmente estabelecido a favor da integridade e liberdade das pessoas a quem aproveita, tendo-se inserido a sua regulamentação no Título VI do atrás mencionado Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, no qual se "prevê um conjunto de regras de conduta que devem guiar a actuação das instituições de crédito, seus administradores e empregados nas relações com os clientes", visando a proteger "de forma eficaz a posição do 'consumidor' de serviços financeiros" (cfr. preâmbulo do Dec. Lei nº 298/92) ou estabelecer "um clima de confiança na banca que permita a captação e recuperação do dinheiro entesourado" (como se dizia no relatório do Dec. Lei nº 2/78, de 9 de Janeiro, revogado pelo nº 1 do art. 5º do citado Dec. Lei nº 298/92), no processo de inquérito a que procede o Ministério Público está em causa a realização de diligências de prova que permitam investigar um crime de emissão de cheque sem provisão sob a égide do princípio da verdade material e incriminar o respectivo agente.

O interesse que está em jogo com a pretensão do Ministério Público na obtenção da documentação bancária é o da boa administração da justiça penal e esse interesse é, no caso em apreço, sensivelmente superior ao interesse da manutenção do segredo bancário, o que equivale a dizer que este deve ceder perante aquele.

Em suma, no caso concreto, ponderados os interesses em conflito, entendemos que a quebra do dever de sigilo bancário se justifica nos termos do art. 36º do Código Penal, pelo que deve ser dada procedência à pretensão do Ministério Público e, conseqüentemente, ao abrigo do disposto nos arts. 182º nº 2 e 135º, nºs 2 e 3, ambos

do Código de Processo Penal, dispensar-se a Caixa Geral de Depósitos do cumprimento do dever de sigilo bancário a fim de poder satisfazer tal pretensão.

3. Por todo o exposto, determina-se que, com quebra do dever de sigilo bancário, a Caixa Geral de Depósitos forneça ao Digno Magistrado do Ministério Público, com destino ao processo de inquérito nº 3571/94, a documentação bancária que este lhe havia solicitado.

Não é devida taxa de justiça.

Texto processado e integralmente revisto pelo relator.

Desembargador Relator: Rui Maurício.

g) Substancioso estudo do sigilo bancário no Direito Comparado foi feito por André Serrão Borges de Sampaio, Consultor da União, nas informações que prestou ao Advogado-Geral da União, com referência à ADIn nº 2397. Transcrevo o inteiro teor do seu pronunciamento:

"51

6 - O Tratamento do Sigilo Bancário no Direito Comparado

Em verdade, o direito comparado entende imponível o sigilo bancário às autoridades tributárias. Com efeito, leciona Alfredo Echeverría Herrera, *verbis*:

'El sigilo bancario constituye un régimen limitado exclusivamente al ámbito de las relaciones entre la institución bancaria y sus clientes, e impone la obligación de confidencialidad de la institución sobre las informaciones que aquéllos le proporcionan.

En todas las legislaciones bancarias el sigilo es relativo, es decir, el derecho del ciudadano al secreto y la correlativa obligación para el banco de no revelar a terceros las informaciones recibidas en el ejercicio de su actividad, ceden cuando existe norma legal expresa o causa justificada.

El límite legal al sigilo está constituído por la obligación del banco de entregar informaciones, y se fundamenta en motivos superiores de orden público o general, siendo lícito, entonces, que el Estado establezca límites legales al secreto bancario para auxiliar, por ejemplo, las actuaciones de la Justicia en el plano jurisdiccional y las del Estado en el ámbito del ejercicio de su potestad impositiva.

Es un principio irrefutable en la vida del derecho que ni la autonomía de las personas ni los instrumentos del área económica y financiera pueden servir, en un momento dado, como elementos jurídicamente idóneos para lesionar el interés público. En consecuencia, se puede afirmar que las limitaciones al sigilo bancario son salvaguardias necesarias al bien común en los cánones del Estado moderno. Estos límites deben ser materias reservadas a la ley, por ser de carácter excepcional, en sentido estricto.

En este orden de ideas, necesariamente, debe concluirse que existen legítimos y superiores intereses en diversas áreas de la sociedad que se vinculan al bien común, y que deben ser tutelados por el Estado, como lo es, por ejemplo, la necesidad de detectar y reprimir la evasión de los impuestos, los cuales trascienden al eventual interés genérico que pueda tener el mismo Estado en la mantención del sigilo bancario. En efecto, desde el punto de vista de la juridicidad y de la ética no se puede sostener que el secreto bancario pueda servir como instrumento para proteger la comisión de actos como el recién mencionado, que son constitutivos muchas veces de ilícitos penales bajo la forma de delitos tributarios o fraudes fiscales, con resultados, además, de perjuicio patrimonial al Estado y daño al interés general de la sociedad.

El sistema bancario, frente a la existencia en la sociedad de un interés general, preponderante y superior, está naturalmente llamado a colaborar en la verificación y represión de la evasión tributaria.

En este marco se inscribe la tendencia de la mayoría de las legislaciones modernas, en cuanto a dotar al Estado de facultades para intervenir en la actividad económica de los ciudadanos, en procura de la correcta determinación de los tributos cuando se configura en el desarrollo de estas actividades un hecho gravado establecido en la ley.

Ya la Constitución de Weimar, en 1919, proclamó que es lícito al Estado intervenir para condicionar el ejercicio de los derechos a determinados fines sociales. El bien común y

la justicia social comenzaron desde entonces a servir de frontera a los derechos y libertades individuales.

Cabe destacar que la OCDE (Organisation for Economic Co-operation and Development) en un documento elaborado en el año 1999, sobre las prácticas de los países en el acceso a la información bancaria para fines tributarios, advierte que se puede abusar de la confidencialidad 'para ocultar actividades ilegales y evadir impuestos' y agrega en el resumen ejecutivo del documento, que 'ni la criminalización del fraude tributario ni el tratamiento de la evasión de impuestos bajo las leyes tributarias de los países miembros de la OCDE son homogéneos', pero que 'sin embargo, los gobiernos de la mayoría de los países miembros de la OCDE han tomado la visión de que en este contexto, las autoridades tributarias no deben ser tratadas como simples terceros sino que se les debe otorgar un acceso privilegiado a la información bancaria con fines tributarios'.

Se agrega en este estudio que una medida de esta naturaleza 'no pone en peligro la confidencialidad de la información bancaria puesto que las autoridades tributarias están sujetas a estrictos controles sobre cómo utilizan la información de los contribuyentes y todos los gobiernos han implementado reglas para proteger la confidencialidad de la información tributaria' (*El Sigilo Bancario: Acceso a la Información Bancaria Para Fines Tributarios*)."

Em verdade, seu texto elenca 30 países integrantes da OCDE (a saber, Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, República Checa, Dinamarca, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Japão, Coréia, Luxemburgo, México, Países Baixos, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Portugal, Espanha, Suécia, Turquia, Suíça, Reino Unido, Estados Unidos, República Eslovaca) dos quais, em 1999, apenas três (Portugal, República Eslovaca e Luxemburgo) não facultavam o acesso, por parte de autoridades tributárias, a informações relativas a pessoas suspeitas de fraude tributária.

Desses três países, hoje remanescem apenas dois. Com efeito, Portugal deixou de integrar esse grupo constrangedoramente minoritário ao aprovar, em 29 de dezembro de 2000, a Lei nº 30-G.

Nesse Diploma, lê-se:

"Lei da Reforma de Tributação do Rendimento

(Portugal)

Artigo 63. 0-B

Acesso a informações e documentos bancários

1 - A administração tributária tem o poder de aceder directamente aos documentos bancários, nas situações de recusa da sua exibição ou de autorização para a sua consulta:

a) Quando se trate de documentos de suporte de registos contabilísticos dos sujeitos passivos de IRS e IRC que se encontrem sujeitos à contabilidade organizada;

b) Quando o contribuinte usufrua de benefícios fiscais ou de regimes fiscais privilegiados, havendo necessidade de controlar os respectivos pressupostos e apenas para esse efeito.

2 - A administração tributária tem o poder de aceder a todos os documentos bancários, excepto as informações prestadas para justificar o recurso ao crédito, nas situações de recusa de exibição daqueles documentos ou de autorização para a sua consulta:

a) Quando se verificar a impossibilidade de comprovação e quantificação directa e exacta da matéria tributável, nos termos do artigo da Lei Geral Tributária, e, em geral quando estejam verificados os pressupostos para o recurso a uma avaliação indirecta;

b) Quando os rendimentos declarados em sede de IRS se afastarem significativamente, para menos, sem razão justificada, dos padrões de rendimento que razoavelmente possam permitir as manifestações de riqueza evidenciadas pelo sujeito passivo, nos termos do artigo 89º-A da Lei Geral Tributária;

c) Quando existam indícios da prática de crime doloso em matéria tributária, designadamente nos casos de utilização de facturas falsas, e, em geral, nas situações

em que existam factos concretamente identificados gravemente indiciadores da falta de veracidade do declarado;

d) Quando seja necessário, para fins fiscais, comprovar a aplicação de subsídios públicos de qualquer natureza.

3 - As decisões da administração tributária referidas nos números anteriores devem ser fundamentadas com expressa menção dos motivos concretos que as justificam, pressupõem a audição prévia do contribuinte e são da competência do director-geral dos Impostos ou do director-geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo, ou seus substitutos legais, sem possibilidade de delegação.

4 - Os actos praticados ao abrigo da competência definida no número anterior são susceptíveis de recurso judicial, o qual terá efeito suspensivo nas situações previstas no nº 2.

5 - Nos casos de deferimento do recurso previsto no número anterior, os elementos de prova entretanto obtidos não podem ser utilizados para qualquer efeito em desfavor do contribuinte.

6 - As entidades que se encontrem numa relação de domínio com o contribuinte ficam sujeitas aos regimes de acesso à informação bancária referidos nos nºs 1 e 2.

7 - O acesso da administração tributária a informação bancária relevante relativa a familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte depende de autorização judicial expressa, após audição do visado, obedecendo aos requisitos previstos no nº 3.

8 - O regime previsto nos números anteriores não prejudica a legislação aplicável aos casos de investigação por infracção penal e só pode ter por objecto operações e movimentos bancários realizados após a sua entrada em vigor, sem prejuízo do regime vigente para as situações anteriores.

9 - Os actos praticados ao abrigo da competência prevista no nº 1 devem ser objecto de comunicação ao Defensor do Contribuinte.

10 - Para os efeitos desta lei, considera-se documento bancário qualquer documento ou registo, independentemente do respectivo suporte, em que se titulem, comprovem ou registem operações praticadas por instituições de crédito ou sociedades financeiras no âmbito da respectiva actividade, incluindo os referentes a operações realizadas mediante utilização de cartões de crédito" (cópia anexa).

Parece evidente, destarte, que todo o mundo civilizado abandonou a possibilidade de opor-se à Administração Tributária o Sigilo Bancário.

4 O sigilo bancário e o direito à intimidade e à privacidade das pessoas

A análise do sigilo bancário em face do direito à intimidade e à privacidade exige, inicialmente, que seja enfrentada a questão referente ao seu conceito.

Os doutrinadores não têm assumido posição uniforme quanto aos aspectos conceituais dessa entidade jurídica.

Sérgio Carlos Covello, autor da obra *O sigilo bancário*. S. Paulo: LEUD, 1991, p. 69, entende que sigilo bancário é "a obrigação que têm os Bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional".

Luiz Fernando Bellinetti, no artigo intitulado *Limitações legais ao sigilo bancário* (Revista do Direito do Consumidor, São Paulo: RT, 1996, v.18, p. 144), defende posição no sentido de que sigilo bancário é o "dever jurídico que têm as instituições de crédito e as organizações auxiliares e seus empregados de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude da atividade bancária a que se dedicam".

Para Arnaldo Wald (*in O Sigilo Bancário no Projeto de Lei Complementar nº 70*, Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, n. 1, p. 196-209), o "sigilo bancário se enquadra no conceito mais amplo do segredo profissional, que tem merecido uma proteção mais ampla, ensejando sua violação caracterização como crime (art. 154 do Código Penal)".

Eivany A. Silva, tratando do tema em *Considerações a Respeito do Sigilo de Dados* (artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário n.61, p. 41/42 - Edit. Dialética), afirma que "o sigilo bancário é espécie do gênero 'sigilo de dados', constituindo em um direito fundamental, protegido constitucionalmente, inserto que está no rol dos direitos e garantias individuais, ou seja, em 'cláusulas pétreas' da Carta Magna, não podendo, portanto, ser modificado nem mesmo por Emenda à Constituição e, portanto, muito menos, por legislação de hierarquia inferior".

Conforme examinado, há divergências na fixação do conceito. Essas divergências, embora importantes para as posições doutrinárias a serem assumidas sobre o alcance do sigilo bancário, não geram, contudo, influências de maior intensidade no relacionamento entre a instituição financeira e os seus depositantes. Isso porque o que merece ser considerado é a natureza jurídica do sigilo bancário, isto é, a que categoria de direito pertence e como, por quem e quando a sua quebra pode ser determinada.

Em face do exposto, necessário é que se faça o alinhamento das teorias que procuram fundamentar o sigilo bancário.

A doutrina, em épocas diversas, examinou as seguintes teorias:

Teoria Contratualista. O sigilo bancário, de acordo com essa teoria, decorre da relação contratual que, voluntariamente, é formada entre o banco e o cliente, por via da qual, mesmo sem cláusula expressa, a instituição financeira assume a obrigação de guardar segredo das movimentações de dinheiro que nela são feitas. Essa responsabilidade assumida pelo banco inspira-se, segundo os adeptos da teoria em destaque, nos usos, nos costumes e na boa-fé, sempre aplicáveis na interpretação dos contratos comerciais⁷.

Teoria do Direito à Privacidade. Os adeptos dessa corrente afirmam que o sigilo bancário integra o campo do direito à privacidade que faz parte dos direitos da personalidade.

Teoria Consuetudinária. Segundo os seguidores dessa linha de pensar, o sigilo bancário decorre dos compromissos tácitos assumidos entre instituições financeiras e seus clientes, no sentido de não serem levados ao conhecimento de terceiros os valores transacionados. O uso reiterado dessa prática, apoiada no elemento confiança, passou a representar costume adotado nesse tipo de negócio jurídico.

Teoria da Boa-fé. A adoção dessa teoria conduz o intérprete a entender que o sigilo bancário, por sua própria natureza, está vinculado ao caráter fiduciário da atividade bancária, fundando-se, portanto, na boa-fé ou dever de lisura que tanto marca o tipo de negócio jurídico firmado.

Teoria do Sigilo Profissional. Essa teoria concebe o sigilo bancário como sendo uma espécie do sigilo profissional. Há, portanto, um dever ético do banco em respeitar o sigilo bancário, em decorrência da profissão exercida.

Teoria do Direito à Intimidade dos Bancos. Os integrantes dessa forma de pensar sustentam que a instituição financeira tem legítimo interesse de afastar do conhecimento de terceiros a movimentação financeira dos seus clientes e, conseqüentemente, dos fatos com ela relacionados.

Teoria da Complexidade do Vínculo. Essa teoria é explicada por Arnoldo Wald, no trabalho já citado, da forma seguinte: "A doutrina moderna abandonou a noção da relação jurídica contratual, defendendo a complexidade do vínculo. Além dos direitos e das obrigações principais, existem deveres secundários para ambos os contratantes que decorrem da regra geral da boa-fé, denominada na doutrina italiana de *correttezza* e na legislação alemã de *Treu und Glauben*. Exige que a atuação de uma parte não cause danos à esfera jurídica da outra. Dentro desta idéia, defende-se que o sigilo bancário é um dever acessório na relação jurídica. Mesmo que não nasça o contrato entre as partes, a boa-fé objetiva impede que a instituição financeira prejudique os interesses do cidadão".

Estabelecidos os pressupostos doutrinários acima, examino, agora, se o sigilo bancário diz respeito à intimidade e à privacidade das pessoas.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos X e XII, afirma:

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

(...)

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

(...)

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

Essas garantias constitucionais protegem o cidadão de qualquer investida de terceiros em sua intimidade, em sua vida privada e no sigilo de seus dados.

Na expressão terceiros está incluído o Estado e, conseqüentemente, seus agentes políticos e administrativos.

A doutrina tem se manifestado, de modo quase unânime, no sentido de que o sigilo bancário é uma garantia constitucional que protege a privacidade das pessoas nos campos econômico e financeiro. A sua significação é a de resguardar a movimentação da conta bancária e das aplicações financeiras do cidadão, para que, de nenhum modo, os atos privados praticados possam ser tornados públicos.

Esse posicionamento é o adotado pelos autores que passo a citar:

Arnoldo Wald (*O Sigilo bancário e os direitos fundamentais*, artigo publicado na Revista do Tribunais - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, RT, n. 22, p. 15-21):

"O sigilo bancário é o meio para resguardar a privacidade no campo econômico, pois veda a publicidade sobre a movimentação da conta corrente bancária e das aplicações financeiras."

Eivany A. Silva (*Considerações a Respeito do Sigilo de Dados*, artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário, n.61, São Paulo : Editora Dialética, p. 27):

"A maioria dos ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, tratam o sigilo bancário como direito fundamental do contribuinte à privacidade, ou seja, à resistência à comunicação de dados que representem desdobramento da personalidade da pessoa, direito à oposição e à negação de comunicação."

Ives Gandra da Silva Martins (*Sigilo bancário*, trabalho publicado na Revista Dialética de Direito Tributário, S. Paulo : Editora Dialética, n.1, p. 24 e 25):

"Pelos incisos X e XII do artigo 5º tem o contribuinte o direito de preservação de sua intimidade, de sua privacidade e de que terceiros que detenham informações pessoais suas sejam obrigados a guardá-las.

Não pode, pois, a fiscalização exigir de terceiros informações que apenas pode obter do próprio contribuinte.

Em determinadas hipóteses, todavia, o interesse público há de prevalecer sobre o interesse individual, mas caberá a um outro poder definir se tais hipóteses efetivamente ocorrem, com o que poderá o Poder Judiciário autorizar, se convencido estiver o magistrado de que a hipótese é de gravidade e de lesão ao interesse público, a quebra do direito ao sigilo bancário.

Estou convencido ser esta a melhor conformação jurídica da questão, idealizada pelos constituintes, defendida pela doutrina e consagrada na jurisprudência, corrente exegética esta a que me filio desde os meus primeiros escritos sobre a matéria."

Roberto Quiroga Mosquera (*Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais*, obra publicada pela Editora Dialética, São Paulo, 1998, p. 70-71):

"Do exposto até aqui, é evidente que o direito ao sigilo bancário representa uma espécie de direito à privacidade.

É 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 e prejuízos auferidos ou incorridos em operações bursáteis, etc., são, sem sombra de dúvida, elementos particulares e pessoais de qualquer indivíduo.

Utilizando outra voz: informações que tocam no aspectos financeiro do ser humano representam direito 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 inconteste.

Não tem sido outra a posição da doutrina mais abalizada do País e da jurisprudência dominante."

O autor referido, a seguir, faz a observação seguinte:

"Carlos Alberto Hagstrom (*Sigilo bancário: novas questões*. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Malheiros, 1997, v.105, p. 43-44) expõe que, apesar de existirem diversas teorias que procuram fundamentar juridicamente o sigilo bancário, modernamente, a explicação para o fundamento do referido instituto sofreu uma radical alteração. Diversas constituições modernas, esclarece o mencionado autor, ampliaram e explicitaram o elenco de direitos e garantias individuais, passando a garantir o direito à privacidade e à intimidade. A Constituição brasileira não trilha caminho diferente. Assegurou referidos direitos de forma expressa e sem restrições. O tema do sigilo bancário figura, agora, em nível constitucional. Tem status de norma superior no qual se reconhece o direito à intimidade como norma de caráter genérico, em que estão contemplados múltiplos aspectos da vida privada, em especial os de ordem econômico-financeira que compõem o que Hagstrom denominou a intimidade econômica ou intimidade patrimonial."

Luís Fernando Bellinetti (*Limitações Legais ao Sigilo Bancário*, artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, n.18, p. 141-151):

"Como já dissemos anteriormente, em certas hipóteses o fundamento para o sigilo bancário seria a privacidade. No entanto, nesses casos o que se protege é a privacidade e não propriamente o sigilo.

Entendemos que uma coisa é garantir-se a privacidade da pessoa, com fundamento em norma constitucional; outra é garantir-se o sigilo de informações bancárias de uma pessoa, com base na legislação supramencionada.

Sempre que a revelação de informações bancárias puder violar a privacidade da pessoa, parece-nos que mais do que garantia ao sigilo bancário (com fundamento legal), tem a pessoa garantia à sua privacidade (com fundamento constitucional).

No entanto, se a revelação da informação não invadir a esfera da intimidade da pessoa, sua garantia é meramente legal, do sigilo bancário."

Carlos Mário Velloso (citado por Misabel Derzi, em *Direito Tributário Aplicado*, obra publicada pela Editora Del Rey, Belo Horizonte, p. 278 e 279):

"O sigilo bancário decorre do direito à privacidade inerente à personalidade das pessoas, consagrado na Constituição Federal em seu art. 5º, X, e protege tanto interesses privados como finalidades de ordem pública, a saber, o sistema de crédito.

O sigilo bancário não é um princípio absoluto.

As exceções ao sigilo bancário estão previstas na Lei 4.595/64, que continua em vigor.

O Poder Judiciário pode requisitar, relativamente a pessoas e instituições, informações que implicam quebra de sigilo (Lei 4.595/64, art. 38, § 1º); entretanto, mesmo havendo inquérito policial instaurado, deverá proceder com cautela, prudência e moderação inerentes à magistratura."

Luciana Fregodolli (*O Direito à Intimidade* - excerto da dissertação que apresentou sob o título "O direito à intimidade e a prova ilícita", publicado na Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n.19, p. 233):

"O sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição Federal consagra no art. 5º, X, além de atender a uma finalidade de ordem pública, qual seja, a de proteção do sistema de crédito.

O direito à privacidade abrange atualmente o 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."

Celso Ribeiro Bastos. O pensamento de Celso Ribeiro Bastos foi exposto por Roberto Quiroga Mosquera, na obra já referida, p. 71, do modo seguinte:

"Celso Bastos é do mesmo pensar. Após tecer considerações introdutórias acerca do sigilo bancário e expor pensamentos de diversos autores nacionais e alienígenas, conclui o constitucionalista brasileiro no sentido de que 'todas as despesas ordinárias feitas pelo cidadão comum em sua vida cotidiana devem ser consideradas parte de sua vida privada, familiar ou doméstica e, portanto, protegidas contra interferências a despeito de qualquer pretexto. Desde as condutas mais corriqueiras como as compras efetuadas em um supermercado para manutenção da família, quanto aquelas outras moralmente reprováveis, como presentes ou jóias compradas e dadas a quem presta ao homem serviços de natureza extraconjugal, tudo está abarcado pelo manto da proteção à vida privada, familiar ou doméstica (...)'. E, mais adiante, arremata: '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. Permitir-se que o sigilo bancário venha a ser rompido por qualquer forma não extraordinária para salvaguarda de interesse de porte, no mínimo, idêntico, é expor a segurança individual a um constante e absurdo temor perante as possibilidades de controle direto ou pelo vazamento de alguma informação'."

Há, contudo, corrente contrária. Examino os seus fundamentos.

André Serrão Borges de Sampaio, Consultor da União, nas informações prestadas ao Advogado-Geral da União sobre a ADIn nº 2397, cita trechos de doutrina e jurisprudência estrangeiras defendendo o entendimento de que o sigilo bancário não tem conotação de direito de privacidade. Eis o que escreveu o parecerista citado:

"O jurista português J. L. Saldanha Sanches coteja primorosamente o sigilo bancário com a proteção da intimidade, para concluir que não há que se falar em 'direito ao sigilo bancário' como concretização do direito à intimidade. Nas suas palavras:

'Ora em que esfera podemos nós incluir o segredo bancário, enquanto instituto que concretiza certos valores do ordenamento jurídico. Como expressão de interesses juridicamente tutelados?

Será o segredo bancário um prolongamento do direito à intimidade da esfera pessoal e familiar de uma qualquer pessoa singular (uma vez que em relação às pessoas coletivas a questão não pode mesmo ser colocada)? Ou dirá antes respeito àquela faixa mais larga que resguarda a privacidade de qualquer cidadão e que só pode por isso sofrer qualquer intromissão, se surgirem razões válidas para que tal direito seja restringido?

Ao afirmar-se que, na perspectiva dos clientes dos bancos, o segredo bancário é um 'direito com a reserva da sua vida privada', temos uma primeira resposta para esta questão.

Mas falta distinguir entre intimidade e reserva da vida privada e entre clientes individuais e profissionais de um banco. Não estamos perante o mesmo tipo de tutela quando um particular espera que o banco não divulgue a qualquer interessado o volume da sua conta bancária (porque pura e simplesmente quer manter sob reserva a sua vida particular) ou quando um comerciante confia no banco para que este não revele quem são os seus clientes, fornecedores ou qual é o seu grau de endividamento.

No caso da pessoa singular está apenas em causa um conjunto de valores de natureza moral; esta não está, em princípio, preocupada com possíveis prejuízos económicos ligados a qualquer divulgação. Apenas se opõe, por razões do seu foro pessoal e que não carecem de fundamentação, que esta tenha lugar.

Enquanto que o comerciante pode ser seriamente prejudicado, em termos concorrenciais, com a revelação da lista dos seus clientes ou com a sua situação financeira.

O dever de reserva que cabe ao banqueiro está desta forma ao serviço do interesse comercial das empresas suas clientes - que pelo simples facto de o serem ou por necessitarem de obter crédito lhe dão informações com um forte valor comercial ou da pessoa singular que deseja manter a privacidade da sua situação patrimonial.

Ou, em alternativa, ao serviço da manutenção da privacidade que qualquer um pode desejar, ainda que a possível violação desta apenas lhe possa acarretar danos não-patrimoniais.

E por isso o segredo bancário não pode constituir a expressão do imperativo constitucional da proteção da intimidade. Até porque o acesso a essa esfera está vedado aos próprios bancos.

Não nos parece aceitável que um banco, como condição para a concessão de crédito a uma pessoa singular ou para estabelecer com ela qualquer relação contratual, possa exigir desta informação de tipo estritamente pessoal ou a sujeição a exames médicos que, atingindo a sua esfera íntima, afectam a sua dignidade. Aqui está em causa a ilicitude da pergunta, por pressupor o acesso à esfera inviolável (e indisponível) da intimidade.

A informação que o banco pode obter para a defesa dos seus interesses legítimos não pode ir além da esfera patrimonial do seu cliente: rendimentos, bens possuídos, perspectivas profissionais.

(...)

Podemos pois concluir que o segredo bancário não é, não pode ser, uma concretização do princípio constitucional do direito à intimidade.

Este princípio tem como função consagrar uma zona de reserva pessoal para factos, opções e circunstâncias, que só de forma indirecta e de todo secundária, podem ter aspectos ou reflexos de natureza patrimonial' (Saldanha Sanches, J. L. Segredo Bancário e Tributação do Lucro Real. *In* Saldanha Sanches, *Estudos de Direito Contabilístico e Fiscal*. Coimbra : Coimbra Editora, 2000. p. 105-108.).

Em diversos países, há a clara percepção que não há que se confundir direito à intimidade com sigilo bancário, indicando que a quebra do sigilo pela administração tributária não constitui violação ao direito. Ao contrário, a existência de um 'Estado Fiscal' implica a necessidade de consagrar à administração tributária tal faculdade, o que se harmoniza com diversos princípios e outros direitos fundamentais constantes da Carta de 1988.

O caso espanhol é exemplar neste sentido, ao não visualizar a violação do direito à intimidade em relação à quebra do sigilo bancário. Portanto,

'el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado por la negativa de que 'el conocimiento de las cuentas bancarias por la Administración pueda invadir el ámbito constitucionalmente garantizado de la intimidad de los individuos, porque tales extractos no constituyen *per se* una biografía personal en números y en sí no tiene relevancia para la intimidad personal y familiar del contribuyente, ya que se trata de datos no secretos y confiados a una entidad' (Campos, Laura Rodríguez. *Derechos del Contribuyente em la República Argentina, al amparo de la Convención Interamericana de Derechos Humanos*. http://www.iefpa.org.ar/criterios_digital/articulos/derechos.htm. Visitado em 05.01.2001).

Ao analisar a jurisprudência da Corte Constitucional espanhola quanto ao tema, também ressalta Saldanha Sanches:

'Na apreciação da constitucionalidade da lei que permitia o controlo administrativo das contas bancárias o Tribunal Constitucional espanhol realizou uma distinção entre intimidade pessoal e familiar e a 'intimidade económica' onde a proteção constitucional é menos intensa.

E procura fazer uma distinção entre a violação da intimidade como consequência de uma análise das contas bancárias - colocando a hipótese de uma recusa de cooperação por parte do contribuinte se tal eventualidade se verificar - e a violação directa da intimidade: uma vez que esta não pode resultar de uma mera análise de movimentos bancários' (SALDANHA SANCHES, J. L. A Situação Actual do Sigilo Bancário: A Singularidade do Regime Português. *In* Saldanha Sanches. *Estudos de Direito Contabilístico e Fiscal*. Coimbra : Coimbra Editora, 2000. p. 91).

Outro comentarista, ao analisar a situação do sistema espanhol quanto ao sigilo bancário e o direito à intimidade, fez questão de ressaltar:

'Según el T. C., frente a la Hacienda pública no existe el derecho a la intimidad del art. 18 C.E. Ya la L.O. de 5 de mayo del 82 vacía prácticamente de contenido constitucional el derecho a la intimidad, en cuanto el ámbito de ésta queda deferido a la ley ordinaria (a.2º) y en cuanto que la esfera protegida frente a las Administraciones se reduce a poco o nada al no reputarse intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley (art. 8º, 1).

La LGT y el RI limitan la esfera de la intimidad, en las relaciones con la Hacienda, hasta el extremo de que solamente existe un refugio, limitado, en el ámbito del secreto profesional, en los casos de información sobre terceros, y siempre que no se trate de datos con 'transcendencia económica o tributaria'. El T.C. no ha encontrado, hasta el momento, ni un solo supuesto de dato o información económica con trascendencia tributaria que limite la acción inquisitiva de la Administración tributaria por razón de intimidad. Bien puede decirse, por tanto, que frente a la Administración tributaria, en cuanto se trata del ejercicio de su función de búsqueda de datos 'con trascendencia tributaria', 'el derecho a la intimidad personal y familiar' (art. 18, 1 CE) no existe.

La biblia del tribunal, a estos efectos, está constituida por la S. 110/84, reiterada en numerosas ocasiones, ampliada en el Auto 642/86, y reafirmada, por ejemplo, en la S. 26 abril 90, tantas veces citada (F.J. 10º). Según esa doctrina, la distribución justa de la carga fiscal prevalece sobre el derecho a la intimidad; parte del art. 8, 1 de la LO, según el cual frente a la Ley (ordinaria) no hay intimidad protegida, siempre que haya en dicha ley 'imperativos de interés público' (...); ni siquiera se habla del predominio, frente a la intimidad, de intereses u objetivos constitucionalmente protegidos. Sólo admite que la actuación administrativa es arbitraria cuando 'no parezca justificada por la finalidad de la inspección', es decir, cuando se trate de datos o informaciones que carezcan de 'transcendencia tributaria'; pero éste, obviamente, no es sin límite derivado del derecho a la intimidad, sino de la interdicción de arbitrariedad o desviación de poder de la Administración, de la necesidad de ajuste de toda Administración al ámbito de su competencia, que tanto vale para datos íntimos como para otros que no lo sean. Según la S. 110/84, no hay esfera de intimidad protegida frente a una Administración tributaria amparada en una norma que elimina la intimidad como límite' (GARCÍA AÑOVEROS, Jaime. *Una Nueva Ley General Tributaria. Problemas Constitucionales*, in KIRCHHOF, P. et al. *Garantías Constitucionales del Contribuyente*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1999. p. 109-110)".

Diante de tudo quanto foi exposto, tendo-se o cuidado de registrar posicionamento de diferentes autores nacionais e estrangeiros, há ambiente preparado para ser respondido o primeiro questionamento, desdobrado em três partes, formulado para o III Colóquio Internacional de Direito Tributário, promoção do Centro de Extensão Universitária. Eis a primeira parte do seu teor:

O sigilo bancário diz respeito à intimidade e privacidade das pessoas?

A resposta é, optando por convencimento influenciado pelas idéias da corrente predominante, positiva.

O nosso entendimento é no sentido de que 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.

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 mais íntimas do cidadão.

A concepção do sigilo bancário no âmbito do direito à intimidade e à privacidade garante ao homem o mínimo capaz para que lhe seja assegurada a sua condição humana, como apregoa a Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade, realizada em Estocolmo, na data de maio de 1967, ao fazer inserir, no documento que publicou, a seguinte definição: "O direito à intimidade é o direito do homem de viver em forma independente a sua vida, com um mínimo de ingerência alheia".

5 Segurança jurídica e acesso indiscriminado de agentes do poder público às informações bancárias

A segunda pergunta apresentada pelos organizadores do colóquio está assim posta:

A segurança das relações jurídicas através do sistema financeiro pode ser afetada pelo acesso indiscriminado de agentes do poder público às informações bancárias?

O acesso indiscriminado de agentes do poder público às informações bancárias, se realizado, caracteriza um atentado de suma gravidade aos direitos do cidadão. É um ataque aos princípios sustentadores do sistema democrático adotado pelo Constituinte de 1988, especialmente quando afirma que a República Federativa do Brasil tem como objetivo fundamental o respeito à dignidade humana e à cidadania.

No ordenamento jurídico brasileiro, a meu pensar, não há lugar para brotar qualquer interpretação que conclua pela possibilidade de qualquer agente do poder público acessar de modo generalizado e sem motivação informações bancárias do cidadão, mesmo com autorização judicial.

Esclareço, desde logo, que não comungo com o pensamento de determinada corrente no sentido de ser absoluto o direito ao sigilo bancário. Tenho-o como relativo, porém, vinculado aos princípios da razoabilidade, da moralidade, da legalidade e da motivação explícita e detalhada, sob pena de ser impossível a sua quebra.

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.

Lembra Arnaldo Wald que "o segredo na atividade bancária envolve, concomitantemente, interesses privados e coletivos, que podem ser analisados sob três ângulos: o interesse do cliente na sua relação com a instituição financeira; o interesse do banco em atuar com discrição para ganhar a confiança da população e captar recursos e o interesse social na existência de um bom e eficiente sistema bancário. Por estarem ligadas ao desenvolvimento da economia e aos interesses da comunidade, as relações que envolvem as instituições financeiras não recebem o mesmo tratamento jurídico despendido a outras relações comerciais. Inviável a aplicação exclusiva das regras de direito privado, as quais têm como princípio norteador a autonomia da vontade, pois esta encontra limites nas normas cogentes próprias do direito do bancário e na intervenção do Estado"⁸.

A segurança jurídica desse tipo de relação envolve, também, a manutenção do segredo das movimentações financeiras do contribuinte.

Imprimir-se a mais ampla segurança nas relações do sistema financeiro é fortalecê-lo. O Estado tem o dever de zelar por esse estado de segurança, não permitindo, conseqüentemente, que o sigilo bancário seja quebrado pelo acesso indiscriminado de agentes do poder público, por esse comportamento afetar a confiabilidade no sistema.

É de todo inconveniente permitir a possibilidade de um atuar do agente fiscal sem controle na quebra do sigilo bancário, por afetar diretamente a segurança da relação jurídica firmada entre a instituição financeira e o seu cliente, em face de este sentir-se atingido pela ação fiscal que passa a tomar conhecimento de sua intimidade financeira e de fatos de sua vida privada, sem o respaldo do Poder Judiciário.

A segurança jurídica nesse tipo de relação deve assegurar impossibilidade de abuso de poder por parte do Fisco, em face da necessidade de ser resguardada a garantia de que, em um Estado de Direito, não pode ser concebido que conceda-se a uma parte, mesmo que seja o Estado, o domínio absoluto de apanhar as provas que irá utilizar, em caso de litígio, contra alguém.

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.

A valorização da segurança jurídica da relação existente entre instituição financeira e contribuinte pelo fisco, não quebrando o seu sigilo fiscal sem autorização judicial, constitui causa de aplicação de Justiça fiscal. O seguimento de seus princípios valoriza o regime democrático do qual ela faz parte.

6 Casos de admissibilidade da quebra do sigilo bancário

Os casos de admissibilidade da quebra do sigilo bancário estão, na atualidade, descritos no nosso ordenamento jurídico positivo.

A Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, após determinar, no art. 1º, de que "as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados", dispõe no § 3º do mesmo artigo que:

"§ 3º. Não constitui violação do dever de sigilo:

I - a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III - o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV - a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V - a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

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

§ 4º. A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

I - de terrorismo;

II - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;

IV - de extorsão mediante seqüestro;

V - contra o sistema financeiro nacional;

VI - contra a Administração Pública;

VII - contra a ordem tributária e a previdência social;

VIII - lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;

IX - praticado por organização criminosa."

Como visto, a Lei Complementar enumera inúmeras situações que, independentemente de autorização judicial, o sigilo bancário é quebrado.

A dificuldade que se apresenta é a de conciliar os casos de quebra de sigilo bancário que a Lei Complementar nº 105 autoriza com a garantia do direito à privacidade e à intimidade.

Os de maior relevância são:

- não constituir violação do dever de sigilo bancário a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, o que possibilita o conhecimento da vida financeira privada do cidadão por várias pessoas sem desempenho de autoridade na instituição, independentemente de ser justificada, com antecedência, a causa desse atuar;

- o de serem fornecidos dados relativos a informações cadastrais de emitentes de cheques sem provisão de fundos a entidades privadas de proteção ao crédito, sem qualquer avaliação por qualquer autoridade da causa determinante do fato;

- a quebra do sigilo bancário na fase do inquérito, por inexistir nessa ocasião qualquer contraditório e respeito ao princípio do devido processo legal.

Quanto às demais situações constantes na Lei Complementar que autorizam a quebra do sigilo bancário, não obstante algumas serem absolutamente necessárias, há de serem vistas em compatibilidade com as garantias constitucionais, conforme já assinalado.

O colendo Supremo Tribunal emitirá pronunciamento, como guarda e intérprete maior da Carta Magna, em ADIn já intentada sobre a constitucionalidade ou não dos dispositivos supramencionados.

Em campo doutrinário, as posições apresentadas valorizam-se, quando confrontadas com as respostas oferecidas aos questionamentos formulados, por acenarem para a necessidade do controle do Poder Judiciário para a quebra do sigilo bancário.

7 Sistema mais justo para a quebra do sigilo bancário

Os organizadores do III Colóquio Internacional de Direito Tributário submetem, também, para análise a questão do teor seguinte: "Um sistema, em que o Poder Judiciário torna-se árbitro dos pedidos da Administração Pública para quebra do sigilo, é o mais justo?"

Em um Estado que, por imposição de sua própria Constituição, está comprometido com a guarda e aplicação efetiva de princípios democráticos, especialmente o de respeitar os direitos e garantias fundamentais da cidadania, não há campo para que seja outorgado ao Poder Executivo, por via da atuação de agentes públicos fiscais, o acesso, sem o controle do Poder Judiciário, às informações bancárias do contribuinte.

O sigilo bancário, por ser um direito fundamental que exige ser respeitado, pela supremacia constitucional que o protege, deve submeter a possibilidade de sua quebra para fins tributários ao Poder Judiciário, pela ausência de interesse direto nos resultados da ação fiscalizadora, que é o recolhimento do tributo, e pelas garantias de independência, prudência e qualificação jurídica que revestem esse Poder.

A atuação da fiscalização tributária não pode ser exercida fora dos limites da legalidade imposta a partir da Carta Magna e demais imposições legais a ela subordinadas.

Não se desconhece que, no atual Estado fiscal, os tributos constituem os meios financeiros determinantes para o atendimento dos compromissos da administração pública com as obrigações oriundas em decorrência de sua atividade no campo educacional, social, de segurança pública interna e externa, da saúde, da manutenção dos Poderes, ou seja, para manter funcionando a máquina estatal.

Por não se entremostrear, na época contemporânea, qualquer outra alternativa viável para transformar o Estado fiscal em um Estado produtivo, os tributos passam a representar um dever da cidadania, conforme assinala José Casalta Nabais, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em artigo intitulado "Algumas reflexões sobre o actual estado fiscal":

"Por isso, os impostos não-de constituir um preço aceitável, ou seja, um preço limitado. Um preço que, estou certo, muitas das sociedades, que nos antecederam, gostariam de ter pago e algumas das actuais não enjeitariam suportar. Por isso, bem podemos afirmar, como já o fizemos noutro lugar, que no actual estado fiscal, para o qual não se vislumbra qualquer alternativa viável, pelo menos nos tempos mais próximos, os impostos constituem um indeclinável dever de cidadania, cujo cumprimento a todos nos deve honrar."

A atuação do Poder Judiciário para liberar o bloqueio fortalece a confiança do cidadão no procedimento da fiscalização e consagra a idéia ínsita em qualquer regime democrático de que a atuação do Estado tem limites.

Na espécie, os limites impostos são os decorrentes de a quebra do sigilo ser necessária, em face da possível ilicitude cometida pelo cidadão, porém sem serem violados os direitos de o cidadão gozar da sua privacidade e da sua intimidade.

A denominada cidadania fiscal há de ser considerada de modo conjuntural com os reflexos dos direitos fundamentais assegurados ao contribuinte, prestigiando, contudo, a responsabilidade que tem o Estado de promover a arrecadação dos tributos.

Cedo espaço para registrar que a cidadania fiscal deve configurar uma espécie de relação jurídica em que todos suportem a concretização de um estado em que "todos tenham a qualidade de destinatário do dever fundamental de pagar impostos na medida da respectiva capacidade contributiva", porém que seja um "estado fiscal suportável, isto é, um estado cujo sistema fiscal se encontre balizado por estritos limites jurídico-constitucionais"⁹.

A administração tributária, por melhores que sejam a sua estrutura e os seus propósitos, não está emocionalmente preparada para conceber e aplicar os princípios que sustentam a cidadania fiscal. Isso ocorre, primeiramente, por o fisco ter como missão exclusiva exercer a função de arrecadar tributos. É a sua meta essencial, por ser atribuição que na organização administrativa estatal está

obrigado a desempenhar. Não lhe cabe administrar o tributo arrecadado, limitando-se, unicamente, a envidar esforços para o cumprimento das metas impostas para imprimir aumento na arrecadação tributária. O sucesso da administração tributária é medido pelo maior volume de recursos fiscais atraídos para os cofres do Governo, nunca pelo respeito que exerça para com os direitos fundamentais do contribuinte. É uma questão de cultura administrativa, de distribuição de funções no sistema estatal, difícil de ser mudado só por sugestões doutrinárias. Necessita de vontade política.

Por outro lado, a fiscalização tributária não consegue afastar as pressões exercidas sobre ela por determinados segmentos da organização estatal que defendem uma atuação mais agressiva para a cobrança dos tributos, tudo em decorrência dos efeitos produzidos pela conduta ilícita marcante da sonegação fiscal.

Esses fatores contribuem para que a fiscalização tributária atue parcialmente para avaliar a necessidade objetiva da quebra do sigilo bancário do cidadão. Por melhor que seja o seu desempenho, nunca ganhará a confiança do contribuinte.

A atribuição da quebra do sigilo bancário, em um regime democrático onde predomina o respeito maior aos direitos fundamentais da cidadania, deve ser exercido pelo Poder Judiciário, não só porque seus membros atuais estão revestidos da garantia da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, bem como porque exercem suas funções com independência absoluta em relação ao Poder interessado na cobrança do tributo e, conseqüentemente, no resultado a ser obtido pela ação fiscal.

Esse sistema misto, onde o fisco faz a solicitação motivada para a quebra do sigilo bancário ao Poder Judiciário e este, após analisá-la com objetividade e cautela, defere ou indefere, impõe segurança e confiabilidade na atuação fiscal e sublima o respeito à dignidade do contribuinte, em outras palavras, da cidadania fiscal, isto é, de uma "cidadania de liberdade, que o estado fiscal pressupõe, para não ser postergada, impõe um sistema fiscal balizado por estritos limites jurídico-constitucionais. Limites esses que integram a chamada constituição fiscal e que podemos reconduzir, para não nos alongarmos nesse aspecto, a duas idéias: uma idéia de segurança, que tem o seu tradicional e principal suporte no princípio da legalidade fiscal, e uma idéia de justiça ou equidade, que tem a ver com a medida dos impostos e assenta no princípio da capacidade contributiva"¹⁰.

Em conclusão, a adoção de um sistema para a quebra do sigilo bancário, em que o Poder Judiciário seja o árbitro dos pedidos da Administração Pública, não é somente mais justo, mas consegue impor maior credibilidade à atuação fiscal e presta homenagem, com intensa potencialidade, aos princípios democráticos consistentes na guarda da segurança jurídica, do respeito aos direitos fundamentais do cidadão, nesse rol incluídos os à privacidade e à intimidade. Além disso, torna mais respeitável a relação entre fisco e contribuinte, valorizando, portanto, a opção do Estado pelo regime democrático.

8 Autoridade fiscal e faculdade incondicionada de quebrar o sigilo bancário

Essa indagação consubstancia a preocupação de serem estabelecidos controles para a atuação do agente público fiscal. Centra-se a preocupação em imprimir, nas relações jurídicas tributárias de quaisquer espécies, o primado da legalidade, aprimorando-se o atuar vinculado.

Não se concilia com os postulados da democracia a adoção de um sistema de fiscalização tributária que outorgue faculdade incondicionada ao fiscal tributário de invadir a intimidade e a privacidade das pessoas, sob o falso argumento jurídico de que busca encontrar provas de sonegação fiscal.

Depreende-se do exposto que a autoridade fiscal não deve ter faculdade incondicionada de quebrar o sigilo sempre que entender necessário. Isso porque a prática de atos administrativos por agentes públicos, de modo incondicional, revela grave violação ao princípio da legalidade, onde predomina a vontade da lei e não o discricionarismo de quem o pratica.

No trato do sigilo bancário, o atuar sem limites da fiscalização assume características de maior gravidade porque há violação aos princípios fundamentais já expostos e que são prestigiados pela Carta Magna, especialmente por bater de frente, de modo integral e absoluto, com o direito à intimidade e à privacidade. O atuar deve vincular-se, rigidamente, ao princípio da legalidade, especialmente como posto na Carta Magna, sem a possibilidade de ser aberto qualquer canal para uso da conveniência ou da oportunidade.

É de ser lembrado, no trato do assunto, a lição de José Casalta Nobais, no trabalho já citado, p. 27, no sentido de que: "É certo que, independentemente da concepção a que se adira relativamente ao segredo bancário, não temos a menor dúvida de que o acesso da administração fiscal à informação bancária, seja directo, sem necessidade de prévia decisão judicial, seja indirecto, depois portanto de prévia decisão judicial, há-de ter sempre uma natureza claramente excepcional. Na verdade, constitua o segredo bancário uma manifestação do direito fundamental à reserva da intimidade da

vida privada, constante do art. 26º, nº 2, da Constituição portuguesa, ou suporte um outro direito fundamental, um direito à reserva da vida privada análogo àquele, a sua afectação terá sempre carácter excepcional".

A autoridade fiscal não possui a necessária isenção e competência institucional para averiguar o grau dessa excepcionalidade, de modo que possa impor confiança ao cidadão investido na condição de contribuinte, porém com direitos a serem assegurados por força do regime democrático adotado.

O certo é que na relação jurídica tributária deve ser buscado o justo equilíbrio pregado pelo estado de direito onde o cidadão deve ter a sua dignidade respeitada, sem, contudo, afastar-se a necessidade de o Estado arrecadar tributos, de forma cogente e imperativa, bem como de serem permitidas condições de atuação que resultem no combate à sonegação fiscal.

9 Responsabilidade da autoridade administrativa que quebrar o sigilo bancário de forma inconsistente e indevida

É inerente ao regime democrático que a autoridade administrativa pública está obrigada a exercer as suas atribuições com rigorosa obediência aos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência, entre outros.

A Carta Magna consagra, expressamente, no art. 37, a obediência do agente público a esse tipo de comportamento.

A autoridade administrativa que quebrar, de modo inconsistente e indevido, o sigilo bancário do cidadão pratica ato com capacidade de provocar os seguintes efeitos: a) de invadir o direito à privacidade e à intimidade de alguém; b) de provocar-lhe danos morais e materiais, dependendo da repercussão provocada pelo seu atuar.

Constatada a efetivação real de danos morais e materiais, a responsabilidade do Estado pode ser acionada, conforme permite o art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Solidificada a culpa ou dolo do agente público e consagrada a materialização do ilícito praticado, com o conseqüente ressarcimento patrimonial, o Estado deverá, usando o direito de regresso, investir contra o agente que agiu culposa ou dolosamente.

Não se resume, apenas, ao campo da responsabilidade civil a atuação da autoridade quando, ilegalmente, quebra o sigilo bancário de qualquer cidadão.

O art. 10 da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, determina que "a quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis". A seguir, no seu parágrafo único, explicita que "incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar".

O art. 11 da mesma Lei Complementar expressa que "o servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com a orientação oficial".

10 O sigilo bancário e o tratamento que lhe é dado por órgãos internacionais, como a OCDE e outros

Rui Celso Reali Fragoso, Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo, em artigo intitulado *O Sigilo Bancário*, veiculado pela Internet (<http://www.jus.com.br>), registra que, atualmente, temos três sistemas legais, no mundo, cuidando do sigilo bancário. O primeiro é o anglo-saxão, "em que o sigilo não encontra amparo legal; o segundo é o dos países da Europa continental - "que o contempla em vários diplomas legais"; o terceiro é o da "Suíça e do Líbano, que o reforçam".

Analisando esses três sistemas, o autor citado observa:

"Há aparente contradição no sistema inglês e norte-americano, pois se de um lado nestes países se eleva a garantia das liberdades individuais, de outro se despreza o sigilo bancário. É que se ocorre conflito entre a apuração de fatos (fator social) e a privacidade das pessoas (fator individual), prevalece a primeira. Mais ainda: o relacionamento de clientes e bancos, longe de estabelecê-lo, serve como fonte de informação em favor de terceiros; a indiscrição injustificada, porém, é objeto de sanção. E na Inglaterra os poderes públicos não intervêm no funcionamento dos estabelecimentos privados de crédito, o que debilita a investigação.

Nos países da Europa continental a legislação contempla o sigilo bancário como consequência do profissional, e comporta derrogações na esfera penal e em alguns casos na civil, mas comina sanções criminais no caso de violação do sigilo (Código Penal francês, artigo 378, Código Penal italiano, art. 622).

A sistemática fortalecida é aquela utilizada na Suíça, decorrente da crise ocorrida em 1931 com o fechamento do Banco de Genebra, que ensejou a edição de lei estabelecendo severas punições de natureza civil e criminal. Tanto a legislação suíça como a libanesa, esta surgida em 1956, permitem derrogações em certas hipóteses. A existência das contas numeradas comprova a importância do sigilo nestes países.

É certo não ser absoluto o segredo, nem sua quebra em determinadas situações significa abuso de poder. Aliás, nenhum direito é absoluto."

A doutrina tem, ultimamente, tomado conhecimento sobre as transformações por que tem passado, em vários ordenamentos jurídicos, a questão do sigilo bancário.

Zenóbio Simões de Melo, Advogado no Paraná, em artigo sob o título *Quebra do Sigilo Bancário* (Internet: <http://jus.com.br>), informa que o jornal "O Estado de S. Paulo", de 21 de junho de 2000, publicou a notícia seguinte:

"Numa das mais importantes decisões adotadas durante o Conselho Europeu que marca o fim da presidência portuguesa da União Européia (UE), seus 15 países aprovaram ontem o pacote de harmonização fiscal. No ponto mais polêmico, o pacote deverá acabar com o sigilo bancário até 2010... foi uma negociação de 12 anos... Áustria e Luxemburgo não aceitavam o princípio de acabar com o sigilo bancário. A justificativa austríaca é que este é um princípio que faz parte da Constituição do país há 200 anos. Para aceitar o acordo, o país exigiu a manutenção do sigilo nos bancos austríacos para quem resida no país."

Registro a íntegra da notícia:

"Pacote de harmonização fiscal é aprovado por membros da UE. Decisão prevê quebra do sigilo bancário nos países do bloco econômico.

Jair Rattner

Especial para o Estado

Santa Maria da Feira, Portugal - Numa das mais importantes decisões adotadas durante o Conselho Europeu que marca o fim da presidência portuguesa da União Européia (UE), seus 15 países aprovaram ontem o pacote de harmonização fiscal. No ponto mais polêmico, o pacote deverá acabar com o sigilo bancário até 2010.

'Foi uma negociação de 12 anos. Agora temos um documento que vai estabelecer os princípios e as orientações para as futuras diretivas nessa área', afirmou o primeiro-ministro português, Antonio Guterres, que ocupa a presidência rotativa da UE (no fim do mês, ela será transferida para a França).

O acordo abrange três áreas: um código de conduta, que prevê o desmantelamento dos 66 paraísos fiscais existentes ou dependentes da UE; a tributação de *royalties*; e o pagamento de impostos sobre rendimentos das poupanças de cidadãos europeus residentes em outros países, dentre os 15 que fazem parte do bloco econômico europeu.

O grande problema eram as poupanças. Áustria e Luxemburgo não aceitavam o princípio de acabar com o sigilo bancário. A justificativa austríaca é que este é um princípio que faz parte da Constituição do país há 200 anos. Para aceitar o acordo, o país exigiu a manutenção do sigilo nos bancos austríacos para quem resida no país. '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', avaliou Guterres.

O prazo para a introdução das mudanças vai até o fim de 2010. Até o fim deste ano, as negociações vão ser sobre a definição do conteúdo das diretivas (as normas da UE).

Em 2002, a UE discutirá com outros países esses conteúdos, para fazer acordos que deverão ser aprovados até o fim do ano por unanimidade.

A partir de 2003, será iniciado um período de sete anos de transição para a troca de informações sobre os investimentos de cidadãos de outros países europeus. Nesse período, alguns países poderão optar por cobrar impostos de 20% a 25% sobre os rendimentos dos investimentos de residentes no exterior."

No capítulo onde foi analisado o sigilo bancário no Direito Comparado, há registros, também, a respeito do tratamento que órgãos internacionais como a OCDE¹¹ e outros vêm dando ao sigilo bancário, conforme estudo que foi apresentado pelo autor ali citado.

Helena Torres, em sua recente obra *Direito Tributário Internacional - Planejamento Tributário e Operações Transnacionais*, RT, p. 147, analisando o posicionamento da OCDE referente à política de determinados países que adotam tributação favorecida e aos efeitos dos regimes fiscais prejudiciais, registra que:

"A OCDE resolveu entrar na luta para minorar as práticas fiscalmente danosas, insistindo sobre a necessidade de aumentar as trocas de informações entre os Estados, além de redigir uma lista de país com tributação favorecida e fazer algumas recomendações em âmbito nacional e convencional a partir do seu importante Relatório: *Harmful tax competition: no emerging global issue*.

Mesmo reconhecendo os aspectos positivos do ambiente global vigente, no qual os sistemas tributários operam, os países-membros da OCDE concluíram que eles precisavam agir para restringir a competição tributária danosa, coletivamente e individualmente, opondo-se à expansão de regimes de impostos preferenciais danosos, particularmente nos setores financeiros e atividades de serviço, que podem causar distorções no comércio e desníveis nos padrões de investimento, sendo uma ameaça para os sistemas tributários domésticos e para a estrutura global de tributação internacional."

Mais adiante, pp. 152-153, Helena Torres afirma que:

"Entre as recomendações definidas nesse Relatório, com aplicação dirigida aos países-membros da instituição, as mais importantes são as seguintes:

- para contrastar a competição fiscal prejudicial, os países devem revisar as suas leis, regulamentos e práticas sobre 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;

(...)."

A conclusão que pode ser firmada, após análise dos pronunciamentos internacionais acima explicitados, é que existe uma corrente, em nível internacional, que defende uma maior abertura para a quebra do sigilo bancário, quando for necessária, para apurar ilícitos tributários.

Essa, portanto, é a resposta que apresento para a indagação: "Qual o tratamento proposto por órgãos internacionais, como o OCDE e outros, com relação ao sigilo bancário? "

11 Compatibilização do combate à criminalidade internacional com o respeito à segurança jurídica, a fim de evitar a fuga de investimentos do país

Há de se reconhecer não ser fácil desenvolver-se um sistema jurídico que contenha regras que facilitem o combate à criminalidade internacional e ao mesmo tempo prestigie os direitos fundamentais do cidadão, especialmente a sua segurança jurídica.

As convenções internacionais, conforme demonstrado, estão preocupadas com esses aspectos, sem deixar de lado os fenômenos causados pela globalização.

Não deve ser esquecido que o tema envolve aspectos diversos, a começar pelos determinantes da soberania dos Estados, das forças em expansão das organizações internacionais e da pregação para que os direitos fundamentais do cidadão sejam respeitados com maior intensidade.

A solução, a meu pensar, pode ser encontrada no fortalecimento do Direito Comunitário. Os Estados, por via de organismos internacionais, firmariam tratados para a adoção de um Código Processual Penal Internacional, com efeitos vinculantes por parte das nações, onde seriam adotadas regras investigatórias e apuratórias dos ilícitos internacionais, alargando os conceitos de indícios e

presunções, sem deixar, contudo, de prestigiar a efetividade dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Todas as nações, no início deste século, envidam esforços para diminuir a crise da segurança jurídica. São vários os fatores determinantes, todos tendo como causa comum o crescimento da delinqüência em decorrência de políticas econômicas e sociais adotadas por determinados governos que contribuem para aumentar o percentual de pessoas pobres.

A preocupação atual, para o combate ao crime internacional, é alcançar nível de uniformização dos sistemas adotados para a quebra do sigilo bancário. De início, deve ser defendida a postura de que nenhuma lesão ou ameaça a direito deve ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Nessa perspectiva, ganha suma importância a criação do Tribunal Penal Internacional, em virtude de, pela sua atuação, não perdurar a diversidade de sistemas legais a respeito do assunto, a saber: a) o anglo-saxão, onde o sigilo não encontra amparo legal; b) o dos países da Europa continental, que o contempla em vários diplomas escritos; e c) o da Suíça e do Líbano, que o reforçam¹².

A criação do Tribunal Penal Internacional envolve uma reconceituação de soberania.

Sobre o tema, Celso D. de Albuquerque Mello, em *Direito Internacional da Integração*. Ed. Renovar, p. 13, faz a seguinte observação:

"Poder-se-ia fazer um pequeno reparo a Chaumont que a 'independência nacional' é um conceito juridicamente indeterminado e que ela pode ter diferentes graus. Tanto que podemos escrever 'soberania versus cooperação internacional', apesar de reconhecermos que esta posição pode ser considerada como radical, vez que não há uma total incompatibilidade entre as duas. Entretanto, não se pode deixar de constatar que, de certo modo, a cooperação internacional se encontra consagrada na Carta da ONU, no art. 1º, que trata dos 'Propósitos das Nações Unidas' e nos 'Princípios' estabelecidos na Carta da OEA (Capítulo II). O mesmo ocorre na resolução da Assembléia Geral da ONU de 1970, que aprova a 'Declaração relativa aos Princípios do Direito Internacional relativos às relações Amigáveis e à Cooperação entre os Estados conforme a Carta das Nações Unidas', bem como na Carta de Direitos e Deveres Econômicos, aprovada pela mesma Assembléia Geral em 1974."

O crescimento do crime internacional, em decorrência dos fenômenos globalizantes, determina o surgimento de um dever jurídico de os Estados firmarem pactos de cooperação entre si para que enfrentem as organizações voltadas para a criminalidade. Esse dever jurídico globalizado tem suas raízes na moral internacional que, conforme assinala Celso Albuquerque Mello, na obra citada, p. 13, sempre consagrou o princípio da solidariedade, ou, ainda, do auxílio mútuo.

É o mais importante desafio neste início de século fazer com que surja uma legislação internacional que compatibilize o combate à criminalidade internacional sem violar a segurança jurídica, com finalidade exclusiva de evitar a fuga de investimentos do País.

Tenha-se, contudo, em consideração que a globalização do crime, embora seja uma grande ameaça aos valores tradicionais que sustentam a cidadania, especialmente a segurança jurídica, não deve prejudicar o desenvolvimento econômico de qualquer nação.

Não faço coro ao assinalado por Eric Hobsbawn, em sua obra *Era dos Extremos. O breve século XX 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. S. Paulo : Companhia das Letras, 1995, p. 24, no sentido de que "talvez a característica mais impressionante do fim do Século XX seja a tensão entre esse processo de globalização cada vez mais acelerado e a incapacidade conjunta das instituições públicas e do comportamento coletivo dos seres humanos de se acomodarem a ele".

Penso que não há essa acomodação e que as instituições públicas, especialmente as submetidas ao controle da Ciência Jurídica, não estão incapacitadas de encontrar caminhos que solucionem o problema existente.

É por demais positivo, entre outros acontecimentos, o fato da conscientização de que há de ser encontrada uma forma de combate à criminalidade internacional que não afaste a garantia da segurança jurídica. Esta é uma necessidade para impor paz à Nação e, conseqüentemente, criar ambiente para que novos investimentos necessários ao desenvolvimento do seu processo econômico aconteçam, sem se falar na manutenção dos já existentes.

O Parlamento Europeu aprovou, ultimamente, uma Resolução sobre a criação do Tribunal Penal Internacional, sob a consideração de que é necessário criá-lo de forma permanente, para complementar os sistemas judiciais nacionais e pôr fim à impunidade de que gozam os responsáveis por genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

A abertura para essa posição denota a formação de uma consciência internacional para combater a criminalidade internacional, quaisquer que sejam os seus aspectos, contribuindo para fortalecer a segurança jurídica interna de cada país.

A Resolução do Parlamento Europeu sobre o Tribunal Penal Internacional é do teor seguinte:

"Vistas sus anteriores resoluciones sobre un Tribunal Penal Internacional,

A. Considerando que es necesario crear un Tribunal Penal Internacional permanente que complemente los sistemas judiciales nacionales y ponga fin a la impunidad de que gozan los responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra,

B. Considerando que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas está respaldando decididamente la creación de ese Tribunal,

C. Considerando que la fase preparatoria de la creación del Tribunal Penal Internacional finalizó con la última sesión del Comité Preparatorio de las Naciones Unidas, que tuvo lugar del 16 de marzo al 3 de abril de 1998,

D. Felicitándose por la creciente participación de Estados en el proceso de negociaciones y esperando que un número aún mayor de Estados procedentes de todas las regiones se encuentre plenamente representado en la Conferencia Diplomática de Roma,

E. Considerando que del 15 de junio al 17 de julio de 1998 se celebra en Roma la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios para la constitución de un Tribunal Penal Internacional,

F. Considerando que los Estados miembros y la delegación de la Comisión Europea, que participan en la Conferencia Diplomática de Roma, pueden desempeñar un papel crucial a la hora de garantizar el éxito de la conclusión de esta Conferencia Diplomática, y acogiendo positivamente la mayor convergencia de las posturas de los Estados miembros de la UE,

G. Congratulándose por la oferta del Gobierno de los Países Bajos de servir de sede del Tribunal Penal Internacional permanente,

1. Insta a la Conferencia Diplomática de Roma a aprovechar la oportunidad histórica de concluir un texto de Estatuto para un Tribunal Penal Internacional independiente, justo y eficaz;

2. Insta a los representantes de los Estados miembros, del Consejo y de la Comisión a garantizar activamente el éxito de los resultados, a saber, un auténtico Tribunal Penal Internacional, en lugar de limitarse a un acuerdo de compromiso sobre principios esenciales en sus esfuerzos por conciliar las posturas de Estados reticentes;

3. Destaca que, para constituir un complemento eficaz de los sistemas judiciales nacionales, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional permanente objeto de la Conferencia de Roma deberá establecer:

a. un Fiscal independiente con competencias para investigar e instruir sumarios por propia iniciativa en situaciones en las que se hayan cometido los delitos sometidos a la jurisdicción del Tribunal,

b. la jurisdicción inherente y universal del Tribunal en materia de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y agresión, sin que se requiera ningún consentimiento del Estado,

c. una buena relación de trabajo con los Tribunales Internacionales ya establecidos en La Haya,

d. una relación constructiva con las Naciones Unidas, y en particular con el Consejo de Seguridad, basada en el pleno reconocimiento de sus respectivas funciones y competencias,

e. la obligación de los Estados firmantes de acatar y hacer cumplir sin demora las órdenes y decisiones del Tribunal,

f. los mayores niveles de respeto de los derechos de los acusados y de los sospechosos y de protección de los intereses de las víctimas y de los testigos,

g. la garantía de una financiación a largo plazo, necesaria para asegurar la autonomía e independencia del Tribunal frente a cualquier presión exterior;

4. Destaca, además, que la jurisdicción del Tribunal sobre los delitos de genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra deben considerarse con la misma calificación penal con independencia de que se hayan cometido en conflictos armados internacionales o en conflictos internos;

5. Insta al Consejo y a los Estados miembros a garantizar la universalidad y la transparencia de las negociaciones y la participación continuada de la comunidad jurídica y la sociedad civil internacionales;

Encarga a su Presidente que transmita la presente resolución al Consejo, a la Comisión, a los Gobiernos de los Estados miembros, al Secretario General de las Naciones Unidas, al Presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas y al Presidente de la Conferencia Diplomática de las Naciones Unidas para la constitución de un Tribunal Penal Internacional."

A Resolução supracitada demonstra que cresce a conscientização da necessidade de ser criado um Tribunal Penal Internacional, com força cogente, obrigatória de suas decisões no âmbito interno dos Países que participarem do pacto de sua constituição.

A doutrina internacional revela que a comunidade internacional somente agora vem se preocupando em criar uma "estructura internacional para determinar las responsabilidades individuales emergentes de violación de ciertos derechos básicos del ser humano. Los mecanismos de responsabilidad estatal creados desde los 60 se dirigen a la mayor protección del ser humano y la erradicación de las prácticas de violación sistemática de los derechos humanos, or vía de la condena al Estado que ordena o que tolera los abusos por lo cual se estructuraron entorno al Estado como sujeto responsable. Como há señalado la Corte Internacional de Derechos Humanos, el procedimiento ante ella no es un procedimiento penal; lo que se busca determinar es el nivel de cumplimiento por parte de un Estado de sus obligaciones de derecho internacional. Sin desconocer la importancia de determinar la responsabilidad del Estado para que éste tenga un incentivo para erradicar esas práctica de sus fronteras, es pertinente destacar que las violaciones más grave son, en última instancia, cometidas por individuos" (Francisco Cox, Encarregado del TPI, HDH, em artigo intitulado "El IIDH ante la Creación de um Tribunal Penal Internacional", no *site* <http://www.iidh.ed.cr/cpi/tpintro.html>).

A criação de um Tribunal Penal Internacional atuaria permanentemente e teria competência subsidiária em relação à outorgada aos Tribunais Nacionais, limitando-se a atuar, apenas, nos crimes internacionais previamente definidos como sendo do interesse da comunidade global.

Merece registro, no âmbito do assunto tratado, que na Conferência Regional sobre o Tribunal Penal Internacional, realizada em 18 e 19 de fevereiro de 1998, na cidade de Guatemala, Guatemala, um dos temas tratados foi o relativo à harmonização das incriminações, quando os seguintes aspectos foram discutidos: "Branqueamento, corrupção, fraude fiscal, participação em associações criminosas: um olhar à luz dos direitos nacionais e do direito internacional. Perspectivas. Quais os comportamentos a incriminar? Criar uma nova incriminação da fraude fiscal? Uma tentativa de harmonização: o Corpus Juris contendo disposições penais para proteção dos interesses financeiros da União Européia. As negociações no seio do Conselho da Europa e da OCDE referentes à luta contra a corrupção, etc.". O referido painel foi presidido por Benoît Dejemeppe, procurador do Rei em Bruxelas, e contou com a presença de Tereza Beleza, professora de direito penal na Faculdade de Direito de Lisboa, como moderadora.

Há, como visto, um largo campo de análise para desenvolver, com possibilidade do surgimento de sugestões que levem a Ciência Jurídica a alcançar, com a atuação estatal, uma competência internacional que possa combater o crime internacional e ao mesmo tempo proporcione segurança jurídica na ordem interna, ganhando, assim, o sistema jurídico a confiança dos investidores.

Em conclusão: a forma de compatibilizar o combate à criminalidade internacional sem violar a segurança jurídica necessária a evitar a fuga de investimentos do País está na criação do Tribunal Penal Internacional com competência definida para processar e julgar delitos globalizantes e cujas decisões tenham força imperativa no âmbito interno das nações participantes do pacto para o seu nascimento.

¹ O exame dos postulados informadores da Constituição Federal de 1988 revela que o Estado Democrático por ela idealizado e pretendido materializar há de ter como fundamentos centrais o

absoluto respeito aos ditames da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político. É o que está posto, de modo expresso, no art. 1º da CF de 1988: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político".

² No referente ao problema da tensão existente entre cidadão e Estado, escrevi, antes, o seguinte:

"1. O exame do panorama social da era contemporânea identifica a sociedade atravessando uma tensão pré-milênio.

Esse estado emocional inédito está afetando as relações entre as pessoas e foi identificada, recentemente, em trabalho elaborado por Sérgio Villas Boas, sob o título "Tensão pré-milênio", publicado no jornal "Gazeta Mercantil", de 12 e 13 de junho de 1999, p. 2. Caderno Leitura de Fim de Semana. Extraio trecho de tal ensaio para meditação:

"O mundo está atravessando um período de tensão pré-milênio, com todos os desconfortos, irritabilidades, fadigas, tormentos, mau humor e, acima de tudo, medo. Terrors geralmente infundados. Profecias e noticiários de TV formam um coro que reforça a nova TPM e produz uma repetição estafante: fome, miséria, guerras, assaltos, assassinatos hediondos, tráfico de drogas e de influências, corrupção, impunidade, protecionismos, sonegações (48% do que o governo arrecada vem do trabalho assalariado; calcula-se que US\$ 825 bilhões circulam no país sem pagar impostos); precária sociabilização (taxa de desemprego em São Paulo superou 20% em maio), maior exigência por escolaridade, conhecimento e aparências, deflação (ambiente talvez pior para fazer funcionar o capitalismo do que o regime de inflação), instabilidade financeira, solidão.

O medo nunca escolheu seu objeto de terror, tampouco pode ser delimitado em fronteiras geográficas. Nos Estados Unidos, adolescentes armados exterminam colegas no pátio da escola e se suicidam em seguida; na Europa, grupos de extrema-direita atentam contra minorias étnicas, renutindo o ideal da purificação pelo extermínio. A desinformação (ou seria desentendimento?) está levando as pessoas a viver um filme real permanente. É como se, a qualquer momento, um sujeito infectado por um vírus que corrói os ossos humanos arrancasse o cidadão de seu BMW adquirido por *leasing* e dirigisse a máquina roubada até um aeroporto, onde uma adolescente grávida, sob efeito de cocaína, acabara de seqüestrar um avião levando para a Flórida velhinhos aposentados, dispostos a realizar o sonho da casa de praia civilizada. Mas o avião seqüestrado pela viciada e pelo delinqüente, 'representantes das minorias', se esborraça no asfalto reverberante do aeroporto."

Não é positivo, portanto, a apresentação de um balanço que se faz da aplicação da democracia neste final de século, porque a realidade demonstra que as suas linhas tradicionais foram, aparentemente, seguidas.

Urge, portanto, ser pensada uma forma de regime democrático que seja capaz de inverter esse quadro catastrófico para a humanidade. Para tanto, torna-se primordial que a Ciência Jurídica e a Ciência Política renovem os seus postulados e os seus propósitos voltando-se para a criação de novos degraus e de novos princípios, atentem para a força cogente e imperativa que eles devem ter, colocando o cidadão com todas as suas aspirações e necessidades como sendo o centro das preocupações" (Trabalho intitulado *Democracia para o Século XXI*, aguardando publicação).

2 - MODELO DE DEMOCRACIA PARA O SÉCULO XXI.

O fato de o regime democrático adotado no Brasil, pela maioria dos anos, durante o Século XX, não ter produzido resultados administrativos desejados e necessitados pela Nação, não deve servir de suporte para a defesa da volta ao autoritarismo ou de qualquer outra forma de regime. Há que se reconhecer que as dificuldades vividas pela Nação não podem ser tributadas, apenas, ao mau uso do regime democrático. Negativas, em grande escala, foram os modelos das eras de 1937 a 1946 e de 1964 a 1988, especialmente, para o campo das liberdades, dos direitos humanos e da valorização da dignidade do cidadão.

Filho-me à corrente daqueles que pregam ser a Democracia, com todos os seus defeitos, um regime muito melhor do que a mais perfeita das ditaduras.

A Democracia, mesmo ferida, ela homenageia, pelo menos, a esperança de um povo e simboliza o modelo de liberdade, de segurança e de desenvolvimento cultural e econômico pretendido pelo cidadão, diferente do que acontece com qualquer outro tipo de regime.

Aperfeiçoar a atuação do regime Democrático para o Século XXI não é tarefa das mais fáceis. Uma série de obstáculos devem ser enfrentados e regulados, sem se falar nas resistências que serão impostas por clones conservadores e privilegiados às mudanças.

O certo é que algo precisa se feito e com ousadia. Necessário enfrentar os problemas e sugerir soluções com posições que se integrem no atuar do homem encarregado de pensar e de fazer ciência, o que deve ser exercido sem temor. Pelo contrário. Da exposição e publicidade das idéias surgem os modelos para a construção do futuro. Se os objetivos forem alcançados, contribuições essenciais serão dadas para se evitar a mais temida revolução que pode ser feita pelo ser humano, que é a da revolta interna e silenciosa contra as instituições, com força até de extinguir, caso se realize, a entidade tradicional do Estado.

³ A respeito desse aspecto, o de cessar o dever de colaboração com as autoridades judiciárias quando envolver matérias sujeitas a segredo bancário, a autora, ao fazer essa afirmação, assinala, em nota de rodapé, as seguintes obras que refletem igual entendimento: LUIZ, Alberto. *O Segredo bancário em Portugal*. In: Revista da Ordem dos Advogados, ano 41, (1981), p. 451 e ss.; FREITAS, Anselmo da Costa. *O sigilo bancário*. In: Boletim da Ordem dos Advogados", n.19 (outubro de 1983), p. 4 e ss.; AZEVEDO, Maria Eduarda. *O segredo bancário*. In: Ciência e Técnica Fiscal, n.346-348 (outubro/dezembro de 1987), p. 73 e ss.; SILVA, José António Pereria da. *Regime jurídico do sigilo bancário* maio de 1988 (trabalho não publicado); PAUL, Jorge Patrício. *O sigilo bancário - Sua extensão e limites no Direito Português*. In Revista da Banca, n.12 (outubro/dezembro), 1989, p. 71 e ss.

⁴ Em artigo publicado sob o título *Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais*, publicado na Revista dos Tribunais n.22, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, p. 24.

⁵ Arnaldo Wald, no artigo já referido (*Sigilo Bancário e Direitos Fundamentais*. Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas - 22, p. 24), assinala que "na Itália, o sigilo bancário decorre da garantia dos direitos à liberdade individual, que permite a 'exclusão do conhecimento por parte de terceiros de tudo que se refere à própria pessoa', a denominada *riservatezza*. Este entendimento decorre da norma constitucional que institui a inviolabilidade dos direitos da personalidade e da Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950, que garante a toda pessoa 'o direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência'. O segredo nas movimentações financeiras, no entendimento doutrinário italiano, visa a proteger, além dos interesses do cliente, o desenvolvimento da atividade bancária, como algo inerente à estrutura e função creditícia".

⁶ O autor citado manda, no particular, conferir Carlos Alberto Hagstrom, artigo *O Sigilo Bancário e o Poder Público*, RDM n.79, p. 38, bem como Sérgio Covello, em *O sigilo bancário*, Leud, 1991, p. 26-27.

⁷ Arnaldo Wald, em *Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais*, artigo publicado na Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas", n.22, p. 15-18, manifesta entendimento de que "no campo normativo do direito brasileiro, esta teoria encontra respaldo nos arts. 130 e 131 do Código Comercial, que prevê a interpretação dos contratos segundo os usos, os costumes e a boa-fé".

⁸ Arnaldo Wald, no artigo *Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais*, Revista dos Tribunais, ano 6, n. 22, janeiro-março de 1998, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, p. 15.

⁹ José Casalta Nabais (Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), no artigo *Algumas reflexões sobre o actual estado fiscal*, no site <http://agu.gov.br>.

¹⁰ *Idem*, p. 15.

¹¹ OCDE (Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico), criada em 1961, para substituir a OECE (Comitê Fiscal da Organização Européia de Cooperação Econômica). Um dos documentos mais importantes da OCDE é o resultante da sua Convenção Modelo relativa a impostos sobre a renda e o capital. Essa Convenção está sistematizada em sete capítulos, assim explicitados por Alberto Xavier, em sua obra *Direito Tributário Internacional do Brasil*: "A Convenção Modelo da OCDE (tal como a das Nações Unidas) encontra-se sistematizada em sete capítulos. Os capítulos I e II regulam os requisitos para a aplicação do tratado. O capítulo III - de longe o mais importante - contém as regras de distribuição de competência no que concerne aos impostos sobre o rendimento, classificado este por tipos ou classes, à semelhança do que sucede nos sistemas de tributação cedular. O capítulo IV ocupa-se das regras de distribuição de competência no que respeita aos impostos sobre o capital. O capítulo V determina as consequências das regras dos capítulos III e IV, facultando aos Estados a escolha entre os métodos da isenção e da imputação. O capítulo VI contém disposições adicionais sobre não-discriminação, procedimento amigável, troca de informações e privilégios de funcionários diplomáticos e consulares e regras sobre extensão do tratado a partes do território. Enfim, o capítulo VII contém disposições finais sobre entrada em vigor e cessação do acordo".

¹² Conforme anota Rui Celso Rali Fragoso, no artigo *O sigilo bancário*, publicado no site <http://www.jus.com.br>.

Informação bibliográfica:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

DELGADO, José Augusto. **OS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO** .
Belo Horizonte, n. 15, ano 4 Julho 2002 Disponível em:
<<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=51230>>. Acesso em: 1 março 2010.