

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**O DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO E SUA
RELATIVIZAÇÃO FRENTE À ADMINISTRAÇÃO
TRIBUTÁRIA BRASILEIRA**

MARCOS TORRES CAVALCANTE

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
Área de Concentração: Fundamentos Constitucionais de Direito

Maceió
2006

MARCOS TORRES CAVALCANTE

**O DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO E SUA RELATIVIZAÇÃO
FRENTE À ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre. Área de concentração: Fundamentos Constitucionais de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Bernardes de Mello.

Maceió
2006

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale

C376d Cavalcante, Marcos Torres.
O direito ao sigilo bancário e sua relativização frente à administração tributária brasileira / Marcos Torres Cavalcante. – Maceió, 2006.
173f.

Orientador: Marcos Bernardes de Mello.
Dissertação (mestrado em Direito : Fundamentos Constitucionais de Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito. Maceió, 2006.

Bibliografia: f. 144-149.
Anexos: f. 150-173.

1. Direito constitucional – Brasil. 2. Sigilo bancário. 3. Direito a privacidade.
4. Tributação. I. Título.

CDU: 342(81):336.719.2

MARCOS TORRES CAVALCANTE

O DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO E SUA RELATIVIZAÇÃO FRENTE À
ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA BRASILEIRA

Dissertação apresentada à Universidade Federal de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador:

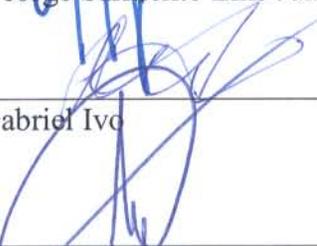
Prof. Dr. Marcos Bernardes de Mello. _____

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e a julgou nos seguintes termos:



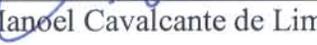
Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior

Julgamento: _____



Prof. Dr. Gabriel Ivo

Julgamento: _____



Prof. Dr. Manoel Cavalcante de Lima Neto

Julgamento: _____

Menção Geral _____

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior _____

Maceió, ____ de _____ de 2006.

Dedico este trabalho, primeiramente, a Deus, minha fonte suprema de fé, amor, equilíbrio e inspiração.

A meus pais, que pautaram suas vidas em nome da fé, da justiça e do amor numa luta sem tréguas no ensinamento aos seus filhos do bom caminho a seguir, apoiando-me sempre.

A meus filhos, Morgan e Marina, tesouros minha vida.

A minha esposa, Morgana, com amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e a todos que, de forma direta ou indireta, prestaram sua colaboração para que este trabalho científico fosse realizado.

À minha amada esposa Morgana, pelo companheirismo, compreensão e apoio de todas as horas.

Aos meus amados pais, Cícero e Esmeralda, pelo carinho e amor com que me educaram e pelo belo exemplo de vida.

A minha querida irmã Márcia, profissional dedicada à Medicina, que mesmo de longe sempre torceu pelo meu sucesso.

À minha avó Quitéria que sempre rezou por mim e desde pequeno me amparava em momentos mais difíceis.

Agradeço, especialmente, ao Professor Ph.D. Marcos Mello pela dedicação e amizade. Sua orientação, sempre segura e objetiva, foi primordial para a conclusão desta dissertação.

Aos Professores Doutores George Sarmiento e Andreas Krell pelo exemplo de profissionais dedicados à pesquisa e à docência superior, pela amizade e encorajamento, para conclusão do mestrado.

À Giovanna Codá, assessora da FDA, pela amizade, dedicação ao mestrado em Direito da UFAL e, especialmente, à nossa turma.

Ao amigo Elton Mascarenhas, Procurador-Chefe da Fazenda Nacional em Alagoas e aos demais colegas Procuradores, cuja colaboração foi decisiva para a conclusão deste trabalho acadêmico.

Aos amigos da turma de mestrado, todos sempre prontos a ajudar uns aos outros, demonstrando solidariedade, especialmente, à Luciana durante todo o curso e à Stela e ao Beclaute pelo apoio na reta final da dissertação.

À Natália e ao Rodrigo, meus estagiários e amigos, cuja colaboração foi valiosa para a conclusão deste trabalho acadêmico.

RESUMO

CAVALCANTE, Marcos Torres. *O Direito ao Sigilo Bancário e sua relativização frente à Administração Tributária Brasileira*. 2006. f. 143. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito de Alagoas. Universidade Federal de Alagoas.

Esta dissertação tem como tema central a suposta proteção da intimidade e da vida privada dada através do sigilo bancário, cuja relativização frente à administração tributária brasileira tem sido muito questionada, especialmente, a partir da edição da Lei Complementar n.º 105/2001. Partimos da noção de que o Brasil é um Estado Fiscal e como tal busca nos tributos, sua fonte primordial de recursos financeiros, o meio para financiar a consecução e manutenção das mais diversas atividades consagradas na Constituição Federal de 1988. Ocorre que diante do conflito de normas de igual hierarquia, direito à privacidade e à tributação enquanto bem jurídico igualmente tutelado por norma constitucional, faz-se necessária a utilização da técnica da ponderação de interesses para relativizá-lo em nome do interesse público, apoiada no princípio da proporcionalidade largamente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: sigilo bancário, privacidade, tributação.

ABSTRACT

CAVALCANTE, Marcos Torres. O Direito ao Sigilo Bancário e sua relativização frente à Administração Tributária Brasileira. 2006. f. 143. Máster Degree. Faculdade de Direito de Alagoas. Universidade Federal de Alagoas.

This research work has as principal subject the supposition protection of the privacy through the bank secrecy, whose restriction in the Brazilian Tributary Administration has been questioned, especially, now with the edition of the Complementary Law nº 105/2001. We start from the notion that the Brazil is a Fiscal State and searches in the tributes, his primordial font of financial recourses, the way to support the consecution and maintenance of different activities consecrated in The Federal Constitution of 1988. But with the conflict of the norms with the same hierarch, right to privacy and right to tax, it is necessary to use the technique of the ponderation of the interests to restrict it in the name of the public interest, supported by the principle of the proportionality usually used by the Supremo Tribunal Federal.

Key-words: Bank secrecy, privacy, taxation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
------------------------	-----------

CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL DO SIGILO BANCÁRIO E OS LIMITES DE SUA INSERÇÃO NO DIREITO COMPARADO

1. Síntese evolutiva do sigilo bancário	05
2. Fundamentos e conceitos do sigilo bancário: uma abordagem necessária.....	09
2.1. Teorias que fundamentam o instituto.....	09
2.2. Sigilo bancário e a diversidade de sua conceituação.....	14
3. Panorama jurídico do sigilo bancário no direito de outros povos.....	20
3.1. Sistemas jurídicos que adotam o sigilo moderado.....	20
3.2. Sistemas jurídicos que adotam o sigilo reforçado	30
3.3. Sistemas jurídicos que adotam o sigilo absoluto.....	31
3.4. Conclusão sobre a análise dos sistemas jurídicos abordados.....	32

CAPÍTULO II – TUTELA JURÍDICA DO SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL

1. Direito ao sigilo bancário no Brasil: origem e evolução de sua disciplina	34
2. O sigilo bancário na ordem jurídico-constitucional de 1988.....	50
2.1. O sigilo de dados e a inviolabilidade de sua comunicação	51
2.2. Breves considerações sobre vida privada e a intimidade como objetos de proteção do sigilo bancário.....	55

CAPÍTULO III – O ALCANCE DA PROTEÇÃO DADA PELO SIGILO BANCÁRIO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

1. Direito à intimidade e à vida privada: origem e evolução.....	59
2. A teoria dos direitos da personalidade: características e tipologia.....	64
3. A cláusula geral dos direitos da personalidade: a dignidade da pessoa humana.....	68
4. A intimidade e a vida privada: teorias, conteúdos e conceitos.....	70
4.1. Teorias substantivas do direito à intimidade e à vida privada.....	70
4.2. O direito à privacidade e a dicotomia entre esfera pública e privada.....	73
5. O direito à privacidade e a pessoa jurídica.....	76
6. O sigilo bancário: conteúdo e proteção inerente à privacidade?.....	77

CAPÍTULO IV – O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR IMPOSTOS E TRIBUTAÇÃO IGUALITÁRIA

1. A atividade financeira no estado moderno: a opção pela fiscalidade.....	82
1.1. Caracterização de um Estado Fiscal e os custos dos direitos: a realidade brasileira	83
1.2. O dever fundamental de pagar impostos.....	88
2. A tributação: interesse constitucionalmente garantido.....	97
2.1. A tributação e a justiça fiscal.....	100
2.1.1. O princípio da igualdade e seu conteúdo jurídico.....	102
2.1.2. O princípio da igualdade tributária na Constituição de 1988.....	104
2. A capacidade contributiva enquanto princípio orientador da realização da justiça fiscal.....	105

CAPÍTULO V – PONDERAÇÃO DE INTERESSES ENVOLVIDOS NA “QUEBRA” DO SIGILO BANCÁRIO

1. Colisão de princípios e bens jurídicos envolvidos na “quebra” do sigilo bancário...	109
2. Distinção entre regra e princípio jurídico	111
3. Âmbito de proteção do direito à privacidade	115
4. Restrição ao sigilo bancário (e por reflexão, ao direito à privacidade)	117
5. Princípios interpretativos e a solução para a colisão entre direitos e bens juridicamente protegidos.....	119
6. Limites impostos ao sigilo bancário: análise da Lei Complementar 105/2001 sob à óptica do princípio da proporcionalidade.....	121
6.1. A máxima da adequação.....	127
6.2. A máxima da necessidade.....	129
6.3. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito.....	134
CONCLUSÃO.....	139
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	144
ANEXO A – LEI Nº 9.311, DE 24 DE OUTUBRO DE 1996.....	150
ANEXO B – LEI COMPLEMENTAR 105, DE 10 DE JANEIRO DE 2001.....	156
ANEXO C – DECRETO Nº 3.724, DE 10 DE JANEIRO DE 2001.....	161
ANEXO D – DECRETO Nº 4.489, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2002.....	167
ANEXO E – PORTARIA Nº 180/SRF, DE 01 DE FEVEREIRO DE 2001.....	171

INTRODUÇÃO

O Estado Moderno, com vista ao atendimento das inúmeras necessidades que constituem o bem comum de sua sociedade, tem assumido encargos cada vez maiores em decorrência da mudança de paradigma do *Laissez-faire* que caracterizou o Estado Liberal para o intervencionismo típico do que se convencionou chamar de estado do bem estar social ou *Welfare State*.

Embora no final do século passado se tenha atenuado no caso brasileiro com a privatização de diversas atividades não-tipicamente estatais, como telefonia e siderurgia, ainda assim, é bastante ampla a sua atuação como executor direto de diversas atribuições nas áreas de educação, saúde e previdência, dentre tantas outras.

Nesse diapasão, para custear tais atividades, tem havido um significativo incremento da carga tributária por se constituir sua arrecadação em principal receita da atividade financeira do Estado Fiscal.

Entretanto, o aumento da carga tributária não condiz, na mesma proporção, à obtenção de recursos financeiros disponíveis para aplicação nas atividades perseguidas pelo Estado, seja pela ocorrência de ilícitos de improbidade administrativa que importem em desvio de tais recursos, seja pela prática de crime de lavagem de dinheiro, decorrente de várias ordens, como do tráfico ilícito de entorpecentes ou de armas, como também pelo cometimento de diversos outros crimes, destacando-se a sonegação fiscal.

De fato, é indubitável que se a submissão ao dever de ser tributado é legítima em razão do interesse público acima referido, por outro, não menos legítima é a exigência de uma justa tributação, vale dizer, que além da submissão a uma carga tributária suportável, sejam utilizados critérios, que dentre outros, devam os impostos possuir caráter pessoal, sempre que possível, e ser graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, nos termos do art. 145, § 1.º da Constituição Federal pátria de 1988.

Desta forma, o Estado ao exigir legitimamente o tributo de seus contribuintes com vista a atender adequadamente às necessidades do bem comum, sem deixar de observar os ditames da justa tributação, ainda assim, faz-se necessária a criação de mecanismos que possibilitem à Administração Tributária combater a sonegação fiscal de forma mais eficiente,

posto que tal comportamento ilícito atrita com tais princípios, na medida em que o infrator por sua ação ou omissão deixará de ser tratado segundo sua real capacidade contributiva.

Para se ter uma idéia do tamanho do problema, de acordo com o estudo do IBPT (Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário) a sonegação fiscal no Brasil em 2002 alcançou 27,53% das empresas e em 2004, 29,45% das empresas pesquisadas apresentaram "fortes indícios de sonegação fiscal". Sendo que em dinheiro, a sonegação estimada pelo valor não-declarado de faturamento em 2003 foi da ordem de R\$ 748,35 bilhões, em 2004 de R\$ 1,028 trilhão e para 2005, o IBPT estima que será da ordem de R\$ 1,112 trilhão.¹

Esses dados são alarmantes e por isso o Brasil não pode se curvar diante desta realidade, importando dá à Administração Tributária, no combate a esse mal que caminha a passos largos e na contramão do interesse público, meios mais eficazes, tais como possibilitá-la ao acesso direto das informações mantidas sob sigilo bancário das pessoas físicas e jurídicas, com vista a poder confrontar tais dados com aqueles por essas pessoas declarados.

Por outro lado, não se deve olvidar quando da concessão de tais medidas ao fisco da observância dos direitos fundamentais com os quais, especialmente no que tange ao acesso às informações guardadas por sigilo bancário, que via de regra podem entrar em conflito.

Assim, nesta dissertação buscamos enfocar a questão do sigilo bancário e as conseqüências jurídicas do acesso pelas autoridades fiscais no Brasil às informações assim mantidas sob sigilo pelas instituições financeiras, servindo como instrumento ao combate à sonegação fiscal, além de outros crimes e, por conseguinte, colaborando para a concretização de uma tributação mais justa e igualitária.

Será feita uma minuciosa interpretação dos direitos fundamentais eventualmente afetados pela atuação fiscal no manuseio das informações guardadas por sigilo bancário, em especial àqueles que protegem a intimidade, a vida privada e o sigilo dos dados, mormente, após a edição da Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001, além dos Decretos n.º

¹FolhaOnline de 19/08/2005: IBPT considera indícios de sonegação discrepâncias encontradas no cruzamento do valor do faturamento declarado pela empresa no balanço, com sua movimentação bancária (medida pelo pagamento de CPMF). Outra forma de verificar se houve sonegação é comparar a receita declarada para fins de cobrança do ICMS com a base de cálculo usada para o pagamento do PIS e da Cofins, para tanto o estudo utilizou como amostra os dados de 7.437 empresas de todos os setores da economia brasileira e de portes diferenciados. Disponível em www.folha.uol.com.br. Acesso em 14/04/06.

4.489, de 28 de novembro de 2002 e n.º 3.724, de 10 de janeiro de 2001 que regulamentaram, respectivamente, os arts. 5.º e 6.º dessa lei.

Tal análise irá desaguar numa abordagem sobre a colisão entre princípios fundamentais individuais que protegem os sujeitos passivos nas relações jurídico-tributárias com outros que legitimam a ação fiscalizatória do Estado, vale dizer, o poder de tributar ou direito à tributação (poderes para instituição de tributos e organização de instituições que viabilizem a arrecadação e a fiscalização tributárias), através da hermenêutica constitucional, utilizando-se de outros princípios ditos instrumentais, especialmente, o da proporcionalidade para se obter uma melhor solução na busca do direito.

Este estudo irá enfrentar também a questão da reserva constitucional de jurisdição, tendo em vista ser polêmica a autorização legal para o acesso às informações protegidas por sigilo bancário pelas autoridades fiscais sem a prévia autorização judicial.

Outro aspecto também relevante é sobre a aplicação da Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001, para apuração de fatos ocorridos antes de sua vigência, matéria ainda bastante controvertida.

Ressalte-se que, embora não seja novo o tema a ser tratado, sua discussão é sempre atual, posto que recente legislação sobre a matéria em foco deu amplos poderes ao fisco federal para que junto às instituições financeiras obtenha periódicas informações para apreciação dos valores movimentados em operações a elas atinentes por seus usuários, com possibilidade de aprofundamento de tais apreciações sempre que presente algum tipo de omissão, incorreção ou cometimento de ilícito fiscal no cruzamento de tais dados com as informações prestadas pelos contribuintes e guardadas sob sigilo fiscal.

Portanto, este tema se reveste de elevada importância em decorrência dos desdobramentos da atividade fiscalizatória supra-referida, mormente quando conflitante com direitos fundamentais dos contribuintes.

Neste trabalho procuramos apresentar, em seu Primeiro Capítulo, uma síntese evolutiva do sigilo bancário, como também, os seus fundamentos e conceitos. Além de tratarmos sobre as teorias que fundamentam o instituto e uma abordagem sobre a diversidade de sua conceituação. Por fim, trataremos do panorama jurídico do sigilo bancário no direito de

outros povos e da função por ele assumida diante da demarcação jurídica dos conceitos de interesse público e privado.

No Segundo Capítulo, trataremos do estudo do direito ao sigilo bancário no Brasil, a origem e evolução de sua disciplina. Como também a análise de alguns direitos fundamentais passíveis de serem afetados com a “quebra” do sigilo bancário tais como privacidade, intimidade e direito ao sigilo da comunicação dos dados.

No Terceiro Capítulo será abordado o tema sobre a teoria dos direitos da personalidade e sua relação com o sigilo bancário, como também sobre suas origens e evolução, os direitos da personalidade e a pessoa jurídica, a tipicidade dos direitos da personalidade e sua cláusula geral, a intimidade e a vida privada, suas teorias, conteúdo e conceitos e, por fim, o direito à privacidade e a dicotomia entre esfera pública e privada.

No Quarto e último capítulo abordaremos o tema sobre as características do estado fiscal e o dever fundamental de pagar impostos, uma análise sobre o princípio da capacidade contributiva como orientador da realização da justiça fiscal, e por fim, trataremos da questão da colisão de direitos fundamentais e a ponderação de interesses para através da hermenêutica constitucional responder se há fundamento para relativização do direito ao sigilo bancário, especialmente pela análise da constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001.

CAPÍTULO I

EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL DO SIGILO BANCÁRIO E OS LIMITES DE SUA INSERÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Sumário: 1. Síntese evolutiva do sigilo bancário. 2. Fundamentos e Conceitos do sigilo bancário: uma abordagem necessária. 2.1. Teorias que fundamentam o instituto. 2.2. Sigilo bancário e a diversidade de sua conceituação. 3. Panorama jurídico do sigilo bancário no direito de outros povos. 3.1. Sistemas jurídicos que adotam o sigilo moderado. 3.2. Sistemas jurídicos que adotam o sigilo reforçado. 3.3. Sistemas jurídicos que adotam o sigilo absoluto. 3.4. Conclusão sobre análise dos sistemas jurídicos abordados.

1. Síntese evolutiva do sigilo bancário

O sigilo sempre esteve, intrinsecamente, interligado às operações de intermediação de crédito, sendo impossível precisar tal momento histórico. Mas, certamente que essa conexão se verifica em razão mesma da imanente confiança recíproca existente na relação entre o banqueiro e o seu cliente, seja da parte daquele pela expectativa de adimplemento dos deveres contratuais deste último, seja por parte deste, pela segurança que a instituição bancária representa do ponto de vista da estabilidade, da liquidez e da discrição na prestação das atividades inerentes às suas funções.

Tal linha de pensamento se coaduna com o ensinamento de Nelson Abrão² que prefere identificar o nascedouro do instituto do sigilo bancário com base no critério lógico ou dogmático, associando-o com o que ele chama de “próprio dealbar das atividades bancárias”, assim inexistindo hiato entre eles, ressalvando-se apenas os casos expressamente previstos em

² ABRÃO, Nelson. *O Sigilo Bancário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 7.

lei, quando então a discricção seria afastada sempre que a ordem pública ou bem comum fosse razão para tanto.

Destarte, identificando-se o sigilo bancário como algo essencial à realização das atividades bancárias, a despeito de ainda não termos adentrado em seu âmbito conceitual, cujo tratamento será dado linhas adiante, passaremos no momento a apresentar sua evolução no tempo de forma abreviada, pois do contrário fugiria aos objetivos desta pesquisa, ressaltando-se, no entanto, sua importância, ainda que sucinta, tendo em vista ajudar a compreender o seu fenômeno diante do contexto histórico que se modifica, modificando-o igualmente, até atingirmos a realidade atual.

Ressalte-se, por oportuno, que o desenvolvimento do sistema bancário só se iniciou quando o comércio entre os povos se deu com a utilização da moeda metálica, mas para tanto, foi necessário ultrapassar a barreira inicial das trocas diretas ou escambo.

A etapa inicial do comércio através do escambo importava em realização de operações comerciais em ocorrendo a coincidência da disponibilidade com a necessidade, nem sempre presentes entre os negociadores. Passando-se para uma outra etapa caracterizada pela utilização de um rudimentar instrumento monetário, um passo a mais nessa evolução e que consistia no pagamento para aquisição de bens ou serviços com a entrega das chamadas “mercadorias-moedas”, bens relativamente raros e de importantes necessidades comuns que variavam de espécie em conformidade com o tempo e o lugar, tais como: escravos, algodão, linho, chá, sal etc.

Porém, diante das deficiências operacionais apresentadas pelo modelo supracitado (inconstância de valor, unidades indivisíveis e objetos perecíveis) um outro veio a substituí-lo mais eficazmente. E assim, finalmente, deu-se início à utilização de moedas metálicas como instrumento monetário oito séculos antes do início da Era Cristã quando então surgiram de forma incipiente os sistemas bancários.³

Dessa forma, analisando a formação dos referidos sistemas Sérgio Covello⁴ propôs a divisão em três fases históricas distintas do tratamento dado ao sigilo bancário, a saber: a embrionária, a institucional e a capitalista.

³ ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. 15.^a ed. São Paulo: Atlas, 1993. p. 193-207.

⁴ COVELLO, Sérgio Carlos. *O Sigilo Bancário*. 2.^a ed. São Paulo: LEUD, 2001. p. 20-37.

A primeira delas, a *fase embrionária*, alcançou as principais civilizações existentes durante a Idade Antiga, caracterizada pela ocorrência dos atos negociais nos interiores de palácios e templos religiosos, traduzindo-se o sentido do sigilo bancário numa noção mística, consoante observa Nelson Abrão⁵, citando a obra *Le Secret Bancaire* de Raymond Farhat:

Impregnada que fora de profundo misticismo nas suas origens, a atividade bancária, surgida dentro do próprio templo, deveria revestir-se de um caráter sagrado. É por isso que se chega a assemelhar as expressões léxicas e ontologicamente: sagrado e segredo.

A *fase institucional* de ocorrência durante a Idade Média ficou marcada pela dominação eclesiástica do comércio com reflexo sobre a percepção de juros pela vedação à usura durante a Alta Idade Média.

Entretanto, a partir de sua segunda metade (Baixa Idade Média), uma série de acontecimentos históricos impulsionou o desenvolvimento do comércio⁶ cuja conjugação conduziu a uma mudança lenta, porém progressiva desta atividade de caráter individual (do banqueiro como profissional da intermediação do crédito) à formação de empresas, tais como o Banco de São Jorge, primeira entidade bancária nos moldes atuais, do agrupamento destas em associações de classes e da consolidação do sigilo enquanto um dever indissociável da atividade de intermediação do crédito.

Por fim, a *fase capitalista* que se iniciou com o Renascimento vindo até os dias atuais, englobando, portanto as Idades Moderna e Contemporânea, fase caracterizada pelo abandono do sigilo bancário por seu caráter costumeiro, passando gradualmente a ser positivado pelo legislador.

É nesta fase que ocorre a expansão das instituições bancárias por toda a Europa e em outros continentes, em razão da acumulação de capital decorrente, inicialmente, dos descobrimentos marítimos ocorridos entre os séculos XVI e XVII e do Mercantilismo que visava, através de uma política aduaneira, incentivar as exportações e inibir as importações,

⁵ ABRÃO. *Op. cit.* p. 9.

⁶ Cf. COVELLO. *Op. cit.* p. 31-32.: “com o fim das invasões, criando segurança e permitindo a renovação da economia; o aumento demográfico com o conseqüente aparecimento de consumidores e produtores; as cruzadas; o aparecimento das cidades com grande concentração de população; e as feiras comerciais nos grandes centros como Champanhe e Flandres.”

com o intuito de ampliar as reservas cambiais dos Estados Nacionais em parceria com a classe comercial burguesa.

Em oposição ao Absolutismo, a partir da segunda metade do século XVIII eclodiu o ideário liberalista que implicou, no plano econômico, na reação ao modelo Mercantilista de intervenção do Estado na economia, devendo agora o seu funcionamento se dar por suas próprias leis, resumindo-se no lema *Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même* (Deixai fazer, deixai passar que o mundo anda por si mesmo)⁷. Assim, estavam plantados os novos princípios da classe burguesa: a propriedade privada, o individualismo econômico, a liberdade de comércio e de produção, a liberdade de contrato de trabalho sem controle do Estado ou dos sindicatos.

E uma segunda onda de desenvolvimento capitalista passa a dominar o cenário mundial com a transferência de acumulação de capitais da atividade comercial para o setor produtivo através da Revolução Industrial com reflexos na formação de um poderoso sistema bancário, criação de bancos oficiais nacionais (Bancos Centrais), únicos responsáveis pela emissão de papel-moeda, a adoção da chamada moeda escritural⁸ e o incremento da positivação do sigilo bancário na legislação mundial iniciada a partir de 1706 na França com a *Grande Ordenance Sur le Commerce*⁹:

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

⁷ ROSSETTI. *Op. cit.* p. 102.

⁸Cf. ROSSETTI. p. 209: “Gradativamente, porém, em decorrência do contínuo desenvolvimento e expansão dos negócios, e com a reconquista da confiança do público e das empresas, as casas bancárias passariam a manter, como depósitos, parcelas proporcionalmente maiores do que as representadas pelo total de papel-moeda em poder do público. E a sistemática de movimentação dos depósitos passaria a representar uma nova forma de instrumento monetário – a *moeda escritural* ou *moeda bancária*.”

⁹ COVELLO. *Op. cit.* p. 37.

E, mais recentemente, pelo fenômeno da globalização¹⁰ com reflexos na economia, em especial, na expansão nunca vista do fluxo de capitais com a especulação com divisas, a formação de conglomerados de instituições financeiras e da dominação da economia pelo capital financeiro nas mãos dessas instituições e dos grandes investidores internacionais, encontrando-se o instituto do sigilo bancário cada vez mais imprescindível para as atividades de intermediação de crédito com variações quanto a sua abrangência e possibilidade de sua relativização em função da opção normativa adotada por cada país conforme será abordado logo após a análise das teorias que o fundamentam.

2. Fundamentos e Conceitos do sigilo bancário: uma abordagem necessária.

Após este panorama da evolução histórica do sigilo bancário passaremos à abordagem de seus fundamentos para poder melhor apreender a sua essência. Assim, iniciaremos sucinta análise das teorias que tentam explicar a razão da sua existência, para em seguida tratar da sua variada conceituação.

2.1. Teorias que fundamentam o instituto.

Ressalte-se, inicialmente, que em razão da diversidade de valoração do instituto do sigilo bancário, em função das variáveis tempo e espaço, talvez explique a dificuldade de se alcançar um consenso doutrinário quanto ao seu fundamento.

De observar que embora sejam os fundamentos jurídicos os que de maior importância se apresentam para este estudo, não obstante, merece referência, ainda que superficial, a outras ordens de causas eficientes ou motivos que respaldam o sigilo bancário.

Esses outros motivos se identificam com o que a doutrina tradicional procura denominar de fontes materiais do direito¹¹, com as pertinentes críticas a essa acepção tecidas

¹⁰ Cf. Octavio Ianni. *A era do globalismo*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997. p. 7.: “A globalização do mundo expressa um novo ciclo de expansão do capitalismo, como modo de produção e processo civilizatório de alcance mundial. Um processo de amplas proporções envolvendo nações e nacionalidades, regimes políticos e projetos nacionais, grupos e classes sociais, economias e sociedades, culturas e civilizações. Assinala a emergência da sociedade global, como uma totalidade abrangente, complexa e contraditória. Uma realidade ainda pouco conhecida, desafiando práticas e ideais, situações consolidadas e interpretações sedimentadas, formas de pensamento e vãos da imaginação.”

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 281-2. que assim conceitua: “*Fontes materiais* ou *reais* são não só *fatores sociais*, que abrangem os históricos, os religiosos, os naturais (clima, solo, raça, natureza geográfica do território, constituição anatômica e psicológica do homem), os demográficos, os higiênicos, os políticos, os econômicos e os morais (honestidade, decoro,

por Miguel Reale¹², sem confundi-la com a acepção dada por Paulo de Barros Carvalho¹³, destacando-se alguns fundamentos, por assim dizer, metajurídicos.

Consoante leciona Nelson Abrão,¹⁴ é ínsito da natureza humana o desejo de discricção relativamente à posse e disponibilidade de bens materiais, seja para dificultar o avanço das pretensões do fisco ou para não despertar interesses nocivos de pessoas de poder aquisitivo inferior, enxergando aí um fundamento de *ordem filosófica*, qual seja, a privacidade¹⁵ das pessoas. Sem, no entanto, vislumbrar que tal necessidade possua uma dimensão mais ampla que diz respeito à não-violação de tudo o quanto a pessoa pretenda desconhecido de terceiros (bens ou interesses), salvo a ilicitude em suas diversas formas por ser eticamente reprovável, controvertendo com tal necessidade enquanto valor a ser preservado.

O mencionado autor aponta ainda outra dimensão a ser considerada enquanto fundamento do sigilo bancário, qual seja: de *ordem política*, no plano interno, enquanto afirmação estatal dos princípios liberais e democráticos e, no plano externo, de auto-afirmação do Estado em relação aos demais, verificando-se neste prisma pela postura adotada, por exemplo, pela Suíça ao se negar a prestar informações, tanto aos alemães durante a Segunda Grande Guerra Mundial referentes a bens ou valores de titularidade de clientes de seus bancos, notadamente dos judeus, assim como, aos aliados no final dessa Guerra quanto às mesmas informações, desta feita em relação aos alemães.

decência, fidelidade, respeito ou próximo), mas também os *valores* de cada época (ordem, segurança, paz social, justiça), dos quais fluem as normas jurídico-positivas. São elementos que emergem da própria realidade social e dos valores que inspiram o ordenamento jurídico.”

¹² REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 139-140. Assim se manifesta: “Verificando-se, por exemplo, como aparece uma lei, podemos indagar de suas razões últimas, dos motivos lógicos ou morais que guiaram o legislador em sua tarefa. Estamos, pois, diante de uma pesquisa de natureza filosófica, que diz respeito às condições lógicas e éticas do fenômeno jurídico. [...] Indagamos das causas não remotas, mas imediatas da lei. Podemos perguntar, por exemplo, se uma lei é devida a fatores econômicos permanentes ou transitórios, ou se ela é decorrência de exigências demográficas, geográficas, raciais, higiênicas e assim por diante. O problema que gira em torno das causas imediatas ou próximas do fenômeno jurídico pertence ao âmbito da Sociologia e, a rigor, da Sociologia Jurídica. Como se vê o que se costuma indicar com a expressão ‘fonte material’ não é outra coisa senão o estudo filosófico ou sociológico dos motivos éticos ou dos fatos que condicionaram o aparecimento e as transformações das regras de direito.”

¹³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 51. Defende que: “o estudo das chamadas *fontes materiais do direito* circunscreve-se ao exame do processo de enunciação dos fatos jurídicos, de tal modo que neste sentido a *teoria dos fatos jurídicos* é a *teoria das fontes dogmáticas do direito*.”

¹⁴ ABRÃO. *Op. cit.* p. 7-8.

¹⁵ Enquanto direito tutelado pela ordem jurídica será tratado pormenorizadamente no avançar deste estudo.

Por fim, indica ainda o mesmo autor, um fundamento de *ordem econômica* que se verifica pela perspectiva da instituição financeira enquanto “técnica de captação”, para os casos de adoção de sigilo bancário absoluto ou mesmo de pouca restrição, atraindo dessa forma capitais das mais diversos lugares do mundo, *e.g.*, bancos suíços e de paraísos fiscais; já do ponto de vista dos usuários dessas instituições, especialmente das empresas, busca-se evitar o conhecimento por seus concorrentes sobre particularidades de suas atividades, tais como: pontualidade de seus pagamentos, realização de contratos ou abrangência de seus negócios, tendo em vista que isto pode implicar em conquistas ou pelo menos em manutenção de sua parcela de mercado.

Analisaremos a partir de agora os principais fundamentos do sigilo bancário, os fundamentos jurídicos, vale dizer, as normas jurídicas que servem de base para que o direito possa se revelar sempre que venham a ocorrer no mundo social os fatos por elas juridicizados. Muito embora a doutrina tradicional comumente associe o conceito de fundamento jurídico ao de fonte formal do direito que corresponde às formas de sua expressão: a lei, o contrato e o costume.

Dessa forma, várias teorias buscaram, nem sempre com êxito, explicar adequadamente o fundamento jurídico do sigilo em pauta, sendo em seguida sinteticamente apresentadas as sete principais correntes doutrinárias.

A *teoria contratualista* toma por fundamento jurídico a autonomia da vontade expressa no contrato firmado entre o banco (instituição financeira) e o cliente, sendo defendida por seus seguidores a existência no pacto de cláusula implícita do dever de sigilo, posto ser ela inerente ao contrato bancário por reger relação assentada na confiança mútua das partes contratantes.

Tal corrente é deficiente na medida em que não explica a existência do dever de sigilo durante o período pré-contratual e, em especial, quando o contrato não se concretiza. Da mesma forma, a manutenção desse dever após a extinção do contrato e tampouco a observância do sigilo quanto a terceiros alheios à relação contratual em foco.

Uma segunda linha doutrinária, conhecida como *teoria da responsabilidade civil* tem por fundamento do sigilo a obrigação de reparação pelo banco por dano causado ao cliente em razão de revelação indevida de informações secretas quanto aos seus bens, direitos,

valores movimentados etc. Ocorre, porém que tal fundamento só se presta a dar esteio ao direito de reparação pelo descumprimento do dever de sigilo e não por justificar tal exigência.

A *teoria da boa-fé ou do dever de lisura* toma como fundamento jurídico do sigilo bancário o agir com lealdade e confiança recíprocos, em face da avença entre banco e cliente, aproximando-se muito da teoria contratualista, sem, no entanto explicar qual o seria o objeto a ser protegido pelo dever de sigilo, restando pouco consistente suas bases doutrinárias.

Uma outra teoria, a *consuetudinária*, sustenta que em razão dos usos e costumes que se universalizaram com base na tradição, tornou-se obrigatória a observância do sigilo nos negócios bancários, pois entendem que as atividades bancárias se caracterizam pela relação de fidúcia que, como regra geral, rege as relações entre as partes. Porém, deixa tal teoria de externar o fundamento do sigilo, posto que o costume, ou melhor a norma costumeira, se identifica apenas como fonte formal, ou forma de expressão do direito, e não o porquê do sigilo.

A *teoria legalista* cuida de tentar demonstrar que o fundamento do sigilo bancário encontra esteio na lei como superação evolutiva de um processo que se iniciou com as práticas do comércio e que pelas mesmas razões manteve-se presente no contexto das relações negociais entre bancos e clientes por força de sua inegável característica fiduciária agora respaldada em dispositivo expressamente consignado em texto legal.

À semelhança da teoria consuetudinária, a tese legalista peca por atribuir o fundamento jurídico do sigilo não à causa que realmente lhe dá sustentáculo, mas sim a outra forma de expressão do direito, hodiernamente mais importante do mundo, a lei. Isto, porém não leva em conta que nos sistemas jurídicos em que a norma escrita não predomina, tal raciocínio torna-se fragilizado.

Há ainda uma sexta corrente doutrinária, a *teoria do segredo profissional*, cujos seguidores entendem que tal segredo por se constituir numa categoria mais ampla abrangeria também o sigilo bancário. Apoiado em normas de natureza eminentemente penal, o sigilo profissional para muitos abrangeria apenas as situações em que fosse obrigatória a confidência, tal qual acontece com o paciente que é obrigado a procurar o médico ou ainda àquele que diante de uma pretensão resistida procura um advogado, restando no caso do sigilo bancário excluída de tal rol.

Ocorre que, modernamente, ninguém duvida de que o sigilo bancário se constitui em dever de conduta com vista a atendimento da ordem pública, posto não apenas preservar interesse particular do cliente ou terceiros que algum modo possa ser afetado pela inobservância de tal dever, mas também por preservar interesse de todo o sistema bancário, pois a preservação do sistema de crédito é voltada para o interesse de toda a sociedade.

Assim, segundo essa doutrina, embora o sigilo bancário se constitua em uma variação do sigilo profissional no que tange ao dever de conduta dos agentes das instituições financeiras que com as informações secretas tenham autorização de acesso, no entanto, não há como negar que os efeitos jurídicos de tal conduta são diversos quando o sujeito passivo é a própria instituição não havendo por evidente repercussão no âmbito das normas penais aplicáveis aos agentes.

De observar ainda que tal teoria não enfrenta o problema da identificação do fundamento do sigilo bancário, mas apenas o qualifica como uma espécie do que o sigilo profissional é gênero, deixando ao largo sua causa fundante.

Por fim, a *teoria do direito de personalidade* que encontra amparo em normas de direito fundamental possui duas variantes, quais sejam, a de um direito ao livre exercício da atividade profissional bancário, se vista pela óptica dos bancos; e, pela perspectiva do cliente, a que se apóia no direito genérico à privacidade das pessoas, enquanto componente do direito à personalidade, fundado na própria natureza humana.

Tal teoria reconhece a existência concomitante de interesses de ordem pública e privada a serem observadas com o dever de sigilo e, a despeito das variáveis que envolvem o conceito de direito à intimidade não há como negar esta causa protetiva dos interesses supracitados, independente da existência de normas legais que a tutelem, posto encontrar esteio principiológico nas constituições modernas, sendo, porém muito importante a regulação legal para que se possa dirimir dúvidas quanto aos limites e alcances do instituto.

Essa teoria, pelo menos do ponto de vista dos “clientes” das instituições financeira, tem encontrado amplo acolhimento, tanto na doutrina como na jurisprudência pátria, consoante será minuciosamente tratado em capítulo próprio.

2.2. Sigilo bancário e a diversidade de sua conceituação.

Trataremos agora da conceituação do sigilo bancário, posto que necessário à adequada compreensão do seu conteúdo e alcance, tendo em vista ser o conceito jurídico elemento indispensável no labor interpretativo das normas jurídicas.

Assim, nesse desiderato, iniciaremos esse estudo com a apresentação do significado da palavra *sigilo*, segundo o dicionarista De Plácido e Silva:

SIGILO – Do latim *sigillum* (marca pequena, sinalzinho, selo), é empregado na mesma significação de segredo. No entanto, imperando nele a idéia de algo que está sob selo ou sinete, o sigilo traduz, com maior rigor, o segredo que não pode nem deve ser violado, importando o contrário, assim, em quebra de dever imposto à pessoa, geralmente em razão de sua profissão ou ofício¹⁶

Este conceito nos dá uma primeira idéia a respeito do tema, qual seja, de que o sigilo se constitui em algo obtido, principalmente, em razão de ofício, profissão ou atividade que a ninguém mais ou apenas a alguns poucos se devem dar conhecimento. O mesmo que segredo em certos sentidos, consoante aponta Aurélio Buarque de Holanda¹⁷:

SEGREDO. [Do lat. *Secretu*, ‘separado, afastado’.] S.m. 1. Aquilo que não pode ser revelado; sigilo. [...]. 3. Assunto, problema, negócio, conhecido apenas de uns poucos; sigilo: *segredo de Estado*. [...]. 6. Confidência, confissão. [...]

A despeito de tal similitude, ao nos reportarmos agora ao conceito técnico-jurídico de sigilo, faz-se necessário, primeiramente, distinguir o significado que possui a expressão segredo, enquanto *algo* que não deve ser revelado (referência ao conteúdo), utilizado como sinônimo de sigilo nos exemplos supracitados; daquele outro, mais adequadamente chamado apenas de sigilo, empregado para identificar a *conduta* utilizada para manter a salvo do alcance de terceiros não-autorizados o conhecimento sobre algo que não deve ser revelado (referência ao sujeito da ação de guarda da informação e abstenção da respectiva comunicação).

¹⁶ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. vol. IV. p. 1450.

¹⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1562.

Trilhando por outro caminho da distinção acima exposta, Marcus Cláudio Acquaviva¹⁸ toma os conceitos de sigilo e segredo em acepções também distintas, a saber:

Não há que confundir sigilo e segredo enquanto segredo é o fato que se pretende desconhecido em nome da ordem pública, sigilo é o meio, o instrumento de que se servem os interessados para manter íntegro o desconhecimento de tal fato. Rompido o sigilo, revela-se o segredo.

Não podemos concordar com a identificação acima exposta entre *segredo* e *fato*, tendo em vista que este último, no sentido em que colocado, diz respeito a um acontecimento no mundo social (identificando-se no caso em estudo com a conduta¹⁹ das pessoas que mantêm relações, diretas ou indiretas, de natureza econômica a serem relatadas por quem detém tais informações, tais como: transferência de valores, descontos de cheques, pagamentos de contas diversas, etc), enquanto que aquele se refere simplesmente ao objeto ou conteúdo de outra conduta, qual seja, de guarda e abstenção de comunicação das informações secretas, correspondendo ao próprio relato, enquanto resultado do ato de relatar.

Enquanto que com a identificação entre *sigilo* e *meio*, como já dito alhures, sigilo é a conduta (no caso, ato de guardar e não divulgar o segredo), enquanto que meio, se tomado enquanto forma de como se daria ou se viabilizaria esta conduta (seja estabelecendo procedimentos de acesso às pessoas que manuseariam as informações secretas, seja adotando critérios para seleção de tais pessoas, de escolha de equipamentos e outros meios físicos para guarda de tais informações, etc) não se pode aceitar tal identificação, porém se meio for tomado na acepção de instrumento ou garantia para viabilizar o direito à privacidade, por exemplo, aí sim concordamos como mais adiante será tratado.

Neste momento procuraremos direcionar esta tarefa para a conceituação do *sigilo bancário*, posto ser este exatamente o que mais de perto interessa a este estudo. Assim, traremos à baila alguns conceitos elaborados por consagrados autores que já trilharam este caminho com grande maestria e que por tanto nos servirá de parâmetro para uma melhor compreensão crítica deste tema e, até mesmo, suscitar uma conceituação própria.

¹⁸ ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Dicionário Acadêmico de Direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999. p. 652.

¹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 8.

Iniciaremos com o conceito formulado pelo jurista argentino Jorge Labanca²⁰, um dos precursores desse estudo que assim pontificou:

Um dever de silêncio a cargo dos Bancos a respeito de fatos vinculados com pessoas com quem mantêm relações comerciais.

Um outro jurista argentino não menos famoso, Juan Carlos Malagarrica²¹, assim conceituou o sigilo bancário:

[...] el secreto bancario es la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros, sin causa justificada, los datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan.

Já o colombiano Alfonso de la Espriella Ossío²² em sua tese de doutorado adota o seguinte conceito:

Sigilo bancário está fundado na obrigação profissional que têm, tanto a pessoa jurídica em sua qualidade de órgão coletivo, como a direção, a administração e os empregados, individualmente, de não revelar direta nem indiretamente as informações e dados que chegam a seu conhecimento, em virtude da atividade a que estão dedicados.

Cá entre os brasileiros, Nelson Abrão²³ contribuiu decisivamente com o seu estudo sobre o tema, conceituando-o como:

A obrigação do banqueiro – a benefício do cliente – de não revelar certos fatos, atos, cifras ou outras informações de que teve conhecimento por ocasião do exercício de sua atividade bancária e notadamente aqueles que concernem a seu cliente, sob pena de sanções muito rigorosas, civis, penais ou disciplinares.

Sérgio Carlos Covello²⁴ em seu brilhante estudo sobre o tema sob a óptica civilista e com arrimo no art. 38 da Lei n.º 4.595/64, traz o seguinte conceito:

²⁰ LABANCA, Jorge. “*El secreto bancario*”. apud COVELLO. *Op. cit.* p. 84.

²¹ MALAGARRICA, Juan Carlos. *El secreto bancario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1970. p. 15.

²² OSSIO, Alfonso de La Espriella. “*El secreto bancario*”, apud COVELLO. *Op. cit.* p. 84.

²³ ABRÃO. *Op. cit.* p. 11.

²⁴ COVELLO. *Op. cit.* p. 86.

Obrigação que têm os Bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional.

Constata-se dos conceitos acima propostos que em relação à natureza do sigilo há uma unanimidade em identificá-lo, ora como um dever, ora, preferencialmente, como uma obrigação de silêncio ou não-revelação de informações de que se tenha conhecimento.

Quanto às pessoas da relação que decorre da existência do sigilo bancário, são elas: o sujeito passivo e o ativo. Quanto ao primeiro, seria aquele subordinado ao dever de abstenção que em Labanca, Malagarrica e Covello seria o Banco; enquanto que para Nelson Abrão seria o banqueiro; já em Ossío numa visão mais abrangente alcançaria não apenas a pessoa jurídica, mas também a direção, a administração e os empregados.

Quanto ao sujeito ativo, em Malagarrica seria o cliente; para Nelson Abrão seria principalmente o cliente, deixando nas entrelinhas que admite outras pessoas que guardem relação negocial, provavelmente, com o banqueiro; já em Labanca, a escolha recai sobre qualquer pessoa que mantenha relações comerciais com o banco.

No que tange ao objeto do sigilo bancário para Malagarrica seria formado pelos dados obtidos pelo banco, decorrentes das relações jurídicas por ele realizadas com os seus clientes, ou como prefere Nelson Abrão decorrentes das atividades bancária; ao passo que Labanca, mais restritamente, circunscreve-os aos fatos da relação do comércio entre sujeito ativo e passivo dessa relação; e, por fim, em Corvello que o identifica às informações ou dados ligados à atividade profissional do banco.

Diante das posições acima expostas passaremos a sua análise, considerando todos os elementos que compõem o conceito de sigilo bancário para em seguida propor um próprio.

Primeiramente, cabe notar que trata o sigilo bancário de um *dever jurídico* da parte do sujeito passivo que corresponde a um direito subjetivo do sujeito ativo, preferindo-se esse conceito ao de *obrigação jurídica*, posto que se analisarmos a questão sob o prisma da estrutura normativa, portanto da lógica jurídica, veremos que dentre as possibilidades deônticas irredutíveis e exaustivas do universo, utilizáveis no preceito ou prescritor da norma jurídica, temos as seguintes: *obrigatório, permitido e proibido* não havendo outras modalidades que se possam enquadrar as condutas nas relações intersubjetivas, como também

tal enquadramento se dará em uma única das citadas modalidades, consoante ensina Lourival Vilanova.²⁵

Assim, a obrigação seria apenas uma dessas condutas estabelecidas na norma, ressalvando-se a advertência do sobredito jurista na mesma obra citada de que esses modais podem ser utilizados um pelo outro desde que seja adicionada a partícula negativa associada ora à conduta, ora à variável de proposição, consoante leciona:

Dada a interdefinidade dos modais deônticos explica-se porque as normas de Direito positivo possam ser formuladas ora como obrigações, ora como permissões, ora como proibições, *com o aditivo da negação que restabelece a equivalência desses modais* seja por ter essa negação o alcance no modal, seja por ter o seu alcance (*scope, Wirkungsbereich*) ou âmbito de incidência na variável-de-proposição, como afetando-a externamente, indicando que o modal D, em um de seus valores O, P, V, foi alterado pela negação, muito embora na proposição tomada em bloco (unanalysed), tal composição estrutural interna fique oculta. Tanto faz a norma dizer que o locatário *fica proibido* de sublocar a coisa dada em locação, como dizer que não está permitido, como que *é obrigatório não sublocar*, sem o consentimento expresso ou tácito do locador. A negação incidiu ora no verbo deôntico, ora na classe de ação, que se converteu num omitir. Ficar proibido de fazer, como não ter permissão de fazer, como ficar obrigado a omitir um especificado tipo de ação, vêm a ser normativamente equivalentes. (grifos do autor).

Destarte, com esteio nesse ensinamento, podemos constatar que no caso do dever jurídico relativo ao sigilo bancário, a norma que o estabelece tanto pode adotar, por exemplo, o modal *proibido* revelar, como também o *não permitido* revelar ou ainda, o *obrigado não* revelar o segredo. Justificando-se por isso, a opção pelo conceito de dever jurídico, sem falar que este conceito enquanto categoria formal se insere como objeto de estudo da Teoria Geral do Direito, enquanto que o conceito de obrigação se enquadra como categoria material, objeto da dogmática-jurídica, sujeito às variações de conteúdo das normas do direito positivo específico²⁶.

²⁵ VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. São Paulo: Noeses, 2005. p. 146-147.

²⁶ BORGES, José Souto Maior. *Obrigação Tributária (uma introdução metodológica)*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 37 *et seq.*

Continuando com a análise dos elementos que compõe o conceito de sigilo bancário, desta feita para identificar os sujeitos envolvidos na relação jurídica que deflui do prescritor ou preceito da norma jurídica, vale dizer, o sujeito ativo e passivo.

Quanto a este último, não se pode aceitar identificá-lo como sendo o banqueiro, enquanto profissional especializado na atividade de intermediação do crédito, posto tal qualificação nos remeteria ao passado medieval das corporações quando ainda não existiam ou estava em fase de formação as entidades como hoje as conhecemos. Tampouco, simplesmente pela entidade bancária (o Banco), posto que diante da complexidade das relações econômicas, tantas outras instituições além desta passaram a atuar no mercado financeiro que necessariamente a elas devem ser dirigidas tal dever, consoante estabelece a legislação brasileira vigente que adota um rol com possibilidade extensiva²⁷.

Quanto ao sujeito ativo, não se pode restringir apenas aos clientes dessas instituições financeiras, mas todo aquele que de uma forma ou de outra tenha informações suas ligadas às atividades inerentes a tais entidades.

Por fim, não tendo a existência do sigilo bancário um fim em si mesmo, mas para garantia ou preservação de interesses públicos e privados que variam em função da ordem jurídica em referência, pensamos que este seja seu objeto.

Portanto, após tais considerações podemos arriscar a formulação do conceito de sigilo bancário que em parte diverge daqueles anteriormente apresentados, como se segue: *Sigilo bancário é o dever jurídico imposto às instituições financeiras, ou a outras entidades a elas equiparadas pela lei, assim como a todos os seus agentes, consistente na proibição, absoluta ou relativa, da revelação de informações sobre suas relações econômicas atinentes às suas atribuições institucionais mantidas, direta ou indiretamente, com pessoas físicas ou*

²⁷ A Lei Complementar n.º 105/2001 estabelece no § 1.º de seu art. 1.º: “São consideradas **instituições financeiras**, para os efeitos desta Lei Complementar: os bancos de qualquer espécie; distribuidoras de valores mobiliários; corretoras de câmbio e de valores mobiliários; sociedades de crédito, financiamento e investimentos; sociedades de crédito imobiliário; administradoras de cartões de crédito; sociedades de arrendamento mercantil; administradoras de mercado de balcão organizado; cooperativas de crédito; associações de poupança e empréstimo; bolsas de valores e de mercadorias e futuros; entidades de liquidação e compensação; outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.” (sem grifos no original). Disponível em: www.presidencia.gov.br. Acesso em: 12/05/2006.

jurídicas, com vista à garantia de interesses públicos e privados a serem definidos pela ordem jurídica.

3. Panorama jurídico do sigilo bancário no direito de outros povos.

Será agora apresentada uma síntese do tratamento dado ao sigilo bancário em diversos sistemas jurídicos estrangeiros sendo agrupados segundo o grau de limites opostos ao dever de reserva.

Nesse desiderato, classificaremos tais sistemas jurídicos segundo os seguintes grupos: *sigilo moderado, sigilo reforçado e sigilo absoluto*. Ressaltando-se que tal classificação se dá em face do estágio atual da tutela jurídica dada ao sigilo.

Advertimos também que embora agrupados existam variações de regramento da matéria entre os países que compõem o mesmo grupo de acordo com as peculiaridades próprias de cada sistema jurídico adotado, importando, pois, no reconhecimento da dificuldade de se estabelecer com precisão os contornos desses enquadramentos, porém ainda assim buscaremos caracterizar tais grupos como melhor forma de identificar elos entre os seus componentes facilitando a sua análise.

3.1. Sistemas jurídicos que adotam o sigilo moderado

Este grupo aqui considerado tem por característica o enfoque sobre o sigilo bancário em nível constitucional, implícita ou explicitamente, mas cuja regulação legal comporta variadas derrogações ao respectivo dever de reserva, cumulando-se com a variação procedimental, ora mais, ora menos flexível para obtenção das informações, implicando, por conseguinte, na colocação do correspondente direito em segundo plano em relação ao interesse público, por força de uma série de razões, “justas causas”, a serem explicitadas quando da exposição de cada um dos sistemas jurídicos específicos.

Observando-se que este grupo é bastante grande, sendo de longe o maior, podendo nele ser incluídos países desenvolvidos e em desenvolvimento, tais como: Argentina, Alemanha, Estados Unidos da América, França e Portugal, dentre outros, inclusive o Brasil que será tratado em seção à parte.

a) Argentina

Na Argentina o dever de segredo era primeiramente regulado pelo art. 156 do Código Penal que tratava de forma genérica da obrigação do sigilo profissional. O sigilo bancário não possuía tutela específica até antes do decreto-lei n.º 13.127 de 1957, que impunha o dever de sigilo ao Banco Central da República no trato das informações recebidas das instituições financeiras, porém de alcance extremamente restrito a ponto de muitos acreditarem que até então tal sigilo possuía caráter absoluto a teor do art. 29 da Constituição Nacional da Argentina²⁸.

No entanto, com a aprovação da Lei n.º 18.061/69 o sigilo bancário passou a ser regulado expressamente, enquanto forma de conduta não apenas das instituições financeiras, mas também de seus agentes das mais variadas posições em sua hierarquia. Segundo sua exposição de motivos, o sigilo bancário possuía fundamento constitucional,²⁹ embora não estabelecesse de forma expressa o dever de sigilo bancário no art. 29, por outro lado, o mencionado dispositivo deixava entrever de modo genérico a sua inclusão.

Sendo importante ressaltar que de seu art. 33 ficam contemplados os casos que se excepciona o dever de sigilo: as requisições dos juízes, do Banco Central (no exercício de sua função de controlador) e da Direção Geral Impositiva, desde que se atendessem as seguintes condições: sempre que se refira a um determinado contribuinte, que se encontre em curso de verificação impositiva e que haja sido previamente requerido.

²⁸ Constituição da República Argentina de 1949: Artículo 29 – “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Siempre se aplicará, y aun con efecto retroactivo, la ley penal permanente más favorable al imputado. Los militares y las personas que les están asimiladas estarán sometidos a la jurisdicción militar en los casos que establezca la ley. El mismo fuero será aplicable a las personas que incurran en delitos penados por el Código de Justicia Militar y sometidos por la propia ley a los tribunales castrenses. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. **El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados;** y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Los jueces no podrán ampliar por analogía las incriminaciones legales ni interpretar extensivamente la ley en contra del imputado. En caso de duda, deberá estarse siempre a lo más favorable al procesado. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles serán sanas y limpias, y adecuadas para la reeducación social de los detenidos en ellas; y toda medida que, a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que la seguridad exija, hará responsable al juez o funcionario que la autorice.” (sem grifos no original). Disponível em: <https://www.senado.gov.ar>. Acesso em: 18/08/2006.

²⁹ MALAGARRICA. Op. cit. p. 86-7: “El secreto bancario tiene, como lo recuerda la exposición de motivos de la ley 18.061, raíz constitucional, en cuanto importa adecuar a las normas de fondo las garantías de libertad individual e inviolabilidad de los papeles privados. En este sentido, pues, la consagración, en la ley de entidades financieras, de la obligación de reserva, sólo ha importado adecuar, a la actividad bancaria, los preceptos constitucionales”.

Posteriormente, foi editada a Lei das Entidades Financeira, Lei n.º 21.526/77³⁰ que manteve em linhas gerais o mesmo regramento da Lei n.º 18.061/69 no que tange à disciplina do sigilo bancário, estendendo, no entanto, o direito de acesso a tais informação aos órgãos arrecadadores de impostos provinciais e municipais e não apenas os nacionais.

Mas uma grande mudança estava por vir na década seguinte ampliando ainda mais as possibilidades de abrandamento do sigilo bancário, em especial, com relação à Administração Tributária com a edição da Lei n.º 23.271/85, cujo art. 1.º assim dispõe:

El secreto establecido en el título V de la ley 21.526 y en los artículos 8, 46 y 48 de la ley 17.811 no regirá para las informaciones que en cumplimiento de sus funciones legales solicite la Dirección General Impositiva a cualquiera de las entidades o sujetos comprendidos en los regímenes de las citadas leyes y sus modificaciones. **Estas informaciones podrán ser de carácter particular o general y referirse a uno o varios sujetos determinados o no, aún cuando el o los mismos no se encuentren bajo fiscalización.** En materia bursátil, las informaciones requeridas no pueden referirse a operaciones en curso de realización o pendiente de liquidación. (sem grifos no original).

Embora grande parte da doutrina argentina entenda que tal mudança legislativa teria ferido de forma direta a norma constitucional, Sebastián Aurnague³¹ adverte:

Con relación al tema, al redactarse la ley 23.271, el ex diputado CAMISAR, refiriéndose a la norma fundamental de la ‘inviolabilidad de los papeles privados’ contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional, sostuvo que los papeles bancarios van mucho más allá de lo que los constituyentes de 1853 tuvieron en vista al redactar la norma, agregando que casi no había actividad bancaria en esa época, por lo

³⁰ Ley de Entidades Financieras - Ley n.º 21.526/77. Artículo 39º.- Las entidades comprendidas en esta ley no podrán revelar las **operaciones pasivas** que realicen. Sólo se exceptúan de tal deber los informes que requieran:

a) Los jueces en causas judiciales, con los recaudos establecidos por las leyes respectivas;
b) El Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus funciones;
c) **Los organismos recaudadores de impuestos nacionales, provinciales o municipales**, sobre la base de las siguientes condiciones:

- Debe referirse a un responsable determinado;
- Debe encontrarse en curso una verificación impositiva con respecto a ese responsable, y
- Debe haber sido requerido formal y previamente.

Respecto de los requerimientos de información que formule la Dirección General Impositiva, no serán de aplicación las dos primeras condiciones de este inciso.

d) Las propias entidades para casos especiales, previa autorización expresa del Banco Central de la República Argentina.

El personal de las entidades deberá guardar absoluta reserva de las informaciones que llegan a su conocimiento.
Disponível em: <https://www.senado.gov.ar>. Acesso em: 18/08/2006.

³¹ AURNAGUE, Sebastián Vidal. *Secreto bancario y transferencias de información*. Disponível em: http://www.justiniano.com/revista_doctrina/secretobancario. Acesso em 18/04/2006.

que no puede haberlo tenido en miras al redactar de esta forma el artículo 18.³²

De qualquer sorte, o fato é que a Argentina hoje adota um sistema jurídico que a despeito da consagração do direito ao sigilo bancário o mesmo não prevalece diante do interesse público, consoante prevê sua legislação.

b) Alemanha

Para muitos juristas o fundamento para o sigilo bancário na Alemanha estaria contido implicitamente no enunciado do art. 1.º da Constituição Federal de 1949 que trata do direito à inviolabilidade da dignidade humana. Porém, não se pode olvidar que o legislador através do enunciado do art. 10 cuidou de estabelecer expressamente o resguardo à privacidade das correspondências postais e telegráficas, deixando à margem o tratamento específico sobre o sigilo bancário ao que parece deliberadamente.³³

A regulação específica, no entanto veio posteriormente, não erigida ao plano constitucional, mas através da Lei Bancária de 19 de julho de 1961, cujo art. 9.º assim dispõe:

As pessoas que ocupam o cargo federal de vigilância [...] não devem divulgar ou utilizar sem autorização os fatos de que se tornem conhecedores no exercício de sua atividade e sobre os quais o instituto de crédito ou um terceiro tenha interesse em manter em segredo, especialmente quando se trate de segredo comercial e industrial, ainda que não se encontre mais em serviço ativo, ou sua atividade tenha terminado.³⁴

³² Observe-se que o art. 18 ora mencionado diz respeito à Constituição Republicana de 1994, decorrente de reformas que sofreu a de 1949, cujo art. 29 continha a mesma redação deste dispositivo.

³³ Constituição Federal Alemã de 1949 no que tange aos direitos básicos da população estabelece: “**Article 1** (Human dignity) - (1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority; (2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world.; (3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive, and the judiciary as directly applicable law”. E ainda: “**Article 10** (Privacy of correspondence, posts and telecommunications) (1) The privacy of correspondence, posts and telecommunications shall be inviolable; (2) to Restrictions may be ordered only pursuant to a law. If the restriction serves to protect the free democratic basic order or the existence or security of the Federation or of a Land, the law may provide that the person affected shall not be informed of the restriction and that recourse the courts shall be replaced by a review of the case by agencies and auxiliary agencies appointed by the legislature.”.

³⁴ COVELLO. *Op. cit.* p. 47.

De observar que a Jurisprudência da Suprema Corte Alemã tem adotado o método da ponderação dos interesses ainda quando se ponha em questão o direito à intimidade enquanto corolário da dignidade humana, conforme lembra José Ramón Ruiz Garcia³⁵:

[...] c) Se trata, por otra parte, de un derecho limitado: la protección de la intimidad personal no comprende el total ámbito de la vida privada. En la medida en que el hombre es un ser esencialmente social que vive en comunidad debe soportar las actuaciones estatales que se justifiquen en el interés predominante de la comunidad y observen el postulado de la proporcionalidad de la actuación de los poderes públicos, siempre y cuando quede a salvo el ámbito de la vida privada considerado como intangible; d) La protección de la intimidad personal constituye, a su vez, un derecho que en algunas ocasiones puede entrar en conflicto con otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos. La adecuada delimitación de su esfera de influencia exigirá realizar una ponderación de los bienes jurídicos (*Güterabwägung*) en el caso concreto: para ello habrá de tomarse en consideración la importancia que para la comunidad reviste la limitación de la intimidad personal, así como el ámbito de la vida personal que pueda verse afectado.

Portanto, não há impedimento para aplicação da Lei de Procedimento Tributário de 30 de agosto de 1988 que dá amplos poderes à Administração Tributária de acesso às informações guardadas por sigilo bancário, havendo restrição, no entanto à obtenção dessas informações de forma periódica e, em qualquer caso, só se justificando o acesso quando não há colaboração por parte do contribuinte.³⁶

Atualmente, em razão da necessidade do combate ao crime de corrupção de agentes públicos estrangeiros em transações financeiras internacionais vários países aderiram às recomendações da OECD³⁷ (Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento), inclusive subscrevendo convenções internacionais, posteriormente

³⁵ GARCÍA, José Ramón Ruiz. *apud* BARBEITAS, André Terrigno. *O Sigilo Bancário e a necessidade da ponderação dos interesses*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 35-6.

³⁶ MERZ, Sandro. *apud* BARBEITAS, André Terrigno. *O Sigilo Bancário e a necessidade da ponderação dos interesses*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 36.

³⁷ OECD - Organização composta por 30 países comprometidos com o governo democrático e o mercado econômico, possuindo também ativas relações com 70 outros países, organizações não-governamentais e a sociedade civil. Melhor conhecida por suas publicações e estatísticas, seu trabalho cobre temas como: economia sociedade, comércio, educação, desenvolvimento, ciência e inovação. A OCDE auxilia os governos a garantirem a responsabilidade em áreas econômicas chaves, decifrando temas emergentes e identificando políticas que funcionam. Produz instrumentos, decisões e recomendações, adotadas internacionalmente, para promover regras em áreas em que acordos multilaterais são necessários para que os países progridam na economia globalizada. É também crucial o compartilhamento de benefícios do crescimento, como ocorre em atividades como economias emergentes, desenvolvimento sustentado, economia territorial e a ajuda – OECD. About OECD. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 20/08/2006.

ratificadas e com a implementação de legislação interna com vista a tal mister, ampliando ainda mais o controle da Administração Tributária sobre operações bancárias, afrouxando o rigor sobre o respectivo sigilo.

Tal orientação legislativa alemã tem preocupado clientes e entidades bancárias, cada qual com seus interesses em jogo, diante da possibilidade dada ao Fisco para acessar informações bancárias com vista ao combate à sonegação fiscal, levando muitos investidores a migrarem suas operações à vizinha Áustria, cujo sigilo bancário é protegido de forma expressa por sua Constituição.³⁸

c) Estados Unidos da América

O povo americano desde 1789 possui uma carta de direitos fundamentais, a Bill of Rights, que dentre outros direitos, encontra-se consagrado em sua Emenda IV a inviolabilidade das pessoas, domicílio e papéis, consoante se depreende de seu texto:

Emenda IV: O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.³⁹

Na mencionada Emenda, no que tange ao particular direito à inviolabilidade das pessoas e seus papéis, restaria consagrado o direito ao sigilo bancário, de caráter quase que absoluto pela dicção de tal enunciado.

³⁸ Deutsche Welle em 04/04/2005. A Alemanha restringiu o sigilo bancário. Uma nova lei criada para dificultar sonegação de imposto gera insatisfação entre bancos e clientes e ocasiona maior evasão de capitais.[...]. Além do Fisco, outros órgãos públicos dos âmbitos social, trabalhista e financeiro também têm o poder de pesquisar dados bancários. Para fazer uma consulta, no entanto, as autoridades têm que alegar motivo e objetivo concretos. Esta determinação impede consultas em massa e outras arbitrariedades na aplicação da lei. O cliente, no entanto, só fica sabendo da consulta depois que ela foi feita. [...] Os bancos austríacos estão tirando proveito da nova lei alemã. "No momento, estamos registrando um forte interesse por parte de investidores alemães", declarou Hans Schinwald, membro da diretoria do consórcio bancário Raiffeisen, de Salzburg, ao Financial Times Deutschland. "O fato de o cliente de banco ter se tornado transparente na Alemanha desde 1º de abril oferece chances enormes aos bancos austríacos." Na Áustria, o sigilo bancário é protegido pela Constituição. Os órgãos públicos só são autorizados a fazer consultas bancárias se um processo penal já tiver sido aberto. Pedidos de consulta vindos de outros países têm que ser anteriormente encaminhados a uma central jurídica. Disponível em: oinsurgente.blogspot.com/2005/04/sigilo-bancario.html. Acesso em: 19/04/2006.

³⁹ The Bill of Rights. 04/03/1789 em seu texto original: "Amendment IV: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized." Fonte: <http://www.embaixada-americana.org.br>. Acesso em: 21/04/2006.

Entretanto, o contexto mais recente aponta para uma orientação oposta, com a evolução sem precedentes das relações financeiras em escala global, especialmente a partir da segunda metade do século XX, em decorrência do desenvolvimento dos processos eletrônicos de transmissão de dados, houve a necessidade cada vez maior de intercâmbio comercial entre as nações, o que facilitou o fluxo de capital.

Por outro lado, tais transformações também trouxeram consigo conseqüências danosas para as economias locais em razão da utilização desses meios com o intuito de dissimular operações ilícitas de diversas ordens, principalmente por tráfico de drogas e de armas de fogo, promovendo-se a chamada “lavagem de dinheiro”, além de outros ilícitos, especialmente de natureza fiscal, com os auspícios da garantia que o sigilo bancário iria proporcionar com a manutenção do anonimato de seus atores e segredo de seus negócios.

Por tais motivos, os Estados Unidos da América visando coibir tais práticas nocivas à economia nacional criou a Lei Bancária de 1970, o *Bank Secrecy Act*. A partir desta lei os bancos tiveram que fornecer ao Tesouro Americano informações sobre operações financeiras suspeitas de envolvimento com atividades ilícitas ou ainda qualquer que seja a operação financeira que ultrapassasse a cifra dos U\$ 10.000,00.

Em reação ao poder do Estado conferido pelo *Bank Secrecy Act*, ações foram propostas junto a Suprema Corte Americana em defesa de uma expectativa de privacidade das informações contidas nas transações mantidas com os bancos, tendo por fundamento a Quarta Emenda, cuja decisão, por sua importância jurídica que possui no direito do *common law* aqui é transcrita em seu texto no original:

[...] Even if we direct our attention to the original checks and deposit slips, rather than to the microfilm copies actually viewed and obtained by means of the subpoena, we perceive no legitimate "expectation of privacy" in their contents. The checks are not confidential communications but negotiable instruments to be used in commercial transactions. All of the documents obtained, including financial statements and deposit slips, contain only information voluntarily conveyed to the banks and exposed to their employees in the ordinary course of business. The lack of any legitimate expectation of privacy concerning the information kept in bank records was assumed by Congress in enacting the Bank Secrecy Act, the expressed purpose of which is to require records (425 U.S. 435, 443) to be maintained because they "have a high degree of usefulness in criminal, tax, and regulatory investigations and proceedings." 12 U.S.C. 1829b (a) (1). Cf. *Couch v. United States*, supra, at 335.

The depositor takes the risk, in revealing his affairs to another, that the information will be conveyed by that person to the Government. *United States v. White*, 401 U.S. 745, 751 -752 (1971). This Court has held repeatedly that the Fourth Amendment does not prohibit the obtaining of information revealed to a third party and conveyed by him to Government authorities, even if the information is revealed on the assumption that it will be used only for a limited purpose and the confidence placed in the third party will not be betrayed. *Id.*, at 752; *Hoffa v. United States*, 385 U.S., at 302 ; *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963). 4 [...].⁴⁰

Assim, entendeu a Suprema Corte que a Quarta Emenda não garante expectativa de privacidade em relação aos conteúdos das informações em registro bancário, pois não são comunicações confidenciais, mas instrumentos de negócios em transações comerciais. Com isso, legitimou o acesso irrestrito ao *IRS - Internal Revenue Service* (fisco americano) para requisitar dos bancos as informações sobre os valores das operações financeiras e respectivos partícipes.

Posteriormente, em 1978 foi aprovado o *Right to Financial Privacy Act* (Ato do direito à privacidade financeira) contido no *United States Code* que consagra o direito à privacidade de registros bancários negando, em regra, o acesso a tais informações financeiras pelas autoridades públicas do Estado em sua seção 3402⁴¹, com as ressalvas nele previstas, quais sejam:

’§ 3403. Confidentiality of financial records: (c) Notification to Government authority of existence of relevant information in records; d) Release of records as incident to perfection of security interest, proving a claim in bankruptcy, collecting a debt, or processing an application with regard to a Government loan, loan guarantee, etc.’

⁴⁰ *UNITED STATES v. MILLER*, 425 U.S. 435 (1976). Julgamento pela Suprema Corte dos EUA. Disponível em: www.laws.findlaw.com. Acesso em: 21/04/2006.

⁴¹ US Code. Title 12. Chapter 35: “§ 3402. Access to financial records by Government authorities prohibited; exceptions: Except as provided by section 3403 (c) or (d), 3413, or 3414 of this title, no Government authority may have access to or obtain copies of, or the information contained in the financial records of any customer from a financial institution unless the financial records are reasonably described and - (1) such customer has authorized such disclosure in accordance with section 3404 of this title; (2) such financial records are disclosed in response to an administrative subpoena or summons which meets the requirements of section 3405 of this title; (3) such financial records are disclosed in response to a search warrant which meets the requirements of section 3406 of this title; (4) such financial records are disclosed in response to a judicial subpoena which meets the requirements of section 3407 of this title; or (5) such financial records are disclosed in response to a formal written request which meets the requirements of section 3408 of this title.”. Disponível em: www.law.cornell.edu/uscode. Acesso em 22/04/2006.

‘§ 3413. Exceptions: (a) Disclosure of financial records not identified with particular customers; (d) Disclosure pursuant to Federal statute or rule promulgated thereunder; [...].’

‘§ 3414. Special procedures: (a) Access to financial records for certain intelligence and protective purposes; (b) Emergency access to financial records.’

Destarte, a partir da vigência dessa lei o IRS passou a ter acesso praticamente ilimitado, sem intermediação do Judiciário, às informações financeiras mantidas pelos bancos que tiveram ampliado seu conceito após uma série de emendas à BSA.

Entretanto, a Suprema Corte Americana, no julgamento do caso *Estados Unidos versus Powell*, estabeleceu quais os critérios a serem observados pelas autoridades fiscais para acesso de tais informações: a) investigação de boa-fé; b) relevância da informação demandada para a investigação; c) observância de todos os procedimentos administrativos requeridos; d) a informação ordenada ainda não se encontra em poder da administração fiscal.⁴²

Na atualidade há uma tendência mundial para a atenuação das normas que amparam o sigilo bancário e os EUA não fogem a essa regra, em especial, devido à necessidade de combate aos crimes de evasão fiscal e lavagem de dinheiro, consoante recomendações da OECD.

d) França

País de vanguarda da regulação sobre o sigilo bancário, a França já em 1706 possuía o seu *Réglement d’octobre 1706*, uma espécie de estatuto dos negócios bancários que em seu art. 8.º trazia um mandamento visando a proibição em caráter absoluto da revelação das informações relativas às atividades pertinentes aos negócios bancários.⁴³

Tão antigo instituto, porém não mereceu por parte do legislador constitucional francês um tratamento ao âmbito da norma suprema, mesmo porque nem aos direitos fundamentais isso lhes foi dado.

Observe-se que a Constituição Francesa de 1958 estabelece que cabem às leis ordinárias regular os direitos e garantias fundamentais e seus limites nos termos de seu art. 34:

⁴² CHINEN, Roberto Massao. *Sigilo Bancário – Liberdade ou Igualdade?* Curitiba: Juruá, 2005. p. 35.

⁴³ Ver nota de rodapé de número 9.

Article 34 : La loi est votée par le Parlement.

La loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; les sujétions imposées par la Défense Nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;

A partir do segundo quartel do século XX a doutrina e a Jurisprudência francesas passaram a entender que caberia ao banqueiro a observância do dever de sigilo enquanto profissional que era da atividade do crédito, portanto submetendo-se às regras impostas pelo dever de sigilo profissional regulado pelo penal francês em seu art. 378⁴⁴.

Já em 1984 com a publicação da Lei de Finanças⁴⁵ ficou expresso que não apenas os banqueiros têm o dever de sigilo profissional em relação às informações que decorrem de sua atividade econômica, mas também todos aqueles que participam da gestão da entidade bancária, inclusive seus empregados, nos termos de seu art. 57:

Toda pessoa que, a qualquer título, participe da direção ou da gestão de um estabelecimento de crédito ou que é dele empregado, está obrigado ao segredo profissional nas condições e nas penas previstas no art. 378 do Código Penal, que entrou em vigor em 1994, substituiu o texto do art. 378 pelo do art. 226-13, com algumas alterações.

No sistema jurídico francês a Administração possui amplos poderes de investigação fiscal dos contribuintes tendo por fundamento o art. 89 da sobredita lei.

As administrações do Estado, dos departamentos e das câmaras, as empresas concessionárias ou controladas pelo Estado, pelos departamentos e pelas câmaras, assim com os estabelecimentos ou organizações de toda natureza submetidas ao controle da autoridade administrativa, devem comunicar à Administração, a pedido dela, os documentos de serviço que eles detêm sem poder opor o sigilo profissional.

A França tal qual boa parte dos países na atualidade vem adotando medidas cada vez menos restritivas ao acesso às informações bancárias, devido ao combate internacional às práticas ilícitas de evasão fiscal e lavagem de dinheiro com implementação de políticas, procedimentos e órgãos para viabilizar esse desiderato.

⁴⁴ Código Penal Francês.

⁴⁵ Loi de Finances

3.2. Sistemas jurídicos que adotam o sigilo reforçado

Dentre esses países que comportam um rol bastante limitado incluímos, primeiramente, a Suíça e depois outros que adotaram o seu caminho, tais como: Áustria, Luxemburgo e Uruguai.

Assim, salvo pequenas variações, o tratamento dado ao sigilo bancário na Suíça é praticamente repetido nos demais acima citados, por tal motivo vamos tecer alguns comentários ao sistema jurídico suíço.

A Suíça ao reconhecer o direito à intimidade como norma erigida ao nível constitucional desde a Constituição de 1874⁴⁶ e, posteriormente, foi ampliada a norma protetiva com inserção de outra decorrente de referendo público de 1999⁴⁷, tem dado à defesa da intimidade como fundamento ao sigilo bancário que neste país assume uma importância toda especial como adverte Covello⁴⁸:

Tradicionalmente, a Suíça tem sido, por esse espírito de veneração à liberdade, por sua neutralidade política e por sua estabilidade administrativa, uma das nações preferidas pelos refugiados políticos do mundo inteiro, atraindo, grandes somas de dinheiro para os cofres de seus estabelecimentos de crédito.

Na Suíça o sigilo bancário se constitui em dever de abstenção que têm os bancos no trato dos negócios atinentes a sua atividade em relação aos seus clientes. Portanto, tal direito pertence ao cliente e ao banco ou mais precisamente ao banqueiro cabe observá-lo sob penas de sanções em nível cível e penal.

Este instituto foi definitivamente consagrado em 8 de novembro de 1934 através do art. 47 do *Swiss Federal Banking Act* que veio proteger com tal norma grande parte de sua clientela judaica da perseguição alemã durante a Segunda Grande Guerra Mundial.

Para efetivação da tutela ao sigilo bancário estatuída na norma supracitada foi criado um mecanismo de proteção do sigilo através do sistema identificação numerada de

⁴⁶ Artigo 36: “é inviolável do segredo das letras e telegramas.” Disponível em: www.privacyinternational.org/survey/phr2003/countries/switzerland. Acesso em: 23/05/2006.

⁴⁷ Artigo 13: “Todas as pessoas têm o direito de receber o respeito para sua vida confidencial e de família, repouso, correio e telecomunicações. Todas as pessoas têm a direita para ser protegida de encontro ao abuso de seus dados pessoais.”

⁴⁸ COVELLO. *Op.cit.* p. 56.

clientes, resguardando-se, dessa forma, o seu anonimato e, portanto a sua vida e sua propriedade.⁴⁹

A despeito de tal rigor quanto à proteção ao sigilo bancário este não se apresenta absoluto, havendo exceções embora poucas e sob grandes restrições procedimentais, tais como: no âmbito civil, em casos de herança, divórcio e recuperação de dívidas na insolvência; no âmbito penal, especialmente, após a adoção das recomendações da OECD relativamente aos crimes de lavagem de dinheiro e fraude fiscal não sendo possível a “quebra” nos casos de evasão fiscal.

3.3. Sistemas jurídicos que adotam o sigilo absoluto

Este grupo é composto por países ou territórios autônomos, cujas legislações autorizam de forma facilitadora a circulação de capitais muitas vezes de origens escusas, possibilitando-se o anonimato dos partícipes dessas operações financeiras com a proteção dada pelo sigilo bancário absoluto e a concessão de diversos mecanismos incentivadores de investimentos financeiros e de outras espécies em seus territórios.

Tais locais são conhecidos como “paraísos fiscais”⁵⁰ onde a autorização para abertura de empresas cujos titulares têm residência geralmente em outros países, essas empresas, *Off shore company*⁵¹ são utilizadas, no mais das vezes, para realização de operações de “lavagem de dinheiro” oriundo de atividades ilícitas tais como: a corrupção política, o tráfico de drogas e de armas, podendo, inclusive, financiar as práticas terroristas que têm hodiernamente tomado o foco das tensões mundiais ao lado das guerras localizadas.

⁴⁹ COVELLO. *Op. cit.* p. 56-7.

⁵⁰ Para a legislação brasileira o conceito de paraíso fiscal se encontra no art. 1.º da Instrução Normativa 188/2002: “Para todos os efeitos previstos nos dispositivos legais discriminados acima, consideram-se países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% ou, ainda, cuja legislação interna oponha sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade.” Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislação/Ins/2002/in1882002.htm>. Acesso em: 23/05/2006.

⁵¹ POLAK, Sérgio. *Constituição de companhias off-shore.*: “offshore company” é uma entidade situada no exterior, sujeita a um regime legal diferente, “extraterritorial” em relação ao país de domicílio de seus associados. Mas a expressão é aplicada mais especificamente a sociedades constituídas em “paraísos fiscais”, onde gozam de privilégios tributários (impostos reduzidos ou até mesmo isenção de impostos). E isso só se tornou possível quando alguns países adotaram a política da isenção fiscal, para atrair investimentos e capitais estrangeiros. Disponível em: www.polakconsult.com. Acesso em: 18/08/2006.

Esses territórios, em geral, se opõem à observância das normas internacionais de combate às atividades ilícitas acima mencionadas, adotam uma prática fiscal de baixíssima ou inexistente tributação para atração desses capitais.

Assim, os investidores escolhem o local para suas aplicações de acordo com as características da legislação local que mais lhe favoreça, considerando uma série de critérios tais como: liberdade cambial, liberdade de aquisição, venda e transferência de divisas para outros países, sigilo absoluto de seus negócios, tratamento jurídico mais benéfico quanto às regras societárias (capital mínimo autorizado e integralizado, responsabilidade dos sócios, número de administradores, viabilidade de emissão de ações ao portador etc).

Inúmeros são os países ou territórios autônomos que a legislação brasileira enquadra neste grupo, dentre eles podemos mencionar alguns: Bahamas, Madeira, Hong Kong, Ilhas Cayman, ilhas Cook, Líbano, Liechtenstein, Nauru, Mônaco e outros tantos mencionados no art. 1.º da IN SRF n.º 188/2000.⁵²

A despeito da grande pressão que tem sofrido nos últimos anos esses pequenos países pela OECD para que passem a adotar práticas que coibam o lavagem de dinheiro, muitos deles se mantêm firmes na manutenção de suas regras, em especial, com utilização do sigilo bancário absoluto.

3.4. Conclusão sobre análise dos sistemas jurídicos abordados.

De observar que as modificações promovidas no âmbito dos sistemas jurídicos que adotam o sigilo relativo e moderado, implicaram também em mudança de paradigma do interesse a ser prioritariamente preservado, se antes o valor maior era o interesse privado (dos clientes dos bancos e terceiros de alguma forma vinculados às operações dessas entidades, ou ainda dessas próprias instituições), agora o interesse público predomina (interesse da justiça, do sistema financeiro nacional, da arrecadação de impostos, do combate à lavagem de dinheiro etc.).

No que tange aos países que adotam o sigilo relativo, porém reforçado, mantêm-se firme em sua orientação básica de proteção aos direitos fundamentais tendo o sigilo bancário

⁵² IN 188/2000 Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislação/Ins/2002/in1882002.htm>. Acesso em: 23/05/2006.

como instrumento de sua garantia. Entretanto, a partir da última década do século passado têm sido adotadas alterações legislativas decorrentes de adesão a convenções internacionais de combate ao crime organizado e a lavagem de dinheiro, razão pela qual se promoveu um importante abrandamento das regras que tutelam o direito ao sigilo bancário, mas ainda assim não se pode dizer que tais sistemas jurídicos se igualariam aos do grupo anterior.

Por fim, quanto aos do grupo que adotam um sigilo bancário absoluto estes pouco tem cedido às pressões internacionais com vista ao combate dos crimes financeiros em nível global, restando como refúgio do capital sujo que financia o terror e tantos outros crimes mundialmente abomináveis.