

O SIGILO BANCÁRIO E O PODER PÚBLICO

CARLOS ALBERTO HAGSTROM

I. Introdução — II. Considerações gerais — III. Direito comparado — IV. Disciplina do segredo bancário no Brasil — V. O Banco Central do Brasil e o dever de sigilo — VI. O Banco Central como órgão estatal. Informações a ele solicitadas por outros órgãos estatais — VII. A fiscalização do Poder Público e a apuração de fatos ilícitos — VIII. O sigilo bancário e o fisco. Posição do Banco Central — IX. Prestação de informações ao Poder Legislativo.

I. INTRODUÇÃO

1. O segredo bancário, erigido em dever legal, nos termos do art. 38 da Lei 4.595, de 31.12.64, é instituto gerador de inúmeras controvérsias, sobretudo quando envolvido o Poder Público.

2. Por outro lado, o tempo decorrido desde a promulgação da referida lei — que já completou 25 anos de existência — não foi suficiente para elidir as dificuldades da matéria. Situações novas ainda aparecem, até com certa frequência; ademais, a evolução legislativa mais recente, incluindo uma nova Constituição, enseja outras dúvidas.

3. O trabalho que ora apresentamos traduz algumas de nossas reflexões sobre o assunto, decorrentes do exame de um grande número de casos e situações que envolvem a atuação do Banco Central do Brasil.

II. CONSIDERAÇÕES GERAIS

4. Importante relembrar, preliminarmente, fatos, idéias e princípios que nortearam a instituição e a manutenção

do segredo bancário, hoje prática universal.

5. Resumidamente, pode-se afirmar que o aperfeiçoamento da organização social e a divisão do trabalho em diferentes atividades, com a conseqüente formação de categorias profissionais distintas, fizeram-se acompanhar de exigências éticas, de normas morais, e, mais tarde, de normas técnicas, substanciadas, por fim, em normas jurídicas. A evolução social foi acompanhada, igualmente, pelo estabelecimento de certos valores sociais, dentre os quais sobressaem a confiança e a discrição, decorrentes da confidência.

6. Com o passar do tempo, acentuou-se o sentimento de que algumas atividades, como a do médico, a do advogado, a do sacerdote, estavam e deveriam estar marcadas pela confiança, à qual se ligava a garantia de discrição, dado que seu exercício configurava verdadeira missão moral.

7. Nasceu, assim, o segredo profissional, como "une application — mais particulièrement exigeant — de celui de la confidence".¹ A garantia de discrição, traduzida na obrigação de segredo, surgiu, pois, para proteção de

interesses privados, marcada, no entanto, pelo interesse social, coletivo, público. O interesse individual é assim protegido, porque coincidente com o interesse social.²

8. A obrigação de segredo acabou sendo estendida, em diferentes graus de intensidade, a outros profissionais — aos comerciantes, por exemplo. E, por fim, o poder público acabou intervindo para instituir ou confirmar tal obrigação, mediante normas gerais ou especiais, quase sempre acompanhadas por sanções penais. Por isso, hoje, os fundamentos e limites do segredo são variáveis, segundo a atividade exercida e sua valorização no tempo e no espaço. Daí falar-se, atualmente, em pluralidade de segredos,³ admitindo-se “qu’il n’y a pas un secret professionnel, mais des secrets professionnels souvent fort différents et dont la nature et le caractère peuvent être extrêmement variables” (destaque do original). E, “si l’intérêt social est présent au fond de chacun, pour certains l’intérêt privé domine, tandis que pour d’autres il disparaît.”⁴

9. Em grande número de países, a evolução do Direito, nessa matéria, foi muito semelhante. De um lado, a lei comercial cercou de garantias os livros dos comerciantes, assegurando a estes o segredo. De outro, a lei penal estabeleceu a tutela dos segredos, pessoais e profissionais, como interesses relevantes, sobretudo em relação aos chamados confidentes necessários. E a lei processual, civil e penal, preservou o direito de manutenção dos segredos.

10. O segredo bancário nasceu, portanto, como variante do segredo profissional, em geral, e do comercial, em particular, sendo difícil precisar sua origem. Ademais, por ter nascido e, em muitos países, se consolidado sem uma lei específica, sua extensão, seu campo de aplicação e seu conteúdo são

imprecisos. Daí, também, “seu caráter relativo” e “seu aspecto evolutivo”.⁵ Cabe, ainda, notar as variações do instituto em cada país, segundo a concepção do Estado e de suas funções, o sistema econômico, o regime da propriedade, os usos profissionais, etc. Em função desses e de outros aspectos, a tutela jurídica do segredo profissional e do segredo bancário, em particular, varia dos sistemas de proteção absoluta (com algumas poucas exceções legais expressas) aos sistemas de proteção relativa (que ampliam as exceções).

11. O fato é que o segredo bancário assentou-se firmemente, como proteção a interesses privados, mas com aprovação social, uma vez que os banqueiros, já nos primórdios de sua atividade, eram levados a conhecer negócios, elementos patrimoniais e até mesmo segredos familiares. Muito forte era, no passado, e continua sendo, hoje, o sentimento de confiança na discrição do banqueiro, sobretudo nos países mais desenvolvidos, social e economicamente, e mais estáveis, politicamente. O fato é ressaltado por todos quantos se dedicam ao tema. Em sua conhecida monografia, Henrion observa: “(…) il n’est guère douteux que, dans l’état de nos habitudes sociales, le public s’attend à le voir conserver par le banquier et que, dans la plupart des cas, commerçants ou particuliers préféreraient renoncer au concours des banques (...) s’ils n’avaient la certitude que la discrétion coutumière sera observée en ce qui concerne les comptes.”⁶

12. Evidentemente, as razões dos particulares para a manutenção do segredo mudaram, ao longo do tempo, como também mudaram as concepções sobre as funções dos bancos. Assim, por exemplo, a atividade bancária, hoje, por sua importância — especialização técnica, captação de poupanças, investimentos, distribuição ordenada do cré-

dito, funcionamento contínuo e adequado do sistema de pagamentos — é vista como um serviço de interesse geral, passando, pois, por um processo de publicização. Por isso, muitos autores consideram a atividade de interesse público, comparando-a a um serviço público.⁷

13. Essa concepção moderna realça o entrelaçamento do interesse privado e do interesse público e permite colocar uma outra questão relativa ao segredo bancário, qual seja a do conflito de interesses. Com efeito, o segredo bancário, mais que qualquer outro, suscita ardentes controvérsias e forte oposição: “Or précisément, le domaine du secret est l’un de ceux ou les oppositions sont le plus marquées et ce plus nombreuses.”⁸

Tal oposição é mais acentuada no campo administrativo, pois a natureza e importância dos negócios bancários, aliadas ao intervencionismo estatal no domínio econômico, fazem com que “les administrations de tous les pays ont tendance à demander aux banquiers des renseignements de plus en plus nombreux.”⁹

14. Contudo, se, de um lado, o banqueiro é chamado a colaborar com as autoridades públicas, a comunicar ao poder público, às autoridades fiscais, à Justiça, etc., certas informações, de outro, “il a non seulement le droit mais le devoir de tenir confidentiels, en principe, les éléments des comptes de ses clients.”¹⁰ Daí a necessidade de conciliar a prestação de informações às autoridades com o direito-dever de manter segredo. E, por isso, o tema continua a gerar polêmica, em toda parte. Aludindo aos países da Comunidade Econômica Européia, já se afirmou que “os limites dos direitos de investigação do Fisco” e de outras autoridades administrativas, no terreno bancário, “po-

sent dans chaque pays (...) des problèmes brûlants.”¹¹

15. Rememorando as considerações acima, temos, em síntese, que, apesar de objetivar a proteção de interesses privados, o interesse social é a base do segredo profissional; que esse interesse deriva de relações de confiança que impõem a obrigação de discrição; que aquelas e esta envolvem funções ou atividades exercidas por pessoas às quais os cidadãos são obrigados a recorrer e a fazer confidências. Tais atividades correspondem, em geral, a uma relevante missão moral. Ora, ao examinarmos a situação do banqueiro, constatamos que sua profissão não se identifica, em suas origens, com uma relevante missão moral, nem se caracteriza, fundamentalmente, pela recepção necessária e obrigatória de confidências. No entanto, sobretudo nos dias atuais, grande parcela da sociedade é compelida, por diversas razões, a recorrer aos serviços bancários e, por diferentes motivos, a manutenção do segredo continua a ser de interesse geral.

16. O segredo bancário não é, por si mesmo, instituto de ordem pública. Protege, basicamente, repita-se, interesses privados, mas atende à vontade coletiva. Assim, pode-se dizer que a proteção legal do segredo bancário, mais que a uma finalidade de ordem privada, atende a uma finalidade de ordem pública, qual seja a de proteção do sistema de crédito.¹² Atente-se, pois, para a advertência de que “l’économie bancaire est “particulièrement vulnérable, puisque basée sur la confiance; c’est pourquoi le secret bancaire est considéré, a juste titre, comme l’un des ‘piliers du crédit et le garant d’une économie saine’.”¹³ Por isso mesmo tem-se ressaltado que a supressão do segredo causaria transtornos econômicos de importância, e, se operada, por

exemplo, em favor do fisco, tal supressão não traria as vantagens fiscais esperadas.¹⁴

17. Evidentemente, contudo, o segredo não é absoluto. Como admite a maioria dos doutrinadores, pode ele ser afastado, em primeiro lugar, pelo próprio cliente, titular e beneficiário primeiro do direito. O segredo cede, ademais, ante interesses que a ordem jurídica considera como de maior relevância, útil, a esta altura, verificar como se comportam, nesse particular, outros ordenamentos jurídicos nacionais.

III. DIREITO COMPARADO¹⁵

18. Na Alemanha¹⁶ não há regra específica nem definição legal para o segredo bancário, mas sua existência é observada, reconhecida pelo Direito Privado e pelo Direito Público, admitida em diversas leis, aceita pela doutrina e pela jurisprudência.

O segredo é justificado em decorrência:

a) De um direito costumeiro, que expressa a vontade social;

b) Do contrato bancário, que se liga à noção do *direito da personalidade* do cliente;

c) Da garantia de confiança, erigida em princípio jurídico.

O princípio fundamental é o de manutenção do segredo, como interesse superior, inclusive quando há dúvida sobre a atitude do cliente (presume-se sua vontade de que o segredo seja mantido).

Para as instituições de crédito públicas, há, ainda um dever de segredo particular, exatamente por sua natureza de entes públicos.

O segredo, porém, não é absoluto, cedendo, em último recurso, em situações específicas, quando há interesses manifestamente superiores em causa.

Os casos de afastamento ou de manutenção do segredo que interessam, aqui, podem ser assim resumidos:

a) Lei penal (crime de violação de segredo profissional) — a lei penal não se aplica aos banqueiros, os quais não podem recusar-se a depor perante a justiça penal;

b) Na jurisdição civil, no entanto, o banqueiro pode recusar-se a depor e a apresentar documentos, tendo o juiz poderes para decidir sobre a legitimidade da recusa (a decisão é recorrível);

c) Ante leis diversas que estabelecem deveres gerais de depor ou de prestar informações, nos limites por elas declarados, os bancos podem recusar-se a fazê-lo;

d) Não há obrigação de prestar informações ao Ministério Público, à polícia e a funcionários da administração, em geral, há, porém, o dever legal de denunciar crimes;

e) Algumas leis administrativas dispõem expressamente sobre o dever de informar, em situações também expressas;

f) Fisco — apesar de se afirmar que, teoricamente, não há segredo bancário perante autoridades fiscais, as hipóteses de afastamento do segredo são previstas expressamente: "Mais dans ce domaine également, le devoir de renseigner ne peut être exigé que dans le cas d'une disposition expresse du législateur et pas seulement sur ordre d'une autorité administrative."¹⁷

Existem diferentes procedimentos fiscais (investigação, controle, cobrança, procedimentos de apuração de irregularidades). Para cada um estabelece a lei, com precisão, as medidas possíveis (pedidos de informações, depoimentos, exame de documentos, etc.). Em geral, os pedidos devem ser formulados concretamente, isto é, com base em fatos precisos.

19. Na Bélgica¹⁸ o segredo bancário é visto à luz da disposição genérica do Código Penal (violação de segredo). As disposições da lei bancária proíbem aos “revisores” — “comissários” das instituições, por elas escolhidos dentre uma lista aprovada pela Comissão Bancária, e que desta são auxiliares, na fiscalização — e aos membros da própria Comissão a divulgação de fatos conhecidos em razão de suas funções (sob as penas do Código Penal), bem como a divulgação de relatórios que contenham referências às relações entre o banco e um cliente determinado — salvo em se tratando de operações com violação de leis ou regulamentos; operações que ponham em perigo a liquidez do banco, ou nos casos de clientes em estado falimentar ou concordatário.

O segredo bancário é, pois, reconhecido, embora não com o mesmo caráter do segredo profissional geral, sendo mencionado inclusive em normas da legislação fiscal.

Quanto à derrogação do segredo, tem-se:

a) Perante a Justiça penal, os bancos são obrigados a atender aos pedidos das autoridades judiciárias; em matéria civil os bancos podem negar informações, sujeitos à decisão da autoridade judiciária quanto à legitimidade da recusa;

b) Fisco — apesar das controvérsias existentes, as autoridades fiscais têm, em princípio, amplo direito de investigação, muito embora a legislação reconheça o segredo bancário. Assim, na fase de taxação (apuração e controle tributário) as autoridades fiscais não podem pedir informações aos bancos. Na fase de reclamação (procedimento contencioso) a lei determina o afastamento do segredo.

20. Na França,¹⁹ igualmente, o problema do segredo bancário é visto a partir da tutela penal dos segredos.

O segredo comporta derrogações em favor de órgãos do poder público, por interesses superiores aos dos particulares. As exceções, todavia, estão vinculadas a textos legais, não se admitindo afastamento da obrigação de segredo “fondée sur une simple norme administrative”.²⁰

O segredo não pode ser oposto à justiça penal. Na justiça civil, não sendo o banco parte no processo, admite-se que possa recusar o fornecimento de informações.

As autoridades fiscais têm direito de pedir esclarecimentos aos bancos e de examinar documentos, não podendo, contudo, forçá-los a dar informações.

21. Na Holanda²¹ a proteção do segredo bancário deriva, também, do dispositivo geral do Código Penal.

O segredo cede perante a justiça penal e perante a justiça civil.

Em matéria fiscal, a lei dá às autoridades poderes para a obtenção de informações a partir do exame de documentos, recomendando que os mesmos não sejam consultados indiscriminadamente. Por outro lado, devem ser evitadas consultas a dossiês de crédito e a outros documentos internos dos bancos, relativos à solvabilidade dos clientes.

O *Nederlandsche Bank*, o banco central do país, observa rigorosamente o segredo, inclusive ante autoridades administrativas e tribunais, quando interesse dos clientes estão em jogo.

Outras exceções ao princípio do segredo são expressamente previstas em lei.

22. Na Itália²² a lei bancária prevê o segredo, suscitado, inclusive, perante as autoridades administrativas.

O segredo não pode ser invocado perante a justiça penal, mas informações escritas e documentos só podem ser examinados pelos juizes. Quanto à justiça civil, admite-se a recusa dos ban-

cos em prestar testemunhos e informações, podendo a autoridade judiciária, no entanto, exigir as informações necessárias.

O segredo prevalece perante o fisco, nos termos de diversas normas que excluem expressamente os bancos de obrigações estabelecidas em caráter geral. O texto seguinte é significativo: "La conclusion précédente ne doit pas faire croire que les organismes de crédit sont dans une position personnelle privilégiée au regard du fisc. Il est clair, en effet, que lorsque d'éventuels contrôles de fonctionnaires de l'Administration des Finances ont exclusivement pour objet de s'assurer de l'observation précise des règles fiscales qui s'imposent à les organismes de crédit, et ne visent pas à rechercher l'origine des revenus de la clientèle, l'examen éventuel de documents comptables non nominatifs ne peut être considéré comme l'équivalent d'une violation du secret bancaire. En revanche, il est solidement établi que non seulement il n'existe pas de pouvoir d'inspection reconnu au fisc, d'une manière générale, auprès des banques, mais encore qu'en principe il est interdit à l'administration fiscale d'aller à l'encontre de l'obligation de réserve de la banque." ²³

23. Na Suíça ²⁴ os textos alusivos, direta ou indiretamente, ao segredo bancário encontram-se no Código Civil, no Código de Obrigações, no Código Penal e na lei bancária, sendo também aplicáveis, pela situação administrativa daquele país, as leis cantonais.

O segredo não é, como se costuma supor, ilimitado. Não pode ser invocado, em geral, perante a justiça penal. Na justiça civil, o juiz tem poder discricionário para decidir sobre a matéria, havendo algumas variações de conformidade com as legislações cantonais.

Em procedimentos de taxação e recursos o segredo é preservado, perante o fisco, é afastado, contudo, no procedimento contencioso (penal fiscal).

Algumas outras exceções ao dever de segredo são contempladas expressamente em textos legais.

24. Esta resenha demonstra que, apesar das peculiaridades legislativas de cada país, há uma uniformidade de princípios. Primeiro: a regra é a observância escrupulosa do segredo bancário; segundo: o segredo não é absoluto; terceiro: as derrogações do segredo decorrem de previsões legais expressas e, muitas vezes, minuciosas. Deve-se ainda apontar, como trato comum, o fato de que, para órgãos ou autoridades monetárias e financeiras (bancos centrais e conselhos ou comissões semelhantes ao nosso Conselho Monetário Nacional), no desempenho de suas funções de controle e fiscalização das instituições de crédito, não há segredo, em se tratando de informações gerais, não particularizadas, sobre este ou aquele cliente (salvo em circunstâncias especiais) tais órgãos ou autoridades, porém, estão adscritas ao dever de segredo.

IV. DISCIPLINA DO SEGREDO BANCÁRIO NO BRASIL

25. Observamos, inicialmente, que o panorama da legislação brasileira concernente à manutenção de segredos não é muito diferente daquele anteriormente apontado. O segredo profissional, em geral, recebeu especial proteção, em nosso ordenamento. Para não nos alongarmos quanto a este aspecto, tomemos apenas a legislação em vigor. O Código Comercial (arts. 17 e 19) protege o segredo dos comerciantes, regulando a exibição de seus livros. O Código Civil (art. 144), o Código de Processo Civil (art. 347) e o Código de Processo Penal (art. 207) desobrigam o

depoimento quanto a fatos protegidos por segredo profissional. O Código Penal tipifica como condutas delituosas: “violação de segredo de fábrica ou de negócio” (art. 196, XII); “violação de sigilo funcional” (art. 325); “divulgação de segredo” (art. 153) e “violação do segredo profissional” (art. 154).

26. Durante muito tempo o segredo bancário foi considerado, em nosso país, à luz dessas disposições, sobretudo as do Código Penal. Esse fato impõe uma primeira cautela ao se estudar a matéria. Nelson Hungria, ao dissertar sobre o tema, há muitos anos, já advertia “Paupérrimas são, entre nós, a doutrina e a jurisprudência sobre o sigilo bancário.”²⁵ A afirmativa continua válida, atualmente; ainda hoje, grande parte das referências encontradas correspondem a trabalhos e julgamentos produzidos sob a égide daqueles dispositivos, é o caso da dissertação do próprio Hungria e de outros estudos, como aquele do Prof. Hilário Freire,²⁶ que discute decisões judiciais, dentre as quais uma do Supremo Tribunal Federal (Rec. MS 1.047-SP, de 1949), que concluiu pela obrigatoriedade de os bancos prestarem informações quando requisitadas pelo Poder Judiciário. Aliás, durante muito tempo discutiu-se se o banqueiro seria um confidente necessário, ou não; se estariam os bancos obrigados, ou não, ao fornecimento de informações às autoridades judiciárias; se as requisições do Poder Judiciário constituiriam, ou não, a *justa causa* exigida pelo Código Penal.

27. Sobreveio, contudo, a Lei 4.595, de 1946, instituindo o dever legal, específico, de observância do segredo bancário, ali denominado “sigilo bancário” (art. 38) e criando a conduta delituosa de violação (“quebra”) do sigilo. Para clareza da exposição, transcrevemos os preceitos: “Art. 38 — As instituições financeiras conservarão si-

gilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1.º — As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2.º — O Banco Central do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3.º — As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei 1.579 de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central do Brasil.

§ 4.º — Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2.º e 3.º deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5.º — Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6.º — O disposto no parágrafo anterior, se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas — (sic) — e os exames serem conservados em

sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7.º — A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis” (destacamos).

28. Além desse dispositivo específico e dos gerais, antes mencionados, devemos lembrar, aqui, as seguintes normas:

a) Lei 4.728/65 (“Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento”).

“Art. 4.º — No exercício de suas atribuições, o Banco Central do Brasil poderá examinar os livros e documentos das instituições financeiras, sociedades, empresas e pessoas referidas no artigo anterior, as quais serão obrigadas a prestar as informações e os esclarecimentos solicitados pelo Banco Central” (destacamos).

§ 1.º — (omissis)

§ 2.º — Quando, no exercício das suas atribuições, o Banco Central tomar conhecimento de crime definido em lei como de ação pública, oficiará ao Ministério Público para a instalação — (sic) — de “inquérito policial” (destacamos).

b) Lei 7.492/86 (“define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências”):

“Art. 18 — Violar sigilo de operação ou serviço prestado por instituição financeira ou integrante do sistema de distribuição de títulos mobiliários, de que tenha conhecimento em razão de ofício:

Pena: Reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

“Art. 28 — Quando, no exercício de suas atribuições legais, o Banco Central do Brasil ou a Comissão de Valo-

res Mobiliários — CVM, verificar — (sic) — a ocorrência de crime previsto nesta Lei, disso deverá informar ao Ministério Público Federal, enviando-lhe os documentos necessários à comprovação do fato” (destacamos).

“Art. 29 — O órgão do Ministério Público Federal, sempre que julgar necessário, poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos nesta Lei.

Parágrafo único — O sigilo dos serviços e operações financeiras não pode ser invocado como óbice ao atendimento da requisição prevista no *caput* deste artigo”.

29. A interpretação do art. 38 da Lei 4.595, ao longo dos anos, levou à fixação, no âmbito do Banco Central, de alguns princípios fundamentais.

1.º) A norma determina, como regra, a manutenção do segredo; estabelece, no entanto, exceções e tipifica uma conduta criminosa; deve, pois, por tudo isso, ser interpretada de modo estrito;

2.º) Tais normas não podem ser interpretadas isoladamente, devendo ser tomadas em seu conjunto;

3.º) O rigor da punição estabelecida para o crime (“quebra” do sigilo) e a explicitação das exceções não permitem interpretações “liberalizantes”.

30. Aquelas normas, por sua própria natureza e conteúdo, pelos conflitos e controvérsias que suscitam, configuram matéria *singulièrement complexe*,²⁷ exigindo toda cautela em sua aplicação. Nunca é demais lembrar que têm caráter relativo e evolutivo; que o instituto protege interesses privados, mas “serve ao bem público”.²⁸ Aten-te-se, sempre, para o fato de que o estabelecimento de exceções requer muito cuidado, evitando-se a desnaturação e a supressão progressiva da regra: “En d’autres termes, la levée du secret de-

vra, dans les divers cas envisagés, être très exactement limitée et appropriée à la défense stricte des intérêts que la société aura estimés de nature à faire fléchir la règle.”²⁹

V. O BANCO CENTRAL DO BRASIL E O DEVER DE SIGILO

31. O mandamento fundamental do art. 38, *caput*, da Lei 4.595, está dirigido às instituições financeiras. Obviamente, no entanto, como em todos os demais países, não há sigilo para o Banco Central, autoridade fiscalizadora. Fosse de outro modo, chegar-se-ia ao absurdo de não poder o órgão cumprir suas atribuições.

32. Por outro lado, não há dúvida de que o Banco Central do Brasil, como as entidades equivalentes dos demais países, está, do mesmo modo que as instituições financeiras, obrigado ao segredo. Tal obrigação independeria, até, de disposição expressa; fosse diferente, chegar-se-ia a outra situação absurda: a absoluta inocuidade da norma que determina a preservação do segredo. O contexto da lei, porém, não deixa dúvidas; basta que se observe o § 1.º do art. 38: o Banco Central deve prestar informações ao Poder Judiciário, mas estas, sendo sigilosas, continuarão cercadas “sempre do mesmo caráter sigiloso”.

33. É claro que o Banco Central não é uma instituição financeira, nos termos da conceituação fornecida pelo art. 17 da mesma lei; não opera com a mesma clientela das instituições financeiras; não se preocupa em obter informações sobre determinados clientes, a menos que situações especiais o exijam — operações com clientes falidos ou insolventes; operações violadoras de leis ou regulamentos; concentração de operações com determinados clientes; operações que coloquem em risco a

liquidez e a solvência das instituições concedentes, etc. Sua clientela são as instituições financeiras e a divulgação de fatos protegidos pelo segredo poderia prejudicá-las, mais que aos respectivos clientes.

34. Em síntese, o Banco Central, como órgão de cúpula do sistema financeiro, tem acesso a informações sigilosas em decorrência de suas funções. Como órgão público, está adstrito ao princípio de só poder agir nos limites das faculdades que lhe forem legalmente outorgadas. Seus administradores e servidores, como funcionários públicos, *lato sensu*, estão, ademais, obrigados ao sigilo funcional (CP, arts. 325 e 327).

VI. O BANCO CENTRAL COMO “ÓRGÃO” ESTATAL. INFORMAÇÕES A ELE SOLICITADAS POR OUTROS “ÓRGÃOS” ESTATAIS

35. Com muita frequência, vê-se o Banco Central às voltas com pedidos de informações envolvendo fatos protegidos pelo segredo bancário, formulados por órgãos estatais. Nessas situações, também como frequência, costumam ser invocados dois argumentos: primeiro, a situação do Banco Central, como órgão integrante do Poder Executivo, face a outros órgãos integrantes do mesmo Poder; segundo, a colaboração que deve existir entre os diversos componentes da Administração Pública. O tema exige, para melhor compreensão, análise preliminar, posto que sumária, acerca da organização do Estado.

36. Muito já se discutiu acerca da atribuição de personalidade ao Estado. Várias teorias foram elaboradas sobre o assunto.³⁰ Em um primeiro grupo, estão aqueles que, de modo absoluto ou de modo relativo, negam personali-

dade às pessoas jurídicas, morais ou coletivas. No grupo oposto, situam-se os que afirmam a personalidade de tais pessoas, inclusive do Estado; esse grupo não é, porém, uniforme, subdividindo-se na adoção de várias teorias:

a) Teoria da personalidade dual — o Estado teria uma personalidade de Direito Público (na prática de atos de império) e uma personalidade de Direito Privado (na prática de atos de gestão);

b) Teoria da personalidade tríplice — o Estado teria tríplice personalidade, correspondendo à tripartição de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário);

c) Teoria da personalidade múltipla — a personalidade do Estado subdividir-se-ia entre suas várias repartições, cada uma sendo uma pessoa de direito;

d) Teoria da personalidade única — o Estado, pessoa coletiva, apesar de caracterizar-se como ser orgânico, composto por diversas partes, seria um ser uno.

37. Não cabe, aqui, discutir o mérito de cada uma dessas teorias, mas apenas afirmar a predominância, numérica até, das correntes que atribuem personalidade ao Estado, titular de direitos e obrigações. Visto isso, examina-se como se manifesta a vontade desse ente; tal estudo conduz, também, à formulação de várias teorias: a do mandato, a da representação, a dos órgãos (esta predominante, hoje).³¹

38. Como afirmado em recente Parecer da Consultoria Geral da República,³² diz-se que a “idéia de operar, no âmbito do Estado, a distribuição do poder político, está profundamente associada à necessidade de limitar a autoridade estatal e de conferir efetivo respeito às franquias individuais”. O certo é que o Estado moderno organizou-se, politicamente, pela adoção da chamada “divisão funcional do poder”. A

organização política segue-se a organização administrativa do Estado, com a divisão de funções entre unidades técnicas, repartições funcionais que constituem os “órgãos” estatais (“separação orgânica”), os quais agem por intermédio dos “agentes públicos” (pessoas físicas).

39. Para os seguidores dessa concepção (o Estado como “ser orgânico”), os órgãos do Estado, fazendo parte de um organismo moral, “gozam de autonomia, são realmente independentes uns dos outros, embora interligados por um princípio diretor interno, que os unifica e os hierarquiza entre si.”³³ Há, porém, divergências entre os partidários da teoria dos órgãos, no que concerne a terem, ou não, personalidade, ocasionando subdivisões:³⁴

a) Teoria da personalidade dos órgãos — a personalidade do Estado subdividir-se-ia, desdobrando-se em tantas personalidades quantos são os órgãos;

b) Teoria da personalidade imperfeita — cada órgão do Estado teria capacidade jurídica própria, frente aos demais; teriam os órgãos, pois, direitos e obrigações, seriam sujeitos de relações jurídicas, entre eles. Teriam, então, personalidade restrita, para efeito dessas relações;

c) Teoria da subjetividade reflexa — os órgãos teriam, entre si, relações jurídicas, decorrentes de lei. A personalidade do Estado projetar-se-ia neles, em caráter reflexo;

d) Teoria da personalidade dos titulares de cargos públicos — os agentes públicos seriam instrumentos da manifestação da capacidade dos órgãos do Estado. As relações entre estes seriam relações jurídicas de competência, medida dos poderes e deveres a serem exercidos pelos agentes públicos, em nome e por conta dos órgãos.

40. Como no caso da personalidade do Estado, não cabe discutir, aqui, o

cerne dessas teorias, bastando que se afirme a predominância dos que negam personalidade própria aos órgãos, os quais, "*como regra, não são pessoas jurídicas*". "*Nada impede, entretanto, que haja órgãos pessoas de direito*". É o caso, no Brasil, das autarquias, que têm personalidade própria, apesar de serem órgãos do Estado.³⁵

41. De todo modo, não se pode deixar de reconhecer que, efetivamente, há relações entre os diversos órgãos do Estado e que essas relações são relações jurídicas. Tem-se, pois, que admitir que a ação dos órgãos pode não apenas gerar conflitos com os administrados, como também contrapor um órgão a outros. O Estado, entretanto, "não está acima nem fora do Direito, mas sujeito a ele também", da mesma forma que seus órgãos, cujos direitos, igualmente, "encontram os seus limites nos direitos públicos ou privados dos particulares e de outras pessoas jurídicas públicas ou privadas, nos termos prescritos pela ordem constitucional, legal e regulamentar".³⁶ Daí a afirmativa de que o "Estado, como ordenamento jurídico, surge limitado por ele próprio, ao estabelecer através de normas jurídicas as atribuições de seus órgãos, os seus direitos e deveres, como partes do seu organismo, isto é, do seu todo." "Destarte, cada um deve atuar nos limites dispostos pelo direito, obra do próprio Estado, e ante essa divisão de atribuições, pode um órgão, encarregado de fazer prevalecer o direito, desrespeitado por outro, impor a sua obediência, e mais, em consequência desse comportamento, se lesivo a direito de terceiro, assegurado pela ordem jurídica estatal, reconhecer esse direito, garantindo-o, até na composição dos danos sofridos, e fazendo com que o Estado, como pessoa de direito dessa relação, que comparece através de dado órgão perante o outro, respon-

da, civilmente, em obediência ao ordenamento jurídico por ele promulgado, através ainda de órgãos diferentes. Assim, o direito sancionado pelo Estado se impõe aos seus órgãos."³⁷

42. Isso se consubstancia, na prática, pelo conhecido princípio da legalidade, segundo o qual nada é lícito ao Poder Público se não estiver previamente autorizado por lei. Todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade. O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. Mas não basta que tenha sempre por fonte a lei. É preciso, ainda, que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites nela traçados. Por outro lado, sendo a função administrativa, que constitui o objeto da Pública Administração, essencialmente realizadora do Direito, não se pode compreender seja exercida sem que haja texto legal autorizando-a, ou além dos limites deste."³⁸

43. Demonstrado está, pois, que os órgãos do Estado não formam, para usar de conceitos da Química, que permitam uma imagem de fácil assimilação, "mistura homogênea", mas, sim, "mistura heterogênea". Aqueles órgãos individualizam-se, personificam-se como sujeitos de direitos e obrigações; agem e se relacionam, juridicamente. E, em suas ações e relacionamentos, sujeitam-se, necessariamente, à ordem legal.

44. Dessa forma, o Banco Central, como órgão estatal, ao qual se impõe, dentre outros, o dever legal de guardar segredo acerca das informações que recebe das instituições financeiras, não se confunde com os demais órgãos, sejam ou não do Poder Executivo. Por conseguinte, aquele dever legal há que ser reconhecido e respeitado. Por isso, ao menos no que concerne ao sigilo bancário, não podemos, *data venia*,

aceitar alegações tais como a de que as informações 1) foram obtidas pelo próprio Poder Executivo (por intermédio do órgão Banco Central); 2) àquele Poder, genericamente, pertencem e, assim, 3) automaticamente podem ser fornecidas a outros órgãos do mesmo poder.

45. De outro lado, a invocação do princípio de colaboração entre os órgãos públicos, ainda que eventualmente expresso em lei (nesse caso um dever legal), não basta para afastar aquela obrigação. O princípio de colaboração (ou o dever de colaboração, quando for o caso) só pode estender-se, ao que entendemos, até onde começa o campo abrangido pelo segredo. A entender-se diferentemente, ter-se-ia como resultado a completa inocuidade da norma que obriga ao sigilo bancário, visto que às informações sigilosas teriam acesso as dezenas (ou centenas?) de órgãos estatais em que se desdobra a Administração Pública no Brasil.

46. Como seria de esperar, a Consultoria-Geral da República tem reafirmado, em pareceres recentes, as limitações impostas pelo dever de segredo. Assim, o Parecer SR-13, de 17.10.86, tratando do sigilo que envolvia as atividades do Serviço Nacional de Informações, acentua o princípio da legalidade, a submissão do Estado à ordem jurídica, enfatizando que, “por constituir o sigilo a regra — (referia-se ao sigilo que protegia, por lei, o funcionamento daquele órgão de segurança) — na hipótese, a sua quebra dependeria de norma que a autorizasse e de modo expresso, já que a exceção não se presume”. Com relação ao sigilo bancário está ali consignado: “Embora de direito privado, o sigilo bancário instituído pela Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, também está sujeito à reserva legal, isto é, informações e esclarecimentos sobre ele, ordenados pelo Poder Judiciário ou outros pode-

res, somente são possíveis por *haver expressa permissão da lei*, e sob as cautelas que ela própria estabelece ao permitir” (destaque do original).

47. Já o Parecer CR-55, de 28.3.86, que analisa profundamente o poder de investigação do Legislativo, consigna:

— “O Legislativo não dispõe de poderes gerais e indiscriminados de investigação.”

— “O regime constitucional brasileiro consagrou o sistema de poderes limitados. Nenhum órgão estatal, que seja depositário das funções políticas e jurídicas, inerentes ao poder, exerce-as de modo absoluto.”

— “Os poderes investigatórios de qualquer CPI não são ilimitados. Sofrem, por isso mesmo, as restrições e os condicionamentos estabelecidos pela ordem jurídica positivada na Lei Fundamental e nos diplomas legais.”

48. Ora, se o Poder Legislativo e o Poder Judiciário suportam “restrições e condicionamentos” impostos pelo ordenamento jurídico, estaria o Poder Executivo (por intermédio de seus órgãos) imune a qualquer limitação? A resposta, obviamente, só pode ser negativa. Conclui-se, então, que, sem prévia e expressa autorização legal, não pode o Banco Central fornecer informações protegidas pelo sigilo a outros órgãos estatais, o que importaria violação do dever legal que lhe é imposto.

VII. A FISCALIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO E A APURAÇÃO DE FATOS ILÍCITOS

49. Recordemos, aqui, inicialmente, que a lei, depois de ordenar a manutenção de sigilo, estabeleceu, expressa e minudentemente, as hipóteses de derrogação daquele dever. As informações protegidas pelo sigilo podem ter acesso, observadas as cautelas e formalidades prescritas: 1) o Poder Judiciário; 2) o Poder Legislativo Federal; 3) as

Comissões Parlamentares de Inquérito daquele mesmo Poder; 4) as autoridades e agentes fiscais. Essas quatro hipóteses envolvem tanto atos de fiscalização rotineira quanto de apuração de fatos ilícitos. Uma quinta hipótese de afastamento do sigilo corresponde à obrigatória comunicação, pelo Banco Central, da ocorrência de crimes, constatados no desempenho de suas atribuições de fiscalização (Leis 4.728/65 e 4.792/86).

50. Para quem, como nós, lida diuturnamente com questões atinentes ao sigilo, são preocupantes as freqüentes consultas, os constantes pedidos feitos por autoridades e entidades públicas que, no desempenho de funções de fiscalização, ou em procedimentos de apuração de possíveis fatos ilícitos, desejam obter certas informações. Se nem sempre as informações solicitadas podem ser reputadas essenciais, seriam, pelo menos, úteis à autoridade para o esclarecimento dos fatos. Existe, no entanto, a obrigação legal de sigilo. O tema é complexo, apaixonante, pleno de conflitos. De um lado, é, de fato, revoltante “a improbidade e, sobretudo, improbidade com dinheiros públicos”, e “mais revoltante ainda é a impunidade”. De outro, a ordem legal não pode ser ignorada. “Não se combate eficazmente uma ilegalidade com outra ilegalidade. Aliás, as ilegalidades cometidas pelos órgãos processantes têm sido responsáveis pela impunidade de muitos e verdadeiros culpados”, conduzindo “o procedimento a nulidades insanáveis e ao fracasso das ações penais...”³⁹ De outra parte, tratando-se de procedimentos de apuração (inquéritos, sindicâncias, verificações), no mais das vezes há apenas, nessa fase, cogitações, suposições, presunções, indícios vagos de possíveis ilícitos, sejam penais, sejam administrativos ou civis. É preciso, pois, tentar ver o problema

objetiva, criteriosa e desapaixonadamente.

51. Voltemos, para começar, à tipificação penal da conduta de violação do segredo profissional (CP, art. 154). O tipo objetiva, sem dúvida, proteger o segredo dos chamados confidentes necessários. À luz daquele dispositivo e tendo presente seu escopo, firmou-se o entendimento de que o segredo deveria ser protegido mesmo quando visasse “a fins censuráveis”, ou em se tratando de fato criminoso: “Entre dois interesses colidentes — o de assegurar a confiança geral nos confidentes necessários e o da repressão de um criminoso — a lei do Estado prefere resguardar o primeiro, por ser mais relevante. Por outras palavras, entre dois males — o da revelação das confidências necessárias (difundindo o receio geral em torno destas, com grave dano ao funcionamento da vida social) e a impunidade do autor de um crime — o Estado escolhe o último, que é o menor.”⁴⁰

52. O dispositivo do Código Penal, lembre-se, expressamente condicionou o afastamento do segredo à existência de *justa causa* — a conduta incriminada é “revelar alguém, sem justa causa, segredo...”. Casos de justa causa, genericamente, seriam os do art. 19 do mesmo Código — estado de necessidade; legítima defesa; estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito.

53. Inexistindo a Lei 4.595, considerava-se que o tipo do art. 154 abarcava o segredo bancário. E, em relação a este, Hungria considerava-o afastado, também, em situações de justa causa, que, para ele, no entanto, somente seriam: “ordem de lei”; “injunção do interesse público” (exemplos: “investigação necessária ao Fisco” e “esclarecimentos indispensáveis à Justiça”); “exercício do direito de defesa em juí-

zo” e “prévio assentimento do cliente”.⁴¹ Essas situações são, de modo geral, as que figuram, hoje, no art. 38 da lei bancária. De outro lado, o mesmo autor, ao tratar, especificamente, das excludentes de criminalidade, do citado art. 19, depois de se referir ao traço essencial da conduta criminosa (o fato contrário ao direito), dava ênfase à circunstância de que tal conduta deixaria de ser incriminada sempre que permitida ou imposta por *outra norma penal ou extrapenal*, inclusive de direito privado.⁴² Com pequenas variações de conceitos e concepções, a matéria é semelhantemente abordada por todos os penalistas, ao traçarem as características das condutas injustas e antijurídicas, bem como das causas de justificação ou de exclusão das ilicitudes.

54. No que concerne ao cumprimento de dever legal ou ao exercício de direito, há que lembrar que as ações a eles vinculadas devem conter-se exatamente nos limites dispostos na lei — daí as expressões legais: “*estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito*”. Quanto à justa causa, entende-se que, ante os arts. 153 e 154 do Código Penal, deve ter “fundamento jurídico (e não apenas moral ou utilitário)”; “o simples dever moral não basta”.⁴³ Em termos genéricos, isto é, referindo-se ao segredo profissional, Manzini afirma: “Quem, portanto, revela segredo alheio em defesa de interesse legítimo próprio ou de outrem, ofendido ou exposto a perigo por um fato antijurídico do interessado na conservação do segredo, age sem a possibilidade de produzir, mediante revelação, um prejuízo injusto, isto é, conduz-se *iure* (...) ainda que fora dos casos de legítima defesa, ou de outra necessidade, ou de denúncia obrigatória (...)”.⁴⁴

55. Tudo isso vale na esfera criminal, para o crime, em geral, e para o

de segredo profissional, em particular. Em que medida, porém, tais considerações valeriam para ilícitos civis ou administrativos (entenda-se: atos irregulares não caracterizadores de crimes), é uma outra questão. Mas suponha-se que estejam em causa condutas que poderiam caracterizar a prática de crimes. Sempre se poderia invocar a justa causa, a justificativa que excluiria a ilicitude da revelação do segredo. Isso, contudo, apresenta diversas dificuldades. O sigilo bancário tem, hoje, no Brasil, uma disciplina particular, em outra esfera que não a do Código Penal. E essa disciplina, sobre estabelecer expressa e minudentemente os casos de afastamento do dever legal, não faz qualquer referência à justa causa. E, se bem que o § 7.º, do art. 38, da Lei 4.595, mande aplicar à “quebra do sigilo”, subsidiariamente (“no que couber”), o Código Penal, as circunstâncias de justificação de condutas ilícitas devem ser vistas no contexto em que de fato estão situadas. Ou seja, o agente (sujeito ativo) desculpa-se, busca demonstrar que sua conduta está amparada por uma justa causa, por uma das causas de justificação. Mas não lhe cabe decidir; à autoridade judiciária, sim, caberá, no caso concreto, decidir sobre a exclusão da ilicitude.

56. Ora, face ao texto da lei, não cabe ao Banco Central indagar da justiça dos pedidos que lhe são formulados, como não cabe ao intérprete ou ao aplicador indagar da justiça da lei. Não cabe ao Banco Central e ser-lhe-ia mesmo impossível, na prática, julgar cada pedido que recebe para decidir se há ou não justa causa para violação do segredo. A lei não lhe faculta — e o princípio da legalidade é fundamental, aqui — indagar, diante de cada pedido, se as circunstâncias do caso justificariam a violação do segredo, se a sua eventual conduta violadora do de-

ver legal de segredo estaria amparada por uma excludente de criminalidade.

57. Não se diga que essa postura rígida significa impedir as apurações de irregularidades ou de fatos ilícitos, ou a proteção dos que agem irregularmente. A lei fornece indicações para outros caminhos e, estamos convencidos, não serão “aberturas” na interpretação das normas de sigilo que impedirão as fraudes ou que acabarão com a improbidade e a corrupção. O certo é que o Banco Central tem o dever legal de fiscalizar as instituições financeiras; tem o dever legal de comunicar às autoridades competentes a prática de crimes de que tome conhecimento no desempenho daquela função; tem o dever legal de fornecer às autoridades que a lei enumera as informações solicitadas, podendo buscá-las se não as tiver. Não tem o Banco Central, porém, o dever legal de agir como “investigador” de condutas de terceiros, perante outros órgãos, apenas porque esses terceiros utilizam operações com instituições financeiras para consumir eventuais irregularidades. Isso, aliás, seria também impossível, na prática. De resto, há muito tempo já se ensinava: “O que a lei veda — e isto foi inteiramente abstraido — o que a lei proíbe é a revelação do segredo por parte do seu depositário, isto é, da pessoa que é obrigada a guardá-lo, em razão de ofício ou profissão. *De modo algum a autoridade competente está inibida, em se tratando de um crime, de uma fraude civil ou de uma grave irregularidade administrativa, de investigar e devassar esse segredo, por outros meios ao seu alcance, que não seja a revelação do depositário, que a lei declara até mesmo impedido de depor, ainda que pretendessem fazê-lo.*”

“Não é indevassável segredo algum, desde que atrás dele, ou no seu bojo, haja um ilícito penal, ou civil ou um

ilícito administrativo. O que não se pode é obrigar o depositário do segredo a revelá-lo”⁴⁵ (destacamos).

58. Ressalvados, pois, os casos de crimes (constatados pelo Banco Central no desempenho das funções de fiscalização e comunicados ao Ministério Público, nos termos das Leis 4.728/65 e 7.492/86, antes transcritas), e as requisições das autoridades judiciárias, não pode o Banco Central comunicar a outras autoridades, a outros órgãos, fatos protegidos pelo dever de sigilo, não lhe cabendo indagar da justiça do pedido ou da existência de uma justa causa para o fornecimento das informações. Quando muito, poder-se-ia admitir que, inspirado pelo princípio da colaboração, o Banco Central informasse a outras autoridades a constatação de ilícitos administrativos (não caracterizados como crimes), sem revelar os detalhes das operações com as instituições financeiras.

VIII. O SIGILO BANCÁRIO E O FISCO. POSIÇÃO DO BANCO CENTRAL

59. Os parágrafos 5.º e 6.º, do art. 38, da Lei 4.595, dispõem, como se sabe, sobre o afastamento do sigilo bancário em favor do fisco. “Nos termos do § 5.º, os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados” poderão examinar “documentos, livros e registros de contas de depósitos”, desde que haja “processo instaurado” e a “autoridade competente” considere os exames indispensáveis.

60. O preceito é claro em seu comando; não obstante, há controvérsia entre as instituições financeiras e as autoridades fiscais, acerca do que se deva entender por “processo instaurado”. Entendem as autoridades tributárias que, para fins da legislação específica, não haveria distinção substancial entre processo fiscal e procedimen-

to fiscal. Fundamentam seu entendimento na conjugação de diversas disposições da legislação tributária: 1) o art. 196 do Código Tributário Nacional (que trata do início do procedimento fiscal); 2) o disposto no Dec. 83.263/79, antigo Regulamento do IPI, que considerava "instaurado o processo fiscal a partir da lavratura do termo de início de fiscalização ou de outro ato que caracterize atividade de ofício do Fiscal" (art. 276, II); 3) o item IV da Portaria 493/68, que considerou "instaurado o processo fiscal com a lavratura do termo de início de fiscalização, procedimento ou ação fiscal".⁴⁶ Sustentam as instituições financeiras, interpretando os preceitos da legislação tributária conjugados com a legislação processual, ser inaceitável o entendimento das autoridades tributárias, o qual teria partido de premissas equivocadas e afastado princípio geral do Direito, "segundo o qual o processo só se instaura com precisa definição de seu objeto e mediante intimação regular do sujeito passivo".⁴⁷ Aliás, há quem entenda que o § 5.º do art. 38 teria "sentido de equiparar o 'processo instaurado' na instância administrativa fiscal à causa" a que se refere o § 1.º do mesmo art. 38.⁴⁸

61. Vale observar, ainda com relação ao § 5.º, que:

a) A regra destina-se precipuamente às instituições financeiras; destas são os "documentos, livros e registros de contas de depósitos" que podem ser examinados;

b) A norma exige processo instaurado e declaração de indispensabilidade dos exames, em cada caso concreto;

c) Os "agentes fiscais tributários" dos municípios não foram mencionados, pelo que não estariam alcançados pela exceção;

d) A "autoridade competente" para declarar a indispensabilidade dos exa-

mes não será o próprio agente fiscal, mas um superior hierárquico. Nos termos da Portaria 493/68, do Ministério da Fazenda, as autoridades que podem adotar a providência em foco são: "Diretor de Departamento"; "Delegado Regional"; "Delegado Seccional" e "Inspetor".

62. Nos termos do § 6.º, de redação imperfeita, as "autoridades fiscais" podem solicitar às instituições financeiras "esclarecimentos e informes", também condicionadas as solicitações à existência de processo instaurado e à declaração de indispensabilidade. A confusa redação da segunda parte do dispositivo ("devendo sempre estas e os exames...") suscita dúvidas — a que se referiria a palavra "estas"? Ao que parece o legislador pretendeu dizer que as "autoridades fiscais" deveriam guardar sigilo relativamente aos "esclarecimentos e informes" obtidos.⁴⁹ Outra dúvida suscitada por esse dispositivo diz respeito ao alcance da expressão "autoridades fiscais". Estariam aí compreendidas as autoridades fazendárias municipais? A nosso ver, uma interpretação sistemática, conjunta, dos dois parágrafos levaria a concluir que não. Autoridades fiscais seriam, aí, apenas aquelas das duas esferas administrativas mencionadas no § 5.º — do Ministério da Fazenda e dos Estados. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, baseando-se nos arts. 195 e 197 do Código Tributário, entendeu cabível a prestação de informações, por parte das instituições financeiras, às autoridades fiscais dos municípios (RE 71.640-BA, acórdão de 17.9.71).

63. Apesar dos defeitos e das dúvidas apontadas, os dispositivos da lei bancária são claros, em sua essência; em havendo processo instaurado e declaração de indispensabilidade podem os representantes do fisco examinar os documentos das instituições financeiras

e pedir às mesmas esclarecimentos e informações. Mas, além dessas normas, várias outras, da legislação tributária, vieram lançar dúvidas e criar polêmica sobre o assunto.

64. Em primeiro lugar, o Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25.10.66), lei complementar, posterior à lei bancária, trouxe dois artigos aparentemente inconciliáveis com as normas do sigilo bancário: "Art. 105 — Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los."

Parágrafo único — (omissis).

"Art. 197 — Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros;

I — (omissis);

II — *os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;*

III — (omissis);

IV — "

V — "

VI — "

VII — *quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe*, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Parágrafo único — A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão" (destacamos).

65. Esses dispositivos avivam, de fato, as controvérsias pertinentes ao

sigilo bancário. Para alguns, tratando-se de preceitos de lei posterior, de hierarquia maior, teriam revogado os da lei bancária. Para outros, haveria derrogação (revogação parcial). Terceiros afirmam serem as normas de ambas as leis compatíveis — neste sentido veja-se: acórdão do TFR em Ap. Cível 47.875-MG: STF, RE 71.640-BA. Por outro lado, como entender o aparente conflito — à primeira vista clamoroso — entre o art. 197, II, e seu parágrafo? Tais disposições parecem realmente inconciliáveis, apesar das interpretações de respeitáveis autores.⁵⁰

66. Afora as normas do Código Tributário, outros diplomas legais podem ser citados; dentre eles alinhamos: a) Dec.-lei 1.718/79, art. 2.º — "Continuam obrigados a auxiliar a fiscalização de tributos (...) ou, quando solicitados, a prestar informações, os estabelecimentos bancários, (...) e demais pessoas ou entidades que possam, por qualquer forma, esclarecer situações de interesse para a mesma fiscalização"; b) o art. 661 do Regulamento baixado pelo Dec. 85.450/80 (imposto sobre a renda), que determina aos bancos o fornecimento de documentos e a prestação de informações, fazendo, no entanto, ao final, menção ao art. 38 da Lei 4.595; c) Dec.-lei 1.338/74 ("dispõe sobre incentivos fiscais a investimentos realizados por pessoas físicas, aplica novo tratamento fiscal aos rendimentos de investimentos e dá outras providências"), cujo artigo 5.º e § 1.º merecem transcrição: "Art. 5.º — Qualquer infração às normas deste decreto-lei ou às que complementarmente forem aprovadas pelo Conselho Monetário Nacional, no que diz respeito à emissão, circulação, indisponibilidade ou custódia dos títulos, valores mobiliários ou papéis representativos de investimentos incentivados, sujeitará cada um que tenha responsabi-

lidade apurada — seja ele o contribuinte beneficiado, a sociedade emissora do título ou papel, a instituição depositária ou interveniente — a multa igual ao valor da operação que tenha dado base à redução ilegítima de imposto.

§ 1.º — *A fiscalização do cumprimento das normas deste Decreto-lei cabe à Secretaria da Receita Federal e ao Banco Central do Brasil, o qual comunicará àquela repartição as irregularidades de que venha a ter conhecimento, para os efeitos de aplicação da penalidade prevista neste Artigo*” (destacamos).

67. Não nos interessa, aqui, o relacionamento fisco-instituições financeiras, mas, sim, o relacionamento fisco-Banco Central. Assim, não nos cabe discutir, aqui, a aplicação dos citados arts. 195 e 197 do Código Tributário Nacional, em confronto com os §§ 5.º e 6.º do art. 38 da Lei 4.595, visto que esses preceitos dirigem-se, expressamente, às instituições financeiras. O mesmo se pode dizer, em termos genéricos, com relação a outros diplomas da legislação tributária. Ora, o Banco Central, como antes procuramos demonstrar, não é uma instituição financeira; com as instituições financeiras não se confunde; não opera comercialmente; não tem clientes; não possui “livros — (comerciais) — e registros de contas de depósitos”; não tem registros contendo dados ou informações das pessoas físicas ou jurídicas que operam com as instituições financeiras; não busca obter tais dados ou informações, salvo quando constatadas, em sua fiscalização, operações contrárias à lei ou aos regulamentos. O Banco Central, como órgão governamental, de cúpula do Sistema Financeiro Nacional, colhe certas informações sobre as operações das instituições financeiras exatamente em decorrência de sua fun-

ção fiscalizadora. Por força de sua posição, de suas atribuições legais, está obrigado ao sigilo. E este, como já vimos, é dever que não pode ser violado em nome do princípio de colaboração entre os órgãos públicos ou de outras alegações semelhantes.

68. Assim, em nosso entendimento, o Banco Central não tem, genericamente falando, *dever legal* (“dever oriundo de ordem da lei”) ⁵¹ de prestar informações às autoridades fiscais. A propósito, é sintomático, bastante significativo o fato de que os §§ 1.º, 2.º e 3.º, do art. 38, expressamente fazem referências a informações prestadas pelo Banco Central, diretamente, ou por seu intermédio, enquanto que os §§ 5.º e 6.º não o fazem — nem poderiam, visto que dirigidos, como já afirmamos, às instituições financeiras. Pode o Banco Central prestar àquelas autoridades as informações que lhe sejam solicitadas, inclusive fornecendo documentos, se daquelas e destes, dispuser, desde que haja declaração quanto ao processo instaurado e quanto a serem as informações e os documentos indispensáveis. A nosso ver, ao Banco Central não cabe discutir a conceituação de “processo instaurado”, nem exigir *prova* dos atos das autoridades fiscais, uma vez que gozam os mesmos de presunção de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade.

69. Invocam alguns, como argumento justificador da obrigatoriedade de o Banco Central comunicar irregularidades constatadas, o art. 199 do Código Tributário Nacional, que transcrevemos: “A Fazenda Pública da União, e as dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio”.

70. Ora, não se atentou, então, para o texto legal. Onde está, aí, o Banco Central? Onde está o dever de o Banco Central prestar informações? É verdade que Baleeiro, ao comentar aquele artigo, fala em troca de informações entre “pessoas de Direito Público”, mas o comentário, sob o título “Assistência mútua na fiscalização” (de tributos), tem início afirmando que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios “devem colaborar uns com os outros na arrecadação dos tributos e na fiscalização dos sujeitos passivos”.⁵² A referência a pessoas de Direito Público, portanto, corresponde àquelas pessoas mencionadas, ou, se se preferir, aos órgãos tributantes. Louvar-se nos comentários daquele autor, significa não atentar para a norma a que eles se prendem, cuja clareza é inquestionável. Mais não seria necessário acrescentar; contudo, citamos Fanucchi, que, comentando o mesmo artigo, afirma e reafirma: “Ressalvada a troca de informações entre *entidades tributantes internas*...”; “Essa troca de informações (...) entre *poderes tributantes internos*...”⁵³ (destacamos).

71. Tínhamos concluído este trabalho, quando veio à luz a legislação do plano de estabilização econômica do Presidente Fernando Collor. Essa legislação trouxe duas novidades relacionadas ao nosso tema. A Medida Provisória 160, de 15.3.90 (“altera a legislação do imposto sobre operações financeiras, instituindo incidência de caráter transitório sobre os atos que menciona”), convertida na Lei 8.033, de 12.4.90, determinou, no art. 10: “Para a facilidade de implementação e fiscalização da presente Lei, sem prejuízo do sigilo legalmente estabelecido, é facultado à autoridade fiscal do Banco Central do Brasil e do Departamento da Receita Federal, proceder a fiscalizações junto aos agentes do Sistema

Financeiro da Habitação e em quaisquer das entidades que interfiram, direta ou indiretamente, no mercado de títulos ou valores mobiliários, inclusive instituições financeiras e sociedades corretoras e distribuidoras, que são obrigadas a prestar as informações que lhes forem exigidas por aquela autoridade” (sic).

72. Já a Medida Provisória 165, de 15.3.90 (“dispõe sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais”), convertida na Lei 8.021, de 12.4.90, estabeleceu, no art. 8.º: “Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964”.

Parágrafo único — As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1.º do art. 7.º.

73. Não obstante se reconheçam a relevância dos objetivos dessa legislação e os elevados propósitos que nortearam todo o plano econômico, as normas transcritas, sob o prisma jurídico, são criticáveis e complicam um pouco mais a matéria. O primeiro problema jurídico que se coloca diz respeito ao atual quadro normativo do sistema financeiro nacional. Como é notório, a Constituição de 1988 prevê um reordenamento do sistema financeiro, a ser feito mediante lei complementar (art. 192). A partir do advento dessa norma constitucional, convencemo-nos de que a Lei 4.595 passara a ter força de lei complementar, até que

promulgada aquela outra. Tal entendimento tem sido confirmado pela opinião de respeitáveis juristas. Veja-se, a propósito, o ponto de vista de Celso Ribeiro Bastos,⁵⁴ para quem a Lei 4.595 tem, hoje, eficácia de lei complementar, até que entre em vigor a lei complementar de ordenação do sistema financeiro prevista na Constituição. O autor cita, no mesmo sentido, a opinião do Prof. José Afonso da Silva. Ora, se assim é, tem-se, como consequência lógica, que qualquer alteração da lei bancária deveria ocorrer por meio de lei complementar, razão pela qual se poderia até questionar a constitucionalidade das disposições legais sob exame.

74. Examinemos, porém, mais de perto aquelas normas. Vê-se, desde logo, que o dispositivo da Medida Provisória 160 (Lei 8.033), a par de pecados de redação, qualifica o Banco Central, impropriamente, como "autoridade fiscal". Desprezados esses equívocos, vê-se que a nova lei atribui ao Banco Central e à Receita Federal competência para fiscalização de: a) "agentes do Sistema Financeiro de Habitação"; b) "quaisquer entidades que interfiram (...) no mercado de títulos ou valores mobiliários"; c) instituições financeiras; d) sociedades corretoras e distribuidoras. Ora, se examinarmos a Lei 4.595, especialmente seus arts. 10, VIII, 11, VII, 17, 18 e 44, § 8.º, conjugada com as Leis 4.728/65, 5.143/66, 6.385/76, e, ainda, com a Lei 4.864/65 e com o Dec.-lei 2.291/86, verificaremos que o Banco Central tinha, antes da Medida Provisória 160, poderes para fiscalizar praticamente todas as pessoas, entidades ou sociedades ali mencionadas. De outro lado, a Receita Federal, inclusive o disposto no Dec.-lei 2.471/88, tinha igual competência, no que concerne, obviamente, a tributos,

em especial o IOF. Concluimos, assim, que o art. 10 da Medida Provisória 160 (Lei 8.033), sobre ser imperfeito, seria desnecessário, porque repetitivo de outras disposições legais em vigor.

75. Mas ainda se poderia indagar qual o significado, naquele preceito, da frase "sem prejuízo do sigilo legalmente estabelecido". Aparentemente, pretendeu o legislador dizer que o Banco Central e a Receita Federal devem guardar sigilo sobre as informações que venham a obter. Se assim for, seria tautologia, redundância, uma vez que o Banco Central está obrigado ao dever de sigilo bancário e seus funcionários ao sigilo funcional; do mesmo modo, aos agentes fiscais é imposto um outro dever de sigilo, além do sigilo funcional. Outro caminho interpretativo conduziria à idéia de que aquela expressão, poderia, na verdade, ser um reforço da Lei 4.595, uma reafirmação da exigência do cumprimento, pelas autoridades fiscais, das formalidades previstas nos §§ 5.º e 6.º do art. 38 da lei bancária.

76. Examinemos, agora, o art. 8.º da Medida Provisória 165 (Lei 8.021). Aqui, parece-nos claro que os citados dispositivos da Lei 4.595 foram alterados, substituindo-se as exigências de "processo instaurado" e de declaração de indispensabilidade das informações e dos exames pelo início de "procedimento fiscal". Com isso ficou superada, ao menos no que concerne à "identificação dos contribuintes para fins fiscais", a controvérsia entre os bancos e as autoridades tributárias. Restaria indagar a razão da parte final do preceito em causa ("não se aplicando (...) o disposto no art. 38 da Lei 4.595..."), que também nos parece desnecessária.

77. Concluindo, essas normas confirmam a perigosa tendência, apontada pelos autores, de ampliação das exce-

ções à regra geral de manutenção de segredo. Há que lembrar, então, a advertência de cautela no trato da matéria, para evitar, como antes consignamos, a desnaturação e a supressão progressiva daquele dever legal.

78. Voltando à lei bancária, verificamos que, interpretando-se, conjuntamente, o disposto nos §§ 2.º, 3.º e 4.º, do art. 38, resulta claro que as exceções ali estabelecidas abrangem apenas o Poder Legislativo federal, ao qual podem ser prestadas informações protegidas pelo sigilo bancário, desde que observados os requisitos exigidos (aprovação pelo Plenário de cada Casa do Congresso Nacional ou pela maioria absoluta dos membros das Comissões Parlamentares de Inquérito). Pedidos do Poder Legislativo estadual ou do Poder Legislativo municipal, relativos a informações sigilosas, não podem ser atendidos.

IX. PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES AO PODER LEGISLATIVO

79. O advento da Constituição de 1988, todavia, fez surgir nova controvérsia. Pensam alguns que a regra do sigilo bancário estaria derogada, na parte que disciplina a prestação de informações ao Poder Legislativo. Pretendem que, em face do art. 50, § 2.º, da Constituição, a exigência de aprovação pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal (art. 38, § 4.º) estaria revogada. A nosso ver, esse entendimento não procede. A norma da Constituição e as normas da lei são compatíveis, até porque tratam de coisas diferentes. Há que ter em conta, em primeiro lugar, que a nova Constituição não inovou totalmente na disciplina dos requerimentos de informações do Poder Legislativo. Com efeito, o art. 30 da Constituição anterior, reportando-se ao regimento interno de

cada uma das Casas do Congresso Nacional, determinava (parágrafo único, alínea "c"), como norma regimental obrigatória: *a Mesa da Câmara dos Deputados ou a do Senado Federal encaminhará*, por intermédio da Presidência da República, *pedidos de informações* sobre fato relacionado com matéria legislativa em trâmite ou sujeito à fiscalização do Congresso Nacional ou de suas Casas" (destacamos).

80. Já o dispositivo atual (art. 50, § 2.º) reza: "*As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informação* aos Ministros de Estado, importando crime de responsabilidade a recusa ou o não atendimento no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas" (destacamos).

81. Vê-se, pelas partes colocadas em destaque, que as regras são, em essência, idênticas: os membros do Parlamento podem, por intermédio das Mesas das Casas legislativas, formular requerimento de informações. Assim, o novo texto não fez mais que reforçar a regra anterior. Evidentemente, em sintonia com as idéias que nortearam a elaboração da nova Constituição — sobretudo a de fortalecimento do Poder Legislativo, frente ao Executivo — o preceito atual aparece sob nova roupagem: foram enumerados os destinatários dos requerimentos (ministros de Estado); eliminaram-se as limitações antes existentes (admissão, apenas, de pedidos relacionados "com matéria legislativa em trâmite" ou sobre fato "sujeito à fiscalização do Congresso Nacional"); previu-se sanção para o não atendimento dos pedidos. Não vislumbramos, pois, nas disposições indicadas, qualquer indício de revogação das normas atinentes ao sigilo bancário, coisa, aliás, de que jamais se cogitou na vigência da Carta anterior. Parece-nos certo, portanto, que tais pedidos,

antes, como agora, encontram limite no dever de sigilo, imposto por expressas disposições legais, não conflitantes, a nosso ver, com as normas constitucionais. Ora, antigos e consagrados princípios de interpretação do Direito ensinam que não se presumem contradições, antinomias, incompatibilidade entre textos legais; que somente se deve concluir pela revogação de uma norma por outra “em caso de resistirem as incompatibilidades, vitoriosamente, a todo esforço de aproximação”.⁵⁵ No campo do Direito Constitucional, respeitadas suas peculiaridades, os princípios são praticamente os mesmos. Assim, todas “as presunções militam em favor da validade de um ato, legislativo ou executivo”; se a inconstitucionalidade não está “acima de toda dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção” do ato; prefere-se a exegese “que não infirma o ato”. A inconstitucionalidade só é declarada pelos tribunais quando resta “evidente, não deixa margem a séria objeção em contrário”, e não quando há “duas interpretações mais ou menos defensáveis”; não se declara a inconstitucionalidade em decorrência de opção “por determinada interpretação não de todo desarrazoada”.⁵⁶ E mais: “Forte é a presunção da constitucionalidade de um ato ou de uma interpretação, quando datam de grande número de anos”. E, se “a nova constituição mantém, em alguns de seus artigos, a mesma linguagem da antiga, presume-se que se pretendeu não mudar a lei nesse particular, e a outra continua em vigor, isto é, aplica-se à atual a interpretação aceita para a anterior”.⁵⁷

82. Não se alegue que a lei estaria, no caso, a invadir área de competência exclusiva do Congresso Nacional ou de suas Casas, é incontestável a competência das Casas legislativas no pertinente à sua própria organização e à fixação

de normas internas referentes à tramitação dos requerimentos de informações, abrangendo regras procedimentais, inclusive, é claro, sobre o *quorum* para aprovação dos mesmos. Essa competência, aliás, sempre existiu, discriminada nas constituições anteriores. Mas é evidente que as normas constitucionais e as da lei têm destinatários e campos de aplicação distintos. Se tomarmos, por exemplo, o art. 50, § 2.º, da Constituição, verificaremos que seus destinatários são os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e os Ministros de Estado. O art. 38 da lei bancária, por sua vez, tem como destinatários o Banco Central e as instituições financeiras. De outro lado, a lei não está obrigando as Casas do Congresso Nacional ou seus membros a procederem dessa ou daquela forma. Está, isto sim, ordenando aos detentores do segredo — o Banco Central e as instituições financeiras — que somente forneçam informações sigilosas nos casos expressamente indicados e desde que cumpridas as formalidades prescritas, sob pena de se configurar conduta criminosa, severamente punida.

83. A reflexão acerca dos destinatários daquelas normas conduz a uma interessante conclusão estando em causa informações protegidas pelo sigilo bancário, seria inaplicável o art. 50, § 2.º, da Constituição; ou, pelo menos, seria desnecessária sua invocação. Com efeito, quer se sustente a derrogação do § 4.º do art. 38 da Lei 4.595, em decorrência do novo texto constitucional (tese que rejeitamos), quer se conclua por sua vigência, em se tratando, repita-se, de informações protegidas pelo sigilo bancário, os requerimentos do Poder Legislativo poderiam ser dirigidos diretamente ao Banco Central do Brasil ou às instituições financeiras (públicas). Até porque os Ministros de Estado não são depositários de tais in-

formações nem poderiam compelir seus detentores — Banco Central e instituições financeiras — a fornecê-las.

84. Mas, retomando a discussão, aqueles que pretendem que os requerimentos em questão, envolvendo matéria sigilosa, possam obrigar os detentores do segredo pela só aprovação das Mesas das Casas do Congresso Nacional, desprezando, assim, a lei específica, invocam as funções de fiscalização atribuídas pela Constituição ao Poder Legislativo. Ledo e cristalino engano. Com efeito, a Lei 4.595 veio à luz sob a vigência da Constituição de 1946, cujo art. 22 dispunha: “A administração financeira, especialmente a execução do orçamento, será fiscalizada na União pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas, e nos estados e municípios pela forma que for estabelecida nas Constituições estaduais.”

85. É certo, pois, que aquela Constituição previa a fiscalização financeira e orçamentária a ser executada pelo Poder Legislativo e já regulava a atuação do Tribunal de Contas, estabelecendo, inclusive, sua articulação com o Congresso Nacional. Não é lícito, portanto, supor que o legislador houvesse esquecido as normas constitucionais. E, efetivamente, delas não esqueceu. No relatório da Comissão Especial da Reforma Bancária, referente ao substitutivo que conduziu à Lei 4.595, o relator, Deputado Ulysses Guimarães, consignou: “Procurei, no art. 36, do Substitutivo, tornar inobjeto do dever de serem prestados informes pelas instituições financeiras ao Poder Legislativo. O sigilo bancário não pode, inconstitucionalmente, obstar a função fiscalizadora do Congresso Nacional. Ele não é indevassável perante o Poder Executivo, que através da SUMOC freqüenta a intimidade das instituições financeiras, sem o que não poderia policiá-las. (...) Nem se compreende que a admi-

nistração estivesse armada com tão importante faculdade e dela fosse despojado o órgão cuja função institucional é, precisamente, fiscalizar e investigar”.

86. O legislador, como se vê, não ignorou os preceitos constitucionais; pode-se afirmar que pretendeu, mesmo, regulamentá-los, no pertinente ao sigilo bancário. Será essa, certamente, a razão pela qual jamais antes ocorrera a quem quer que fosse contrapor a função constitucional de fiscalização do Congresso Nacional ao dever legal de manutenção do sigilo bancário. Acrescente-se que o legislador limitou os pedidos de informações do Poder Legislativo (*federal*) às instituições financeiras públicas (art. 38, § 2.º), conforme previa o relatório mencionado: os *requerimentos de informações “circunscrevem-se às instituições financeiras públicas”* (exceto no caso de pedidos formulados por comissões parlamentares de inquérito: os “informes que as Comissões Parlamentares de Inquérito necessitam devem ser fornecidos pelas instituições financeiras em geral, públicas ou privadas...”). Isso traz à tona uma outra questão. Evidentemente, os comandos constitucionais atinentes à fiscalização do Poder Legislativo dirigem-se aos órgãos públicos. Se isso já era muito claro nas constituições anteriores está ainda mais claro na Carta de 1988:

“Art. 49 — É da competência exclusiva do Congresso Nacional:”

“X — fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.

“Art. 70 — A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante con-

trole externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único — Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária."

87. Assim, a jurisdição das Casas legislativas, nas três unidades político-administrativas (União, estados, municípios), sua fiscalização, é exercida sobre os órgãos da administração pública e seus agentes. Estes é que estão obrigados a prestar esclarecimentos e informações, a fornecer documentos, etc. Resulta evidente, portanto, que os preceitos constitucionais relativos à fiscalização financeira e orçamentária da administração pública não interferem com a norma do sigilo bancário, muito menos a derrogam.

88. Vale relemburar que, a rigor, os requerimentos de informações somente poderiam ter por objeto operações de instituições financeiras públicas. Não poderia, pois, o Poder Legislativo imiscuir-se em operações das instituições financeiras privadas. O legislador foi consciente e sábio ao restringir as hipóteses de afastamento do sigilo, cercandolas de cautelas; não olvidou o legislador que o instituto visa, como dissemos ao início, a proteção de interesses individuais, erigidos, porém, em interesse social. Isso ganha relevância, hoje, uma vez que a inovadora Constituição de 1988 assegura, dentre os direitos e garantias fundamentais, direito à intimidade e à privacidade (art. 5.º, X), complementado pela proteção e certos segredos (art. 5.º, XII e XIV).

89. É preciso não esquecer, também, que a própria fiscalização do Poder Legislativo, se dela se cogitar, não é ilimitada. Já o dissemos antes, citando

manifestações da Consultoria Geral da República, as quais são confirmadas pela doutrina. Roberto Barcellos de Magalhães, comentando disposições da Constituição de 1967, relativas às comissões parlamentares de inquérito — colegiados cujo poder de fiscalização é muito maior do que aquele que se expressa por meio de requerimentos de informações — pondera, citando autor norte-americano: "O poder de investigar pode ser usado com propriedade (...) para o propósito de informar o Congresso nas matérias sobre as quais deve legislar; para o propósito, limitado, de informar o público sobre os problemas nacionais emergentes e para o propósito de examinar a atuação dos órgãos executivos. *Não será usado com propriedade para comprometer (expose) indivíduos ou associações ou para criar evidência para uso subsequente em procedimentos criminais*"⁵⁸ (destacamos).

90. Aquele autor transcreve, ainda, lições de Francisco Campos e dos saudosos Ministros do STF Orozimbo Nonato e Nelson Hungria, todas no sentido de que as comissões parlamentares de inquérito não têm o poder de exigir a apresentação de documentos particulares, de "penetrar a esfera dos direitos individuais sem lei que autorize à certa e às claras";⁵⁹ de que prevalece, a respeito de tais documentos, como a respeito dos livros comerciais, sua sigilosidade.

91. Resta, aliás, examinar a questão das comissões parlamentares de inquérito criadas pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, à luz das novas disposições constitucionais. As constituições anteriores previam a criação dessas comissões, sem especificação dos poderes que teriam. A lei que as regulou (Lei 1.579/52) dispôs que teriam "ampla ação" (art. 1.º), podendo determinar "diligências", convocar ministros de Estado, "tomar o

depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, ouvir os indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso”, requisitar informações e documentos e transportar-se aos lugares onde se fizer mister a sua presença” (art. 2.º). Além disso, as intimações de indiciados e testemunhas seriam feitas “de acordo com as prescrições” da legislação penal (art. 3.º), sendo os inquéritos conduzidos de acordo com as “normas do processo penal” (art. 6.º). Tudo isso fez com que se afirmasse, desde então, que tais comissões tinham os mesmos poderes de um juiz de instrução criminal, salvo o de decidir como autoridade judiciária.⁶⁰ Ainda que assim fosse, a lei bancária condicionou o exercício desses poderes, quando envolvidas informações bancárias, ao cumprimento de certa formalidade (art. 38, § 4.º).

92. Nos termos do art. 58, § 3.º, da Constituição de 1988, no entanto, referidas comissões terão, dentre outros, “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”. Teria esse preceito revogado a exigência da Lei 4.595? A nosso ver a resposta deve ser negativa, pelo menos até que sobrevenha a lei complementar reguladora do sistema financeiro nacional. Vale lembrar, a propósito, que o Projeto de lei complementar do sistema financeiro nacional, de autoria do Deputado Fernando Gasparian, repete a regra atual, não tendo havido, até o momento, oposição a essa norma.

93. Para concluir este tópico, gostaríamos de abordar recente e polêmico episódio que envolveu o Poder Legislativo, representado pelo Senado Federal, e o Poder Executivo, na pessoa da senhora Ministra da Economia, Fazenda e Planejamento. Tratava-se, como foi amplamente noticiado, de um requerimento de informações do Senado, aprovado pela Mesa, solicitando à

autoridade ministerial informações sobre determinadas operações bancárias. Inicialmente, a Ministra comunicou ao Senado que o pedido não poderia ser atendido, uma vez que, segundo esclarecimentos prestados pelo Banco Central, as informações solicitadas estavam protegidas pelo sigilo bancário e não havia sido cumprida a exigência do art. 38, § 4.º, da Lei 4.595 — aprovação pelo Plenário da Casa legislativa. Essa resposta suscitou acirrado clamor no Senado, ameaçando-se a autoridade ministerial de instauração de processo por crime de responsabilidade, nos termos do art. 50, § 2.º, da Constituição. Posteriormente, em inusitado desfecho, as informações, ou parte delas, acabaram sendo fornecidas.

94. Todo o episódio está, a nosso ver, cercado de equívocos. Primeiro, o Senado, ao dar como derogado o § 4.º do art. 38 da Lei 4.595, arrogou-se as atribuições do Poder Judiciário, sabidamente o único que tem competência para declarar a inconstitucionalidade da lei ou provocar sua revogação expressa. De todo modo, como exaustivamente buscamos demonstrar, aquele dispositivo legal continua em vigor.

95. Um segundo aspecto a considerar diz respeito à imputação, à autoridade ministerial, do crime de responsabilidade. Parece-nos de evidência solar que a autoridade requerida, ao declarar a impossibilidade de prestar as informações solicitadas, não incidiu em conduta caracterizadora daquele crime. Com efeito, tratando-se de operações bancárias, tendo em um de seus pólos terceiros ditos particulares, pessoas físicas ou jurídicas, é também de clareza flagrante que a autoridade ministerial não possui as informações pedidas. Em um primeiro momento, quem dispõe, com exclusividade, das informações são as instituições financeiras. Nem mesmo o Banco Central delas dis-

põe, nesse momento inicial, pois, como é sabido por qualquer pessoa medianamente, a Autarquia não tem, nem poderia ter, registros e controles de cada uma das centenas de milhares de operações bancárias realizadas, diariamente, em milhares de dependências — agências, postos de atendimento, etc. Só em um segundo momento poderia o Banco Central obter tais informações, solicitando-as às instituições financeiras ou designando funcionários para buscá-las. Ora, se o ministro de Estado não dispõe das informações; se não tem meios de consegui-las — na hipótese não poderia, legalmente, compelir os detentores das informações sigilosas a violar o dever de segredo — como poderia prestá-las? Se impossibilitado de prestá-las, como acusá-lo de praticar conduta delituosa?

96. De outro lado, paradoxalmente, ao tempo em que afirmavam não haver que falar, no caso, em sigilo bancário, vozes se levantavam, no Senado, dizendo que a sigilosidade das informações seria preservada; inoconterria, na espécie, o crime de quebra de sigilo, uma vez que os senhores Senadores mantêm o sigilo bancário. Heresia jurídica!

97. Trata-se, aqui, de saber quem está obrigando ao segredo; de determinar quem pode ser sujeito ativo do ilícito penal (violação de segredo profissional ou, mais especificamente, violação de segredo bancário), questão que não tem, ainda, solução precisa e definitiva, pelo menos em termos de legislação. Em muitos países, como sabemos, o segredo bancário está vinculado a disposições da lei penal relativas ao segredo profissional. Tais disposições normalmente adotam fórmulas genéricas, referindo-se aos confidentes por estado ou profissão — esta é, também, a fórmula do nosso Código Penal (art. 154): “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência

em razão de função, ministério, ofício ou profissão...” A par disso, naqueles países, outras disposições legais, esparsas, dispõem expressamente sobre o dever de sigilo imposto a algumas pessoas, como, por exemplo, aos funcionários de órgãos governamentais de controle e fiscalização dos bancos e das demais instituições financeiras. Em consequência, a determinação das pessoas obrigadas ao segredo depende, em geral, da jurisprudência e da doutrina.

98. Evidentemente, a própria evolução e diversificação das atividades financeiras — do banqueiro individual, pessoa física, às sociedades comerciais e à concentração de sociedades — conduziram à extensão do dever de segredo. Assim, como bem observou Robert Henrion,⁶¹ tornou-se lógico que a obrigação de segredo fosse imposta não apenas aos que se identificassem com a função de banqueiro — os administradores das instituições financeiras, por exemplo — mas a todos aqueles que, por suas atividades, tivessem acesso às informações sigilosas. De modo geral, portanto, entende-se que estão obrigados a guardar segredo os funcionários dos órgãos fiscalizadores das instituições financeiras, os administradores dessas sociedades, aí incluídos os membros de conselhos fiscais e consultivos, e todos aqueles que, no desempenho de suas tarefas profissionais naquelas sociedades, normalmente têm acesso às informações resguardadas: empregados, mandatários, prepostos, liquidantes, etc.

99. Autores há, no entanto, como Georges Capitaine e Raymond Farhat, que sustentam que a obrigação de segredo abrange todos os servidores da instituição, sem distinção de categoria ou função: até mesmo um porteiro estaria obrigado.⁶² João Bernardino Gonzaga contesta-os: “Não pode ser. A indiscrição cometida por um funcionário

qualquer do estabelecimento pode dar causa a que ele e seu empregador arquem com sanções civis e administrativas. Mas, para imputar crime, é preciso outra coisa. Será necessário que aquele sujeito, pelas funções que lhe competem na organização interna da empresa, se torne responsável por dados sigilosos dos clientes, com o decorrente encargo de zelar pela sua boa guarda. Aí estarão o tesoureiro, o contador, o caixa da instituição; idem um simples amanuense que tenha como tarefa manipular os papéis da freguesia. Com largueza, diremos que ficam abrangidos, assim, todos os empregados que, direta ou indiretamente, habitual ou eventualmente, possam penetrar no material sigiloso confiado à casa. Não outros funcionários que nenhum contato devam ter com esse material, mas que a ele só poderão chegar ilegitimamente, como o personagem acima citado, mero porteiro de um banco. Seria excessivo atribuir a tais pessoas um dever *penal* de fidelidade, quando o papel que lhes é conferido dentro da organização não apresenta qualquer resquício da qualidade de 'confidente necessário' " ⁶³ (destaque do original).

100. Esta é, a nosso ver, a melhor orientação, que se conforma com os princípios do Direito Penal. Nelson Hungria, comentando o art. 154 do Código Penal, afirma: "O segredo penalmente protegido é tão-só o que se obtém *necessariamente*, no exercício de uma função, ministério, ofício ou profissão, e de cuja revelação possa resultar detrimento."

"É imprescindível que haja um nexo de causalidade entre o exercício da profissão (ou ofício, etc.) e o conhecimento do segredo. A obrigação legal de reserva visa tão-somente ao livre acesso junto a certas pessoas que, por seu mister, se tornam *confidentes necessários*" ⁶⁴ (destaques do original).

101. À luz desses princípios devem ser interpretados os mandamentos do art. 38 da Lei 4.595. Para começar, o § 1.º do art. 38 dispõe que, no caso de informações e esclarecimentos solicitados pelo Poder Judiciário, a eles somente poderão "ter acesso às partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma". Comentando esse preceito, o mesmo J. Bernardino Gonzaga questiona o seu significado; haveria "outro particular dever penal de silêncio" alcançando pessoas não ligadas às instituições financeiras? Se as partes, seus advogados, um oficial de justiça, um escrevente, etc., revelarem a terceiros as informações juntadas aos autos "cometerão acaso o crime de violação de segredo bancário"? E ele mesmo responde, concluindo que não: "Trata-se de gente inteiramente estranha, que nada tem a ver com as regras da deontologia bancária, pessoas que não são confidentes de ninguém, que não possuem, em consequência, o dever de fidelidade próprio dos autênticos titulares da obrigação legal de sigilo. E, afinal, o assunto do documento secreto já está sendo ventilado em Juízo, com portanto relativa publicidade."

O preceito teria, na opinião do autor, instituído "dever jurídico de descrição, para terceiros, mas dever vazio (...), não sancionado..." ⁶⁵

102. Pelas razões expostas, também não se caracterizará o delito em questão caso as informações fornecidas pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras sejam divulgadas pelos membros do Poder Legislativo. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança 1.959/53, considerando as funções constitucionais do Poder Legislativo e o fato de não se tratar de pessoa ou entidade depositário de segredos bancários, reconheceu-lhe o direito de

tornar público quaisquer documentos, “ainda os mais secretos”. Além disso, a própria lei bancária esclarece (art. 38, § 2.º) que, na prestação de informações ao Poder Legislativo, o Banco Central poderá solicitar que elas “sejam mantidas em reserva ou sigilo”, ficando claro que a regra do sigilo bancário não obriga os membros do Congresso Nacional, é bem verdade que o art. 4.º, § 4.º, da Lei 7.295/84, manda que os documentos fornecidos às Comissões de Fiscalização e Controle, classificados como sigilosos, reservados ou confidenciais tenham tais classificações “rigorosamente observadas, sob pena de responsabilidade de quem os violar, apurada na forma da lei”. Mas esta, obviamente, é outra questão, que nada tem a ver com o tipo instituído na lei bancária.

103. Pelas mesmas razões, é duvidoso, para nós, que os “agentes fiscais tributários” e as “autoridades tributárias” (art. 38, §§ 5.º e 6.º) possam incidir no ilícito penal de que se cuida. De todo modo, a situação dessas pessoas é um pouco diferente, uma vez que, além do sigilo funcional geral (CP, art. 325), estão obrigadas ao sigilo funcional específico do Código Tributário Nacional (art. 198).

104. Restaria considerar o mandamento do art. 18 da Lei 7.492/86, que tipifica o crime de violação de sigilo “de operação ou de serviço prestado por instituição financeira ou integrante do sistema de distribuição de títulos mobiliários”, referindo-se àquilo que seja conhecido “em razão de ofício”. Essa norma não altera as conclusões anteriormente expostas. Ofício, no dizer de Hungria, “é toda ocupação habitual consistente em prestação de serviços manuais (exercício de arte mecânica)”; em sentido genérico seria “qualquer mister ou ocupação, onerosa ou gratuita”.⁶⁶ Segundo Magalhães

Noronha, a palavra “diz respeito à arte mecânica ou manual (...). Tem também, entretanto, o significado de *função pública*. Na Itália designa prestação de serviço eminentemente intelectual.”⁶⁷ Como quer que seja, bem observa o autor que as palavras “em razão de” exigem o “nexo causal entre o *exercício da atividade* e o *conhecimento do segredo*” (destaques do original).

105. Diante de tudo isso, entendemos que a atuação do Senado Federal, no caso, foi ilegal, configurando verdadeiro abuso de poder, passível, portanto, de resistência, mediante recurso ao Poder Judiciário. Legitimação para agir teriam, a nosso ver, a autoridade ministerial, o Banco Central do Brasil, o Ministério Público Federal, as instituições financeiras e, igualmente, os particulares que tiveram, ou poderão ter, reveladas, ainda que apenas perante a Câmara Alta, suas operações bancárias.

NOTAS

1. Robert Henrion, *Le Secret Professionnel du Banquier*, Ed. Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1968, p. 16.

2. Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Forense, 1958, vol. VI, p. 257.

3. C. Gavaldà e J. Stoufflet, “Le Secret Bancaire en France”, in *Le Secret Bancaire dans la C.E.E. et en Suisse — Rapport National du Colloque Organisé par le Centre d'Economie Bancaire Internationale et le Centre Universitaire d'Études des Communautés Européennes de l'Université de Paris I*, les 15 et 16 Octobre 1971. Presses Universitaires de France, 1973, p. 78.

4. Henrion, ob. cit., p. 18.

5. Idem, p. 25.

6. Idem, p. 31.

7. Nesse sentido: Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Derecho Bancario*, Ed. Porrúa, 1968, pp. 1 e 31-32; Luiz Alberto Delfino Cazet, *Los Contratos Bancarios*, Ed. Jurídicas, 1976, pp. 11-12; Pedro Maria Giralaldi, *Cuenta Corriente Bancaria Y Cheque*, Astrea, 1973, pp. 63 e ss.; Nelson Abrão, *Curso de Direito Bancário*, Ed. Rev. Trib., 1982, pp. 2, 5-6 e 9; Lauro Muniz Barreto, *Direito Bancário*, LEUD, 1975, pp. 33, 84-85 e 88; Eduardo

J. Boneo Villegas/Eduardo A. Barreira Delfino, *Contratos Bancarios Modernos*, Ed. Abeledo-Perrot, 1984, pp. 9-10; Arnoldo Wald, "Aspectos Peculiares del Derecho Bancario", in *Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 96, p. 902 (*apud* Villegas/Delfino).

8. Henrion, ob. cit., p. 37.

9. P. H. Teitgen, *Rapport* cit., prefácio, p. 5.

10. Idem, *ibid*.

11. Idem, p. 6.

12. G. Ruta, "Le Secret Bancaire en Droit Italien", *Rapport*, p. 120.

13. J. Barmann, "Le Secret Bancaire en Allemagne Fédérale", in *Rapport*, p. 17.

14. Idem, *ibid*.

15. Utilizamos, para as notas comparativas, o *Rapport* citado, que data de 1973. Ao que parece, contudo, não ocorreram mudanças substanciais, desde então. Eventuais alterações e reformas legislativas, como recentemente ocorreu na Suíça, não parecem ter alterado a essência dos princípios e preceitos gerais mencionados.

16. Barmann, *Rapport*, pp. 15-50.

17. Idem, p. 42.

18. Henrion, "Le Secret Bancaire en Belgique", in *Rapport*, pp. 51-75.

19. Gavalda/Stoufflet, *Rapport*, pp. 77-97.

20. Idem, p. 81.

21. M. Muller, "Le Secret Bancaire aux Pays-Bas", in *Rapport*, pp. 99-117.

22. Ruta, *Rapport*, pp. 119-138.

23. Idem, p. 129.

24. Herbert Schonle, "Le Secret Bancaire en Suisse", in *Rapport*, pp. 177-198.

25. Hungria, ob. cit., p. 273.

26. H. Freire, "O segredo mercantil nas lides judiciais", in *Rev. Forense* 140/536, 1952.

27. Henrion, ob. cit., p. 18.

28. Sichtermann, *apud* Barmann, *Rapport*, p. 33.

29. Henrion, *Rapport*, pp. 60-1.

30. Cf. O. A. Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Forense, vol. II, 1974, pp. 41-73.

31. Cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Rev. Trib., 10.ª ed., 1984, p. 40; também Mello, ob. cit., pp. 77-115.

32. Parecer SR-55, de 28.3.88, in *DOU* de 4.4.88.

33. Mello, ob. cit., p. 83.

34. Idem, pp. 108 e ss.

35. Idem, p. 110.

36. Idem, p. 106.

37. Idem, p. 115.

38. Seabra Fagundes, "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", *apud* Ruy Barbosa Nogueira, *Curso de Direito Tributário*, Saraiva, 1980, p. 222.

39. Parecer SR-55.

40. Hungria, ob. cit., p. 261. No mesmo sentido, Magalhães Noronha, *Direito Penal*, v. 2, Saraiva, 1981, p. 208.

41. Hungria, ob. cit., p. 272.

42. Idem, vol. I, tomo II, p. 309.

43. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, Forense, 1981, pp. 248-253.

44. *Apud* Noronha, ob. cit., p. 198.

45. Voto do Min. Nelson Hungria no Julgamento do MS 1959, in *Rev. Forense* 148/152-176.

46. Veja-se, por exemplo, Ac. 101-74.571, da 1.ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, de 22.8.83.

47. Geraldo Vidigal, "O Sigilo Bancário e o Fisco", parecer publicado pelo Instituto Brasileiro de Capacitação Bancária (separata *Cadernos IBCB* 3).

48. Manoel Pedro Pimentel, *Direito Penal Econômico*, Ed. Rev. Trib., 1973, p. 190.

49. Idem, p. 191.

50. Cf. Aliomar Baleeiro, *Direito Tributário Brasileiro*, Forense, 1983, pp. 619-620; Fábio Fanucchi, *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, Ed. Rev. Trib., vol. I, 1980, p. 413.

51. Hungria, ob. cit., vol. I, tomo II, p. 311.

52. Baleeiro, ob. cit., p. 621.

53. Ob. cit., pp. 413-15.

54. *Comentários à Constituição do Brasil*, 7.º v., Saraiva, 1970, pp. 358-9.

55. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 1979, pp. 134-356.

56. Ob. cit., pp. 307-8.

57. Ob. cit., pp. 307-11.

58. Alan Barth, "Government by Investigation", *apud* R. B. Magalhães, *A Constituição Federal de 1967*, tomo I, J. Konfino Ed., 1967, p. 146.

59. Ob. cit., pp. 147-9.

60. Voto do Min. Nelson Hungria no MS 1.959/53, RF, v. 148, p. 154.

61. *Le Secret Professionnel du Banquier*, p. 105.

62. *Apud* J. Bernardino Gonzaga, *Violação de Segredo Profissional*, Max Limonad Ed., 1975, p. 227.

63. Ob. cit., *idem*, *ibid*.

64. *Comentários ao Cód. Penal*, v. VI, Forense, 1958, p. 262.

65. Gonzaga, ob. cit., pp. 238-9.

66. Hungria, ob. cit., p. 266.

67. *Direito Penal*, v. 2, Saraiva, 1981, p. 205.