

COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO 442/07 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS E ANÁLISE DE POSSÍVEIS APROXIMAÇÕES COM O SISTEMA BRASILEIRO QUANTO AO SIGILO BANCÁRIO E ISONOMIA NO PROCESSO TRIBUTÁRIO

COMMENTS TO THE JUDGEMENT 442/07 OF THE PORTUGUESE CONSTITUCIONAL COURT AND ANALYSIS OF THE POSSIBLE APPROACH TO THE BRAZILIAN LAW SYSTEM CONCERNING BANK SECRECY AND ISONOMY IN THE TAX LAW JUDICIAL PROCESS

FERNANDO BORTOLON MASSIGNAN¹

RESUMO: O Tribunal Constitucional Português analisou questão referente à privacidade e Isonomia ao julgar a constitucionalidade do artigo 2º do Decreto 139/X de 5 de julho de 2007 que buscava alterar o artigo 89º-A da Lei Geral Tributária daquele país para determinar que processos administrativos tributários instaurados contra funcionário ou titular de cargo público, além de serem repassadas ao Ministério Público para averiguação, deveriam ser encaminhados à entidade que o contribuinte estivesse vinculado para fins de processo administrativo funcional. Além disso o artigo 3º do referido Decreto buscava alterar o CPPT para instituir que em caso de "reclamação graciosa" ou de impugnação judicial pelos contribuintes contra os lançamentos tributários seria permitido o imediato levantamento do sigilo bancário. O Acórdão reflete o debate dos limites da atuação pública frente à privacidade dos administrados e a análise da Isonomia em relação à pessoas politicamente expostas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Tribunal Constitucional Português; AC 815/07; Sigilo Bancário; Isonomia.

ABSTRACT: The Portuguese Constitutional Court analyzed the constitutionality of the 2º article of the Act 139/X of 5 of July of 2007, which meant to change the 89º-A article of the Portuguese General Tax Law. By this alteration, the tax administrative

Comentário de Jurisprudência recebido em 31.12.2014. Aceito para publicação em 19.01.2015.

¹ Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, na área de Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado. Especialista em Direito Tributário pela FGV – Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Ciências Contábeis pela UFRGS. Bacharel em Direito pela PUCRS. Advogado. massignan@zanella.adv.br

process held against a public employee not only would be send to the Public Ministry, but, also to the office in charge of the defendant, to enable an administrative inquiry. Moreover, the 3º article of the Act 139/X of 5 of July of 2007 brought changes to the 69º and 110º articles of the CPPT, allowing the overrule of the bancary secrecy in case of "reclamação graciosa" or "impugnação judicial" by the tax payer. The judgment reflects the debate about the limits of the public action in front of the privacy and the equality brought by the distinctions established by the mention act.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Privacy; Bancary Data; Portugal; AC 815/07; LC 105/2001.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Processo 815/07 no Tribunal Constitucional Português; 1.1 A Apreciação da Constitucionalidade da Norma Constante no artigo 2º do Decreto 139/X; 1.2 Apreciação da Constitucionalidade das Normas Constantes do artigo 3º do Decreto nº 139/X da Assembleia da República; Considerações Finais: Breve Paralelo com o Ordenamento Jurídico Brasileiro; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Introduction; 1. The Case 815/07 in the Portuguese Constitutional Court; 1.1 The Review of the Constitutionality of the article 2 of the Decree 139/X; 1.2 Review of the Constitutionality of the article 3 of the Assembly of the Republic's Decree nº 139/X; Final Considerations: Brief Parallel/comparative with the Brazilian Law; References.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca realizar análise do posicionamento adotado pelo Tribunal Constitucional Português no julgamento do Processo nº 815/07, cujo Acórdão levou o número 442/07².

O objeto do processo foi a análise da negativa de vigência aos artigos 2º, 18º, 20º, 26º, nº 1, 52º, 266º e 268³ da Constituição da República de Portugal por ocasião da promulgação do Decreto 139/X, o qual, em seus artigos 2º⁴ e 3º⁵

² PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão nº 442/2007 do TC, Requerente: Presidente da República. Requerido: Presidente da Assembleia da República. Rel. Maria João Antunes, de 30 de Março de 2007. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070442.html>. Acesso em: 10 nov. 2014.

³ i) Direito à reserva da intimidade da vida privada (artigo 26º, nº 1, da CRP);

ii) Direito à tutela jurisdicional efectiva, uma das dimensões do conteúdo do artigo 20º da Constituição, entendido como corolário do princípio do Estado de direito, consagrado no artigo 2º;

iii) Direito de reclamação (artigo 52º da CRP) e direito de os administrados impugnarem judicialmente quaisquer actos administrativos que os lesem (artigo 268º, nº 4, da Lei Fundamental);

iv) Princípio da proporcionalidade (artigos 2º e 18º, nº 2, da CRP);

v) Princípio da boa fé da Administração, contido no artigo 266º da CRP.

⁴ Artigo 2º Aditamento à Lei Geral Tributária É aditado um nº 10 ao artigo 89º-A da Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei nº 398/98, de 17 de Dezembro, na redacção actual, com a seguinte redacção: "Artigo 89º-A 10ª decisão de avaliação da matéria colectável com recurso ao método indirecto constante deste artigo, após tornar-se definitiva, deve ser comunicada pelo director de finanças ao Ministério Público e, tratando-se de funcionário ou titular de cargo sob tutela de entidade pública, também à tutela deste para efeitos de averiguações no âmbito da respectiva competência."

⁵ "Artigo 110º: [...]1.[...]; 2. A prova adicional a que se refere o número anterior pode compreender, sempre que se justifique face aos factos alegados pelo impugnante e independentemente do seu

buscava alterar, respectivamente, o artigo 89º-A, nº 10 da Lei Geral Tributária e os artigos 69º e 110º do Código de Procedimento e de Processo Tributário, para estabelecer nova forma de quebra de Sigilo Bancário. Adicionalmente, as referidas normas determinavam que em caso de fiscalização direcionada a funcionário ou titular de cargo sob tutela de entidade pública, os dados obtidos com a quebra deveriam ser repassados à entidade para fins de averiguações institucionais.

A atenção ao posicionamento adotado nos referidos julgamentos reveste-se de significativa importância diante da atualidade do tema e da similaridade das discussões em nosso país frente as alterações legislativas ocorridas desde a edição da LC 105/01 e a pendente análise de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2.386, 2.389, 2.390, 2.406 e 2859-6.

A estrutura do artigo é composta de relatório dos julgados com demonstração do posicionamento do Tribunal Constitucional Luso para posteriormente realizar um paralelo com a atual discussão pátria:

1. O PROCESSO 815/07 NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

A lide foi levada à apreciação do Tribunal Constitucional Português pelo Presidente da República de Portugal que, ao abrigo do nº 1 do artigo 278º da Constituição da República Portuguesa (CRP)⁶, requereu a análise da constitucionalidade dos artigos 2º e 3º do Decreto nº 139/X proposto pela Assembleia da República que buscava alterar a Lei Geral Tributária, o Código de Procedimento e de Processo Tributário e o Regime Geral das Infracções Tributárias.

O Tribunal Constitucional realizou o julgamento das duas normas de forma individualizada, abordando a questão da Isonomia em relação ao artigo 2º e a questão relativa ao sigilo no artigo 3º. Passa-se a demonstrar as razões de decidir daquele tribunal sob a mesma sistemática:

1.1 A Apreciação da Constitucionalidade da Norma Constante no artigo 2º do Decreto 139/X

O primeiro objeto de análise no julgamento do Tribunal Constitucional foi o exame de constitucionalidade do artigo 2º do Decreto 139 da Assembleia da República que pretendia modificar o artigo 89º-A da Lei Geral Tributária (LGT).

consentimento, o **acesso à informação e documentos bancários relativos à situação tributária objecto da impugnação**. 3. Para efeitos do disposto no número anterior as instituições de crédito, sociedades financeiras e demais entidades devem facultar os elementos no prazo de 10 dias úteis, sendo o prazo de 90 dias do nº 1 ampliado nessa medida.

⁶ *Artigo 278º* Fiscalização preventiva da constitucionalidade 1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.

Se esclarece que o artigo 89º-A da LGT regulamenta os requisitos objetivos que permitem a “avaliação indirecta” pela Fazenda nos casos em que o contribuinte deixe de realizar a declaração de fortuna, ou, caso tenha realizado a referida declaração, seja apurada desproporção entre os bens e empréstimos declarados e a renda obtida durante o ano calendário nos percentuais estabelecidos na norma⁷, nos seguintes termos:

Artigo 89º-A Manifestações de fortuna e outros acréscimos patrimoniais não justificados

1- Há lugar a avaliação indirecta da matéria colectável quando falte a declaração de rendimentos e o contribuinte evidencie as manifestações de fortuna constantes da tabela prevista no nº 4 ou quando o rendimento líquido declarado mostre uma desproporção superior a 50%, para menos, em relação ao rendimento padrão resultante da referida tabela.

2- Na aplicação da tabela prevista no nº 4 tomam-se em consideração:

a) Os bens adquiridos no ano em causa ou nos três anos anteriores pelo sujeito passivo ou qualquer elemento do respectivo agregado familiar;

b) Os bens de que frua no ano em causa o sujeito passivo ou qualquer elemento do respectivo agregado familiar, adquiridos, nesse ano ou nos três anos anteriores, por sociedade na qual detenham, directa ou indirectamente, participação maioritária, ou por entidade sediada em território de fiscalidade privilegiada ou cujo regime não permita identificar o titular respectivo;

c) Os suprimentos e empréstimos efectuados pelo sócio à sociedade, no ano em causa, ou por qualquer elemento do seu agregado familiar.

3- Verificadas as situações previstas no nº 1 deste artigo, bem como na alínea f) do artigo 87º, cabe ao sujeito passivo a comprovação de que correspondem à realidade os rendimentos declarados e de que é outra a fonte das manifestações de fortuna ou o acréscimo de património ou o consumo evidenciados.

4- Quando o sujeito passivo não faça a prova referida no número anterior relativamente às situações previstas no nº 1 deste artigo, considera-se como rendimento tributável em sede de IRS, a enquadrar na categoria G, no ano em causa, e no caso das alíneas a) e b) do nº 2, nos três anos seguintes, quando não existam indícios fundados, de acordo com os critérios previstos no artigo 90º, que permitam à administração tributária fixar rendimento superior, o rendimento padrão apurado nos termos da tabela seguinte:

⁷ Analogamente, no sistema Brasileiro, a norma teria por base o arbitramento de lucro previsto no artigo 148 do CTN (Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.). A distinção entre os sistemas dá-se no momento em que no Sistema Português consta explicitado critério objetivo para se permitir o arbitramento/aferição indirecta.

Manifestações de fortuna	Rendimento padrão
Imóveis de valor de aquisição igual ou superior a € 250 000.	20% do valor de aquisição.
Automóveis ligeiros de passageiros de valor igual ou superior a € 50 000 e motociclos de valor igual ou superior a € 10 000.	50% do valor no ano de matrícula, com o abatimento de 20% por cada um dos anos seguintes.
Barcos de recreio de valor igual ou superior a € 25 000.	Valor no ano do registo, com o abatimento de 20% por cada um dos anos seguintes.
Aeronaves de turismo.	Valor no ano do registo, com o abatimento de 20% por cada um dos anos seguintes.
Suprimentos e empréstimos feitos no ano de valor igual ou superior a € 50 000.	50% do valor anual.

5- No caso da alínea f) do artigo 87º, considera-se como rendimento tributável em sede de IRS, a enquadrar na categoria G, quando não existam indícios fundados, de acordo com os critérios previstos no artigo 90º, que permitam à administração tributária fixar rendimento superior, a diferença entre o acréscimo de património ou o consumo evidenciados e os rendimentos declarados pelo sujeito passivo no mesmo período de tributação.

6- A decisão de avaliação da matéria colectável pelo método indirecto constante deste artigo é da competência do director de finanças da área do domicílio fiscal do sujeito passivo, sem faculdade de delegação.

7- Da decisão de avaliação da matéria colectável pelo método indirecto constante deste artigo cabe recurso para o tribunal tributário, com efeito suspensivo, a tramitar como processo urgente, não sendo aplicável o procedimento constante dos artigos 91º e seguintes.

8- Ao recurso referido no número anterior aplica-se, com as necessárias adaptações, a tramitação prevista no artigo 146ºB do Código de Procedimento e de Processo Tributário.

9- Para a aplicação dos nºs 3 a 4 da tabela, atende-se ao valor médio de mercado, considerando, sempre que exista, o indicado pelas associações dos sectores em causa.

O julgamento do Tribunal Constitucional abordou o alcance do artigo 89 salientando a importância da “avaliação indirecta” nos casos em que a Fazenda está autorizada a proceder sob esta espécie de lançamento, pois ela permite a inversão do ónus da prova para que, nestes casos, o contribuinte demonstre a realidade da situação que permita a aferição direta, *verbis*:

Verificada a ocorrência de uma das duas previsões constantes do nº 1, ao contribuinte é dada oportunidade de se pronunciar, nos termos da alínea d) do nº 1 do artigo 60º da LGT. Mas inverte-se o ónus da prova, pois deixa de valer a presunção de veracidade da sua declaração, se a tiver efectuado (artigo 75º, nº 2, alínea d)). Sobre ele recairá então o ónus de provar que os rendimentos declarados correspondem à realidade e que é outra a fonte das

manifestações de fortuna evidenciadas (nº 3 do artigo 89º-A), não gerando rendimentos tributáveis em sede de IRS.

Não logrando o sujeito passivo efectuar essa prova, apurar-se-á a matéria colectável pelo método indirecto constante do nº 4 do artigo 89º-A, a menos que a aplicação dos critérios do artigo 90º permita à Administração fixar rendimento superior.

A proposta de alteração realizada por meio do artigo 2º do Decreto 139/X objetivava incluir o 'número 10' ao artigo para determinar que a partir da constituição definitiva do crédito tributário, nos casos em que o contribuinte fosse funcionário ou titular de cargo sob tutela de entidade pública, dever-se-ia, além de ser comunicado ao Ministério Público, proceder-se na comunicação do órgão ao qual o fiscalizado é vinculado para averiguação funcional, nos seguintes termos:

«Artigo 2º Aditamento à Lei Geral Tributária: É aditado um nº 10 ao artigo 89º-A da Lei Geral Tributária, aprovada pelo DecretoLei nº 398/98, de 17 de Dezembro, na redacção actual, com a seguinte redacção:

“Artigo 89º-A. [...]10º decisão de avaliação da matéria colectável com recurso ao método indirecto constante deste artigo, após tornar-se definitiva, deve ser comunicada pelo director de finanças ao Ministério Público e, tratando-se de funcionário ou titular de cargo sob tutela de entidade pública, também à tutela deste para efeitos de averiguações no âmbito da respectiva competência.”

10º - A decisão de avaliação da matéria colectável com recurso ao método indirecto constante deste artigo, após tornar-se definitiva, deve ser comunicada pelo director de finanças ao Ministério Público e, tratando-se de funcionário ou titular de cargo sob tutela de entidade pública, também à tutela deste para efeitos de averiguações no âmbito da respectiva competência.»

O questionamento realizado pelo Presidente da República na propositura da Ação foi no sentido de verificar se esta nova determinação legal respeitava o que determina o artigo 13 da Lei Fundamental ou incidiria em inconstitucionalidade ao dispensar tratamento diferenciado para funcionários públicos⁸ por possível quebra da Isonomia.

Para o julgamento da causa o Tribunal Constitucional Luso argumentou que no estrito âmbito da relação tributária, o que se busca é uma absoluta paridade de tratamento dos funcionários públicos em relação aos demais contribuintes no que tange a possibilidade da aferição indireta.

⁸ Os fundamentos do Presidente da República para propositura da ação foram os seguintes: «Trata-se de uma disposição que suscita fundadas dúvidas de constitucionalidade, em face do artigo 13º da Lei Fundamental, uma vez que estabelece para os funcionários ou titulares de cargos sob tutela de entidade pública, na sua mera qualidade de contribuintes, um regime distinto do aplicável aos demais cidadãos, sem que pareça existir um fundamento material bastante para tal diferenciação.»

Nesse sentido, o método de aferição indireta é apurável de igual forma tanto para funcionários públicos como para qualquer outro cidadão, pois o 'destinatário da norma é o contribuinte, sem qualquer especificação qualificativa de uma certa categoria de sujeitos. A aplicação do regime está apenas situacionalmente condicionada, pois depende exclusivamente de uma certa conduta do contribuinte (quem quer que ele seja)'.

Para análise do respeito ao princípio da igualdade como limite objetivo da discricionariedade legislativa, o Tribunal Constitucional utilizou como premissa amparo no precedente AC 409/99 daquele mesmo tribunal no qual foi expresso como limite objetivo de discricionariedade legislativo a razoabilidade, também entendida como justificação racional e razoável da finalidade da norma, no seguinte sentido:

«Na verdade, o princípio da igualdade, entendido como limite objectivo da discricionariedade legislativa, não veda à lei a adopção de medidas que estabeleçam distinções. Todavia, proíbe a criação de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, isto é, desigualdades de tratamento materialmente não fundadas ou sem qualquer fundamentação razoável, objectiva e racional.»⁹

Buscando amparo doutrinário para fundamentar a decisão, o Tribunal Constitucional citou os professores GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, os quais estabelecem critérios objetivos para se aferir se as diferenciações de tratamento são realizadas de forma legítima.

Nesse sentido, a doutrina fixou quatro requisitos a serem atendidos cumulativamente, quais sejam: a) existência de distinção objetiva de situações; b) o respeito ao disposto no artigo 13º, nº 2 da Constituição da República Portuguesa¹⁰, o qual é norma geral de Igualdade que veda discriminação amparada em raça; religião; língua; convicção política, entre outros; c) que tenham um fim legítimo segundo o ordenamento constitucional positivo; d) se revelem necessárias, adequadas e proporcionadas à satisfação do seu objectivo¹¹.

Partindo para análise do caso concreto, argumentou o Plenário que todos os quatro requisitos estariam preenchidos, sob a seguinte argumentação:

a. A situação objetiva estaria caracterizada pois o titular em cargo público estaria em situação especial uma vez que a omissão de rendimento poderia advir do exercício de sua função pública, cabendo à Administração proceder em averiguações.

⁹ PORTUGAL. *Tribunal Constitucional Português*. AC 413/07, p. 4

¹⁰ O nº 2 refere-se ao artigo 13º da Constituição da República: "Princípio da igualdade 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual".

¹¹ *Apud* GOMES CANOTILHO, José; VITAL Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4. ed., Coimbra, 2007, 340.

b. Não haveria qualquer discriminação na forma prevista no artigo 13º da Constituição Portuguesa;

c. O objetivo seria relevante diante da busca de se evitar corrupção, possuindo amparo, inclusive, no artigo 266 da Constituição da República;

d. Por fim, procedeu o Tribunal Constitucional na análise do cumprimento do princípio da proporcionalidade no que tange à necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que a adequação já estaria demonstrada no objetivo relevante. Em relação à esta análise colaciona-se a formulação lógica do TC:

Já oferece maior problematidade a apreciação do respeito pelo princípio da proporcionalidade, nas suas três projecções. Se a observância da adequação não levanta dúvidas legítimas, poderá questionar-se se a medida é necessária e proporcionada, em sentido estrito. Quanto ao primeiro aspecto, dir-se-á que a comunicação ao Ministério Público, sempre exigível, já assegura suficientemente a prossecução dos fins visados, tornando dispensável a comunicação também ao órgão de tutela.

E é, na verdade, certo que, estando em causa eventuais ilícitos criminais, a intervenção do Ministério Público é ou torna-se sempre necessária, por ele devendo decorrer as averiguações a levar a cabo. Mas, a participação do órgão de tutela pode justificar-se por uma razão diferente: tirar, no plano da organização interna dos serviços, consequências dessa situação e desencadear as medidas que se entendam apropriadas.

Por outro lado, convém não esquecer que poderão ter que ser averiguadas práticas do foro exclusivamente disciplinar. Será o caso, por exemplo, do exercício cumulativo de outras funções remuneradas ou lucrativas, quando proibidas ou não autorizadas.

No que diz respeito ao critério da justa medida, poderá dizer-se que a simples abertura de averiguações é de molde a causar incómodos, sendo certo que pode ficar suficientemente comprovada a total licitude da situação. Mas esse é um ónus que não se afigura excessivo, tendo também em conta que ele resulta da atitude omissiva do próprio sujeito, ao não fornecer à Administração tributária prova bastante da fonte dos seus meios de fortuna, nos termos do nº 3 do artigo 89º-A da LGT.

Com amparo nesses critérios, demonstrados com uma clareza exemplar, o Tribunal Constitucional em sessão plenária declarou que a norma sob análise não viola o princípio da igualdade.

Em divergência, os ministros Mário José de Araújo Torres, Carlos Fernandes Cadilha, João Cura Mariano e Carlos Pamplona de Oliveira entenderem ser inconstitucional a discriminação argumentando que os âmbitos de proteção (tributária e funcional) são completamente distintos e que não haveria justificativa para o contribuinte nesta condição sofrer uma dupla penalização unicamente em razão da função que exerce. Esse entendimento foi vencido.

1.2 Apreciação da Constitucionalidade das Normas Constantes do artigo 3º do Decreto nº 139/X da Assembleia da República

Superada a análise do artigo 2º do Decreto 139 da Assembleia da República, o órgão julgador passou para a análise do artigo 3º, mediante o qual se buscava modificar os artigos 69 e 110 do Código de Procedimento e de Processo tributário para que, nos casos em que o contribuinte apresentasse reclamação graciosa ou impugnação judicial em relação à crédito constituído, estaria a administração pública autorizada a proceder no levantamento do sigilo bancário, nos seguintes termos:

«Artigo 3º

Alteração ao Código de Procedimento e de Processo Tributário

Os artigos 69º e 110º do Código de Procedimento e de Processo Tributário, aprovado pelo Decreto-Lei nº 433/99, de 26 de Outubro, na redacção actual, passam a ter a seguinte redacção:

Artigo 69º

[...]

2- O direito de o órgão instrutor ordenar as diligências referidas na alínea e) do número anterior pode compreender, sempre que fundamentadamente se justifique face aos factos alegados pelo reclamante e independentemente do seu consentimento, o acesso à informação e documentos bancários relativos à situação tributária objecto de reclamação.

3- Para efeitos do número anterior, o órgão instrutor procede à notificação das instituições de crédito, sociedades financeiras e demais entidades, instruída com a decisão de acesso à informação e documentos bancários, as quais devem facultar os elementos solicitados no prazo de dez dias úteis.»

«Artigo 110º

[...]

2- A prova adicional a que se refere o número anterior pode compreender, sempre que se justifique face aos factos alegados pelo impugnante e independentemente do seu consentimento, o acesso à informação e documentos bancários relativos à situação tributária objecto da impugnação.

3- Para efeitos do disposto no número anterior as instituições de crédito, sociedades financeiras e demais entidades devem facultar os elementos no prazo de 10 dias úteis, sendo o prazo de 90 dias do nº 1 ampliado nessa medida.

A redacção original dos citados artigos 69º e 110º do CPPT é a seguinte:

«Artigo 69º

Regras fundamentais

São regras fundamentais do procedimento de reclamação graciosa:

- a) Simplicidade de termos e brevidade das resoluções;
- b) Dispensa de formalidades essenciais;
- c) Inexistência do caso decidido ou resolvido;
- d) Isenção de custas;

e) Limitação dos meios probatórios à forma documental e aos elementos oficiais de que os serviços disponham, sem prejuízo do direito de o órgão instrutor ordenar outras diligências complementares manifestamente indispensáveis à descoberta da verdade material;

f) Inexistência do efeito suspensivo, salvo quando for prestada garantia adequada nos termos do presente Código, a requerimento do contribuinte a apresentar com a petição, no prazo de 10 dias após a notificação para o efeito pelo órgão periférico local competente.»

«Artigo 110º

Contestação

1- Recebida a petição, o juiz ordena a notificação do representante da Fazenda Pública para, no prazo de 90 dias, contestar e solicitar a produção de prova adicional, sem prejuízo do disposto na parte final do nº 5 do artigo 112º.

2- O juiz pode convidar o impugnante a suprir, no prazo que designar, qualquer deficiência ou irregularidade.

3- O representante da Fazenda Pública deve solicitar, no prazo de três dias, o processo administrativo ao órgão periférico local da situação dos bens ou da liquidação, mas esse expediente não interfere no prazo da contestação previsto no nº 1.

4- Com a contestação, o representante da Fazenda Pública remete ao tribunal, para todos os efeitos legais, o processo administrativo que lhe tenha sido enviado pelos serviços.

5- O juiz pode, a todo o tempo, ordenar ao serviço periférico local a remessa do processo administrativo, mesmo na falta de contestação do representante da Fazenda Pública.

6- A falta de contestação não representa a confissão dos factos articulados pelo impugnante.

7- O juiz aprecia livremente a falta de contestação especificada dos factos.»

O objeto de julgamento é em relação a conformidade da norma com o disposto nos artigos 2º¹², 18º¹³, 20º¹⁴, 26º¹⁵, nº 1, 52º¹⁶, 266º¹⁷ e 268º¹⁸ da CRP enfrentando a apreciação dos seguintes temas:

¹² Artigo 2º. Estado de direito democrático: A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

¹³ Artigo 18º. Força jurídica: 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

¹⁴ Artigo 20º. Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva: 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não

- i) Direito à reserva da intimidade da vida privada (artigo 26º, nº 1, da CRP);
- ii) Direito à tutela jurisdicional efetiva, uma das dimensões do conteúdo do artigo 20º da Constituição, entendido como corolário do princípio do Estado de direito, consagrado no artigo 2º;
- iii) Direito de reclamação (artigo 52º da CRP) e direito de os administrados impugnarem judicialmente quaisquer actos administrativos que os lesem (artigo 268º, nº 4, da Lei Fundamental);
- iv) Princípio da proporcionalidade (artigos 2º e 18º, nº 2, da CRP) e
- v) Princípio da boa fé da Administração, contido no artigo 266º da CRP.

Para o julgamento do caso, o Tribunal Constitucional promoveu, inicialmente, uma análise do regime de acesso à informação protegida por sigilo bancário pela Administração Fiscal.

podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. 3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

¹⁵ *Artigo 26º.* Outros direitos pessoais: 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

¹⁶ *Artigo 52º.* Direito de petição e direito de acção popular: 1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e, bem assim, o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação.

¹⁷ *Artigo 266º.* Princípios fundamentais: 1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

¹⁸ *Artigo 268º.* Direitos e garantias dos administrados: 1. Os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas. 2. Os cidadãos têm também o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas. 3. Os actos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, na forma prevista na lei, e carecem de fundamentação expressa e acessível quando afectem direitos ou interesses legalmente protegidos. 4. É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas. 5. Os cidadãos têm igualmente direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos. 6. Para efeitos dos nºs 1 e 2, a lei fixará um prazo máximo de resposta por parte da Administração.

Nesse sentido, foi exposto que o sigilo bancário em Portugal encontra-se contemplado como dever de segredo profissional, protegido nos artigos 78^{o19} a 84^{o20} do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras. A primeira exceção ao dever de observância do sigilo bancário é a dispensa voluntária desse dever mediante autorização do cliente transmitida à instituição bancária (artigo 79^o, n^o 1 do RGICSF). Para além dessa hipótese a lei prevê um conjunto de situações de dispensa legal do dever de sigilo e até de imposição do dever legal de informar.²¹

Refere-se que ao longo do tempo as derrogações ao sigilo bancário foram se ampliando: “primeiro, em benefício do Banco de Portugal e da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, enquanto autoridades de supervisão (Decreto Lei n^o 298/92, que estabeleceu o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras); mais tarde, em prol da Administração tributária, embora circunscrito ao necessário para preparar o relatório de inspeção tributária, quando pedida por iniciativa do contribuinte (DecretoLei n^o 6/99, de 8 de Janeiro); depois, em benefício das autoridades judiciais, no âmbito do combate ao branqueamento de capitais (Decreto Lei n^o 313/93, de 15 de Setembro), ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas (Decreto-Lei n^o 15/93, de 22 de Janeiro), à criminalidade organizada e à criminalidade económica (Lei n^o 5/2002, de 11 de Janeiro)

Segundo o julgado, foi com as alterações decorrentes da Lei n^o 30G/2000 que foram introduzidas novas possibilidades de acesso a informações protegidas pelo segredo bancário por determinação direta da Administração tributária, quais sejam:

- a) Acesso sem prévia autorização judicial e sem solicitar previamente a colaboração do contribuinte, quando existam: i) indícios da prática de crime em matéria tributária; ii) factos concretamente identificados, indiciadores da falta de veracidade do declarado (n^o 1 do artigo 63^oB da LGT);

¹⁹ *Artigo 78º DA RGICSF.* 1. Os membros dos órgãos de administração ou fiscalização das instituições de crédito, os seus colaboradores, mandatários, comissários e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional não podem revelar ou utilizar informações sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços. 2. Estão, designadamente, sujeitos a segredo os nomes dos clientes, as contas de depósito e seus movimentos e outras operações bancárias. 3. O dever de segredo não cessa com o termo das funções ou serviços <<https://www.bportugal.pt/pt-PT/Legislacao/enormas/Documents/RegimeGeral.pdf>>.

²⁰ *Artigo 84º da RGICSF.* Violação do dever de segredo Sem prejuízo de outras sanções aplicáveis, a violação do dever de segredo é punível nos termos do Código Penal.

²¹ Importa observar que no Brasil o Sigilo Bancário era considerado como dever de segredo profissional no Código Comercial brasileiro de 1850 (Lei n^o 556/50) que pela primeira vez regulamentou-se de forma expressa a proibição da revelação pelos comerciantes dos dados de seus clientes a qualquer autoridade e sob qualquer fundamento. incluindo-se nesta hipótese os Bancos e a conta bancária de seus depositantes.

b) Acesso sem prévia autorização judicial, após recusa de exibição ou de autorização para consulta e após audiência prévia do contribuinte, nos casos tipificados nas alíneas dos n^{os} 2 e 3 do artigo 63ºB (artigo 63ºB, n^{os} 2, 3 e 5, da LGT);

c) Acesso com prévia autorização judicial no caso de informação bancária relativa a familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte (nº 8 do artigo 63ºB).

Da leitura dos dispositivos verifica-se que antes mesmo da alteração pretendida pelo Decreto 139/X a Autoridade Administrativa poderia quebrar o sigilo bancário desde que visualizasse as situações objetivas descritas na norma e, cumulativamente, preenchesse os seguintes requisitos:

a. fundamentasse sua decisão “com expressa menção dos motivos concretos que as justificam”²²;

b. audiência prévia do contribuinte visado (com exceção dos casos previstos no nº 1 do artigo 63ºB em que se permite um acesso direto e imediato);²³

c. competência exclusiva do diretor geral dos Impostos ou do diretor geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo ou dos seus substitutos legais para tomarem este tipo de decisão (sem possibilidade de delegação)²⁴;

d. possibilidade de recurso judicial da decisão, através do meio processual urgente previsto no artigo 146ºB do CPPT que, embora só tenha efeito suspensivo nos casos do nº 3 do artigo 63ºB, conduz, nos casos de deferimento do recurso, à impossibilidade de utilização dos elementos de prova entretanto obtidos em desfavor do contribuinte n^{os} 5 e 6 do artigo 63ºB.

O artigo sob análise, por sua vez, pretende implementar duas novas formas de escrutínio do Sigilo Bancário, quais sejam, no âmbito administrativo em caso de apresentação de reclamação graciosa²⁵, e no processo judicial que tenha como objeto impugnação de ato tributário²⁶, sendo que na ocorrência

²² Nº 4 do artigo 63ºB.

²³ Nº 5 do artigo 63ºB.

²⁴ Nº 4 do artigo 63ºB.

²⁵ A reclamação graciosa equipara-se à impugnação administrativo do processo administrativo fiscal brasileiro regulamentada pelo Decreto 70.235 e, segundo o Tribunal Constitucional, se caracteriza por ser um procedimento simples e breve (artigo 69º, alínea a), no qual o órgão instrutor pode ordenar “outras diligências complementares manifestamente indispensáveis à descoberta da verdade material” (alínea e) do mesmo artigo. Assim, a reclamação graciosa desencadeada pelo contribuinte destina-se a obter uma reanálise de uma certa situação pela Administração fiscal e é uma via normal de resolução de um litígio entre esta e o sujeito passivo do imposto. Ou seja, através deste procedimento, o contribuinte pretende obter a anulação (extrajudicial) de atos tributários com fundamento em eventual qualificação e quantificação dos rendimentos, lucros, valores patrimoniais e outros factos tributários ter sido realizada de forma errônea, legalmente exigida na preterição de outras formalidades legais (artigo 99º, aplicável por força do artigo 70º, nº 1, do CPPT). Além disso, há casos em que impugnação judicial é obrigatoriamente precedida de reclamação.

²⁶ O processo de impugnação judicial visa a eliminação (anulação, declaração de nulidade ou de inexistência) de atos tributários equiparando-se à nossa Ação Anulatória.

de qualquer dos casos ficaria automaticamente facultado à Administração fiscal acessar diretamente a informação coberta pelo sigilo bancário, salvo os casos em que o sigilo bancário não guarde relação com o caso.

Assim, enquanto as situações anteriores estavam relacionadas diretamente a uma investigação da Autoridade administrativas, as novas formas de derrogação decorreriam de uma impugnação do contribuinte em âmbito administrativo ou em âmbito judicial. Além disso, o simples manejo dos referidos recursos seria elemento suficiente para permitir a quebra do sigilo bancário para permitir contestação da Fazenda.

Ademais, enquanto na redação anterior se permitia o acesso ao sigilo bancário apenas pelo diretor geral da Fiscalização, no caso sub judice tal permissivo abrangeria os órgãos periféricos, a quem caberia a instrução da reclamação ou defesa judicial.

Uma vez esclarecidas as modificações pretendidas pela novel norma o TC a analisar os fundamentos do sigilo bancário em Portugal.

Nesse sentido, foi demonstrado que o instituto existia antes mesmo da moderna concepção de direitos fundamentais pois trata-se de característica essencial na atividade bancária. Ao longo dos anos, o sigilo bancário foi recebendo novo tratamento para filiar-se à tutela da privacidade. Foi nesse momento que o instituto do sigilo bancário 'rompeu as fronteiras da relação contratual banqueiro-cliente para assumir uma dimensão e implicação jurídico-constitucionais'.

Na Constituição da República de Portugal o direito à privacidade consta classificado sob o amparo do artigo 26º, nº 1 sendo objeto do julgamento a análise se o segredo bancário recai no referido âmbito e assim marca a oponibilidade à Administração Pública.

Segundo o relator, para o julgamento das três manifestações em que se fraciona o conteúdo do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar – direito à solidão, direito ao anonimato, e autodeterminação informativa – é esta última a sua expressão mais relevante, e aquela que particularmente interessa quando está em causa o estatuto constitucional do sigilo bancário.

“Por autodeterminação informativa poderá entender-se o direito de subtrair ao conhecimento público factos e comportamentos reveladores do modo de ser do sujeito na condução da sua vida privada. Compete a cada um decidir livremente quando e de que modo pode ser captada e posta a circular informação respeitante à sua vida privada e familiar. Mas a determinação do domínio de reserva do sujeito, como objecto desse direito, não é tarefa fácil, dada a dificuldade de delimitação precisa do que seja a “vida privada”.

Indicativamente se pode argumentar que o conceito cobre a esfera de vida de cada ser que deve ser resguardada do “público”, como condição de plena realização da identidade própria e de salvaguarda da integridade e da dignidade pessoais.

Buscando amparo na doutrina, o eminente relator citou ALBERTO LUÍS, no sentido de que “uma esfera privada de ordem económica, também é merecedora de tutela” pois em razão da utilização massiva dos cartões de crédito pela utilização de cartões de crédito e de débito – o chamado “dinheiro de plástico” – a quebra do sigilo pode propiciar um retrato fiel e acabado da forma de condução de vida, na esfera privada, do respectivo titular.

Tendo encaminhado posicionamento de que “uma conta corrente pode constituir ‘a biografia pessoal em números’ do contribuinte”²⁷ o relator concluiu que o sigilo bancário cabe no âmbito de proteção do direito à reserva da vida privada consagrado no artigo 26º, nº 1, da Constituição da República.

Por outro lado, enfatizou que o sigilo bancário não é abrangido pela tutela mais íntima da personalidade, mas da “vida de relação”.

Superada a classificação como direito fundamental passou o relator a analisar a sua eficácia e limites demonstrando a necessidade de ponderação no seu sacrifício de acordo na doutrina mais abalizada.

Assim, referiu que para essa ponderação, na lição de CANARIS²⁸, há que levar em conta, não só a relação hierárquica abstrata entre os bens em conflito, mas também “o peso concreto dos bens e interesses envolvidos”. Sendo que no caso, a partir da derrogação do sigilo bancário por parte da Administração fiscal institui-se um alargamento do círculo de pessoas que tomam conhecimento dos dados protegidos (ainda que se trate de pessoas obrigadas a guardar segredo), com “o inerente risco de este mais facilmente poder vir a ser violado”. Não obstante, é absolutamente certo que, em caso de levantamento do sigilo bancário pela Administração, o sigilo fiscal “deixa salvaguardado o conteúdo essencial tanto do direito à privacidade da vida privada e familiar dos contribuintes como da dinâmica da actividade bancária”²⁹.

Concluiu, assim, que não só o sigilo bancário cobre uma zona de segredo francamente susceptível de limitações, como a sua quebra por iniciativa da Administração tributária representa uma lesão diminuta do bem protegido.

Pelo lado da Administração Pública, a intenção de sacrifício do interesse estaria motivada em relevantíssimo interesse que é a manutenção do Estado, fonte inclusive de promoção dos direitos e garantias fundamentais Assim, na prossecução dos valores de justiça e equidade que informam a constituição fiscal, caberia ao contribuinte, ao menos, não deixar de se olvidar do dever de cooperação com a Administração Pública.

Assim, segundo o relator, a isonomia, refletida na distribuição equitativa da carga fiscal capacita a Administração para realizar uma investigação tributária que não poderia ser limitada pelo sigilo bancário.

²⁷ PISÓN CAVERO. *El Derecho a la Intimidade en la Jurisprudência Constitucional*. Madrid, 1993, 179 apud PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. AC 413/07.

²⁸ CANARIS, Wilhem. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Port. de Ingo Sarlet e P. Mota Pinto, Coimbra, 2003, 112 s.

²⁹ Apud CASALTA NABAIS. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra, 1997, 619.

Para ponderação destes princípios o relator propôs a seguinte questão:

17.2. A primeira questão que urge apreciar é a de saber se o pressuposto base da derrogação do sigilo bancário prevista no artigo 3º do Decreto 139/X da Assembleia da República – a iniciativa do contribuinte em apresentar reclamação graciosa ou impugnação judicial do acto tributário – só por si, e independentemente dos demais contornos do regime legal, fere ou não de morte a conformidade constitucional das disposições constantes daquele artigo.

Na verdade, se a abertura do sigilo bancário é um mal para o titular da posição atingida (até, eventualmente, por razões alheias à relação tributária), pode dizer-se que a ligação dessa consequência prejudicial àquelas iniciativas de defesa tem um efeito desincentivador à sua prática. Para evitar a provável perda do sigilo, o contribuinte retrair-se-á de acionar essas garantias impugnatórias, por mais fundadas que, a seus olhos, sejam as razões que lhe assistem.

Deste modo, é a própria lei que cria um contramotivo ao exercício de direitos básicos do administrado, também eles direitos fundamentais: no que se refere à impugnação administrativa, o de apresentar reclamações para defesa dos seus direitos; no que toca à impugnação judicial, o de tutela jurisdicional efectiva (artigo 20º), a implicar, além do mais, a conformação do processo de forma equitativa (nº 4 do mesmo artigo). Como garantia de defesa dos direitos e interesses do administrado, essa tutela abrange, nos termos do nº 4 do artigo 268º, «(...) a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem (...)», pelo que também esta garantia é afectada.

A posição adotada parte, então, não mais apenas para análise da privacidade, pois em relação à mesma seria possível, por meio de justificativa relevante proceder no sacrifício do direito fundamental, mas na observação de que a inclusão legislativa causa um malefício no momento em que a Administração fiscal, durante a instrução que deu origem ao ato impugnado, não dispunha do poder de acesso direto a dados bancários – salvo nas hipóteses do artigo 63ºB da LGT – sendo que em hipótese de exercício do direito de reclamação ou impugnação, unicamente por esse fato, passaria a administração a deter um poder de acesso que anteriormente lhe estava negado, a pretexto da prossecução da verdade material a que já anteriormente estava vinculada.

Assim, em razão do prejuízo causado ao contribuinte pelo mero exercício da ampla defesa, a norma conflita com o princípio do processo equitativo (nº 4 do artigo 20º da CRP), pois, nas palavras do relator, “na verdade, houve uma decisão administrativa cuja validade está a ser sindicada por um tribunal e o que se verifica é que, em sede de contestação aos vícios que o requerente imputa a essa decisão, a Administração ganha novos poderes administrativos, que depois pode fazer frutificar, a seu ganho, no processo judicial a decorrer. Para isso, é lhe inclusivamente concedido um prazo suplementar de contestação

(nº 3, *in fine*, do artigo 110º do CPPT, na redacção dada pelo artigo 3º do Decreto nº 139/X)”.
Diante deste quadro normativo, entendeu o Tribunal Constitucional que os artigos 2º, e os seus corolários: artigo 20º, nº 1 e nº 4, e 268º, nº 4, da Constituição da República mostraram-se violados, pois “em face deste regime, o contribuinte perde, de imediato, e em bloco, aquilo que, ao fim e ao cabo, aquele direito lhe visava assegurar: o controlo sobre o fluxo informativo concernente a dados da sua esfera pessoal que se caracteriza por ser um dilema constitucionalmente inaceitável, qual seja: ou corre o risco forte de perder a reserva sobre a sua privacidade, ou perde um instrumento importante de defesa dos seus direitos e interesses. Em vez de uma limitação harmónica e equilibrada das duas posições, permitindo a preservação simultânea do essencial das vantagens que elas propiciam, aquelas alterações “forçam” o contribuinte a uma opção entre uma ou outra.

Refere-se que o Ministro GIL GALVÃO divergiu deste posicionamento, fundamentando que o sigilo bancário não compreende uma esfera de intimidade e que nesse sentido a sua derrogação, na verdade, privilegiaria um processo equitativo e eficiente pela busca da verdade material, entretanto não houveram filiações ao seu entendimento.

O ministro Vítor Gomes também se pronunciou no sentido de que a garantia apenas teria sentido se direccionada às pessoas individuais e não aos entes coletivos acabando vencido também neste julgamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: BREVE PARALELO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É possível verificar que no julgamento realizado pelo Tribunal Constitucional Português as normas consideradas inconstitucionais, apesar de abordarem o direito fundamental à privacidade, deixaram evidenciado que este direito pode ser relativizado desde que a legislação determine critérios objetivos razoáveis e que não incidam em discriminação.

Refere-se que o mesmo Tribunal Constitucional reconheceu no AC nº 278/95³⁰, que «está (...) em condições de afirmar que a situação económica do cidadão, espelhada na sua conta bancária, incluindo as operações activas e passivas nela registadas, faz parte do âmbito de protecção do direito à reserva da intimidade da vida privada, condensado no artigo 26º, nº 1, da CRP, surgindo o segredo bancário como um instrumento de garantia deste direito”.

Assim, o afastamento do sigilo bancário deverá ser interpretado como sacrifício de direito passível de se passar pelo crivo do princípio da proporcionalidade³¹, nos termos expostos por Brendão Pinheiro no julgamento

³⁰ PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Ac 278/95. Publicado no DR II Série de 28.07.1995. www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em: 24 nov. 2014.

³¹ O qual restou consolidado na LGT Portuguesa no artigo 55: A administração tributária exerce as suas atribuições na prossecução do interesse público, de acordo com os princípios da legalidade,

pelo SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO na oportunidade do julgamento do AC 0277/06, *verbis*: “Em súmula, se o direito ao sigilo bancário não é imune a restrições, estas só se admitem em nome da prossecução de outros direitos ou interesses de igual ou superior valor; e hão-de respeitar um princípio de proporcionalidade, de modo a evitar o esvaziamento do conteúdo essencial do direito e a assegurar um equilíbrio entre a medida do sacrifício imposto aos direitos e interesses em questão”³².

No Brasil, em razão de não se estar vinculado diretamente à União Europeia, a pressão pela derrogação do sigilo bancário em sistemática uniforme com os países daquele continente ainda não entrou em pauta sendo que o mesmo restou garantido no artigo 5º, X e XII da Constituição Federal, ao se enquadrar como subcategoria ao sigilo garantido às correspondências, comunicação telegráficas de dados e de comunicação telefônica, sendo reconhecido como tal pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL³³, pela doutrina³⁴ e pelo legislador ordinário³⁵.

O texto constitucional contido no artigo 5º, XII estabelece textualmente:

“Art. 5º³⁶ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XII- é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem

da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da celeridade, no respeito pelas garantias dos contribuintes e demais obrigados tributários. Disponível em: <http://info.portal.das.financas.gov.pt/NR/rdonlyres/87CAB3CA-4ED1-411A-9BDE-3E9725C24F21/0/LGT_01_2014.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2014.

³² PORTUGAL. *Supremo Tribunal Administrativo*. Processo 277/06. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/f93c2fdda9fef0fa8025715e00503a4c?OpenDocument&Highlight=0,0277%2F06>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

³³ Ministro Maurício Corrêa cita os seguintes precedentes: MS nº 1.047-SP e nº 1.959-DF: RHC nº 31.611, Rel. designado Min. Afrânio Costa, j. em 25.07.1951, DJU de 28.09.1953, p. 2.880 (apenso ao nº 222); MS nº 2.172, Rel. Min. Nélson Hungria, j. em 10.07.1953, DJU de 05.01.1954; RMS nº 2.574-MG, Rel. Min. Villas Boas, j. em 10.07.1957, RTJ 2/429; RMS nº 9.057-MG, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. em 13.09.1961, RTJ 20/84; RMS nº 1.5925-GB, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. em 20.05.1966, RTJ 37/373; AG 40.883-GB, Rel. Min. Hermes Lima, j. em 10.11.1967, DJU de 06.03.1968; RE nº 71.640-BA, Rel. Min. Djaci Falcão, j. em 17.09.1971, RTJ 59/571; RE nº 82.700-SP, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. em 11.11.1975, RTJ 76/655; MS nº 21.172-AM, Rel. Min. Soares Nuños, j. em 27.09.1978, DJU de 20.10.1978; RE 94.608-SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. em 06.04.1984, RTJ 110/196; AG (AgRg) nº 115.469-1/SP, Rel. Min. Rafael Mayer, j. em 28.11.1986, DJU de 12.12.1986; HC nº 66.284-MG, Rel. Min. Carlos Madeira, j. em 24.05.1988, RTJ 127/891; HC 67.913-SP.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 396.

³⁵ A Lei nº 4.595/64 que regula o Sistema Financeiro foi recepcionada pela CF de 1988 com status de Lei Complementar e em seu artigo 38 garante o direito ao sigilo bancário.

³⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jun. 2014.

judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

No âmbito do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL o Ministro CELSO DE MELLO já havia sustentado acerca do sigilo bancário entendimento similar, no sentido de que “Trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, X), cuja proteção normativa busca erigir e reservar, em favor do indivíduo – e contra a ação expansiva do arbítrio do Estado – uma esfera de autonomia inatingível e indevassável pela atividade persecutória do Poder Público, apta a inibir e a vedar o próprio acesso dos agentes governamentais”³⁷.

Nesse mesmo julgamento, o Ministro CARLOS VELLOSO, posicionou-se no seguinte sentido:

“A relevância do direito ao sigilo bancário – que traduz, na concreção de seu alcance, uma das projeções realizadoras do direito à intimidade impõe, por isso mesmo, cautela e prudência ao Poder Judiciário na determinação da ruptura da esfera de privacidade individual, que o ordenamento jurídico, em norma de salvaguarda pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional (CF, art. 5º, X)”.

CELSO RIBEIRO BASTOS³⁸, de uma forma mais direta, afirma que “a vida do homem pode ser escrita a partir de seu talão de cheques e, nas sociedades mais avançadas, dos cartões de crédito e magnéticos”.

Uma vez esclarecida a positivação constitucional que garante o Sigilo Bancário como direito fundamental impõe-se esclarecer que, mesmo possuindo normatividade não é possível se sustentar como direito absoluto. O próprio Ministro CELSO DE MELLO, na oportunidade do julgamento MS nº 23.669-DF, salientou que “o sigilo bancário não tem caráter absoluto, deixando de prevalecer, por isso mesmo, em casos excepcionais, diante da exigência imposta pelo interesse público”³⁹.

A doutrina sustenta em relação aos limites dos direitos fundamentais, conforme magistério do professor INGO WOLFGANG SARLET, que apesar de serem os bens tutelados de maior importância nas cartas Constitucionais, não são absolutos, no sentido de serem “absolutamente blindados contra qualquer tipo de restrição em sua esfera subjetiva e objetiva, e nenhuma ordem

³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição 557-DF. Relator Ministro Carlos Velloso. Requerente Delegado da Polícia Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1533475>. p. 26. Acesso em: 10 jul. 2014.

³⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *As Tendências do Direito Público no Limiar de um Novo Milênio*. Saraiva, p. 386.

³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 23.669-DF. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+23669%2E+NUMERO%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/b59wvjx>. Acesso em: 10 jul. 2014.

jurídica pode protegê-los de maneira ilimitada”.⁴⁰ Nesse sentido, sustenta o autor⁴¹ acerca da garantia à privacidade como Direito Fundamental nos seguintes termos:

“Assim como os demais direitos pessoais, também o direito à privacidade não se revela ilimitado e imune a intervenções restritivas. Todavia, ao não prever, para a privacidade e intimidade, uma expressa reserva legal, além de afirmar que se cuida de direitos invioláveis, há que reconhecer que a Constituição Federal atribuiu a tais direitos um elevado grau de proteção, de tal sorte que uma restrição apenas se justifica quando necessária a assegurar a produção de outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente relevantes (no caso, portanto, de uma restrição implicitamente autorizada pela Constituição Federal), de tal sorte que é em geral na esfera dos conflitos com outros direitos que se pode, em cada caso, avaliar a legitimidade constitucional da restrição.”

A primeira restrição expressa que encontra o direito ao Sigilo Bancário é de ordem legislativa, na LC 105/01, a qual prevê que não constitui quebra de sigilo o dever das instituições financeiras prestar informações à Receita Federal do Brasil das movimentações realizadas pelos contribuintes mensalmente, nos termos regulados pelo Decreto 4.489/02. Em relação a essas determinações, cumpre destacar que estão pendentes de julgamento no STF as ADIs 2.386, 2.389, 2.390, 2.397, 2.406 e 2.859-6, as quais, na oportunidade de seu julgamento abordarão novamente o tema tratado neste artigo, fato que demonstra a importância de aprofundamento do tema.

Uma vez reconhecido o sigilo bancário como direito fundamental constitucionalmente positivado, especifica-se que seus limites serão “toda ação ou omissão que dificulte, reduza ou elimine a sua proteção, que afete o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminua os deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo)”⁴².

Enquanto se aguarda o julgamento das ADIs 2.386, 2.389, 2.390, 2.397, 2.406 e 2.859-6 pelo Supremo Tribunal Federal, como também do Recurso Extraordinário 601.314 que será julgado como recurso repetitivo, verifica-se que no âmbito da Corte Excelsa recentemente foram julgados a AC 33/PR⁴³

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva Constitucional*. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 396.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 395.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva Constitucional*.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar 33/Paraná. Recorrente: G.V.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A. Recorrido: União. Julgada Improcedente. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AC%24%2EESCLA%2E+E+33%2ENUMERO%2E%29+OU+%28AC%2EACMS%2E+ADJ2+33%2EACMS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/ajgmahd>. Acesso em: 18 jun. 2014.

e o RE 389.808/PR⁴⁴, ambos com resultados discordantes mas que apontaram para o resguardo do sigilo no sentido de determinar que a Administração Pública proceda na perseguição judicial para obter seu acesso.

O Ministro GILMAR MENDES alerta para a aplicação do Princípio da Proporcionalidade em seu Curso de Direito Constitucional⁴⁵ manifestando o seguinte:

O sigilo haverá de ser quebrado em havendo necessidade de preservar um outro valor com status constitucional, que se sobreponha ao interesse na manutenção do sigilo. Além disso, deve estar caracterizada a adequação da medida ao fim pretendido, bem como a sua efetiva necessidade – i. é, não se antever outro meio menos construtivo para alcançar o mesmo fim.

Com efeito, apesar de possuímos uma certa orientação na questão sob análise, as modificações nesta seara ainda estão ocorrendo de forma vertiginosa, seja em âmbito nacional seja em âmbito internacional, diante dos constantes aprimoramentos das normas de *compliance* na busca do combate à corrupção, sendo que deveremos aguardar o posicionamento definitivo de nosso Tribunal Constitucional (STF) para passar a verificar até que ponto a Receita Federal do Brasil poderá utilizar a quebra administrativa sem sacrificar direito fundamental de forma desproporcional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As Tendências do Direito Público no Limiar de um Novo Milênio*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Cautelar 33/Paraná. Recorrente: G.V.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A. Recorrido: União. Julgada Improcedente. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AC%24%2ESCLA%2E+E+33%2ENUM%2E%29+OU+%28AC%2EACMS%2E+ADJ2+33%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ajgmahd>. Acesso em: 18 jun. 2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 389.808. Recorrente: G.V.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A. Recorrido: União. Relator Ministro Marco Aurélio, 09 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622715>. Acesso em: 15 jun. 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jun. 2014.

BRASIL. *Lei 4.595 de 1964*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm>.

⁴⁴ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 389.808. Recorrente: G.V.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A. Recorrido: União. Relator Ministro Marco Aurélio, 09 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622715>. Acesso em: 15 jun. 2014.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 325.

- CANARIS, Wilhem. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Port. de Ingo Sarlet e P. Mota Pinto, Coimbra, 2003, 112 s.
- CANOTILHO, GOMES; VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- COVELLO, Sérgio Carlos. *O Sigilo Bancário*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Estudos de Direito Constitucional. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão nº 442/2007 do TC, Requerente: Presidente da República. Requerido: Presidente da Assembleia da República. Rel. Maria João Antunes, de 30 de Março de 2007. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070442.html>. Acesso em: 15 jun. 2014.
- PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Ac 278/95. Publicado no DR II Série de 28.07.1995. www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em: 24 nov. 2014.
- PORTUGAL. *Lei Geral Tributária*. Disponível em: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/87CAB3CA-4ED1-411A-9BDE-3E9725C24F21/0/LGT_01_2014.pdf. Acesso em: 24 nov. 2014.
- PORTUGAL. *Supremo Tribunal Administrativo*. Processo 277/06. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/f93c2fdda9fef0fa8025715e00503a4c?OpenDocument&Highlight=0,0277%2F06>. Acesso em: 01 dez. 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva Constitucional*. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 396.
- WALD, Arnold. *O Sigilo Bancário no Projeto de Lei Complementar nº 70*. In: Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. São Paulo: RT, nº 1, p. 1999.