

DA MEDIDA PROCESSUAL DO AFASTAMENTO DO SIGILO BANCÁRIO COMO FERRAMENTA DE COMBATE AOS CRIMES ECONÔMICOS

Cezar Felipe Colombari da Silva*

cezarfelipedc@hotmail.com

RESUMO

Este artigo aborda, de forma não exauriente, a medida processual do afastamento do sigilo bancário como instrumento de combate aos crimes econômicos, durante a persecução penal, com enfoque nos princípios da vida privada, do devido processo legal, da proporcionalidade e da prevalência do interesse público. Aborda, também, a correta aplicação das Leis nº 12.694/2012, 12.850/2013 e da Lei Complementar nº 105/2001, para o uso da prova.

Palavras-Chave: Sigilo Bancário; Organização Criminosa; Princípios.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho, cuja ideia central foi utilizada para fins de obtenção do título de Pós-graduação em Direito Processual, pela Faculdade FAMA (Iturama-MG), aborda a medida processual do afastamento do sigilo bancário, como ferramenta de combate aos crimes econômicos. Longe está de esgotar o tema, que encontra-se tão em voga ultimamente, mormente com as constantes operações da Polícia Civil e Federal e do Ministério Público, divulgadas pela mídia, no que toca ao combate dos chamados “delitos de colarinho branco”. Visa, contudo, a realizar um estudo consistente sobre o afastamento do sigilo na persecução penal, na ilegalidade da quebra, em outras situações que não na persecução penal, e, por fim, tenta demonstrar que a base de sustentação de tal prova reside na prevalência dos princípios que atendem ao interesse da ordem pública sobre o individual.

Serão abordados assuntos de aspecto material (como, *v.g.*, a questão da não prevalência de um direito fundamental individual em confronto com o fundamento de ordem pública), bem como de aspecto processual (como, *e.g.*, o da competência para a determinação do afastamento do sigilo bancário).

* Delegado Regional de Polícia Civil do Estado de Minas Gerais; Pós-graduado em Direito Penal pela Unifran-SP e em Direito Processual pela Faculdade FAMA-MG.

Vale ressaltar que as questões administrativas não serão consideradas (v.g., atuação dos Bancos na troca de informações e atividade do Fisco para conter sonegações), uma vez que o trabalho focaliza a questão processual do afastamento do sigilo no combate a crimes econômicos.

Também se consigna que, neste artigo, toda e qualquer menção ao afastamento do sigilo bancário se faz sob a premissa de que houve uma anterior autorização judicial ou de uma Comissão Parlamentar de Inquérito e que foram observados os mecanismos de um processo legal.

Por fim, o artigo busca apresentar o modo legal de aplicação da importante medida processual, que serve como meio de prova em uma persecução penal, mormente a sustentação jurídica e principiologica para o deferimento da prova que, invariavelmente, viola o direito fundamental à intimidade/vida privada.

2 DO SIGILO BANCÁRIO

O sigilo bancário vem acobertado, no Brasil, pela legislação complementar, na LC nº 105/2001 (aqui, vale o registro da posição do STF, de que a Lei Complementar não é hierarquicamente superior à Lei Ordinária - atuam em campos diversos, em que pese a diferenciação do *quorum* de aprovação). O art. 1º, desta LC, assim, dispõe:

As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. § 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar: I – os bancos de qualquer espécie; II – distribuidoras de valores mobiliários; III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários; IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos; V – sociedades de crédito imobiliário; VI – administradoras de cartões de crédito; VII – sociedades de arrendamento mercantil; VIII – administradoras de mercado de balcão organizado; IX – cooperativas de crédito; X – associações de poupança e empréstimo; XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros; XII – entidades de liquidação e compensação; XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional. § 2º As empresas de fomento comercial ou *factoring*,

para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º. § 3º Não constitui violação do dever de sigilo: I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil; II – o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil; III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996; IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa; V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados; VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta Lei Complementar. § 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: I – de terrorismo; II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; IV – de extorsão mediante seqüestro; V – contra o sistema financeiro nacional; VI – contra a Administração Pública; VII – contra a ordem tributária e a previdência social; VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; IX – praticado por organização criminosa.

A análise dos pormenores do referido dispositivo será realizado neste artigo, atentando-se, agora, apenas para o conceito de sigilo. Nessa linha, cabe citar a preciosa lição de José Paulo Baltazar Junior, quando leciona que por

... sigilo ou segredo se entende aquilo que se tem como reservado e oculto. Assim, o sigilo financeiro pode ser definido como o dever a que estão sujeitas as instituições

financeiras e seus empregados de manter sob reserva as informações de que tiverem conhecimento em decorrência de suas atividades. Cuida-se, então, de uma vedação ou obrigação de fato negativo, de não fazer.¹

Esclarecendo, ainda mais, o tema e demonstrando qual é o direito do cidadão e a obrigação da Instituição Financeira, segue o renomado Autor, lecionando que

Existe, então, um direito do cidadão ao segredo de tais informações, com o correspondente dever das instituições financeiras de não divulga-las, o qual se estende tanto aos dirigentes do banco quanto aos empregados ou ex-empregados. Com a moderna tendência de terceirização dos serviços bancários, temos que também os empregados de tais empresas não podem divulgar tais dados, cometendo, eventualmente, o delito de violação de segredo (...).

Conveniente, também, que a instituição mantenha uma política de controle sobre os acessos informatizados, de tal modo que possa identificar quem teve acesso aos dados dos clientes, evitando ainda o acesso amplo dos empregados a informações que não sejam necessárias a suas atividades, mediante escalonamento conforme o grau de responsabilidade do trabalhador.

Em se cuidando de dados cobertos por sigilo, são vedados tanto o fornecimento de informações quanto a autorização para o exame de documentos por parte de terceiros, ressalvadas as hipóteses legais.²

Assim, o sigilo bancário é, em síntese, a obrigação que têm os bancos e as demais Instituições a eles equiparadas legalmente, de não revelarem, salvo justa causa (nos casos especificados em lei), as informações que obtenham em virtude de sua atividade profissional.³

¹ JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Crimes Federais**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2009. p. 502/503.

² Idem.

³ PRADO, Luiz Régis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: RT, 2007. p. 260.

3 AFASTAMENTO DO SIGILO BANCÁRIO E O PROCESSO LEGAL

No Brasil, o sigilo bancário, que era tratado como direito absoluto até pouco tempo, fundamentado no direito à privacidade/intimidade e à inviolabilidade de dados (art. 5º, X e XII, da CR/88), vem sendo mitigado quando em conflito com o interesse da maioria. Como é sabido, na onda *neoconstitucional*, a qual vem sendo seguida pela doutrina e jurisprudência moderna, um direito fundamental não pode deixar de prevalecer por mera opção do Legislador reformador, salvo comando expresso na própria Norma Maior que o excepciona, de forma restrita e em consonância com o processo legal. Assim, o devido processo legal, garantia prevista constitucionalmente (art. 5º, LIV, da CF/88), dá ao investigado/réu a garantia de que seus dados bancários, em último caso, e, observada uma série de requisitos⁴, só serão quebrados-afastados após a adoção de todos os meios legais de controle. Como consequência, o investigado/réu tem o direito de se defender de eventual quebra ilegal, utilizando-se de todas as “armas” que lhe são oferecidas pelo ordenamento jurídico.

É de conhecimento geral, também, que a quebra injustificada do sigilo bancário viola direitos fundamentais da pessoa, além de constituir crime punível, com reclusão de um a quatro anos e multa (art. 10, da LC nº 105/2001), motivo pelo qual a legislação que prevê tal meio de prova deve garantir, em contrapartida, os meios de defesa para que o direito só seja violado em extremo caso de necessidade.

Sendo assim, entre os meios de defesa, o que se destaca é a necessidade (a indispensabilidade), sob pena de ilegalidade, de atuação do Poder Judiciário, para regular a produção de tal prova. Ausente a ordem emanada de autoridade judicial ou equivalente (Comissões Parlamentares de Inquérito – art. 58, § 3º, da CF), a prova deve ser considerada ilícita; e, como consequência, não pode ser admitida no processo (art. 5º, LVI, da CF/88).

⁴ Em resumo, a decisão que apreciar pedido que quebra sigilo financeiro e bancário deverá conter os seguintes requisitos: a) relativa determinação dos fatos objeto da investigação, no mínimo pela menção aos tipos penais supostamente infringidos; b) determinação das pessoas que terão seu sigilo quebrado; c) determinação do período de abrangência dos dados pretendidos; d) indicações, com base empírica, dos indícios de materialidade e autoria do fato, para que se reconheça a causa provável; e) demonstração da necessidade da medida, sua adequação e proporcionalidade em sentido estrito. JUNIOR, José Paulo Baltazar. Crimes Federais, Livraria do Advogado, 2009, p. 502/503.

Como regra do ordenamento jurídico, para todo direito que for limitado ao cidadão, o Estado deve garantir todos os meios de defesa, normatizados pelas regras e pelos princípios. Entenda-se: dá-se a oportunidade de violação do direito e, ao mesmo tempo, evita-se, de todos os modos, que esse direito seja violado.

O direito à intimidade/privacidade, que acoberta o sigilo financeiro e bancário, não é absoluto, como se verá adiante. Pode sofrer restrições de ordem material e processual. Mas, não é por possuir caráter relativo que poderá ser quebrado, sem a observância de preceitos legais. Assim, além dos requisitos mencionados anteriormente, para preenchimento do devido processo legal no afastamento do sigilo, necessário se faz uma persecução penal em curso e Juiz e Promotor Natural. Somente assim a prova pode ser considerada legal.

4LEI9.034/1995, LEI12.694/2012 E LEI12.850/2013 – ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS – EVOLUÇÃO

Primeiramente, insta ressaltar que o legislador pátrio não definiu o significado de “Crime Organizado”. Assim, cabe tal definição aos doutrinadores, o que, diante das diferentes opiniões, impede um conceito uniformizado, prejudicando (e, **às vezes, auxiliando**) **a aplicação da Lei. Lado outro, recentemente, restou prevista a conceituação de organização criminosa, que acaba, de uma forma ou de outra, por esclarecer um pouco o que seria crime organizado.** A Lei 12.694, de 24 de julho de 2012, no seu art. 2º, ficou assim redigida:

considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Essa nova conceituação legal, foi logo reformulada, nos seguintes termos:

“considera-se organização criminosa a associação de **4 (quatro)** ou mais pessoas estruturalmente ordenada

e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de **infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos**, ou que sejam de caráter transnacional”. Art. 1º, p. 1º, da Lei 12.850/2013 – em negrito as recentes modificações.

Dessa forma, é a Lei n. 12.850, de 2013, que define hodiernamente organização criminosa. Além dessa definição legal, a referida Lei também dispõe sobre a investigação criminal e prevê, no art. 3º, VI, que, em qualquer fase da persecução criminal, são permitidos, preenchidas as exigências legais, o afastamento dos sigilos financeiro, **bancário** e fiscal, nos termos da legislação específica.

Esta Lei constitui importante instrumento de combate aos crimes econômicos, uma vez que estes, na maioria dos casos (para não se correr o pequeno risco de errar ao dizer em todos os casos), são praticados por organizações criminosas.

Ao lado da previsão de quebra do sigilo bancário da Lei 12.850, há a previsão da Lei Complementar 105/2001, que, em seu art. 1º, § 4º, dispõe que a quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária, para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e, especialmente no crime praticado por “organização criminosa”.

Como se sabe, o crime organizado, que movimentava bilhões de dólares todos os anos (com o tráfico de pessoas, tráfico de drogas, corrupção, etc.), está em constante ascendência no mundo; sendo que os meios de combatê-lo, como efetivamente se apresenta o afastamento do sigilo bancário, deve ser utilizado e aperfeiçoado pelos aplicadores do direito. Há infrações que somente com a quebra dos dados bancários se consegue comprovar a materialidade delitiva. Outras, ainda, que, até mesmo, o apoio de órgãos de outros países se faz necessário, uma vez que o produto do ilícito, normalmente, são depositados em “paraísos fiscais”.

Conclui-se, nesse ponto, que a criminalidade vem se apresentando de forma organizada, diferentemente dos meios de combate apresentados pelos órgãos de segurança. Logo, a utilização de ferramentas como a quebra do sigilo bancário se apresenta como forte e estruturado instrumento, o qual deve ser utilizado para o combate às espécies de delitos de “colarinho branco”.

5 LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001

O parágrafo 4º, do art. 1º, da LC 105/2001, especifica os crimes em que a quebra do sigilo bancário pode ocorrer. Acredita-se que, na realidade prática, não há taxatividade na relação dos crimes ali expostos, mas sim a possibilidade do intérprete adequar qualquer infração penal ao dispositivo; uma vez que se utiliza da expressão “especialmente” e, não, “unicamente”; o que dá margem a uma interpretação analógica, permitida no Direito Penal.

No que toca ao tema deste artigo, interessante se apresenta a transcrição do art. 3º, da referida LC, que preceitua:

Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide. § 1º Dependem de prévia autorização do Poder Judiciário a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido. § 2º Nas hipóteses do § 1º, o requerimento de quebra de sigilo independe da existência de processo judicial em curso. § 3º Além dos casos previstos neste artigo o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários fornecerão à Advocacia-Geral da União as informações e os documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte.

Levanta-se, na análise desse dispositivo, a hipótese da inconstitucionalidade do referido preceito, no que tange à quebra do sigilo, em hipóteses que não as ligadas às questões criminais. Havendo interferência na vida íntima da pessoa, somente no último caso (e o direito penal é a última razão da existência jurídica) se pode atingir um direito fundamental da pessoa. Assim, inadmissível se apresenta, p.ex., a quebra do sigilo bancário para beneficiar a defesa da União, por parte da Advocacia Geral da União.

Cabe invocar, nesse tópico, as preciosas lições do Professor Luiz Régis Prado, para esclarecer a posição aqui sustentada:

O texto da LC 105/2001 reforma a citada expressão e confere à autoridade administrativa a competência de determinar a indispensabilidade ou não da quebra de sigilo.

O direito ao **sigilo bancário** é constitucionalmente resguardado, no rol dos direitos e garantias fundamentais, pelos incisos X e XII do art. 5. da Constituição Federal, que corresponde, respectivamente, à inviolabilidade da vida privada e do sigilo de dados.

Trata-se, portanto, de **direito fundamental** cuja restrição só pode ser feita excepcionalmente – caso seja imprescindível para as investigações ou instruções criminais – e desde que autorizada pelo Poder Judiciário.⁵ (sem grifos no original)

Logo, não há como falar em quebra de sigilo bancário, ou seja, o afastamento de um direito fundamental, para embasar processos administrativos ou investigações outras que não a envolvendo matéria criminal. O que poderia ocorrer é a utilização da prova, produzida em processo criminal, ordenada pelo Poder Judiciário, no processo administrativo, após autorização judicial específica. Dessa forma, crê-se que não estaria havendo ilegalidade, uma vez que a quebra foi determinada, originalmente, em um processo criminal, no qual as garantias e as prescrições legais são observadas, com mais cuidado (na seara criminal se busca a verdade material/real).

Diferentemente, pelo que se observa do art. 4º, há legalidade na concessão, pelo Banco Central, de informações sigilosas ao Poder Legislativo Federal, uma vez que a Constituição Federal, no art. 58, p. 3º, prescreve que as Comissões Parlamentares de Inquérito possuem poderes de investigação próprios de autoridades judiciais, motivo pelo qual se entende que é permitido que as autoridades em questão afastem o sigilo bancário de investigados (perceba-se que a exceção ao direito fundamental é prevista na própria Constituição que a prevê; o que torna a exceção, constitucionalmente, aceita pelo STF).

De qualquer modo, digno de leitura se apresenta o p. 2º, do art. 4º, da LC 105, no qual se pode perceber, com clareza, como a Lei cerca de cuidados a quebra do sigilo bancário das pessoas, exigindo aprovação da medida pelo pleno da respectiva Casa.

⁵ **Direito Penal Econômico**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 262-263.

Nesse contexto, tem-se a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Constituição da República Federativa do Brasil:

CPI e possibilidade de quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados: Conforme destacado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em relação as quebras do sigilo bancário, fiscal e telefônico, 'não há como negar sua natureza probatória e, em princípio, sua compreensão no âmbito dos poderes de instrução do juiz, que a letra do art. 58, p. 3, da Constituição, faz extensíveis às comissões parlamentares de inquérito' (STF – Pleno – MS n. 23.466-1/DF – Meida Liminar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 22 jun. 1999, p. 31).

Para a completa compreensão deste trabalho, interessante se apresenta, também, a transcrição dos arts. 7º e 9º, da LC 105/2001, que, assim, estão redigidos:

Art. 7º Sem prejuízo do disposto no § 3º do art. 2º, a Comissão de Valores Mobiliários, instaurado inquérito administrativo, poderá solicitar à autoridade judiciária competente o levantamento do sigilo junto às instituições financeiras de informações e documentos relativos a bens, direitos e obrigações de pessoa física ou jurídica submetida ao seu poder disciplinar. Parágrafo único. O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, manterão permanente intercâmbio de informações acerca dos resultados das inspeções que realizarem, dos inquéritos que instaurarem e das penalidades que aplicarem, sempre que as informações forem necessárias ao desempenho de suas atividades.

Art. 9º Quando, no exercício de suas atribuições, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, informarão ao Ministério Público, juntando à comunicação os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos. § 1º A comunicação de que trata este artigo será efetuada pelos Presidentes do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, admitida delegação de competência, no prazo máximo de quinze dias, a contar do recebimento do processo, com manifestação dos

respectivos serviços jurídicos. § 2º Independentemente do disposto no *caput* deste artigo, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários comunicarão aos órgãos públicos competentes as irregularidades e os ilícitos administrativos de que tenham conhecimento, ou indícios de sua prática, anexando os documentos pertinentes.

Dessas leituras, fica clara a posição que é adotada neste artigo: somente com ordem judicial pode-se quebrar o sigilo bancário de uma pessoa (com a exceção da CPI). No entanto, mais uma vez, registra-se a observação já feita: o sigilo só pode ser quebrado em uma investigação ou processo criminal, podendo ser utilizada, com autorização judicial, posteriormente, no processo administrativo (dessa forma, a quebra determinada no processo criminal, com a observância de todos os princípios penais e processual penal, é “emprestada” ao processo administrativo).

Por fim, da análise desses dispositivos, pode-se afirmar que os documentos encaminhados ao Ministério Público não podem ser os que seriam obtidos com a quebra do sigilo bancário. Devem ser somente os necessários à comprovação de indícios de autoria e materialidade delitiva, que possibilitem ao *Parquet* a representação pelo afastamento judicial do sigilo bancário do investigado/réu (representação esta que será analisada, e, eventualmente, concedida pelo Poder Judiciário).

6 COMPETÊNCIA

Já de início, vale consignar que a quebra do sigilo bancário, por limitar um direito fundamental do cidadão, só pode ser decretada pelo Poder Judiciário (aqui abarcando, pelos motivos já expostos, as CPIs). Assim, nem o Ministério Público, nem as autoridades fazendárias ou policiais o podem fazê-lo diretamente; possuindo apenas poderes de representação.

Nas lições de Fernando Capez, quando analisa a questão da quebra do sigilo, pelo Ministério Público, constata-se:

Muito se discute dos poderes investigatórios do Ministério Público, em especial da sua legitimidade para realizar diretamente a quebra dos sigilos bancários e fiscal, isto é, sem necessidade de autorização judicial. No que toca aos

representantes do Ministério Público Federal, a sua Lei Orgânica, qual seja, a LC n. 75, de 20 de maio de 1993, em seu art. 8, II,

IV, VIII, permite a quebra do sigilo bancário e fiscal, diretamente pelo Ministério Público, sem necessidade de autorização judicial. O poder de requisição direta também deflui do art. 129, VI, da CF. Por outro lado,

pode-se argumentar pela impossibilidade de requisição direta, uma vez que a Constituição Federal também garante a preservação da intimidade e da vida privada das pessoas (art. 5, X). Tal questão já foi enfrentada pelo STJ e STF. O STJ examinou a questão e concluiu que o Ministério Público não pode determinar diretamente a quebra do sigilo bancário. O STF, no entanto, por maioria de votos, proferiu decisão no sentido da constitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica do Ministério Público da União, que permite a quebra do sigilo bancário, sem necessidade de prévia autorização judicial, desde que a investigação tenha por finalidade a apuração de dano ao erário, sob o argumento de que, na hipótese, e somente nela, de a origem do dinheiro ser pública, a operação não poderá ser considerada sigilosa, a ponto de merecer a proteção da prévia autorização judicial. Considerando que a Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos estaduais (Lei n. 8.625, de 12-2-1993), em seu art. 80, autorizou a aplicação subsidiária da Lei Orgânica do Ministério Público da União aos Ministérios Públicos estaduais, pode-se concluir que o STF, ao permitir a quebra do sigilo bancário diretamente pelo Ministério Público Federal, conferiu também esse poder a qualquer outro Ministério Público, desde que a finalidade seja a de apurar dano ao erário. Tal entendimento vale tanto para o sigilo bancário quanto para o fiscal. Convém notar que o Min. Sepúlveda Pertence, em voto proferido no MS 21.729, publicado no DJ de 19-10-2001, admitiu de forma ampla a quebra de sigilo bancário pelo Ministério Público, valendo-se do seguinte argumento: "O sigilo bancário só existe no direito brasileiro por força de lei ordinária. Não entendo que se cuide de garantia com status constitucional. (...). Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao

Poder Judiciário, é a comunicação 'de dados' e não os 'dados', o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse. Reporto-me, no caso, *brevitatis causae*, a um primoroso estudo a respeito do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Em princípio, por isso, admitiria que a lei autorizasse autoridades administrativas, com função investigatória e sobretudo o Ministério Público, a obter dados relativos a operações bancárias''. (MS 21. 729, o voto do Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 19-10-2001).⁶

Data venia, na linha seguida neste artigo, parece mais correta a posição do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, a de que o Ministério Público, quer na esfera Federal ou Estadual, só possui o poder de representação pela quebra do sigilo; devendo esta ser decretada pelo Poder Judiciário, observada as prescrições legais. Assim, não teria o *Parquet*, diretamente, poder de requisição de dados, ainda que referentes à origem de dinheiro público.

7 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Parte da doutrina e da jurisprudência rejeita a aplicação de referido princípio, de natureza alemã (aqui não se faz distinção com o princípio da razoabilidade, em que pese a diferença doutrinária, existente entre ambos). Referido princípio tem sido invocado em situações em que há conflitos de princípios, onde um deles deve preponderar, ou, em casos em que a prova ilícita deveria ser aceita, para a descoberta da verdade real ou para a defesa do réu.

Por todos, tratando-se da questão da proporcionalidade nas provas ilícitas:

Sob o nosso ponto de vista, não é momento para o sistema processual brasileiro, imaturo ainda em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais, adotar a teoria da proporcionalidade. Necessitamos manter o critério da proibição plena da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choca com outro de igual relevância. Sabemos que 'nenhum direito reconhecido na Constituição

⁶ **Direito Penal**. vol. 4, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 237-238.

pode revestir-se de um caráter absoluto' (Celso Bastos, Curso de Direito Constitucional, p. 228), razão pela qual se o texto constitucional rejeita o erro judiciário, é natural que não seja possível sustentar a proibição da prova ilícita quando essa vedação for contra os interesses do réu inocente'.⁷

O sigilo bancário vem sendo encarado como um direito relativo do cidadão, devendo ceder quando ocorrer as causas que o justificam, fundamentada a atuação nos motivos superiores de ordem pública, decorrentes do exercício da fiscalização do Estado. Assim, entendem alguns doutrinadores, que a quebra produzida, sem as formalidades legais, mas que atenda ao interesse público, deve ser aceita como prova legal. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade serviria para possibilitar o afastamento do sigilo, p.ex., pelo Fisco, para se evitar fraudes e sonegação tributária.

É inegável a importância do rompimento do sigilo como meio de prova no processo penal brasileiro. Entretanto, como constitui uma restrição aos direitos fundamentais de intimidade e de privacidade da pessoa, não pode ser utilizado de forma indiscriminada; devendo, pois, observar os requisitos e as condições necessários para a sua efetivação; evitando-se que a prova daí proveniente (e as derivadas) se torne ilícita; e, portanto, inadmissível no processo (art. 5º, LVI, CF).

Sendo assim, é pressuposto inegável para a legalidade do afastamento do sigilo, fora das hipóteses especificadas, a existência de prévia autorização do Poder Judiciário (e/ou das CPIs), devidamente fundamentada, e, com observância do devido processo legal. Logo, não se pode invocar a proporcionalidade para se justificar as condutas ilegais, ainda que reveladoras de condutas criminosas; uma vez que o ordenamento concede todos os meios legais para a descoberta das mesmas infrações penais.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: RT, 2007.

8 PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO – RELATIVIDADE DO DIREITO À INTIMIDADE/VIDA PRIVADA

Um dos fundamentos utilizados para a sustentação da legalidade do afastamento do sigilo bancário, determinado pelo Fisco, é o da relatividade dos direitos individuais. Sustenta-se que se a lei que permite a quebra do sigilo bancário pelo Fisco for declarada inconstitucional, estar-se-ia “andando na marcha ré”, em relação às demais legislações modernas de outros países.

São cada vez mais noticiados os problemas, envolvendo crimes econômicos, que atingem todos os países (aqui, no Brasil, basta citar dois casos emblemáticos: o de um banqueiro e de um Deputado Federal, sem mencionar, ainda, o mais recente caso envolvendo a PETROBRÁS). Sabe-se, também, das dificuldades encontradas para o combate a tais crimes... Contudo, não pode ser aceito, em todos os casos, a regra da relatividade dos direitos individuais. Esta relatividade só pode ser aceita, tão e somente, nas hipóteses que a própria Lei Maior a excepcionar e estas exceções só são amparadas, mediante ordem judicial (ou pelas CPIs - como é de conhecimento no campo jurídico, premissa de todo sistema rígido, é que o Poder Judiciário é o guardião da Constituição e dos direitos fundamentais da pessoa).

Aqui, pede-se consentimento para citar o professor Luiz Régis Prado, que, remetendo às doutrinas de J. Tavares, R. Cervini e Ada Pellegrini Grinover, ensina:

No entanto, convém explicar que o direito à privacidade é de ordem *relativa*, isto é, sua proteção pode ceder diante do interesse público relevante e maior a exigir divulgação dos dados individuais, desde que, entretanto, assegurados o devido processo legal e todas as garantias de preservação da vida privada. Não fora essa condição, a simples invocação do interesse público, nem sempre presente e objetivamente comprovado, poderia ensejar uma indevida e odiosa interferência dos órgãos estatais nas esferas privadas e na intimidade do sujeito. Além disso, quando se trata de violação autorizada de direito fundamental, como é o da intervenção na esfera de sigilo do cidadão, com maior cuidado e ponderação se deverá agir, para só permitir a intervenção na parte absolutamente necessária da quebra desse sigilo, resguardando-se dela as parcelas estranhas ao que se necessite trazer especificamente aos

autos para embasar a acusação'. Nesse sentido, como bem se enfatiza, toda `norma invasiva deve ser clara, precisa, individualizar o órgão que pode intervir na esfera da privacidade, em quais condições e situações e sob quais limites.'

Ocorre aqui a chamada relativização das liberdades públicas, que perderam seu caráter de direito absoluto. Isso porque `o ordenamento jurídico não poder ser concebido senão como um sistema de limitações recíprocas dos diversos direitos subjetivos nele existentes, a fim de que possam coexistir em plena harmonia.⁸

Também, vale mencionar a posição que vem predominando nos Tribunais Superiores de nosso País, mormente do interprete máximo da legislação infraconstitucional:

STJ: Inquérito policial. Quebra de sigilo bancário, telefônico e fiscal. Fundamentação suficiente. Ausência de proteção absoluta ao sigilo. Respaldo legal. Relatividade do direito à privacidade. Recurso provido – Hipótese em que se apura a eventual prática de delito de exclusão de créditos tributários no sistema informatizado do INSS, em prejuízo à autarquia. A proteção aos sigilos bancário, telefônico e fiscal não é direito absoluto, podendo os mesmos serem quebrados quando houver a prevalência do Direito Público sobre o privado, na apuração de fatos delituosos ou na instrução de processos criminais, desde que a decisão esteja adequadamente fundamentada na necessidade da medida. Precedentes. Recurso provido, nos termos do voto do relator. (STJ – Resp 690877/RJ – 5. T. Rel Min. Gilson Dipp – j. 05.05.2005 – DJU 30.05.2005 – p. 410).⁹

Para aclarar o que se compreende por interesse público, o que de melhor se apresenta são as lições de Celso Antonio Bandeira de Melo, quando leciona que:

... na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a **dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses**

⁸ PRADO, Luiz Régis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: RT, 2007. p. 259.

⁹ Idem.

de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (cientificada juridicamente no Estado)¹⁰.

Quanto à dificuldade de distinguir *vida privada* de *intimidade*, que não está sendo diferenciada neste artigo, somente a título de informação, esclarece o ilustre Professor José Afonso da Silva, que a primeira

... em última análise, integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo. Mas a Constituição não considerou assim. Deu destaque ao conceito, para que seja mais abrangente, como conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida. Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoas nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A *vida interior*, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de *vida privada*, inviolável nos termos da Constituição.¹¹

É bom que se esclareça, ainda, conforme preleciona o Professor Alexandre de Moraes, que apesar da exceção constitucional do art. 5º, XII referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta¹², sendo possível, respeitados certos parâmetros, que direitos fundamentais percam a prevalência, sempre que essas liberdades públicas estejam sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de prática ilícita.¹³

Observa-se que sempre há referência à “perda de prevalência” e não perda do direito. O que há, portanto, é a preferência-preponderância de um princípio (de ordem maior) sobre o outro, nunca a supressão de um pelo outro.

¹⁰ **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 50.

¹¹ **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros. p. 208.

¹² Faz-se a observação de que o direito de não ser torturado e de não ser discriminado racialmente são tidos por absolutos, por não comportarem exceção constitucional.

¹³ MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 241.

Utilizando-se dos fundamentos principiológicos do Direito Administrativo, também aplicado ao presente artigo, têm-se a lição do Professor José dos Santos Carvalho Filho, que também esclarece o tema, quando leciona que:

Algumas vezes se tem levantado atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas. Não lhes assiste razão, no entanto, nesse visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias. A 'desconstrução' do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia; o princípio, isto sim, suscita 'reconstrução', vale dizer, adaptação à dinâmica social, como já se afirmou com absoluto acerto.¹⁴

Sendo certo que o sigilo bancário não é um direito absoluto, haverá hipóteses cujas informações ou cujos documentos relativos a operações ativas e passivas ou serviços prestados por Instituições Financeiras poderão ser fornecidas, sem que isso represente violação indevida. A propósito, o STF já decidiu que: “A quebra do sigilo bancário não afronta o art. 5, X e XII da CF”. (STF, AGINQ. 897-5-DF, Pl., Francisco Rezek, DJ 24.3.95, RT n 715, p. 547.)

Encerrando o tema, para deixar clara a preponderância que deve haver entre um princípio sobre o outro:

Apesar das críticas a esse critério distintivo, que realmente não é absoluto, algumas verdades permanecem: em primeiro lugar, as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender o interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o

¹⁴ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Lumem Júris, 2007, p. 26-27.

direito público somente começou a desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituindo-se a idéia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula à Administração em todas as suas decisões: o de que os **interesses públicos têm supremacia sobre os individuais**.¹⁵

A aceitação da não observância total de um direito fundamental vem com o Professor Pedro Lenza, quando, em sua famosa obra doutrinária, arrola as características dos direitos e das garantias fundamentais. Quanto à característica da limitabilidade, o referido Autor leciona que:

os direitos fundamentais não são absolutos (**relatividade**), havendo, muitas vezes, no caso concreto, confronto, conflito de interesses. A solução ou vem discriminada na própria Constituição (ex.: direito de propriedade *versus* desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da **máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos**, conjugando-a com a sua **mínima restrição**.¹⁶

Portanto, o intérprete deve aceitar a quebra do sigilo. Contudo, somente nos casos extremos, sempre como uma das últimas hipóteses de soluções para a busca da verdade real. Agindo assim, far-se-á com que seja observado, o máximo possível, um direito previsto constitucionalmente; só deixando de observá-lo quando mitigado pela própria Lei Maior.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que se expôs, em síntese, conclui-se que não há como negar a legalidade e a necessidade de adoção da quebra de sigilo bancário

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 69.

¹⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 590.

do investigado ou réu, durante a persecução penal, para apuração do ilícito penal econômico. Tal medida constitui um grande avanço da legislação como também um ponto fundamental na descoberta da verdade real.

A atenção deve se dar apenas quanto ao preenchimento dos requisitos legais, de forma cautelosa, para que o direito à intimidade, preservado como direito fundamental em nossa Constituição Federal, não seja descartado em todas e quaisquer hipóteses; mormente naquelas em que outros meios eficazes de prova podem servir.

Nossa Lei Fundamental, tão aplaudida no que toca à previsão dos direitos fundamentais, coloca referidos direitos inerentes ao homem como cláusulas invioláveis, motivo pelo qual o operador do direito não pode deixar de se atentar a tal circunstância fática e jurídica, sob pena de se praticar um atentado ao Estado Democrático de Direito; conquistado com grandes batalhas e com muito sofrimento.

Assim, conclui-se que, sendo a legislação que prevê a quebra do sigilo bancário uma norma de cunho infraconstitucional, esta é que deve ser alterada, no ponto que permite a quebra realizada por autoridades, que não as judiciárias ou com poderes de juízes, para se adequar à Constituição Federal; e, não o contrário.

THE MEASURE OF REMOVAL PROCEEDINGS OF BANKING SECRECY AS A TOOL TO COMBAT ECONOMIC CRIMES

ABSTRACT

This article discusses, not by exhaustive way, the procedural step of removal of bank secrecy as combating economic crimes instrument, during the criminal prosecution, focusing on the principles of privacy, due process, proportionality and prevalence of public interest. It also approaches the correct application of Law n°. 12.694/2012, 12.850/2013 and the Supplementary Law n°. 105/2001, for the use of evidence.

Keywords: Bank Secrecy; Criminal Organization; Principles.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, vol. 4, Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Atlas, 2005.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. Lúmen Júris, 2007.

JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Crimes federais**. Livraria do Advogado, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. Saraiva, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada**. Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. RT, 2007.

PRADO, Luiz Régis. **Direito penal econômico**, RT, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. Malheiros, 2006.

