

EDIÇÕES ESPECIAIS
REVISTA DOS TRIBUNAIS
100 anos

DIREITO TRIBUTÁRIO

ARTIGOS SELECIONADOS
EM HOMENAGEM AOS 40 ANOS
DO CENTRO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA

Volume II

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Organizador

Coedição



EDITORA  100 anos
REVISTA DOS TRIBUNAIS

EDIÇÕES ESPECIAIS
REVISTA DOS TRIBUNAIS

100 ANOS

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Organizador

DIREITO TRIBUTÁRIO

ARTIGOS SELECIONADOS
EM HOMENAGEM AOS 40 ANOS
DO CENTRO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA

Volume II

© desta edição [2012]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

GISELLE TAPAI

Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso *site*: www.rt.com.br

Impresso na Argentina [08-2012]

Profissional



ISBN 978-85-203-4477-7

ISBN da Coleção 978-85-203-4478-1

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

DOMINGOS FRANCIULLI NETTO

Ministro do STJ. Ex-Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Ex-Professor da PUC-Campinas, FMU e da Faculdade de Direito de Pinhal.

Pesquisas Tributárias - Nova Série • PTNS 6/121 • 2000

SUMÁRIO: 1. Enfoque do problema - 2. Conceito e finalidade do sigilo bancário - 3. Direito à intimidade - 4. Segredo profissional - 5. Segurança da atividade bancária - 6. Alguns textos legais e legitimidade do Ministério Público - 7. Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - 8. Lei Orgânica Nacional do Ministério Público da União - 9. A tradição de nosso direito e o sigilo bancário - 10. Necessidade de requisição judicial - 11. Quebra do sigilo bancário e decisão judicial - 12. Conseqüências da quebra do sigilo bancário - 13. Projeto de lei ora em tramitação - 14. Conclusão.

1. Enfoque do problema

Volta e meia vem à balha a indagação acerca da possibilidade de ser quebrado o sigilo bancário por requisição do Ministério Público.

O tema passou a ter particular importância depois do advento de alguns diplomas legais, mais ou menos recentes, entre os quais serão examinados os principais, uma vez que não almeja este trabalho, nem de longe, esgotar a matéria, mas dar um ligeiro apanhado atual sobre certos aspectos do relevante problema, a par de oferecer modestos subsídios para reflexão e estudo mais aprofundados pelos doutos.

Cinge-se este esforço à quebra do sigilo bancário pelo Ministério Público, deixando de lado a quebra do sigilo bancário pelo Fisco, pelo Poder Legislativo e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito.

Serão objeto de exame a natureza jurídica do sigilo bancário, a legitimidade do atuar do Ministério Público no particular, alguns textos legais, que direta ou indiretamente estão relacionados a esta exposição e o projeto de lei acerca do assunto atualmente em tramitação, além de considerações afins.

2. Conceito e finalidade do sigilo bancário

O Excelso Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de dar o exato conceito e a finalidade do sigilo bancário, como se observa do r. voto proferido pelo ilustre Ministro Carlos Velloso:

“O sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (CF, art. 5.º, X), além de atender ‘a uma finalidade de ordem pública, qual seja a de proteção do sistema de crédito’, registra Carlos Alberto Hagstrom, forte no magistério de G. Ruta (*Le secret bancaire en droit italien*, Rapport, p. 17; Carlos Alberto Hagstrom, O sigilo bancário e o poder público, *Rev. de Direito Mercantil*, 79/34). Não é ele um direito absoluto, devendo ceder, é certo, diante do interesse público, do interesse da justiça, do interesse social, conforme, aliás, tem decidido esta Corte (RMS 15.925-GB, Relator o Ministro Gonçalves de Oliveira; RE 71.640-BA, Relator Ministro Djaci Falcão, *RTJ* 59/571; MS 1.047, Relator Ministro Ribeiro da Costa, *Rev. Forense* 143/154; MS 2.172, Relator Ministro Nelson Hungria, *DJ* de 05.01.1954; RE 94.608-SP, Relator Ministro Cordeiro Guerra, *RTJ* 110/195). Esse caráter não absoluto do segredo bancário, que constitui regra em direito comparado, no sentido de que deve ele ceder diante do interesse público, é reconhecido pela maioria dos doutrinadores (Carlos Alberto Hagstrom, ob. cit., p. 37; Sérgio Carlos Covelto, O sigilo bancário como proteção à intimidade, *RT* 648/27-30; Ary Brandão de Oliveira, Considerações acerca do segredo bancário, *Rev. Dir. Civil*, 23/114, 119). O segredo há de ceder, entretanto, na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei”¹

A propósito das correntes doutrinárias que procuram dar embasamento jurídico ao sigilo bancário, há importante e bem cuidado artigo de Álvaro Mello Filho, que podem ser assim reproduzidas e resumidas: a) teoria do uso (fundamento fincado no uso e costume); b) teoria do contrato (sigilo decorrente das relações contratuais entre o banco e o cliente); c) teoria do segredo profissional (a sujeitar os banqueiros no rol das pessoas que devem, por dever de ofício, manter sigilo); e, finalmente, d) teoria da

1. *RTJ* 148, p. 366-368.

obrigação jurídica (seu esboço repousa em uma norma legal, em sentido material).²

O fundamento jurídico do sigilo bancário, no entender do signatário, sustém-se no seguinte tripé: a) proteção à intimidade (princípio fundamental ínsito à pessoa, erigido em garantia fundamental no art. 5.º, X, da CF); b) segredo profissional, inerente à própria natureza jurídica da relação banco/cliente; c) segurança da atividade bancária.

O fundamento legal, por sua vez, está expresso no art. 38 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, assim vazado:

“Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.”

É de bom conselho realçar que o art. 192 da atual CF prevê a regulamentação do sistema financeiro nacional por meio de lei complementar.

Como até a presente data não veio a lume o texto regulamentador, a Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, e cria o Conselho Monetário Nacional, acabou hospedada pela Carta Política de 1988, passando a ter a natureza e força de lei complementar.

3. Direito à intimidade

Não se concebe violação à intimidade ou vida privada do cidadão. Como observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho, festejado professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a inviolabilidade da intimidade, antes direito implícito protegido pelo sistema jurídico pátrio, tornou-se, dada a inovação introduzida na Constituição vigente, direito fundamental explícito.³

Um dos mais respeitáveis e acatados autores sobre os direitos da personalidade, Adriano De Cupis, dá a exata compreensão sobre o que se deve entender por intimidade: “La riservatezza può definirsi come quel modo di essere della persona il quale consiste nella esclusione dalla altrui conoscenza di quanto ha riferimento alla persona medesima”,⁴ prelecionando, em seguida, que o direito ao segredo não é senão um aspecto particular do direito à intimidade.⁵

2. *RF* 1984, vol. 287, p. 466-477.

3. *Curso de direito constitucional*, 18 ed., São Paulo, Saraiva, 1990, p. 262.

4. *I diritti della personalità*, Milão, Giuffrè, 1950, p. 108.

5. *Ob. cit.*, p. 122.

Intimidade e vida privada, ambas merecedoras da garantia constitucional no mesmo inc. X do art. 5.º, são idéias entrelaçadas e semelhantes, que se não confundem, no entanto. Imaginados dois círculos concêntricos, de dimensões diferentes, poder-se-á dizer que o círculo maior representa a vida privada e o menor, a intimidade.

Vem a calhar a límpida dissertação de José Afonso da Silva: “Não é fácil distinguir *vida privada de intimidade*. Aquela, 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 pessoa 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”.⁶

De *lege ferenda*, há o art. 21 do Projeto de Código Civil, que reza o seguinte: “A vida privada da pessoa física é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. Melhor seria que houvesse expressa menção também à intimidade. De qualquer modo, se o texto vingar, tal qual aqui reproduzido, dúvida não há de que no conceito de vida privada se subsume o de intimidade.

O direito à intimidade, também chamado de direito ao recato, mesmo antes da atual Constituição, que o consagrou, repita-se, expressamente no art. 5.º, X, já vinha sendo reconhecido de há muito pelos juristas.

Entre os notáveis, pode ser invocado o saudoso Rubens Limongi França, que doutrinava a respeito e o agasalhava como modalidade de direito à integridade moral, ao lado de outros, tais como direito à liberdade civil, política e religiosa; direito à honra; direito à honorificência; direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional; direito à imagem; e, finalmente, direito à identidade pessoal, familiar e social.⁷

O inc. X do art. 5.º, nos comentários do publicista Celso Ribeiro Bastos, “oferece guarida ao direito à reserva da intimidade, assim como ao

6. *Curso de direito comercial positivo*, 15. ed., São Paulo, Malheiros, p. 211.

7. *Manual de direito civil*, 4. ed., São Paulo, RT, 1980, p. 412.

da vida privada. Consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.

Esta proteção encontra, como visto, desdobramentos em outros direitos constitucionais que também se preocupam com a preservação das coisas íntimas e privadas, como, por exemplo, direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, o sigilo profissional e o das cartas confidenciais e demais papéis pessoais.

Não é fácil demarcar com precisão o campo protegido pela Constituição. É preciso notar que cada época dá lugar a um tipo específico de privacidade. Nos tempos atuais, seria tornar o dispositivo constitucional muito fraco o considerar que ele abrangesse o só ocorrido nas casas dos particulares.”⁸

Deve-se arredar a idéia de que a preservação do segredo ou sigilo sempre visa a encobrir condutas ilícitas, máculas, eivas, jaças ou quaisquer defeitos ou fatos que, desvendados, poderiam estigmatizar ou ferretar a pessoa.

O princípio a ser preservado é outro e possui suas raízes na própria complexidade do ser humano, que detém não apenas a faculdade, mas o direito ao resguardo de certos aspectos de sua personalidade.

Aliás, a origem etimológica das palavras segredo e sigilo está a demonstrar que, em seu nascedouro, seu significado não se prendia a fatos necessariamente misteriosos ou ilícitos. Segredo vem do latim “*secretus, a, um.* adj. part. Cicero. separado, distinto, posto à parte, apartado. Cicero. secreto, retirado, oculto, escondido. Quintilianus. escolhido, seleto. *Secretus homo*: Seneca. homem solitário”. Sigilo, por sua vez, deriva de “*sigillum, i. n.* Cicero. figurinha, imagem, pequena estátua. Cicero. sinete com figura em relevo, ou divisa, para fechar carta ou pôr selo”.⁹

A proteção do sigilo bancário está precipuamente sob o arnês do art. 5.º, X, da Carta Magna. Esse inciso, escoteiro, contudo, não o é. Basta passar os olhos sobre os dois subseqüentes (XI e XII), que envolvem, respectivamente, a inviolabilidade da casa do indivíduo (da pessoa) e a do sigilo do banco de dados, este último existente, é curial, no cadastro de clientes de qualquer estabelecimento bancário.

-
8. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1989, 2.º vol., p. 63-64.
 9. *Dicionário latino-português* de Geraldo de Ulhoa Cintra e José Cretella Júnior, São Paulo, Ed. Anchieta, 1944.

Em épocas de antanho, guardava-se dinheiro debaixo (ou até dentro) do colchão. Nessa situação, sequer não poder-se-ia dar ensanchas, de regra, a digressões que pudessem respaldar qualquer tipo de devassa. Ora, se o estabelecimento bancário é, no particular, a extensão da casa da pessoa, em face do atual estágio e da complexidade da vida moderna, por que pensar de forma diferente?

Já houve, de *iure constituendo*, uma tentativa de erigir o sigilo bancário em garantia constitucional expressa. Trata-se da Emenda 139, de 11.05.1984, apresentada à Comissão Mista que examinou a Emenda Figueiredo (Proposta de EC n. 11/84), que alterava o § 9.º do art. 153 da Constituição, assim redigida: “*É inviolável o sigilo bancário, da correspondência e das comunicações em geral. A conta bancária do indivíduo não será objeto de investigação, nem servirá de base impunível para a tributação*”.

Depois de prestar essa informação, no capítulo da inviolabilidade da moradia, sob o ângulo do sigilo bancário, conclui Álvaro Mello Filho:

“Logo, se o dinheiro do particular está resguardado da intromissão de terceiros e do próprio Estado, enquanto estiver guardado no interior da moradia, é de evidência lógica e cristalina de que essa proteção estende-se à conta bancária, se o cidadão optar pelo depósito daquele dinheiro em banco.”¹⁰

A inviolabilidade dos dados individuais está acobertada pelo inc. XII do art. 5.º da CF em vigor. Encontra-se a matéria esmiuçada com rara felicidade por Luciana Fregadolli, que a qualificou em termos profundos, mas em sua justa medida: pessoais utilizando-se de computadores, tais como serviços de proteção ao crédito, bancos, Receita Federal etc.

Além disso, com a propagação dos microcomputadores, diversas empresas acabam por cadastrar dados pessoais de seus clientes.

Por isso, Hermano Duval adverte que:

‘(...) em todas essas situações entre as empresas acumuladoras de dados (informática) e o usuário a elas fichado, a manipulação inescrupulosa do grande computador pode ensejar, sem dúvida, a consumação da violação da vida privada do indivíduo, ou de seu *direito à intimidade*, já na iminência de ser reduzido a um número (o do CPF, o da conta corrente bancária etc.).’

Pelo intercâmbio humano em sociedade, temos um conjunto de situações que, usualmente, são informadas sem constrangimento. Tais como o nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação etc. A proteção desses dados em si, pelo sigilo, não faz sentido.

10. Ob. cit., p. 470.

Como leciona Tércio Sampaio Ferraz Jr., '(...) os elementos de identificação só são protegidos quando compõem relações de convivência privadas: a proteção é para elas, não para eles.

(...) cadastros que envolvam relações de convivência privadas (por exemplo, nas relações de clientela, desde quando é cliente, se a relação foi interrompida, as razões pelas quais isto ocorreu, quais os interesses peculiares do cliente, sua capacidade de satisfazer aqueles interesses etc.) estão sob proteção. Afinal, o risco à integridade moral do sujeito, objeto do direito à privacidade, não está no nome, mas na exploração do nome, não está nos elementos de identificação que condicionam as relações privadas, mas na apropriação dessas relações por terceiros a quem elas não dizem respeito.'

O art. 12 da Lei Complementar 70/91 determina que as instituições financeiras e outras empresas forneçam à Receita Federal, independentemente de processo instaurado, informações cadastrais sobre o contribuinte-usuário dos respectivos serviços relativos ao nome, à filiação, ao endereço e ao número de inscrição do cliente no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou Cadastro Geral de Contribuintes (CGC). A doutrina e a jurisprudência têm reconhecido que informações cadastrais, meros dados pessoais e comerciais, não são considerados objeto de sigilo.

Ivette Senise Ferreira observa que:

'(...) a referência inovadora que o preceito constitucional faz à inviolabilidade dos dados vem atender aos reclamos da proteção da intimidade contra a sua violação também pelos processos técnicos da informática, que pode propiciar a devassa da vida privada através da manipulação indiscriminada de informações pessoais, especialmente aquelas consideradas confidenciais, armazenadas nos arquivos públicos e privados, tais como os pertencentes a Bancos, Centrais de Proteção ao Crédito, Receita Federal e outros órgãos de informação.'

Para Antônio Vital Ramos de Vasconcelos, o inc. XII do art. 5.º torna invioláveis as informações contidas nos bancos de dados, que somente podem ser obtidas por força de ordem judicial, para os fins indicados na Constituição e na forma da lei que ainda não foi editada. Por conseguinte, toda a legislação passada que tratava de tal requisição para o processo civil não foi recepcionada pela atual Constituição".¹¹

11. O direito à intimidade, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, RT, ano 5, n. 19, p. 238-239.

4. Segredo profissional

O segredo profissional do banqueiro enraíza-se no dever de fidelidade, uma vez que, no exercício de sua atividade, obtém dados pessoais daqueles com os quais contrata. É de fácil inferência que o cliente do banco, desde simples correntista ou depositante até mutuários ou aplicadores de grandes somas, contrata na certeza de que seus dados cadastrais apenas serão manuseados nos estreitos limites do estabelecimento e pelos funcionários operadores da conta. A proteção ao direito de intimidade do cliente por parte do banqueiro remonta, como assinala Sérgio Carlos Covello, autor de uma das mais consagradas monografias sobre a matéria, aos “albores da atividade bancária”, depois de ressaltar o caráter de discrição e reserva que deve envolver todas as operações bancárias.¹²

O segredo profissional é, por conseguinte, uma das facetas pelas quais se exterioriza o direito à intimidade.

O direito ao segredo profissional é tutela à intimidade da pessoa que, por interesse material, moral ou religioso, ou no uso de seu livre-arbítrio, vê-se na contingência de revelar a profissional algum segredo ou mesmo alguns relanços de sua vida íntima, cujo conhecimento, ainda que por mero critério de conveniência e oportunidade de quem confessa, deve ficar fora do conhecimento de outras pessoas. Em outras palavras, são dados ou informações que geralmente a pessoa quer conservar no âmago de seu ser ou, pelo menos, fora do alcance do conhecimento de terceiros. Revela-os a profissionais, em função da atividade ocupacional destes, em busca do bem almejado. Ora, se tal se dá nas relações com os médicos, advogados, sacerdotes, psicólogos etc., diferente não o é, em se tratando de banqueiros.

A proteção ao segredo profissional penetra, outrossim, na esfera de interesse do profissional, a quem afluem novos clientes, convictos de que suas confidências estarão albergadas pela discrição e reserva. Ao lado do interesse econômico (que até pode inexistir em certos casos), soerguem-se outros interesses, por exemplo, fortalecimento da auto-estima, prestígio social etc.

5. Segurança da atividade bancária

A Lei 4.595/64, ao impor de forma incisiva o segredo bancário, em seu art. 38, não o fez apenas para proteger o direito à intimidade e o segredo profissional. Essa lei é de ordem pública, por concernente à própria

12. *O sigilo bancário*, Leud, 1991, p. 7.

tessitura e ao equilíbrio do sistema financeiro nacional, cuja existência está atrelada à discricção e à reserva que devem envolver as operações bancárias. A propósito, cola-se mais uma vez oportuno trecho de Álvaro Mello Filho:

“A necessidade de *discreción bancaria* justifica-se mais por razões de interesse público do que privado, conquanto a obrigação de sigilo não só reforça a confiança da clientela nas instituições financeiras como também assegura uma afluência vigorosa de capitais e um volume substancial de negócios que, na ausência do sigilo, tomariam o caminho rumo a países em que o sigilo bancário esteja garantido e judicialmente protegido.

Daí exsurge a importância do sigilo bancário alardeada por Nelson Hungria:

‘Na atualidade, é geralmente reconhecido que entre os confidentes necessários, legalmente obrigados à discricção, figuram os banqueiros. Notadamente nas operações de crédito, o sigilo bancário é uma condição imprescindível, não só para a segurança do interesse dos clientes do banco como para o próprio êxito da atividade bancária. Raros seriam, por certo, os clientes do banco, se não contassem com a reserva do banqueiro e seus prepostos. Em nenhuma outra atividade profissional é de se atender, com mais adequação, à advertência de que a alma do negócio é o segredo’ (*Comentários ao Código Penal*, vol. 6, p. 271).¹³

6. Alguns textos legais e legitimidade do Ministério Público

Comece-se pela Lei 7.492, de 16 de junho de 1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, cuja dicção do art. 29 e seu parágrafo único é a seguinte:

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

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

De igual sorte, os acólitos da possibilidade de requisição direta por parte do Ministério Público costumam invocar outro exemplo legal a dispensar a participação judicial.

13. Ob. cit., p. 466.

Cuida-se do dispositivo contido no art. 8.º, § 1.º, da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico:

“Art. 8.º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1.º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.”

O termo requisitar, em ambos os textos legais, não tem e não pode ter a aparente amplitude da acepção literal de seu termo. Há de afeiçãoar-se ao comando maior insculpido no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais e no Capítulo Dos Direitos Individuais e Coletivos da Carta Política de 1988, art. 5.º, X, XI, XII, LIV e LV.

De feito, cede esse dispositivo a princípios maiores, que salvaguardam a liberdade do cidadão, da qual não poderá ser privado sem o devido processo legal. É claro que o termo liberdade, aqui, deve ser entendido como a liberdade individual de cada um, que não pode ser coarctada, limitada ou suprimida fora do processo legal, que enseja contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. A liberdade não se exaure no direito de ir e vir, mas projeta-se em todos os atributos que dizem respeito à dignidade da pessoa. Empecer total ou parcialmente o gozo de qualquer bem juridicamente protegido é vulnerar o gozo da liberdade, no sentido mais amplo da palavra. De sã consciência, não há dizer que a indevida ou despropositada invasão da intimidade não fira de frente o conceito de liberdade. O constrangimento físico ou moral e a plena liberdade da pessoa são conceitos que se não acadrimam.

Ocioso lembrar que o resguardo do bem tutelado pela Constituição se estende às pessoas jurídicas.

Mesmo nas hipóteses das leis em tela, a conclusão é no sentido de que o Ministério Público deverá requisitar a quebra do sigilo bancário ao Poder Judiciário, com a estrita observância do processo legal.

7. Lei Orgânica Nacional do Ministério Público

É verdade que a Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), dispõe:

“Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

(...)

II – requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processos em que officie;

(...)

§ 2.º O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.”

Menos verdadeira não é, contudo, a conclusão no sentido de que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, como lei ordinária, não modificou o preceito do art. 38 da Lei 4.595/64, diploma legal que passou a vigorar com força de lei complementar, consoante r. decisão:

“O art. 192 da CF estabelece que o sistema financeiro nacional será regulado em lei complementar.

Ante a ausência de norma disciplinadora, a Lei 4.595/64, que instituiu referido sistema, restou recepcionada pela vigente Constituição da República, passando a vigorar com força de lei complementar, só podendo, destarte, ser alterada por preceito de igual natureza.

Assegurado no art. 38 da Lei 4.595/64 o sigilo bancário, as requisições feitas pelo Ministério Público que impliquem em violação ao referido sigilo devem submeter-se, primeiramente, à apreciação do Judiciário, que poderá, de acordo com a conveniência, deferir ou não, sob pena de se incorrer em abuso de autoridade”.¹⁴

Essa r. decisão, aos argumentos próprios, aditou outros precedentes daquela Egrégia Corte, a par da doutrina de Celso Ribeiro Bastos¹⁵ e José Afonso da Silva.¹⁶

Inexiste, nos preceitos da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, bem o disse, em seu r. voto, o insigne Ministro Assis de Toledo, “*autorização para quebra do sigilo bancário, o que, conforme assinalado, não poderia ser feito por lei ordinária. O inc. II contém uma autorização genérica que não alcança a exceção da quebra de sigilo, regulada por outra lei (a de n. 4.595/64). O § 2.º instituiu a responsabilidade do ocupante do*

14. HC 2.019-7-RJ, relator o ilustre Ministro Flaquer Scartezzini, RSTJ 60/119.

15. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 7.º vol., p. 358.

16. *Curso de direito constitucional positivo*, 7. ed., São Paulo, RT, p. 692.

cargo, pelo uso indevido de informações e documentos, inclusive dos que estejam ao abrigo do sigilo".¹⁷

8. Lei Orgânica Nacional do Ministério Público da União

Nem se diga que a Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, em seu art. 8.º, IV, V e VIII, a seguir transcritos para maior clareza, abre exceção à regra geral:

"Art. 8.º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

(...)

IV – requisitar informações e documentos a entidades privadas;

V – realizar inspeções e diligências investigatórias;

(...)

VIII – ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública"

A questão foi dilucidada pelo emérito professor Miguel Reale em simpósio sobre O sigilo bancário no direito brasileiro, promovido pela Escola Nacional de Magistratura e pelo Instituto dos Advogados de São Paulo. Pela clareza, profundidade, e pela autoridade do preclaro jurista e filósofo, vale a pena transcrever os doutos ensinamentos a esse respeito na íntegra:

"É óbvio, em primeiro lugar, que ninguém contesta ao MP o poder-dever de requisitar informações e documentos a entidades privadas, mas não me parece que o restante do texto aprovado, e especialmente o § 2.º supra transcrito lhe confere competência para determinar, à revelia do Poder Judiciário, a quebra de sigilo de qualquer natureza, e do bancário em particular.

É claro, desde logo, que não há como confundir *dados* em poder de uma instituição financeira com 'banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública'.

Ademais, a exigibilidade da suspensão do sigilo, prevista no § 2.º do art. 8.º tem como destinatário exclusivo uma autoridade, sendo pacífico que os bancos, salvo o *Banco Central*, não podem ser considerados autoridades, o que exclui a incidência de um preceito restritivo de Direito.

17. RSTJ 60/128.

São deveras desprezíveis os recursos hermenêuticos com que, através de analogia ou de interpretação extensiva, se pretende asseverar que, 'se nem a autoridade pode contrapor ao Ministério Público a exceção de um sigilo, muito menos poderão fazê-lo as pessoas jurídicas privadas'(...)

Essa exegese, manifestamente estatizante, não é admissível no Estado Democrático de Direito, no qual a *autoridade é constituída a serviço dos interesses e Direitos dos indivíduos e das associações por eles constituídas*, não podendo as autoridades serem julgadas superiores aos cidadãos providos de Direitos que a Constituição lhes confere!

Ademais, ainda que, por absurdo, se pudesse atribuir ao MP a competência que alguns de seus membros têm invocado, inclusive com aplicação de gravíssimas sanções, aplicadas aos funcionários dos bancos, que não se dobram à incabível exigência, caberia sempre ponderar que o art. 8.º da LC 75/93 é omissivo quanto ao devido processo legal e às garantias do *contraditório* e da *ampla defesa*, que, como a seu tempo asseveramos, são imprescindíveis à luz dos incisos LIV e LV do art. 5.º da Constituição.

Convenhamos que, se nem mesmo o juiz pode determinar a suspensão de sigilo previsto em lei, a não ser no âmbito de um processo judicial, cujo caráter contrário e de ampla defesa é pressuposto intangível, como pode um Procurador, de qualquer categoria, ditar unilateralmente o fornecimento compulsório de uma informação, *inaudita altera parte* sem o devido procedimento legal, e sem obediência às garantias constitucionais?

Não deixemos, portanto, levar pela desmedida paixão da 'verdade tributária a qualquer custo', fruto de uma generalizada presunção de má fé, quando, já o disse, até aos acusados dos crimes mais hediondos se asseguram os usuais instrumentos de prévia defesa.

Donde se infere que a lembrada lei complementar, apesar da manhosa redação do art. 8.º, que denota descabida influência corporativa, não atribui ao MP poderes que se negam até mesmo aos Juízes".¹⁸

Não vem a pêlo o argumento de que o art. 129, VIII, da CF estaria a legitimar, por requisição, a quebra do sigilo bancário, que, segundo alguns, teria viabilizado e ampliado esse direito de requisição, já previsto, na legislação esparsa, incluída a Lei 7.492/86, já mencionada.

Pertinentes as apropriadas e exatas considerações de Juarez Tavares:

"É inconcebível se atribua a um órgão do Estado, qualquer que seja, inclusive ao Poder Judiciário, poderes sem limites. A democracia vale,

18. 1.º Ciclo de Estudos de Direito Econômico, p. 143-144.

precisamente, porque os poderes do Estado são limitados, harmônicos entre si, controlados mutuamente e submetidos ou devendo submeter-se à participação de todos, como exercício indispensável da cidadania. O combate à criminalidade e a defesa do invocado interesse público não justificam um sistema dessa ordem, porque violador da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a norma do art. 129 da Carta Magna deve ser interpretada em consonância com o disposto no art. 5.º, LIV, onde se exige a observância do devido processo legal para se exercitar contra alguém qualquer medida de limitação ou supressão de liberdade. Como a violação do sigilo bancário implica, evidentemente, em ameaça ou lesão à própria liberdade individual, sua determinação somente deve ser efetuada, sob as garantias do processo legal, por ordem judicial. Essa é a conclusão normal que deriva do confronto entre a norma invocada pelo magistrado e aquelas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais. Se é necessário o devido processo legal, evidentemente, não basta para tal efeito o simples ato do MP, mas a ordem judicial fundamentada (art. 93, IX, CF).¹⁹

9. A tradição de nosso direito e o sigilo bancário

É oportuno lembrar que, coerente com a tradição de nosso direito, nem mesmo a Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, que, nos termos de seu art. 1.º, “define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando”, permite o acesso a informações bancárias por requisição do Ministério Público.

É a seguinte a dicção do texto:

“Art. 2.º Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

(...)

III – o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

Art. 3.º Nas hipóteses do inc. III do art. 2.º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação do sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a

19. A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Jan.-Mar. 1993, São Paulo, RT, n. 1, p. 105-111, trecho transcrito da p. 108.

diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça”.

Idêntica orientação foi adotada pela Lei 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de *lavagem* ou ocultação de bens, direitos e valores e a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesse diploma legal, além de criar o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) e determinar outras providências. Basta atentar, por exemplo, ao enunciado dos arts. 4.º e 10, III, entre outros.

No Estado Democrático de Direito, baseado na Carta de 1988, o sigilo bancário somente pode ser suspenso pelo Poder Judiciário e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, nos termos do art. 58, § 3.º, da CF.²⁰

10. Necessidade de requisição judicial

Afora os poderes conferidos às Comissões Parlamentares de Inquérito, cabe ao Poder Judiciário ordenar a quebra do sigilo bancário, o que deverá ser determinado pelo juízo natural da causa, nesta incluída a medida cautelar, consoante observa com acuidade Jacques de Camargo Penteadado, apontando valioso julgamento relatado pelo eminente Ministro Athos Carneiro, por vedar o sistema pátrio apenas emprego de meio estranho ao processo (STJ, Conflito de Competência, PI, DJU de 05.04.1993, p. 5.803), a par da doutrina de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, exposta na obra *Teoria geral do processo*, São Paulo, RT, 1. ed., 1974, p. 274.²¹

Em suma, é inarredável e imposterável a exigência do contraditório e do devido processo legal para a quebra do sigilo bancário, o que poderá ocorrer no seio de uma ação ou de medida cautelar.

Na mesma direção, além dos ensinamentos de Jacques de Camargo Penteadado,²² podem ser evidenciados, ao lado dos suso explicitados, os de Helios Nogués Moyano e Adriano Salles Vanni²³ e José Carlos Dias.²⁴

20. Miguel Reale, parecer, RF 324/115.

21. O sigilo bancário e as provas ilícitas: breves notas, *Justiça penal - IV, Críticas e sugestões*, São Paulo, RT, item 10, p. 91-92.

22. Ob. cit., item 12, p. 100.

23. Sigilo bancário (por quem e quando pode ser violado), *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, n. 19, ano 5, 1997, item 4, p. 52.

24. Sigilo bancário - Quebra - Requisições da Receita Federal e do Ministério Público, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, n. 11, ano 3, p. 240.

11. Quebra do sigilo bancário e decisão judicial

O postulado de que no Estado Democrático de Direito o sigilo bancário só pode ser quebrado por decisão judicial, afora a exceção aberta em favor das Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3.º, da CF), é dogma aceito pela doutrina e perfilhado pelos nossos tribunais superiores.

Assentado esse princípio, cumpre advertir que o deferimento ou indeferimento da quebra desse sigilo não pode ser exteriorizado em meros despachos. Faz-se necessária decisão motivada.

Na r. decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal retro referida (item n. 2), frisou o insigne Ministro Carlos Velloso que “na verdade, pode o Judiciário requisitar, relativamente a pessoas e instituições, informações que implicam quebra do sigilo (Lei 4.595/64, art. 38, § 1.º). A faculdade conferida ao Judiciário pressupõe, entretanto, que a autoridade judiciária procederá com cautela, prudência e moderação, virtudes inerentes à magistratura, ou que os magistrados devem possuir”.²⁵

Ao julgar o Recurso Especial 37.566-5/RS, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, pela sua Colenda Primeira Turma, por votação unânime, em 02.02.1994, deixou patenteada a necessidade da intervenção do Poder Judiciário para eximir as instituições financeiras do dever de guardar sigilo bancário. Sedimentou o relator desse v. acórdão, o ilustre Ministro Demócrito Reinaldo, a premissa de que esse tipo de conflito “há de ser solvido de forma a compatibilizar as garantias do cidadão e os superiores interesses da coletividade”. Daí julgou que, seja em relação ao Poder Tributante, seja no concernente ao Ministério Público, é imprescindível a prévia autorização judicial competente. Concluiu seu r. voto ponderando que, no Estado Democrático de Direito, o poder de intromissão dos entes públicos na privacidade do cidadão submete-se ao sigilo bancário, donde a necessidade de provocação do Poder Judiciário.

Em matéria de procedimentos administrativos em geral, é firme a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de não poder a quebra do sigilo bancário ficar ao alvitre de simples autorização administrativa. Impõe-se a autorização judicial, que poderá desvendar o sigilo bancário, diante da excepcionalidade do motivo ou defronte de fundadas razões.²⁶

25. *RTJ* 148, p. 368.

26. Entre as decisões que perfilham esse modo de julgar, podem ser apontados o Recurso Especial 114.741/DF, julgado em 13.10.1998, relator Ministro Mil-

Como o sigilo bancário envolve direta ou indiretamente vários direitos protegidos pela Carta Política, entre os quais podem ser citados os constantes dos incisos X, XI, XII, XXXV, LIV e LV do art. 5.º da CF de 1988, despidendo ressaltar a necessidade de decisão motivada, até *ex vi* do art. 93, IX, da mesma Lei Maior.

Não bastam decisões estereotipadas, genéricas e abstratas, proferidas, infelizmente, com maior freqüência do que se poderia esperar, que, à guisa de fundamentação, usam de condenáveis jargões forenses, como por exemplo, “defiro, por presentes os pressupostos legais”. Há de se fazer coro com o mestre J. J. Calmon de Passos, a recriminar a concessão ou a denegação da tutela antecipada por decisões não fundamentadas. Vale a pena transcrever a indignação desse notável mestre baiano:

“Sinceramente, espero não ler, no futuro, imoralidades jurídicas iguais às que tenho lido na fundamentação de certas cautelares, em que se diz, pura e simplesmente, estar-se deferindo a medida porque presentes tanto o *fumus boni juris* quanto o *periculum in mora* (assim mesmo, em latim, para impressionar) e a parte que consulte uma sibila para desvendar o pensamento do magistrado.

Decisão sem fundamento ou sem fundamento aceitável como tal, no mínimo que seja, é decisão nula, que não obriga e deve ser reformada, inclusive via mandado de segurança, com punição do culpado por essa violência desnecessária a uma garantia constitucional básica.”²⁷

Em resumo, para deferir ou indeferir a quebra do sigilo bancário, a decisão tem de ser motivada, seja para demonstrar ausência de arbítrio, seja para ensejar recurso pela parte prejudicada, a fim de que a matéria seja devolvida ao tribunal *ad quem* em sua inteireza. Não custa insistir em vetustos conceitos em tema recursal: sem decisão, não há impugnação; sem impugnação não há devolução válida e eficaz da matéria ao órgão julgador do recurso.

O sigilo bancário, como não se configura em direito ilimitado ou absoluto, pode ser quebrado em nome do interesse público ou do interesse social e para a regular administração da justiça. Não há perder de perspectiva, no entanto, que o interesse que protege a pessoa está expressamente elencado entre as garantias individuais, de sorte que o interesse público, social e o da distribuição de justiça, para justificar o sacrifício daquele, deverá emergir estreme de dúvida.

ton Luiz Pereira, e Recurso em Mandado de Segurança 8.757/GO, julgado em 25.05.1999, relator Ministro José Delgado.

27. *Inovações no Código de Processo Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 28.

Os preclaros juristas Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes ministram outro importante princípio que deve informar decisões desse jaez, ou seja, o princípio da proporcionalidade. Ouça-se a douda lição:

“O princípio da proporcionalidade acima referido tem plena aplicação entre nós. O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de assinalar que não basta a existência de lei para que se considere legítima determinada restrição a direito. Tal restrição deve ‘atender ao critério da razoabilidade’, cabendo ao Poder Judiciário, em última instância, ‘apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não’ (Cf. Representação 930, Relator Ministro Rodrigues Alckmin, transcrita *in*: RTJ 110, p. 967; Representação 1.054, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 110, p. 967; Representação 1.077, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 112, p. 34).

A par do que podemos chamar ‘juízo abstrato sobre a proporcionalidade ou a razoabilidade’ tal como explicitado acima, identifica-se, também no país, a necessidade de um juízo concreto quanto à proporcionalidade, que se há de fazer quando da aplicação singularizada da norma. É que, muitas vezes, não se afigura suficiente a afirmação quanto à razoabilidade genérica da decisão legislativa, tornando-se imperioso que a autoridade encarregada de aplicar o direito ao caso concreto proceda à aferição da razoabilidade *in concreto* (Cf., sobre o assunto, entre nós, ADIN 223, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça* de 29.06.1990).

Embora a doutrina pátria não tenha conferido, por ora, maior significado ao chamado direito à organização e ao processo, é certo que o constituinte de 1988 contemplou aspecto relevantíssimo dessa categoria, no art. 5.º, LV, consagrando como valor constitucional o princípio da ampla defesa nos processos judiciais e administrativos”.²⁸

Em medida preparatória de exibição de documentos, para instauração de inquérito em ação civil pública, objetivou o órgão do Ministério Público a quebra de sigilo bancário de funcionário público. Julgada improcedente em primeiro grau, interpôs o requerente ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo apelação, em que oficiou como relator o autor destas linhas. Do corpo desse acórdão extrai-se o seguinte trecho:

“Estes autos revelam que o pedido está única e exclusivamente embasado em denúncia anônima, como bem evidenciou o MM. Juiz da causa, seja ao indeferir a liminar (fl. 29), seja ao sentenciar o feito (fls. 80/83).

28. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 24/92, 2.ª quinzena de dezembro, p. 437.

É de se convir, portanto, que mera denúncia anônima é insuficiente para a meta almejada. A delação sem autoria conhecida serve para o desencadeamento de atos investigatórios, mas *de per se* não é bastante para abrigar exceção à regra geral.

A questão deve ser tratada de forma criteriosa e com muita prudência, pois, como obtempera Carlos Alberto Hagstrom, *'tratando-se de procedimentos de apuração (inquéritos, sindicâncias, verificações), no mais das vezes há apenas, nessa fase, cogitações, suposições, presunções, indícios vagos de possíveis ilícitos, sejam penais, sejam administrativos ou civis.'*²⁹

A ementa do v. acórdão do Excelso Supremo Tribunal Federal, já citado (item 2.2), está assim redigida *'inexistentes os elementos de prova mínimos de autoria de delito, em inquérito regularmente instaurado, indefere-se o pedido de requisição de informações que implica quebra do sigilo bancário. Lei 4.595, de 1964, art. 38.'*³⁰

Na colisão entre um direito inerente à personalidade das pessoas, insculpido na Constituição Federal entre os direitos e garantias fundamentais e o interesse público, deve ser sacrificado o que não se apresentar devidamente corporificado.

É fora de dúvida que *'não pode a ordem jurídica de um país, razoavelmente civilizado, fazer do sigilo bancário um baluarte em prol da impunidade, a favorecer proxenetas, anões, bicheiros, corruptos, contrabandistas e sonegadores de tributos'*, como adverte Sacha Calmon Navarro Coelho (apud Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, parecer, *in RF*, v. 330, trecho transcrito p. 275).

A despeito disso, por mais repugnante que seja o enriquecimento ilícito, notadamente de agentes do Estado, não se pode perder de vista que há necessidade, para a quebra do sigilo bancário, de ser produzida uma demonstração mínima da materialidade do delito e de indícios, ainda que tênues, de autoria, não bastando para tanto mera denúncia anônima.³¹

Quanto a este item, por fim, ainda que autorizada a quebra do sigilo bancário, há de se levar em conta que, não raro, não há necessidade de uma devassa total. Exemplificando: se o fim colimado for o de investigar a existência de bens, para penhora ou outro tipo de apreensão para ga-

29. Ob. cit., p. 46.

30. RTJ 148/366.

31. Boletim da AASP n. 2.135, de 29.11 a 05.12.1999, p. 1214-j/1215-j.

rantia de dívida, não faz sentido a desvendar toda a situação econômico-financeira do investigado, bastando que a instituição financeira indique quais os bens dele que se encontram cadastrados em seus arquivos. *Mutatis mutandis*, é o que acontece quando se busca informações junto à Receita Federal, em hipóteses assemelhadas, uma vez que o que interessa é somente a parte da declaração ao Imposto de Renda, que trata da descrição dos bens.

12. Conseqüências da quebra do sigilo bancário

Aquele cujo sigilo bancário foi quebrado sem autorização judicial pode demandar o responsável por meio de ação indenizatória por danos materiais (diminuição patrimonial sofrida a título de perdas e danos, mais lucros cessantes) e por danos morais,³² desde que presentes os respectivos pressupostos legais. À responsabilidade civil³³ poderá adir a responsabilidade contratual, dependendo de cada caso e tipo de contrato.

A tutela dispensada pelo ordenamento jurídico não se atém ao direito civil. Espraia-se ao campo penal.³⁴

A quebra do sigilo bancário, sem autorização judicial, pode sujeitar o responsável à pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, como reza o art. 38, § 7.º, da Lei 4.595/64.³⁵

Por seu turno, é a seguinte a norma criminal, no que tange à violação de segredo profissional:

32. Eduardo A. Zannoni, *El daño em la responsabilidad civil*, 2. ed., Buenos Aires, Astrea, 1993, § 111, p. 383-395.

33. A propósito, há r. decisão do STJ proferida no AG 247.467/SC, da lavra do ilustre Ministro Humberto Gomes de Barros, de 09.09.1999, acerca da responsabilidade civil pela quebra do sigilo bancário, *in verbis*: "O art. 5.º, X, da CF dispõe que 'são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação'".

34. Sérgio Carlos Covello, *ob. cit.*, p. 233 e sgtes.

35. O art. 10 do Projeto de Lei Complementar 220/98, ora em tramitação na Câmara dos Deputados, está assim redigido: "Art. 10. A quebra do sigilo de que trata esta Lei constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei".

“Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa”.

Sem embargo da responsabilidade civil e criminal, a que poderá ficar exposto aquele que infringir o dever de guardar sigilo, algumas considerações devem ser feitas em face de requisições feitas diretamente pelo órgão do Ministério Público, acompanhadas da advertência de que o não atendimento poderá importar a pena de desobediência, prevista no art. 330 do CP:

“Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa”.

A recusa, contudo, não implicará a tipificação do crime de desobediência, uma vez que, para que tal ocorra, há necessidade de que tenha o agente o dever jurídico de obedecer à requisição. De mais a mais, como comenta Julio Fabbrini Mirabete, “o fato também não constitui crime quando o agente está obrigado por uma excludente da ilicitude, como o exercício regular do direito de sigilo”.³⁶

Depois de divulgar o v. acórdão exarado no Recurso Especial 37.566-5/RS, da lavra do ilustre Ministro Demócrito Reinaldo, mencionado no item anterior, a Febraban enviou aos bancos filiados a carta circular BG 40.345, de 25.05.1994, com a recomendação de só entregarem informações sigilosas desde que houvesse autorização judicial, conforme narra o conceituado advogado criminalista José Carlos Dias, ex-Ministro da Justiça, em parecer em que conclui também pela atipicidade do crime de desobediência no caso de não atendimento de requisição direta do Ministério Público.³⁷

Cumprе registrar que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem decidido ser ilícita a prova obtida em decorrência da quebra do sigilo bancário, sem autorização judicial.³⁸ Em outra oportunidade judiciou o mesmo Sodalício sobre a matéria em ementa assim enunciada: “Assegurado no art. 38 da Lei 4.595/64 o sigilo bancário, as requisições feitas pelo

36. *Código Penal Interpretado*, São Paulo, Atlas, 1999, p. 1.780.

37. Parecer citado, p. 242-243.

38. Recurso em *Habeas Corpus* 6.566/PR, j. em 09.09.1997, relator ilustre Ministro Cid Flaquer Scartezini, e *Habeas Corpus* 7.618/RS, j. em 03.12.1998, relator ilustre Ministro Gilson Dipp.

Ministério Público que impliquem em violação ao referido sigilo devem submeter-se, primeiramente, à apreciação do Judiciário, que poderá, de acordo com a conveniência, deferir ou não, sob pena de se incorrer em abuso de autoridade”.³⁹

13. Projeto de lei ora em tramitação

A respeito do tema, foi aprovado pelo Senado Federal o Projeto 219/95, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, que dispõe sobre o sigilo das operações financeiras, cujo art. 4.º dispõe, *in verbis*:

“Art. 4.º O Banco Central do Brasil e as instituições financeiras, mediante requisição, fornecerão ao Poder Legislativo Federal, ao Tribunal de Contas da União e ao Ministério Público Federal as informações e documentos sigilosos que se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais, podendo, na ocorrência de motivos relevantes, devidamente justificados, solicitar que sejam mantidos sob reserva ou sigilo”.

Essa pretendida inovação sofreu acerba crítica dos ilustres juristas e advogados Arnoldo Wald e Ives Gandra da Silva Martins:

“Trata-se de mais uma tentativa de fazer prevalecer considerações pragmáticas, que são as mais discutíveis, sobre o texto claro e inequívoco da Constituição Federal e de lei complementar. Há mais de meio século que constitucionalistas e penalistas reconhecem que o sigilo bancário só deve poder ser levantado por decisão judicial ou nos casos e dentro dos limites em que determinados outros órgãos, como as Comissões Parlamentares de Inquérito, são equiparados ao Poder Judiciário. Em texto que se tornou clássico, o Min. Nelson Hungria considerou o sigilo bancário como ‘condição imprescindível, não só para segurança dos interesses dos clientes do banco como para o próprio êxito da atividade bancária’, acrescentando que, no caso, o segredo constitui verdadeira condição de negócio.

A Constituição Federal de 1988 foi muito clara ao proteger todos os direitos da personalidade e ao considerar inviolável o sigilo dos dados pessoais, que abrangem os extratos e demais informações bancárias, ressaltando tão-somente a possibilidade de serem obtidos os mesmos em virtude de ordem judicial para fins de investigação criminal.

39. *Habeas Corpus* 2.019-7/RJ, j. em 13.04.1994, relator ilustre Ministro Cid Fláquer Scartezzini, já citado retro (item n. 7).

Por outro lado, o art. 192 da Constituição exige que a reformulação do sistema financeiro, abrangendo as normas referentes ao sigilo bancário, seja realizada mediante uma única lei complementar, que deverá tratar exaustivamente o assunto. Conseqüentemente, tanto a jurisprudência como a doutrina atribuíram a condição de norma complementar à Lei 4.595, que trata do sigilo bancário nos precisos termos estabelecidos pelos textos constitucionais.

Ainda constitui proteção dos chamados dados bancários a garantia constitucional referente ao devido processo legal, que assegura aos acusados o contraditório e a ampla defesa 'com os meios e recursos a ela inerentes'.

Conseqüentemente, a legislação específica referente tanto ao Ministério Público como à Receita Federal, concedendo-lhes o direito a obter determinadas informações, tem sido considerada como devendo ser interpretada no sentido de lhes atribuir a legitimidade para requerer ao Poder Judiciário as medidas necessárias para este fim, pois qualquer outro entendimento importaria em violação da norma fundamental. Neste sentido, manifestam-se os vários tribunais do país e toda a doutrina, que na matéria é pacífica".⁴⁰

Essas ponderáveis críticas estão surtindo efeito na Câmara dos Deputados, por onde tramita agora esse projeto. Trata-se do Projeto de Lei Complementar 220, de 1998, ora em exame pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal, figurando como relator o ilustre Deputado Ney Lopes, valendo ser transcrito o trecho de seu r. voto, naquilo que diz de perto com a quebra do sigilo pelo Ministério Público, objeto deste trabalho:

"A Lei 4.595/64, objeto da alteração em análise, conduz à exegese segundo a qual as instituições financeiras estão obrigadas a fornecer dados de seus clientes, revestidos pelo sigilo, ao Poder Judiciário, às Comissões Parlamentares de Inquérito e aos agentes fiscais, quando houver, nesta última hipótese, processo judicial instaurado.

Várias foram as tentativas de se ampliar o rol de autoridades com acesso às informações bancárias e fiscais sigilosas, de estabelecer espécie de quebra de sigilo automático, mediante interpretação ou alteração legislativa e, até mesmo, mediante proposta de emenda constitucional.

40. A Constituição e o sigilo bancário, *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, RT, ano 6, n. 23, abr.-jun./1998, p. 23-24.

Contudo todas as tentativas foram frustradas. É pacífico o entendimento na doutrina e na jurisprudência de que a quebra dos sigilos bancário e fiscal, em face de seu caráter excepcional, só poderá ser levada a efeito por determinação judicial ou por comissão parlamentar de inquérito, a quem a Constituição Federal atribui poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

Desta maneira, a interpretação elástica que se pretendia emprestar à Lei Complementar 75/93, que dispõe sobre o Ministério Público da União, e a Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), a fim de permitir que o Ministério Público tivesse acesso a informações sigilosas, sem autorização judicial, também não prosperou. Após o advento das referidas leis, a controvérsia foi dirimida jurisprudencialmente, consagrando-se a orientação do acórdão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do *Habeas Corpus* 2.019-7/RJ, citado como paradigma, no qual o voto do Ministro Flaquer Scartezzini, que fixa que 'as requisições feitas pelo Ministério Público que impliquem em violação ao referido sigilo devem submeter-se, primeiramente, à apreciação do Judiciário (...) sob pena de incorrer em abuso de autoridade.'

Nesse mesmo sentido, ainda, há inúmeras outras decisões, quer de juízos singulares, quer de tribunais e no Supremo Tribunal Federal, todas afirmando a imprescindibilidade de autorização judicial para o levantamento do sigilo.

No âmbito legislativo, registre-se a proposta de alteração constitucional sobre a quebra de sigilo bancário, no bojo da reforma previdenciária, que não passou pelo crivo desta Comissão. Prevaleceu o entendimento de que a proposta atingia cláusula pétreia consagrada no art. 5.º, X e XII. Em brilhante parecer da lavra do Deputado Régis de Oliveira, esta Comissão inadmitiu a pretensão de alterar a redação do art. 145 da CF para outorgar à administração tributária e previdenciária a possibilidade de acesso a elementos financeiros e informações existentes em repartições bancárias.

A par disso, firmo meu entendimento de que, com efeito, não há como se estabelecer ressalvas ao exercício de um direito fundamental, dispensando-se a apreciação prévia do Poder Judiciário.

Em que pese ser o Ministério Público órgão constitucionalmente incumbido de fiscalizar a lei, e o Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Poder Legislativo no controle externo, somente com a intervenção do Judiciário, no curso de um processo ou de um inquérito, será garantido o exercício do contraditório e a ampla defesa àqueles que tiverem seu sigilo ameaçado.

Assim, estribado na melhor doutrina e pacífica jurisprudência, reputo materialmente inconstitucionais os dispositivos do projeto sob exame que visam conceder acesso a informações sigilosas sem a devida autorização judicial e apresento substitutivo em anexo, saneando os vícios apontados.

Além de prever expressamente a autorização judicial nas diversas hipóteses aventadas pelo projeto, aproveito para inovar sobre a matéria, estabelecendo prazo para o despacho judicial e oferecemos, ainda, um elenco de crimes que servirá de justificação legal para a concessão judicial do levantamento do sigilo”.⁴¹

Assim está redigido o art. 4.º do Projeto de Lei Complementar 220/98, da Câmara dos Deputados:

“Art. 4.º O requerimento de quebra de sigilo deverá ser sempre motivado, sobretudo quando as informações visem à instauração de processo judicial, devendo a autoridade judiciária decidir no prazo de até setenta e duas horas.

§ 1.º Transcorrido o prazo a que se refere o caput deste artigo, o silêncio da autoridade judiciária consistirá no deferimento tácito do requerimento de quebra de sigilo, nos termos do pedido.

§ 2.º Em qualquer caso, será transferida aos órgãos e autoridades solicitantes a responsabilidade civil e penal pela preservação do sigilo das informações e dos documentos fornecidos.”

Merece aplauso o substitutivo ao postergar a requisição direta por parte do Ministério Público, o que se coaduna com a linha aqui defendida.

Não obstante, inaceitável o § 1.º do art. 4.º do substitutivo, uma vez que ao silêncio não se pode atribuir os efeitos pretendidos.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua Nona Câmara de Direito Privado, ao julgar a Apelação Cível 50.836.4/0-00, em 23 de fevereiro de 1999, em que oficiou como relator este expositor, no concernente ao conceito de silêncio,⁴² teceu considerações que foram assim ementadas:

-
41. 19.01.2000: Parecer do Relator pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa; no mérito, pela aprovação deste e das Emendas da Comissão de Finanças e Tributação, nos termos do substitutivo, que altera, entre outros, o art. 4.º do Projeto de Lei do Senado 219/95.
 42. O caso concreto versava sobre proposta de aumento de mensalidade em contrato de prestação de serviços médico-hospitalares, com prazo assinado para a

“O silêncio como demonstração de aceitação, seja na elaboração de um negócio jurídico, seja na novação, transformação ou cessação do negócio já existente, é o silêncio intencional, refletido, amadurecido e despedido de qualquer vício de vontade, por mais tênue que seja. É a concordância fruto de firme deliberação. É, por assim dizer, a resposta natural a uma indagação ou proposta formulada sem dolo, reserva mental, malícia, fraude, coação, erro, simulação ou dissimulação etc.

Quando a pergunta ou proposta vem informada de segundas intenções, ainda que não sejam necessariamente dolosas, mas plasmadas em práticas negociais condenáveis, o silêncio nem sempre pode ser admitido como demonstração de aprovação.

Na espécie, usou-se da técnica do silêncio com propostas dirigidas a muitos associados com cabelos ralos e encanecidos, visão enfraquecida ou turvada, ombros arqueados com o peso dos anos, pele enrugada e pigmentada, alguns em inexorável decadência mental. Se essa técnica, *de per se*, já não é das mais louváveis, o que se dirá quando dirigida, em assunto deste jaez, a pessoas que já se encontram na fase crepuscular da vida?”⁴³

Guardadas as devidas proporções e sob o prisma do direito público, não há conceber equiparar a ausência de manifestação judicial ao reconhecimento do pedido, à confissão ficta ou instituto afim. Isso só pode ocorrer por conduta do demandado, nunca por força de atividade jurisdicional, que enseja outras providências.

A latere, não pode passar em brancas nuvens o prazo angusto de 72 (setenta e duas) horas, sem dúvida exíguo para exame de matéria que requer exame mais acurado, sem desprezar a pletora de feitos que assoberbam as unidades judiciárias do país nos grandes centros.

De lege condenda, na esteira do pensamento dos preclaros juristas Arnaldo Wald e Ives Gandra da Silva Martins, o ideal seria que a matéria fosse tratada como parte integrante de lei complementar a disciplinar o sistema financeiro nacional, em obediência ao comando emergente do art. 192 da Carta Política de 1988.

14. Conclusão

Em época de crise, sempre são procuradas soluções mais radicais em detrimento de direitos e garantias fundamentais.

resposta, findo o qual o silêncio seria interpretado como aquiescência com as novas estipulações.

43. *Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo - AASP* n. 2.102, de 12 a 18.04.1999.

A sonegação de tributos, se não extirpada, pode ser reduzida com a modernização do sistema de arrecadação e, sobretudo, como apregoa o preclaro Ives Gandra da Silva Martins, com a “adoção de política tributária justa”.⁴⁴

Seja no âmbito da ação civil pública, seja na titularidade da ação penal ou como fiscal da lei, o órgão do Ministério Público dispõe de meios para bem cumprir seu relevante papel.

Na atual quadra, em que grassa a violência e o crime organizado, urge dotar essa esplêndida instituição de meios para que possa exercer, na mais ampla plenitude, a titularidade de fato da ação penal, pois a de direito de há muito a detém.

Em sintético, mas denso estudo, o ilustre professor e advogado Arnoldo Wald demonstra que a inviolabilidade do sigilo bancário, como garantia decorrente do direito à liberdade individual, é um apanágio que ornamenta as principais legislações do mundo.⁴⁵ Daí exsurge que o Brasil não pode e não deve marchar na contramão da história.

O direito à intimidade e à privacidade, “por ser tão de perto inerente ao homem, deve necessariamente, ser classificado como de primeira geração”, na eloqüente preleção de Hamilton Dias de Souza, insigne advogado e membro do Instituto dos Advogados de São Paulo.⁴⁶

Com a posição agasalhada, não houve intenção de reduzir as atribuições dos membros da respeitável instituição do Ministério Público, cujas funções sempre foram dignas da mais alta consideração. Dilargadas suas atividades para abranger espectro maior do que o tradicional, o que é louvável em face de direitos que eram sacrificados por falta de uma pronta atuação em prol da sociedade, não se deve cair no extremo oposto, com o sacrifício de princípios constitucionais maiores, entre os quais se incluem os ditados pelos incisos X, XI, XII, LIV e LV do art. 5.º da CF. A não ser assim, a pretexto de uma mais rápida e eficiente defesa da sociedade, estar-se-ia ferindo de frente postulados que sustentam o Estado Democrático de Direito.

44. Sigilo bancário, *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, Editor Valdir de Oliveira Rocha, p. 15-25.

45. O sigilo bancário no Projeto de Lei Complementar de Reforma do Sistema Financeiro e na Lei Complementar 70, *Revista dos Tribunais - Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas*, vol. 1, São Paulo, ano 1, p. 196-209.

46. Sigilo bancário e direito à liberdade, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, nova série, ano 2, n. 4, p. 147-153.