

# **O SIGILO BANCÁRIO**

Tourinho Neto

## **1. Sigilo Bancário. Conceito**

Sigilo significa segredo, ou seja, aquilo que não pode ser revelado, divulgado. Aquele que tem ciência de um segredo, por força da profissão que exerce, está impedido de, sem justa causa, revelá-lo. Tem o dever de guardá-lo. É o *segredo profissional*. Violá-lo constitui crime — art. 154 do Código Penal.

O banqueiro, quando recebe as informações do cliente, recebe-as em razão de sua profissão, de sua atividade habitual, exercida com o fim de lucro.

Daí Luiz Fernando Bellinetti definir o sigilo bancário como (*in* "Limitações Legais ao Sigilo Bancário", publicada na *Revista de Direito do Consumidor*, abril/junho - 1996, p. 144):

*... o dever jurídico que têm as instituições de crédito e as organizações auxiliares e seus empregados de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude da atividade bancária a que se dedicam.*

Segundo Juan Carlos Maqllagarriga (*apud* Sérgio Carlos Covello. *O sigilo bancário: (com particular enfoque na sua tutela civil)*. 2. ed. rev. e atual. 2001, p. 83), sigilo bancário é: "a obrigação imposta aos bancos de não revelar, sem justa causa, os dados referentes a seus clientes que cheguem a seu conhecimento como conseqüência das relações jurídicas que os vinculam" .

## **2. Sigilo de dados e sigilo bancário**

Explica Christiano Valente (*in* *Sigilo Bancário. Obtenção de informações pela administração tributária federal*. Rio de Janeiro: Lúmen, 2006, p. 105/106):

*O sigilo de dados tem como bem jurídico tutelado a comunicação privativa e o sigilo bancário tem como bem jurídico tutelado a vida privada e a intimidade. Ambos têm como fundamento lógico-jurídico a liberdade, sendo que o sigilo de dados é conteúdo estrutural da liberdade espelhada na comunicação privativa dos dados e o sigilo bancário é conteúdo estrutural do direito à vida ou privada ou intimidade. O sigilo de dados é garantia constitucional expressa, o sigilo bancário, dada à sua característica de acessoriedade a um direito fundamental (direito à intimidade e direito à vida privada) e à sua procedência lógica de um*

*princípio constitucional (liberdade), é garantia constitucional decorrente, conforme aplicação do § 2º, art. 5º da Constituição Federal de 1988.*

### **3. Direitos da personalidade, vida privada e vida íntima**

Os bens pessoais (vida, nome, honra etc.) constituem direitos da personalidade.

J. J. Canotilho (*Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 394): direitos de personalidade são direitos fundamentais. “Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direitos à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão)”.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (*in Sigilo Bancário. Obtenção de informações pela administração tributária federal*. Rio de Janeiro: Lúmen, 2006, de Christiano Mendes Wolney Valente, p.60):

*A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum).*

Situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange.

### **4. Vida privada**

Christiano Valente (*in Sigilo Bancário. Obtenção de informações pela administração tributária federal*. Rio de Janeiro: Lúmen, 2006, p. 62): “Direito à vida privada é o direito de manter o acesso a esta vida social restrito aos grupos e pessoas que dela fazem parte”.

### **5. Intimidade**

“Intimidade é uma esfera de exclusão interna em relação à vida privada e esta, uma esfera de exclusão em relação à vida pública”. (Christiano Valente (*Sigilo Bancário. Obtenção de informações pela administração tributária federal*. Rio de Janeiro: Lúmen, 2006, p. 63).

**Lugar íntimo** “é aquele onde o outro não pode penetrar sem consentimento” (*Sigilo Bancário. Obtenção de informações pela administração tributária federal*. Rio de Janeiro: Lúmen, 2006, p. 58).

Merlin Cléve e Solon Sehn (*Crimes fiscais e sigilo bancário: pressupostos e limites constitucionais. In Direito penal empresarial.* Org. Heloísa Estelita Salomão. São Paulo: Dialética, 2001, p. 59/60):

*Na sociedade de consumo contemporânea, os dados dos cartões de crédito e dos extratos bancários podem revelar informações das mais constrangedoras, tais como as lojas, hotéis e restaurantes freqüentados, o tipo de roupas, as viagens realizadas, a opção sexual, a religião, enfim informações estritamente pessoais e absolutamente excluídas do domínio público.*

Observa-se, assim, que a intimidade do cidadão fica completamente desnuda.

O cidadão, portanto, tem o direito de exigir do Poder Público a proteção dos seus direitos individuais, dos seus direitos personalíssimos.

## **5. Vida privada da pessoa jurídica**

Tutela da vida privada da pessoa jurídica. Christiano Valente (*Sigilo Bancário. Obtenção de informações pela administração tributária federal.* Rio de Janeiro: Lúmen, 2006, p. 75): “A conversa reservada de seus dirigentes, as relações negociais de natureza privada, as conversações telefônicas e demais formas de comunicação realizadas no interesse do ente coletivo estão obviamente fora do conhecimento do público em geral, muito embora ainda sejam parte de uma vida social da pessoa jurídica de restrito acesso, razão pela qual pertencem à sua vida privada”.

Novo Código Civil, Lei 10.406, de 2002, art. 52: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

## **6. O objeto do sigilo**

“O objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) *privativa* é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação. Doutro modo, se alguém, não por razões profissionais, ficasse sabendo legitimamente de dados incriminadores relativos a uma pessoa, ficaria impedido de cumprir o seu *dever* de denunciá-los!” (Tércio Ferraz Júnior, *in* Christiano Valente, *Sigilo Bancário. Obtenção de informações pela administração tributária federal.* Rio de Janeiro: Lúmen, 2006, p.85).

## **8. Relatividade do Sigilo Bancário**

O sigilo antigamente era absoluto, amplo. O nosso Código Comercial, de 1850, em seu art. 17, ainda em vigor, dispõe:

*Nenhuma autoridade, juízo ou tribunal, debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligência para examinar se o comerciante arruma ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou neles tem cometido algum vício.*

Era uma época em que predominava o liberalismo autêntico, em que o indivíduo se sobrepunha ao social.

Hoje, isso não é mais admissível.

### **9. Direito não absoluto**

No RE 219780/PE, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, julgado em 13/04/1999 (DJ 10.09.1999), a Segunda Turma do Supremo, assim decidiu:

*I. - Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege art. 5º, X não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional.*

*II - R.E. não conhecido.*

Há embasamento constitucional para a existência do sigilo bancário? Seu fundamento é infraconstitucional?

O inciso XII do art. 5º da Constituição Federal prevê quatro tipos de sigilo: a) de correspondência; b) das comunicações telegráficas; c) de dados; d) das comunicações telefônicas.

O sigilo em relação à correspondência, às comunicações telegráficas e aos dados informatizados é absoluto. Em relação às comunicações telefônicas, relativo. Observe-se o que diz o texto constitucional:

*E inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (Destaquei.)*

Temos, portanto, que o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados é absoluto. Nem por ordem judicial pode ser quebrado.

Se tivermos o sigilo bancário como uma subespécie do sigilo de dados, a sua quebra, por força da norma constitucional, é impossível. Ele é absoluto, inviolável.

Mas o sigilo bancário não se restringe à comunicação de dados. Dados, aí, referem-se a dados da informática, ao chamado banco de dados, que as empresas possuem para desenvolver seus negócios. São comunicações de dados contábeis.

Temos, porém, que o sigilo bancário está protegido pelas normas previstas nos incisos X e XIV do mesmo art. 5º.

Reza este último inciso: "É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional".

O exercício profissional estaria ligado à pessoa física? A pessoa jurídica também estaria obrigada a guardar segredo? Tenho que sim.

Atente-se que, pela teoria da realidade ou organicista ou da vontade real, hoje dominante, a pessoa jurídica é um ser real, verdadeiro, cuja vontade não é a soma das vontades de seus associados ou de seus diretores. Possui vontade própria.

O estabelecimento bancário recebe do cliente informações e deve guardar segredo. Não pode revelá-los. O dever é o mesmo, tanto faz da pessoa física como da jurídica.

As informações do cliente estão protegidas pelo sigilo bancário porque muitas vezes dizem respeito à sua privacidade. São informações que, apesar de relativas a operações legais, o cliente não quer ver divulgadas, por lhe atingirem a vida particular, sua individualidade. Vejam o que diz o inciso X do art. 5º da Constituição Federal: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas ..."

É certo que o indivíduo, ao celebrar contratos com o estabelecimento, revela quase toda sua vida particular (os bancos só faltam indagar quais os prazeres sexuais que mais lhe agradam ... quantas vezes por semana...). Mas nem por isso essas informações deixaram de ser privadas e podem ser reveladas. Atualmente, portanto, o sigilo bancário está, sem sombra de dúvida, circunscrito, também, ao direito de privacidade.

#### **10. Por Que se protegem as operações bancárias do cliente?**

O Professor Diogo Leite de Campos, da Faculdade de Direito de Coimbra, apesar de administrador de banco, faz uma análise, a meu sentir, perfeita. Diz ele, em

artigo intitulado "O Sigilo Bancário", in *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, 1997, pp. 209/210:

*O ser humano é em si. A sua dignidade manda que este ser em si seja respeitado. Para isso, necessário é que terceiros não ultrapassem as barreiras externas determinadas pelo livre desenvolvimento do ser. Barreiras que cercam o ser como uma armadura; mas que conhecem círculos concêntricos mais vastos; englobando, primeiro, os seres mais próximos, a sua família; depois, os amigos; depois, o círculo da vida profissional; etc. Proteção do próprio e das suas relações mais próximas, sem as quais o ser deixa de ser humano. Com efeito, ser, não é só em si. É também para os outros e com os outros. O ser para os outros exprime a sua abertura constitutiva aos outros e o movimento do êxodo do eu, que constrói a vida pessoal. A vida pessoal é afirmação e negação de si mesmo, em termos de a pessoa só se afirmar, negando-se, e só se encontrar, perdendo-se. O ser com os outros significa interioridade aberta à exterioridade, e comunicando com esta, em termos de se estabelecer com a outra uma relação de solidariedade objetiva. Só na solidariedade o sujeito encontra a sua autêntica, mais, a sua única realização. O ser humano é singularidade única, dignidade infinita, que só se significa e se realiza na comunhão solidária com os outros. Ponto de partida: o ser em si como incomunicável subjetividade, a exigir o respeito pela vida privada, incluído o direito ao sigilo bancário; o ser para e com os outros, a afirmar que essa singularidade só se realiza na comunhão solidária com os outros. A admitir, pois, violações ao princípio do sigilo bancário. Quais? Uma parte importante da vida pessoal do cidadão está espelhada na sua conta bancária. A monetarização da economia leva a que, abolida a troca direta, as operações econômicas de cada cidadão sejam efetuadas através de moeda; moeda que circula quase exclusivamente através da conta bancária de cada um. O que cada um veste; o que oferece ao cônjuge e aos filhos; os estudos dos filhos; o volume da sua leitura; as próprias aventuras extraconjugais, tudo é revelável através de uma consulta perspicaz da sua conta bancária. Não constituindo hoje as famílias autarquias econômicas, quase toda a sua vida de relação com os outros é cognoscível através das suas aquisições e vendas de bens e de serviços. Conhecer a conta bancária é conhecer os traços fundamentais da vida privada de cada um; é ter o ponto de partida para conhecer o outro. Uma compra de livros revelará as idéias religiosas e políticas ... Daí que os regimes autocráticos visem, antes de mais, destruir a intimidade da vida privada, para melhor dominar e homogeneizar. Aldous Huxley e George Orwell manifestaram os receios da sociedade dos seres humanos quanto à invasão da esfera privada. (Destaquei.)*

O grande Hungria, em seus *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 271, explica, também, magistralmente, a razão do sigilo bancário. Diz ele:

*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 de bancos, 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. Pode-se dizer, aqui, em relação a certos fatos, que "le secret va de soi". Entretanto, no conhecimento da vida financeira de seus clientes, o banqueiro está adstrito a silêncio em torno de quaisquer fatos que, se revelados ou comunicados a terceiros, acarretariam àqueles efetivo ou possível dano.*

## **11. A Necessidade de autorização judicial para quebra do sigilo bancário**

Tendo o indivíduo revelado ao banco informações que dizem respeito à sua vida íntima, evidentemente que, a princípio, não pode o banco divulgá-las. É verdade que muitas dessas informações são necessárias ao Estado para a proteção do interesse público, da sociedade, para que a paz social possa reinar. Esse interesse, portanto, deve prevalecer sobre o individual em benefício de todos.

Na hipótese, conseqüentemente, temos, de um lado, o direito do cidadão em não ver divulgadas as informações que prestou aos estabelecimentos bancários; do outro, o Estado — o Fisco, a Polícia, o Ministério Público —, interessado em saber dessas informações para cobrar tributos, punir criminosos — sonegadores, traficantes de droga, de armas, terroristas, corruptos, seqüestradores —, que afligem toda a sociedade. Justo motivo. Só o juiz pode, então, dizer se o sigilo deve ou não ser quebrado.

O sigilo bancário não é absoluto. Não podem o Fisco e o Ministério Público requisitar informações de operações bancárias do cidadão. O juiz, sim, é que dirá se é caso ou não de quebrar-se o sigilo.

O § 1º do art. 145 da Constituição Federal não dá ao Fisco esse direito. Está posto no dispositivo que a administração tributária respeitará os direitos individuais e agirá nos termos da lei. Lei aí no sentido genérico, abrangendo, inclusive, as normas constitucionais.

Miguel Reale, em parecer sobre consulta formulada pela Febraban, *in Questões de Direito Público*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 128, após longo estudo sobre a incompetência do Ministério Público para quebra do sigilo bancário, concluiu:

*... no Estado Democrático de Direito, baseado na Carta de 1988, o sigilo bancário somente pode ser suspenso:*

*a) pelo Poder Judiciário ... ;*

*b) pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, às quais a Constituição, por isso mesmo, confere "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais".*

O sigilo bancário não pode ser quebrado pela autoridade fiscal nem pelo Ministério Público. Assim, inclusive, já decidiu o Supremo Tribunal Federal (cf., dentre outros, os seguintes acórdãos no MS 21.729-4/DF, relator Ministro Marco Aurélio, e no Inq 923/DF, relator Ministro Moreira Alves).

## **12. Quando o sigilo bancário deve ser quebrado?**

O interesse individual não pode sobrepor-se ao interesse público, ao interesse da coletividade, ao interesse de ordem pública. Como bem disse Bellinetti, no artigo acima mencionado, p. 154:

*Sempre que houver interesse público ou de ordem pública no esclarecimento de determinadas situações, a justificar a revelação desse fato, ou então existir o assentimento do titular, entendemos que não poderá ser invocado o direito à privacidade para subtraí-lo do conhecimento do(s) interessado (s). Isso porque, conforme bem expôs o inesquecível Pontes de Miranda, a própria ação do indivíduo, atingindo o âmbito social e interferindo em interesses de terceiros, exclui o fato da órbita protetiva do direito à privacidade.*

Afinal, foi o próprio indivíduo que deu lugar à quebra do sigilo.

Sacha Calmon, com a acuidade de sempre, disse, *in Caderno de Pesquisa Tributária*, São Paulo: Resenha Tributária, 1993, v. 18, p. 100, que:

*... não pode a ordem jurídica de um país razoavelmente civilizado fazer do sigilo bancário um baluarte em prol da impunidade, a favorecer proxenetas, lenões, bicheiros, corruptos, contrabandistas e sonegadores de tributos.*

O cerco vai-se fechando sobre os infratores. A Lei 9.034, de 03.05.1995, dispôs, em seu art. 2º, III:



*Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações são permitidos, além dos já previstos, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:*

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

Atente-se que, no caso de haver violação a direito ao sigilo bancário, a ordem só pode partir do juiz.

A Lei 9.613, de 03.03.1998, definindo os crimes de lavagem de dinheiro, enfraquece o direito ao sigilo bancário. O homem honesto sobrepujará o desonesto.

### **13. Pedido sem fundamentação**

Em 25.03.1992 (DJ 23.04.1992), na Pet-QO 577/DF, relator Ministro Carlos Velloso, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, entendeu que:

*- 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 1967, art. 38. II.*

*- Pedido indeferido, sem prejuízo de sua reiteração.*

### **14. Requisitos para a decretação da quebra do sigilo**

O entendimento do Supremo é de que para decretar-se a quebra do sigilo é necessário que existam indícios suficientes da existência do crime, como se observa do julgamento da Pet-AgR 2805/DF, em sessão de 13.11.2002 (DJ 27.02.2004), Plenária, relator Ministro Nelson Jobim, que teve a seguinte ementa:

*Para autorizar-se a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, medida excepcional, é necessário que hajam indícios suficientes da prática de um delito. A pretensão do agravante se ampara em meras matérias jornalísticas, não suficientes para caracterizar-se como indícios. O que ele pretende é a devassa da vida do Senhor Deputado Federal para fins políticos. É necessário que a acusação tenha plausibilidade e verossimilhança para ensejar a quebra dos sigilos bancários, fiscal e telefônico. 3. Declaração constante de matéria jornalística não pode ser acolhida como fundamento para a instauração de um procedimento criminal.*

## 15. Decisão fundamentada

A decisão que determina a quebra do sigilo bancário deve ser fundamentada, deixando-se evidenciado o interesse de ordem pública, e só pode ser proferida quando, realmente, for imprescindível.

Tem reiteradamente decidido o Supremo que a decisão de quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico, ainda que por parte de Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI, tem que ser fundamentada. Veja-se este acórdão lançado no MS 24.029/DF, julgado em 03.10.2001 (DJ 22.03.2002), pelo Pleno, relator Ministro Maurício Corrêa:

*1. Se não fundamentado, nulo é o ato da Comissão Parlamentar de Inquérito que determina a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico. 2. Meras ilações e conjecturas, destituídas de qualquer evidencia material, não têm o condão de justificar a ruptura das garantias constitucionais preconizadas no artigo 5º, X e XII, da Constituição Federal. Segurança concedida.*

No MS 23.868/DF, também decidiu o Pleno do Supremo, julgamento em 30.08.2001 (DJ 21.06.2002), relator Ministro Celso de Mello:

*A Comissão Parlamentar de Inquérito - que dispõe de competência constitucional para ordenar a quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico das pessoas sob investigação do Poder Legislativo - somente poderá praticar tal ato, que se reveste de gravíssimas conseqüências, se justificar, de modo adequado, e sempre mediante indicação concreta de fatos específicos, a necessidade de adoção dessa medida excepcional.*

.....  
*Revela-se desvestido de fundamentação o ato de Comissão Parlamentar de Inquérito, que, ao ordenar a ruptura do sigilo inerente aos registros fiscais, bancários e telefônicos, apóia-se em motivação genérica, destituída de base empírica idônea e, por isso mesmo, desvinculada de fatos concretos e específicos referentes à pessoa investigada. Sem a existência de causa provável, a ser necessariamente indicada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, no ato que ordena a quebra de sigilo, não se legitima a excepcional interferência do Estado na esfera sensível da intimidade, que representa prerrogativa jurídica a todos assegurada pela própria Constituição da República.*

## **16. O que deve ficar acobertado pelo sigilo**

Christiano Valente observa que (*in Sigilo Bancário. Obtenção de informações pela administração tributária federal*. Rio de Janeiro: Lúmen, 2006, p. 96):

*Os fatos que devem ficar acobertados pelo sigilo são: a própria operação bancária ativa (empréstimo, financiamento, abertura de crédito, desconto e crédito documentário) ou passiva (depósito, conta corrente e redesconto), os serviços prestados (custódia de valores, cobrança de títulos etc.) e os dados pessoais e patrimoniais relacionados ao nego realizado (operação, montante, forma de pagamento, destinação etc.), além daquelas informações que, apesar de o cliente não ter confiado ao banco, chegaram ao seu conhecimento em virtude da operação realizada ou que se pretendeu realizar).*

## **17. A quebra do sigilo e os princípios do contraditório e da ampla defesa**

Ante o que dispõe o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, para que o juiz determine a quebra do sigilo bancário, é imprescindível que sejam observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Como explicam Clèmerson Merlin Clève e Sólon Sehn (*op. cit.* p. 66), em razão do princípio da presunção e do impacto negativo que a quebra do sigilo bancário produz na imagem do investigado, somente em circunstâncias excepcionais a providência deve ser deferida *inaudita altera pars*. Os valores envolvidos não autorizam decisões precipitadas. Não se pode presumir que todos os indiciados sejam culpados e, por tal razão, não teriam interesse em colaborar. Antes de presumir, deve-se constatar (e provar) o desinteresse em cooperar no esclarecimento dos fatos, pois ninguém é culpado, ninguém é infrator, sem que antes reste demonstrado, efetivamente, o contrário”.

Em sessão Plenária do Supremo, de 23.11.1994 (*DJ* 24.03.1995), o Ministro Celso de Mello, votando no Agravo Regimental em Inquérito n. 897-5/DF, relator o Ministro Francisco Rezek, assim se manifestou:

*A quebra do sigilo bancário – ato que se reveste de extrema gravidade jurídica – só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos de suspeita que se apóiem em indícios idôneos, reveladores de possível autoria de prática delituosa por parte daquele que sofre a investigação penal realizada pelo Estado.*

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

### **18. A quebra do sigilo sem autorização judicial**

Observe-se, também, que a quebra do sigilo bancário, sem que haja a autorização judicial prevista no art. 38, § 1º, da Lei 4.595, de 1964, não se traduz em prova ilícita se o réu, confirmando as informações prestadas pela instituição bancária, utiliza-as para sustentar sua defesa. Decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em 26.11.1996, o HC 74.197/RS, relator Ministro Francisco Rezek.

Dispõem o art. 5º, *caput*, e §§ 4º e 5º, e o art. 6º da lei Complementar 105, de 10.01.2001:

*Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.*

*§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.*

*§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.*

*Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais*

*exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente*

Tais dispositivos, a exceção do *caput* do art. 5º, ferem, como se percebe a olho nu, o disposto nos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal (X – “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”; XII – “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”).

Sem a prévia autorização judicial não pode haver quebra de sigilo. O *caput* do art. 5º diz respeito aos valores globais das operações, não desnudando a vítima íntima do correntista. Estando, no entanto, sujeito ao sigilo fiscal.

Clèmerson Merlin e Sólton Sehn (*op. cit.* p. 69-74) também entendem que o § 4º do art. 5º e o 6º da Lei são inconstitucionais.

Como salienta Luiz Flávio Gomes (*in Crimes tributários e quebra do sigilo bancário, In Direito penal empresarial*. Org. Heloísa Estelita Salomão. São Paulo: Dialética, 2001, p. 153) “o legislador já não pode, a pretexto de regulamentar os direitos fundamentais, restringi-lo além do que o marco constitucional lhes permite”.

Essa idéia de o interesse público sobrepor-se sempre aos direitos individuais pode descambar para a teoria das doutrinas totalitárias. Lembremos do discurso de Mussolini: “Tudo no Estado, nada contra o Estado, nada fora do Estado” (*Mussolini, Discurso à Câmara dos Dep. 9/12/28*)

Há de ter-se cuidado com denunciismo porque daí para o nazismo é um passo. O cidadão no papel do estado é uma idéia fascista.

Hoje, em dia, a idéia é só a cadeia que pode deter o crime. Mas, como diz Michel Foucault (*in Vigiar e punir*. Trad. Lígia M. Pondé Vassalo. 6 ed.. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 76): não se quer “Não punir menos, mas punir melhor”.

Também, vemos que muitos abjuram o princípio da inocência, partidários que são de que “é presumível a procedência da imputação, e não o contrário”. A ideologia fascista. São os defensores do movimento da legislação do terror, os adeptos do Movimento da Lei e da Ordem, símbolo da falência do Estado.

## **19. É pressuposto da quebra do sigilo a existência de processo judicial?**

E necessário que exista um processo judicial instaurado, que haja uma ação penal em curso?

Entendo que não. No curso do inquérito policial ou do processo administrativo-fiscal, havendo fundados indícios da existência da prática de infração penal, é evidente que deve o sigilo bancário ser quebrado, sob pena de ficar inviabilizada a instauração da ação penal. Não se exige, pois, para a quebra do sigilo bancário, o contraditório, a ampla defesa. Aquele que se insurgir deverá entrar com a ação própria — mandado de segurança, *habeas corpus* etc. — ou com o recurso pertinente.

Dispõe o art. 38, § 5º, da Lei 4.595, de 1964:

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

O processo pode ser administrativo-fiscal ou judicial. A lei não fez nenhuma distinção. Por sinal, lembra o estudioso e culto Oswaldo Othon Pontes Saraiva Filho, em artigo intitulado "Sigilo Bancário e Administração Tributária", *in Revista de Informação Legislativa*, n. 125, p. 22:

Voltando ao art. 5º da Constituição Federal, observe-se que o seu inciso LVI estatui que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Ninguém nega, que, também aqui, a expressão *processo*, embora desacompanhada do adjetivo *administrativo*, estende-se ao processo administrativo.

*Ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet...*

E qual a autoridade competente a que se refere o dispositivo? A autoridade judicial, e não o funcionário fiscal, por, mais graduado que seja. A questão extrapola a sua atribuição. Trata-se de violar um direito constitucionalmente garantido ao indivíduo e só o juiz pode dizer se é caso, realmente, de violá-lo ou não.

## **20. Reserva de jurisdição para a quebra direta do sigilo bancário**

O interesse do Ministério Público em poder requisitar diretamente das Instituições Bancárias os dados e informações necessários à instrução do procedimento investigatório instaurado é grande.

Observe-se, no entanto, que o artigo 3.º da Lei Complementar 105/2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, não prevê a requisição

de dados e informações bancárias, de forma direta, pelo Ministério Público e sim por intermédio do Poder Judiciário. Dispõe o artigo:

***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.***(destaquei)

A Constituição Federal não dotou o Ministério Público do poder de requisitar diretamente informações e dados bancários. Melissa Folmann (*in Sigilo Bancário e Fiscal à Luz da LC 105/2001 e Decreto 3724/2001*. Curitiba: Juruá. 2001, p. 86-87):

*Outra questão que suscitava discrepância, referia-se à interpretação dos artigos 8.º, inciso IV da Lei Complementar n.º 75/93, e 26, inciso II da Lei 8.625/93, ambos os dispositivos dizem de a capacidade de o Ministério Público obter informações.*

*Presos a uma literalidade um tanto quanto falha da lei, havia quem dissesse que o órgão supra poderia quebrar o sigilo bancário sem recorrer ao Judiciário, face aos artigos retro mencionados combinados com o §2º do artigo 8.º da Lei 75/93. Contudo, numa brevíssima consideração sobre o tema, podia-se dizer que tanto com uma interpretação literal, quanto sistemática, ou outra que se prefira, **chega-se à inexorável conclusão de que o Ministério Público não foi laureado com tal poder.***

*Primeiramente, as leis retro citadas estão num patamar hierarquicamente inferior à Constituição; logo, não podem permitir o que esta veda. Pois, ao que consta, o artigo 5.º, incisos X e XII, resguarda o sigilo; e ainda, na letra do que dispõe o artigo 129, do mesmo diploma legal, não há dentre as funções do Ministério Público tal prerrogativa* (destaquei).

O Supremo Tribunal Federal entende que o Ministério Público não pode pedir a quebra do sigilo bancário diretamente às instituições bancárias e sim apenas por intermédio do Poder Judiciário, sob o fundamento que a Lei 8.625/93, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, é ordinária e que a Constituição Federal não atribuiu expressamente a essa instituição o poder de diretamente requisitar a quebra de sigilo.

Tranqüilamente o Supremo Tribunal Federal tem decidido que a quebra do sigilo bancário não pode ser diretamente determinada pelo Ministério Público. No RE 215.301-

0/CE, a 2ª Turma, por unanimidade, em sessão de 13.04.1999 (DJ 28.05.1999), Relator Ministro Carlos Velloso, entendeu que:

*A norma inscrita no inciso VIII do art. 129 da CF **não autoriza o Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém.** Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade que a Constituição Federal consagra, art. 5.º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa (destaquei)*

O eminente Relator assim conclui seu voto:

*Em suma, o art. 129, VIII, [da Constituição de 88], não autoriza ao Ministério Público quebrar, diretamente, o sigilo bancário das pessoas.*

Na quebra de sigilo – que “possui extração constitucional, reflete, na concreção do seu alcance, um direito fundamental da personalidade, expondo-se, em conseqüência, à proteção jurídica a ele dispensada pelo ordenamento positivo do Estado”, no dizer do Ministro Celso de Mello (*in voto vogal no MS 21.729-4/DF, p. 100*) –, o juiz deve ter, inexoravelmente, o monopólio da primeira palavra. Explica José Joaquim Gomes Canotilho (*in Direito constitucional e teoria da Constituição. 5. ed., Lisboa: Almedina, 2002, p. 662*):

*Diz-se que um monopólio da primeira palavra, monopólio do juiz ou reserva absoluta de jurisdição quando, em certos litígios, compete ao juiz não só a última e decisiva palavra mas também a primeira palavra referente à definição do direito aplicável a certas relações jurídicas.*

Afinal, seria a própria parte determinando a quebra de sigilo no seu próprio interesse. Na hipótese, no interesse da acusação.

No RE 215.301-0/CE, disse o eminente Relator, Ministro Carlos Velloso:

(...) deixei expresso no voto que proferi no MS 21.729/DF, por se tratar de um direito que tem status constitucional, a quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente a autoridade judiciária, que tem o dever de ser imparcial, por isso mesmo procederá com cautela, com prudência e com moderação, é que, provocada pelo Ministério Público, poderá autorizar a quebra do sigilo. **O Ministério Público, por mais importantes que sejam as suas funções, não tem a obrigação de ser imparcial. Sendo parte – advogado da sociedade – a parcialidade lhe é inerente. Então, como poderia a parte, que tem interesse na ação, efetivar, ela própria, a quebra de um direito inerente á privacidade, que**



**é garantido pela Constituição?** Lembro-me de que, no antigo Tribunal Federal de Recursos, um dos seus mais eminentes membros costumava afirmar que “o erro do juiz o tribunal pode corrigir, mas quem corrigirá o erro do Ministério Público?” Há órgãos e órgãos do Ministério Público, que agem individualmente, alguns, até, comprometidos com o poder político. O que não poderia ocorrer, indago, com o direito de muitos, por esses Brasis, se o direito das pessoas ao sigilo bancário pudesse ser quebrado sem maior cautela, sem a interferência da autoridade judiciária, por representantes do Ministério Público, que agem individualmente, fora do devido processo legal e que não têm os seus atos controlados mediante recursos? (destaquei).

## **21. Conclusão**

1) O direito ao sigilo bancário está protegido constitucionalmente, mas não é absoluto, e sim relativo, pois o interesse individual não pode prevalecer sobre o interesse público.

2) Só o juiz e as Comissões Parlamentares de Inquérito podem determinar a quebra do sigilo bancário, estas por força do disposto no § 3º do art. 58 da Constituição Federal.

3) O Fisco, a autoridade policial e o Ministério Público, quando entenderem necessária a obtenção de informações protegidas pelo sigilo bancário, devem requerer a quebra desse sigilo ao juiz.

4) No curso do inquérito policial ou do processo administrativo-fiscal, havendo fundados indícios da existência da prática de infração penal, pode o sigilo bancário ser quebrado, pelo juiz, não se exigindo o contraditório, a ampla defesa.