

# DIREITO PENAL/DIREITO PROCESSUAL PENAL

## QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO\*

**RENATO VINHAS VELASQUES**

Promotor de Justiça/RS,

com atuação na Promotoria Especializada no Combate aos Crimes Tributários,  
e Pós-graduado – Especialista – em Direito Processual Penal.

*“A efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana.” (Norberto Bobbio).\*\**

O assunto a ser examinado despertou o meu interesse por vários motivos, dentre os quais: a atuação no Ministério Público com a vontade de buscar métodos investigatórios diversos dos tradicionais; a ampla divulgação pela imprensa de delitos praticados contra o erário e que contaram para a sua descoberta com o procedimento em questão; a polêmica discussão, em nível constitucional, concernente à possibilidade ou não de rompimento do sigilo de que se trata; a vigência de novel legislação a respeito do sigilo bancário.

No decorrer deste, citando doutrina e jurisprudência atualizadas quando cabíveis, mas sem descuidar da ótica prática, serão abordados os principais aspectos da Quebra de Sigilo Bancário.

---

\* Texto originário, já com alterações, de palestras proferidas no 1º Seminário sobre Evasão Fiscal, promovido pelo Ministério Público, Tribunal de Justiça e Secretaria da Fazenda, todos do Estado de Pernambuco, e na UNICAP – Universidade Católica de Pernambuco, em evento patrocinado pelo Diretório Acadêmico Fernando Santa Cruz, ambas no ano de 2001.

\*\* A Era dos Direitos, RJ, Editora Campus, 1992, pág. 45.

## 1. ORIGEM

Por mais que perscrutemos os horizontes da história, como diz Abrão<sup>1</sup>, não conseguiremos estabelecer determinada época para o surgimento do sigilo bancário, razão pela qual os autores pretendem situá-lo em tempos imemoriais, afirmando que o segredo bancário tem raízes profundas na tradição. Entretanto, embora não se possa afirmar quando teve início o sigilo bancário, na verificação da história do serviço bancário percebe-se uma íntima relação entre este e a religião. Na antigüidade, informa Barreto,<sup>2</sup> os templos eram não só o local para as cerimônias religiosas, como também para a guarda do dinheiro e da prática das atividades bancárias. Covelo<sup>3</sup> refere uma fase de domínio eclesiástico, caracterizada pela organização da operação bancária sob forma de empresa, daí resultando a criação dos Bancos de São Jorge (1147), São Marcos (1171) e Gênova (1345). Essa fase incorporou na ética do negócio o sigilo bancário.

No Brasil, destacou Hungria<sup>4</sup> em 1958, a fonte de obrigação deste segredo era o próprio contrato entre o banco e o cliente, ainda que não expressa cláusula nesse sentido. O segredo bancário, em nosso país, apareceu na legislação pela primeira vez em 1964, no art. 38 da Lei nº 4.595, onde foi legalmente determinado que as instituições financeiras conservarão sigilo em suas atividades.

## 2. CONCEITO

A expressão “sigilo” quer dizer o que não pode ser informado, divulgado, ou conhecido e “bancário” significa atividade desenvolvida pelos bancos e demais instituições financeiras. Assim, sigilo bancário consiste na impossibilidade das instituições financeiras, inclusive dos seus funcionários ou empregados, divulgarem a terceiros qualquer informação concernente a dados que disponham quanto ao usuário de

---

<sup>1</sup> Nelson Abrão, *Direito Bancário*, SP, Revista dos Tribunais, 1988, pág. 51.

<sup>2</sup> Barreto apud Luiz Fernando Bellinetti, *Limitações Legais ao Sigilo Bancário*, Direito do Consumidor, SP, Revista dos Tribunais, 1996, vol. 18, pág. 143.

<sup>3</sup> Sérgio Carlos Covelo, *O Sigilo Bancário – Particular Enfoque na sua Tutela Civil*, SP, Leud, 1991, págs. 9-21.

<sup>4</sup> Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1958, págs. 271 e 272.

seus serviços. O sigilo bancário, segundo Wald,<sup>5</sup> consiste na obrigação de discrição imposta aos bancos e aos seus funcionários, em todos os negócios dos seus clientes, abrangendo o presente e o passado, os cadastros, a abertura e o fechamento de contas e a sua movimentação.

### 3. O SIGILO BANCÁRIO – ÓTICAS CONSTITUCIONAL E LEGAL

#### 3.1 Ótica Constitucional

Na análise da Carta Magna não se constata o emprego da expressão sigilo bancário em seu texto. Todavia, em razão do disposto no art. 5º, X, da CF, a doutrina majoritária (Wald,<sup>6</sup> Covello,<sup>7</sup> Fregadolli,<sup>8</sup> Navarro,<sup>9</sup> Vidigal<sup>10</sup> e Dias,<sup>11</sup> dentre outros) e os Tribunais pátrios passaram a entender que o sigilo bancário está inserido no direito fundamental da intimidade, a saber: “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”.

Em outras palavras, essa corrente afirma que conhecer a “movimentação” bancária implica em conhecer os dados pertinentes ao denominado direito de privacidade do cliente, isto é, o seu dia a dia, negócios, intenções, convicções políticas e religiosas, etc.

Há, ainda, o entendimento de que o segredo bancário é inviolável, pois no art. 5º, XII, da CF há referência ao sigilo de dados e este, na

<sup>5</sup> Wald apud Cid Heraclito Queiroz, O Sigilo Bancário, SP, Revista Forense, 1995, vol. 329, pág. 45.

<sup>6</sup> Arnaldo Wald, O Sigilo Bancário no Projeto de Lei Complementar de Reforma do Sistema Financeiro, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, SP, RT, 1992, vol. 1, pág. 200.

<sup>7</sup> Sérgio Carlos Covello, O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade, Revista dos Tribunais, SP, RT, 1989, vol. 648, pág. 27.

<sup>8</sup> Luciana Fregadolli, O Direito à Intimidade e a Prova Ilícita, Belo Horizonte, Livraria Del Rey, 1998, pág. 73.

<sup>9</sup> Rogério de Paiva Navarro, O Ministério Público e o Sigilo Bancário – Anotações ao art. 8º da LC 75/93, Revista da Procuradoria-Geral da República, São Paulo, RT, 1995, n.º 6, pág. 183.

<sup>10</sup> Geraldo Facó Vidigal, Hipóteses de Quebra de Sigilo Bancário, Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, Editor Arnaldo Oliveira, 1995, vol. 2, págs. 125-138.

<sup>11</sup> José Carlos Dias, Sigilo Bancário – Quebra – Requisições da Receita Federal e do Ministério Público, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, n.º 11, pág. 240.

palavra de Martins,<sup>12</sup> hospeda o sigilo bancário, isto é, a expressão “dados” é gênero, do qual o “bancário” é espécie. Fregadolli<sup>13</sup> e Wald<sup>14</sup> também têm a opinião de que tal sigilo está contemplado nesse inciso.

Outra corrente doutrinária, todavia, entende que o sigilo bancário não está tutelado pelo art. 5º, XII, da CF, porque, como diz Saraiva Filho,<sup>15</sup> a interpretação deve ser no sentido de que inviolável é o direito da pessoa de não ter a ação de sua comunicação de dados interceptada, não, os dados em si mesmos.” No mesmo sentido convergem Marques<sup>16</sup> e Carvalho<sup>17</sup>.

Em verdade, o que se veda é a devassa do conteúdo da comunicação de dados e não das informações que já estão na instituição financeira e já são de seu conhecimento. Aqueles autores esquecem-se de que o diploma constitucional mencionou, claramente, os termos “comunicações de dados”.

### 3.2 Ótica Infraconstitucional

O sigilo bancário, segundo Hungria,<sup>18</sup> existiu em decorrência do contrato firmado entre o banco e o cliente, mesmo que não houvesse cláusula expressa. A sanção penal para quem violasse o sigilo era a do art. 154 do Código Penal: “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 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.”

O legislador referiu-se ao sigilo bancário, expressamente, em 31 de dezembro de 1964, quando aprovou a Lei nº 4.594, conhecida como Lei da Reforma Bancária, que em seu art. 38 determinou: “As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços

<sup>12</sup> Ives Gandra Martins, *Sigilo Bancário em Matéria Fiscal*, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, SP, RT, 1995, n.º 12, pág. 71.

<sup>13</sup> Luciana Fregadolli, *ob. cit.*, pág. 116.

<sup>14</sup> Arnoldo Wald, *Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais*, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, SP, RT, 1998, n.º 22, págs. 20 e 21.

<sup>15</sup> Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, *O Sigilo Bancário e o Fisco (Uma Análise Constitucional)*, Interesse Público, n.º 10, 2001, pág. 97.

<sup>16</sup> Carlos Alexandre Marques, *A Natureza do Pedido de Quebra de Sigilo Bancário e Fiscal*, Revista dos Tribunais, SP, RT, 1997, vol. 736, pág. 537.

<sup>17</sup> Roosevelt Batista de Carvalho, *O Ministério Público e o Sigilo Bancário. Uma Crítica a duas decisões Judiciais*, Ciência Jurídica, Salvador, vol. 80, 1998, pág. 405.

<sup>18</sup> Nelson Hungria, *ob. cit.*, pág. 271.

prestados.” No § 7º deste diploma legal foi estabelecida a pena de reclusão, de um a quatro anos, para quem viesse a violar o sigilo. Posteriormente, no art. 18 da Lei nº 7.492/86, que definiu os crimes contra o sistema financeiro nacional, apareceu outra vez o sigilo bancário assim: “Violar sigilo de operação ou de serviço prestado por instituição financeira ou integrante do sistema de distribuição de títulos mobiliários de que tenha conhecimento, em razão de ofício: Pena – Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

Em 3 de maio de 1995 passou a vigorar a Lei nº 9.034, que dispõe sobre a utilização de Meios Operacionais para a Prevenção e Repressão de Ações Praticadas por Organizações Criminosas. No artigo 2º, III, constou: “Art. 2º 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.”

Após a vigência da Constituição de 1988 os Tribunais passaram a decidir que o art. 38 da Lei nº 4.594/64, disciplinador do sigilo bancário e de sua quebra, foi recepcionado pela nova ordem constitucional e com a natureza de lei complementar.

Essa, em síntese, é a legislação infraconstitucional que fez expressa menção ao sigilo bancário no período anterior à existência da Lei Complementar nº 105/2001, que “Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.”

#### 4. SIGILO BANCÁRIO – DIREITO ABSOLUTO OU RELATIVO

O sigilo bancário pode ou não ser violado? O Supremo Tribunal Federal<sup>19</sup> e o Superior Tribunal de Justiça<sup>20</sup> têm decidido que o sigilo bancário não é um direito absoluto, mas deve ceder frente aos interesses da justiça e do interesse público.

Assim, objetivando-se esclarecer a autoria e/ou existência de crime, o direito individual do sigilo em questão – intimidade – não prevalece perante o interesse da justiça e da sociedade de que ocorra a *quebra*. A propósito é pertinente referir a decisão do STF, trecho do voto do Min. Celso de Mello, no Inq. nº 897/DF, que deve nortear o deferimento de

<sup>19</sup> Revistas Trimestral de Jurisprudência, vols. 148 e 157, respectivamente págs. 367-369 e 45-51.

<sup>20</sup> Recurso Ordinário nº 97/0081734-2, in DJ de 29.6.1998, pág. 242.

quebra, nos termos que seguem (in RTJ 157, pág. 58): “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.” O sigilo<sup>21</sup> é garantia do cidadão em relação ao arbítrio do poder público, mas não pode se constituir em garantia para a delinquência.

## 5. PRINCÍPIOS

Alguns princípios norteiam a quebra do sigilo bancário, dentre os quais merecem destaque os que seguem.

### 5.1 Princípio da Verdade Real

Durante a fase investigatória ou na órbita judicial pode haver a necessidade de esclarecimentos no tocante à autoria e/ou materialidade, o que poderá ensejar a quebra do sigilo bancário do investigado ou denunciado. São exemplos: para comprovar que a conta de terceira pessoa estava sendo utilizada para esconder o “caixa dois” de uma empresa; que uma pessoa é a verdadeira dirigente de uma pessoa jurídica, onde foram praticados ilícitos<sup>22</sup>.

Tais esclarecimentos só serão alcançados pela referida quebra e o que lhe motiva é a apuração da verdade real, isto é, que a verdade venha à tona, mas nos limites traçados pela Constituição e leis. Não foi outra a decisão do STJ,<sup>23</sup> ao vislumbrar indícios de crime fiscal, no sentido de que de um lado está o interesse público e do erário e do outro o direito individual do investigado ao sigilo de dados de sua intimidade, devendo este ceder, para que a verdade real seja descoberta, no interesse de toda a coletividade.

---

<sup>21</sup> Alécio Adão Lovato, Crimes Tributários, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, pág. 189.

<sup>22</sup> O STF, nos autos do Inquérito Policial nº 1.769, em decisão monocrática do Min. Carlos Velloso, em 13/8/2001, determinou a quebra do sigilo bancário de um Senador da República, conforme noticiário da Internet daquele Tribunal, sob o argumento da verdade real e no interesse da justiça, bem como para a identificação, objetiva, dos beneficiários do esquema de desvio de verbas.

<sup>23</sup> RESP 286.697, DJ de 11.06.2001, pág. 126.

## 5.2 Princípio da Inquisitorialidade

O contraditório (art. 5º, LV, da CF) não prevalece na fase da investigação criminal, que tem a natureza inquisitiva, conforme já teve oportunidade de decidir o Colendo Supremo Tribunal Federal, cuja ementa é parcialmente transcrita: “Inquérito. Agravo Regimental. Sigilo Bancário. Quebra. Afronta ao art. 5º, X e XII, da CF: Inexistência. Investigação criminal. Contraditório.” E, na fundamentação do aresto,<sup>24</sup> constou: “Esta casa repetidamente – e com bons motivos – tem dito que o princípio não prevalece na fase inquisitorial (HHCC 55.447 e 69.372-5; RE 136.239, *inter alia*).” Isto é, na órbita investigatória criminal, caso ocorra a quebra do sigilo bancário, não há mister de dar ciência ao investigado.

Aliás, outro não é o sentido do contido no art. 5º, LV, da Constituição Federal, que confere aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Ora, por hipótese, estando uma investigação em andamento e que necessita da quebra do sigilo bancário e depois de outras diligências complementares (como a identificação do criminoso, a sua prisão e seqüestro dos valores existentes em conta, etc.), a cientificação daquela ao autor do ilícito só irá dificultar e frustrar o trabalho da autoridade. Diferente, no entanto, é quando já há processo criminal, com acusação formal ao réu decorrente de denúncia, porque aí já há acusado e este deve ser intimado das decisões processuais em obediência ao princípio do contraditório.

## 5.3 Princípio da Autoridade Natural

O Constituinte estabeleceu: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII, da CF); “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (art. 5º, XXXVII). Assim, o pedido de ruptura de sigilo bancário, em qualquer fase (investigatória e instrutória processual), deverá ser dirigido ao julgador legalmente competente, sob pena de ser considerada ilícita a prova, conforme a jurisprudência.

<sup>24</sup> RTJ 157, págs. 44-51.

O Ministério Público, com a observância do princípio do Promotor Natural, deverá requerer ao Poder Judiciário o deferimento da medida quando necessário, já que os Tribunais pátrios não têm permitido que esta Instituição ordene a quebra, diretamente, às instituições financeiras.

No tocante à possibilidade de o Fisco determinar a quebra sem a autorização do Judiciário, o STJ manifestava-se negativamente,<sup>25</sup> sob o argumento de ferimento ao direito constitucional de intimidade, salvo se houvesse prévia autorização judicial. Contudo, agora, com o advento da Lei nº 105/2001 essa questão voltará a ser discutida e o Supremo Tribunal Federal, órgão jurisdicional competente para o exame de questões constitucionais, é quem, finalmente, decidirá a questão. Nesse sentido, só a autoridade fiscal legalmente competente para a investigação é quem poderá tomar as providências indispensáveis para a quebra do sigilo bancário do contribuinte. Aliás, no art. 6º da aludida lei foi dito que só a autoridade administrativa competente é quem poderá examinar os documentos e registros referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras. No âmbito do Poder Legislativo, conforme o disposto no art. 58, § 3º, da CF, as Comissões Parlamentares de Inquérito detêm poderes para requisitar informações bancárias. Outrossim, para a instauração de CPI deve ser levado em consideração se o fato é da esfera da respectiva pessoa jurídica de direito público que pretende realizar a investigação.

#### 5.4 Princípio da Motivação

A autoridade judiciária que determinar a ruptura do sigilo em exame deverá fundamentar a sua decisão (art. 93, IX e X, da CF), sob pena de nulidade. Não é outra a obrigação do Ministério Público, *ex vi* do art. 43, III, da Lei nº 8.625/93.

No Poder Legislativo as Comissões Parlamentares de Inquérito, cujos poderes de investigação são próprios das autoridades judiciais (art. 58, § 3º, da CF), podem ordenar a quebra do sigilo bancário, mas observando, dentre outras formalidades, o efetivo mister de acesso aos documentos/informações e que a decisão seja devidamente fundamentada. Não foi outra a decisão do Supremo Tribunal Federal,

<sup>25</sup> RESP 115.063 – DF, in RSTJ nº 111/57; RESP 37.566-5 – RS, in RT 710/184; RESP 114.759, DJ de 10.8.1998, pág. 17; RESP 122.986, DJ de 8.6.1998, pág. 21.

por ocasião do MS nº 23.452-1/RJ, que ficou assim ementado: “Comissão Parlamentar de Inquérito – Poderes de Investigação (CF, art. 58, § 3º) – Limitações Constitucionais – Legitimidade do Controle Jurisdicional – Possibilidade de a CPI ordenar, por autoridade própria, a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico – Necessidade de fundamentação do ato deliberativo – Deliberação da CPI que, sem fundamentação, ordena medidas de restrição a direitos – Mandado de Segurança Deferido.” Da mesma forma a autoridade administrativa-fiscal, uma vez que, na parte final do art. 6º, da LC nº 105/2001, o legislador exigiu uma motivação para o ato ao dizer: “...e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrava.”

A motivação é uma garantia para o cidadão, na medida em que ele conhecerá a razão da violação do seu direito de privacidade, o que ensejará, se for o caso, a possibilidade de irresignação na esfera judicial. O Poder Judiciário não tem permitido a quebra nos casos em que não há suficiente fundamentação da decisão. Outrossim, a respeito da motivação em exame pelo Ministério Público e Fiscalização Tributária, ver mais detalhes no tópico adiante, nº 9.

## 6. LEGITIMAÇÃO PARA A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO

### 6.1 Poder Judiciário

Os Tribunais<sup>26</sup> têm decidido que, inobstante o direito constitucional de privacidade, o sigilo bancário pode ser rompido por ocasião de persecução penal e quando ocorrer interesse público e da justiça. Ou seja, para esclarecer a autoria e a existência de delito. E quanto ao Judiciário, por ter sido constitucionalmente consagrado com o poder jurisdicional, não se contesta a sua legitimidade para examinar e apreciar o procedimento em estudo.

Aliás, no âmbito infraconstitucional, o art. 38, § 1º, da Lei 4.595/64, permitia a quebra do sigilo bancário pelo mencionado Poder. Entretanto, tal diploma legal está revogado, pois a recente Lei Complementar nº 105/2001, no art. 1º, § 4º, faculta que o Poder Judiciário decrete a quebra de sigilo, quando necessário para a apuração de ocorrência de ilícito penal, especialmente em crimes contra a ordem

<sup>26</sup> RTJ 157/44; LEX – JSTJ e TRFs, 102/234; DJ de 29/06/1998, pág. 242; DJ de 16/06/1996, pág. 33651.

tributária, administração pública, praticado por organização criminosa e outros ali referidos. Tal enumeração é meramente exemplificativa, eis que para a apuração de outros delitos não mencionados e sua autoria (homicídio, mediante “recompensa” efetuada, por exemplo) a quebra também é admissível. A base legal da legitimidade do Judiciário, ainda, está presente no art. 3º da LC nº 105/01, que diz: “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 às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.”

## 6.2 Comissão Parlamentar de Inquérito – Poder Legislativo

A Lei da Reforma Bancária – art. 38 e parágrafos da Lei nº 4.595/64<sup>27</sup> – dispôs a respeito do sigilo bancário e conferiu poderes ao Poder Legislativo para ordenar a quebra. Em 1988, o constituinte concedeu, à CPI, poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (art. 58, §3º, da CF<sup>28</sup>). De lá para cá, o STF<sup>29</sup> tem decidido que, dentre os poderes conferidos às CPIs, insere-se a violação do sigilo

<sup>27</sup> Nos parágrafos do art. 3º da Lei nº 4.595/64 constou: “§ 2º O Banco Central do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo. § 3º As Comissões Parlamentares de Inquérito no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central do Brasil. § 4º Os pedidos de informações a que se referem os parágrafos 2º e 3º deste artigo deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.”

<sup>28</sup> Art. 58, § 3º, da CF: “As Comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

<sup>29</sup> No MS nº 23.452-1/RJ, julgado em 16.6.1999 pelo STF, ficou assim decidido: “Comissão Parlamentar de Inquérito – Poderes de Investigação (CF, art. 58, § 3º) – Limitações Constitucionais – Legitimidade do Controle Jurisdicional – Possibilidade de a CPI ordenar, por autoridade própria, a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico – Necessidade de fundamentação do ato deliberativo – Deliberação da CPI que, sem fundamentação, ordena medidas de restrição a direitos – Mandado de Segurança Deferido.”

bancário. Agora, ratificando a possibilidade de tal medida, o legislador no art. 4º, § 1º, da LC nº 105/2001, especificou: “As comissões parlamentares de inquérito, no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações e documentos sigilosos de que necessitarem, diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários.” E no § 2º do mesmo diploma legal constou determinação quanto à sua aprovação: “As solicitações de que trata este artigo deverão ser previamente aprovadas pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito.” Não se pode deixar de salientar que a decisão de quebra deve ser fundamentada e deve guardar estreita relação com os fatos sob apreciação, sob pena de nulidade e ofensa ao direito de privacidade. Aliás, assim tem entendido o Poder Judiciário, quando chamado a decidir a respeito das deliberações das CPIs. Outrossim, ela poderá ocorrer no âmbito da União, Estado, Município e Distrito Federal, dependendo do interesse do assunto a ser investigado.

### 6.3 Ministério Público

O Ministério Público, por definição constitucional, é a instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, “caput”, da CF). Daí decorre que o Ministério Público na atuação contra a criminalidade pode promover a ação penal pública, instaurar procedimento administrativo (na presidência deste objetiva elucidar os fatos), requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

Indaga-se, então, se o Ministério Público pode ordenar a quebra do sigilo bancário à instituição financeira, isto é, sem a necessidade de prévia autorização judicial.

No âmbito doutrinário é controvertido o tema da requisição de ruptura do sigilo bancário – diretamente à instituição financeira – pelo órgão Ministerial.

Uma parte da doutrina<sup>30</sup> posicionou-se negativamente. Ou seja, entendeu que o Sistema Financeiro Nacional, art. 192 da CF, deveria ser

---

<sup>30</sup> Nesse sentido: Jaques de Camargo Penteadó, *O Sigilo Bancário e as Provas Ilícitas*, Justiça Penal, SP, RT, vol. 4, págs. 95-100; Oswaldo Henrique Duek Marques, *Considerações Sobre a Criminalidade Organizada*, Justiça Penal, SP, RT, vol. 6, 1999,

estruturado em lei complementar e, enquanto não vigorasse esta, a Lei 4.595/64 deveria valer como se lei complementar fosse e nesta o Ministério Público não aparecia com tal poder. Foi aduzido, ainda, que o art. 29 da Lei 7.492/86 (Define os Crimes contra o Sistema Financeiro) e o art. 8º, § 2º, da Lei 75/93 (LOMPU) referem-se à autoridade como destinatária da requisição, mas os administradores das instituições financeiras não se enquadram em tal conceito. Dizem, ainda, os defensores deste entendimento, que o sigilo bancário está abrangido no direito fundamental de intimidade (art. 5º, X, da CF), razão pela qual só pode ser quebrado pelo Poder Judiciário.

Outra corrente de pensamento,<sup>31</sup> todavia, manifestou-se afirmativamente, uma vez que a lei complementar pretendida pela CF já estaria em vigor, isto é, o art. 8º, IV, da LC nº 75, de 20 de maio de 1993 (LOMPU), que facultou ao Ministério Público da União requisitar informações e documentos a entidades privadas, bem como, no § 2º daquele diploma legal, que nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido. Ademais, a LC nº 75/93 é de aplicação subsidiária para os Ministérios Públicos dos Estados (art. 80 da Lei nº 8.625/93 – LOMP) e, ainda, o art. 26, II, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público tem a mesma redação do art. 8º, IV, da LOMPU. A alegação de que o gestor da instituição financeira não é autoridade<sup>32</sup> não convence, eis que<sup>33</sup> a *ratio legis* é a de que “nem mesmo” a autoridade poderá apresentar a oposição, face ao

---

págs. 285-286; Misabel Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Coelho, Direito Tributário Aplicado, BH, Del Rey, 1997, págs. 281-283; Juarez Tavares, A Violação ao Sigilo Bancário em face da Vida Privada, Revista Brasileira de Ciências Criminais, SP, RT, nº 1, págs. 107 e 108; Ives Gandra da Silva Martins, ob. cit., pág. 68; Andreas Eisele, Crimes contra a Ordem Tributária, SP, Dialética, 1998, pág. 225.

<sup>31</sup> A favor da requisição direta podem ser citados: Hugo Nigro Mazzili, O Inquérito Civil, São Paulo, Saraiva, 1999, págs. 186 e 187; Pedro Roberto Decomain, Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Florianópolis, Obra Jurídica Ltda., 1996, págs. 213-216; Rogério de Paiva Navarro, ob. cit., pág. 179; Roosevelt Batista de Carvalho, ob. cit., pág. 399.

<sup>32</sup> De Plácido e Silva (Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro, Forense, vol. 1, 1982, pág. 253) explica o que é autoridade: “O termo autoridade é derivado do latim *autoritas* (poder, comando, direito, jurisdição), é largamente aplicado na terminologia jurídica como o poder de comando de uma pessoa, o poder de jurisdição ou o direito que se assegura a outrem para praticar determinados atos relativos a pessoas, coisas ou atos.”

<sup>33</sup> Navarro apud Rodolfo Tigre Maia, Dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, SP, Malheiros Editores, 1996, pág. 164.

Ministério Público, da exceção de sigilo. Ora, se a nenhuma autoridade é permitido tal oposição, *a fortiori*, não o será à entidade privada.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>34</sup> e o TJRS,<sup>35</sup> quando chamados a deliberar sobre o assunto, manifestaram-se no sentido<sup>36</sup> de que o órgão Ministerial, quando for necessário, deve requerer o procedimento da quebra de sigilo bancário ao Poder Judiciário, eis que a Lei 4.595/64 não concedeu ao MP tal poder requisitório e, ainda, o acesso às informações bancárias só pode ser fruto de lei complementar e não de lei ordinária, como é o caso da Lei n<sup>o</sup> 8.625/93 (LOMPE).

Sustentou-se positivamente em discussão judicial, tendo em vista a faculdade de requisitar diligências investigatórias estabelecida no art. 129, VIII, da CF. Contudo, em 13 de abril de 1999, o STF,<sup>37</sup> no RE 215.301-CE, Rel. Min. Carlos Velloso, decidiu que o art. 129, VIII, da CF, pertinente à função institucional do Ministério Público de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais, não permite a requisição do rompimento do sigilo bancário sem a interferência do Judiciário. Argumentou o Ministro: “As diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial deverão ser requisitadas, obviamente, à autoridade policial. Ora, no citado inc. VIII, do art. 129, da CF, não está escrito que poderia o órgão do Ministério Público requerer, sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de alguém. E se considerarmos que o sigilo bancário é espécie do direito à privacidade que a Constituição consagra no art. 5<sup>o</sup>, inciso X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria a ação do Ministério Público para requerer, diretamente, sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa.”

<sup>34</sup> HC n<sup>o</sup> 2.352-8/RJ, in RSTJ, n<sup>o</sup> 82, pág. 271; RHC n<sup>o</sup> 1.290/MG, in RSTJ n<sup>o</sup> 36, págs. 113-121; RHC 2.019-7-RJ, in RSTJ, n<sup>o</sup> 60, pág. 120; HC n<sup>o</sup> 6.491-SP, Lex – JSTJ e TRFs, vol. 110, pág. 481; Lex – JSTJ e TRFs, vol. 102, págs. 233-234.

<sup>35</sup> MS n<sup>o</sup> 694057308, julgado em 27.11.94; Apel. 697269892, j. em 1<sup>o</sup>.10.98; HC 70000691782, j. em 2.3.2000.

<sup>36</sup> No RHC n<sup>o</sup> 1.290-MG, in RT 710, pág. 186, o STJ decidiu que em se tratando de crime financeiro o Ministério Público Federal pode requisitar a qualquer autoridade informação, documento ou diligência – Lei 7.492/86.

<sup>37</sup> No feito, em resumo, o Banco do Estado de São Paulo ajuizou habeas corpus em favor do seu Gerente-Geral, visando o trancamento da ação penal, por crime de desobediência, em decorrência da falta de justa causa. O paciente teria informado, à Procuradoria da República, ser impossível o atendimento do pedido de informações acerca da movimentação bancária de dois clientes.

De outro lado, como dito, o Ministério Público pode instaurar procedimento administrativo, com cunho investigatório criminal, e neste requisitar documentos e informações para instruí-lo, na forma da lei complementar respectiva (art. 129, VI, da CF). Nesse sentido o Informativo nº 8 do STF – Internet – menciona que, dando continuidade ao julgamento do mandado de segurança (MS 21.729-DF) impetrado pelo Banco do Brasil contra requisição de informações sobre empréstimos concedidos a usineiros, formulada pelo Procurador-Geral da República, com base no art. 8º, § 2º, da LC 75/93, o Tribunal entendeu ser inoponível, na espécie, a exceção de sigilo bancário da instituição financeira, justamente em razão da origem pública de parte do numerário das operações questionadas. Da ementa do acórdão, julgado em 5.10.1995 e publicado no DJ de 19.10.2001, extrai-se que a ordem jurídica conferiu explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público – art. 129, VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sob invocação de sigilo bancário. No caso concreto, os empréstimos objeto de procedimento administrativo eram verdadeiros financiamentos públicos. Nele frisou-se que a requisição formulada pelo Ministério Público Federal deveria ser atendida por se tratar de verba pública.

Verdade é que o STF tem dito que o sigilo bancário está inserido no direito de intimidade (art. 5º, X, da CF), o que tem propiciado decisões no sentido de que, no interesse público ou da justiça, só o Poder Judiciário e às Comissões Parlamentares de Inquérito (estas por estarem investidas de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais – art. 58, §3º, da CF) podem ordenar o acesso aos dados bancários. Inobstante isso (o que tem sido omitido de discussões), não se pode desconhecer que o constituinte, ao Ministério Público, conferiu poderes de requisitar informações e documentos, com o fim de instruir procedimentos administrativos de sua competência, na forma da lei complementar respectiva (art. 129, VI, da CF). O problema, como já constatado em acórdão do STJ<sup>38</sup> a respeito do assunto, é que o direito de quebra de sigilo bancário, no texto constitucional, remeteu a regulamentação da atuação Ministerial para a lei complementar. Ou seja, a Constituição, desde logo, não vedou e nem autorizou esta Instituição a requisitar informações bancárias. Então, sem dúvida, uma

<sup>38</sup> RHC nº 1.290/MG, in RSTJ nº 36, págs. 113-121.

lei considerada de natureza complementar pode conferir esse direito ao Ministério Público<sup>39</sup>. Ademais, mesmo constando na Constituição como Direito e Garantia Fundamental, o sigilo bancário tem sido quebrado pelo Legislativo e não só pelo Judiciário. E o Legislativo detém tal poder em razão do art. 58, §3º, da CF, que está no Título Da Organização dos Poderes. Assim, nada impede o reconhecimento de que na Carta Magna outra Instituição possa ter sido contemplada com a requisição em exame, como é o caso do Ministério Público.

De qualquer forma, já que a Lei Complementar nº 105/01 dispôs sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e não regulamentou o poder requisitório do Ministério Público, perdeu-se uma ótima oportunidade para pacificar de vez o tema. A polêmica – concernente ao MP ordenar ou não a quebra do sigilo em estudo – deverá ter continuidade, já que o art. 8º, IV, § 2º, da LC 75/93 – pertinente ao Ministério Público da União – e o art. 80 da Lei nº 8.625/93, aplicado aos Ministérios Públicos dos Estados e que se reporta, subsidiariamente, àquela, continuam em vigor. Inobstante isso, tendo em vista as decisões judiciais a respeito do tema e a fim de não se correr o risco de ser considerada inconstitucional e ilegal importante prova de delito, o mais adequado e seguro é o Ministério Público requerer a quebra do sigilo bancário ao Poder Judiciário.

Não há dúvida de que o fortalecimento dos poderes investigatórios do Ministério Público, num momento em que se verifica a sofisticação dos delitos praticados em escala macrocriminal, acarretará uma maior eficácia na repressão a esta espécie de criminalidade e isso passa, também, pela concessão de meios investigatórios ágeis e eficazes, como a ruptura do sigilo de que se trata.

## 6.4 O Fisco

O trabalho efetivado pela Fiscalização Tributária é de grande relevância para a pessoa jurídica de direito público, na medida em que acarreta o incremento da receita e, por conseqüência, mais verbas para a aplicação das necessidades da população, como saúde, segurança, educação, obras, etc. Com tais objetivos o legislador determinou no art. 38, § 5º, da Lei nº 4.595/64 que: “Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames

<sup>39</sup> É controverso, mas há o entendimento de que o art. 8º, IV, e §2º, da LC 75/93, combinado com o art. 80 da Lei nº 8.625/93, faculta ao MP determinar a QSB.

de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.”

Após a Constituição de 1988 duas posições<sup>40</sup> ficaram marcadas a respeito do rompimento do sigilo em exame pelo Fisco. A primeira, afirmando que os direitos e garantias insculpidos na Carta Magna (art. 5º) são superiores aos direitos de fiscalização do Fisco, bem como que os incisos X e XII deste artigo revogaram tacitamente o art. 38, § 5º, da Lei nº 4.595/64 e o art. 197 do CTN, que obrigava os bancos a prestarem informações à autoridade administrativa. A segunda, sustenta que o interesse econômico-individual deve subordinar-se ao interesse público, representado este pelos órgãos de Estado. Argumenta que a Fiscalização Tributária pode ter acesso às contas bancárias do contribuinte, porque o art. 145, § 1º, da CF reza: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.” Para esta corrente, portanto, o direito de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades dos contribuintes permite ao fisco acessar operações e os saldos bancários.

O STJ<sup>41</sup> e o TJRGs,<sup>42</sup> tendo em vista a nova ordem constitucional, não admitiram que o Fisco, sem a autorização judicial, quebrasse o sigilo bancário dos contribuintes, uma vez que haveria intromissão na privacidade do cidadão, garantia amparada no art. 5º, X, da CF.

Agora, face ao contido no art. 6º da LC nº 105/01,<sup>43</sup> a polêmica será reacesa, uma vez que, em nível de lei complementar, o legislador disciplinou que a autoridade tributária poderá examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras.

<sup>40</sup> Luciana Fregadolli, ob. cit., págs. 122 e 123; Ives Gandra da Silva, *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, SP, RT, 1995, nº 12, págs. 67 e 68.

<sup>41</sup> São casos concretos os Recursos Especiais que seguem: nº 37.566-RS, DJ de 28.3.1994, pág. 6294; nº 114.759, DJ de 10.8.1998, pág. 17; nº 122.986, DJ de 8.6.1998, pág. 21.

<sup>42</sup> Apelação nº 697269892, julgada em 1º.10.1998, e no MS 694057308, julgado em 27.11.1994.

<sup>43</sup> O referido artigo ficou assim redigido: “As autoridades e os agentes tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.”

Da doutrina atual (posterior à vigência da LC) podem ser colhidos argumentos opostos. Uma corrente entende que tal diploma legal é inconstitucional, porque viola direitos fundamentais constitucionais – de intimidade, de dados e do devido processo legal – do indivíduo, porque permite o acesso aos dados bancários pelo Executivo, sem a autorização do Poder Judiciário“. A obrigatoriedade da intervenção judicial decorre, ainda, do princípio da imparcialidade“ (conseqüência do devido processo legal) da decisão de quebra, eis que a autoridade fazendária tem interesse na arrecadação. E tais garantias visam proteger o cidadão contra a arbitrária investida do Estado. Outro posicionamento doutrinário, todavia, é no sentido de que a Constituição Federal não assegura expressamente entre os direitos individuais o sigilo bancário. Ademais, o constituinte“ facultou (art. 145, § 1º, da CF) à “administração tributária identificar, respeitados os direitos individuais, isto é, com a mantença, por parte da Administração fiscal, do segredo bancário que lhe foi transferido e de conformidade com o devido processo legal (com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade), e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

O Supremo Tribunal Federal, inobstante a existência de ações diretas de inconstitucionalidades contra tal lei complementar, não se manifestou, até o momento, a respeito da possibilidade do Fisco ter acesso à movimentação bancária do contribuinte.

Assim, a polêmica será solucionada pela Corte Constitucional, que deverá levar em consideração, dentre outros aspectos, se o contido no artigo 145, § 1º, da CF, especificamente quanto à expressão “aos respeitados os direitos individuais”, significa a manutenção do segredo bancário que pode ser transferido para a Administração Fiscal ou a observância do direito fundamental da intimidade, dentro do qual está abrangido o sigilo bancário. Ou seja, na primeira hipótese o Fisco poderá ter acesso às informações bancárias em questão, enquanto na segunda, evidentemente, não poderá ocorrer a quebra do sigilo bancário pelo Poder Executivo.

<sup>44</sup> Em tal sentido: Luiz Flávio Gomes, Crimes Tributários e Quebra do Sigilo Bancário, na obra *Direito Penal Empresarial*, SP, Dialética, 2001, págs. 154-157; Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *Meios de Impugnação à Quebra Indevida de Sigilo Bancário*, *Direito Penal Empresarial*, SP, Dialética, 2001, págs. 161-182.

<sup>45</sup> Luiz Flávio Gomes, artigo denominado Crimes Tributários e Quebra do Sigilo Bancário, na obra *Direito Penal Empresarial*, Dialética, 2001, págs. 154-157.

<sup>46</sup> Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, *O Sigilo Bancário e o Fisco (Uma Análise Constitucional)*, *Interesse Público*, nº 10, 2001, págs. 86-98.

O Fisco, na hipótese de o STF admitir como inconstitucional o art. 6º da LC 105/01, poderá, se for o caso, fundamentadamente e com os elementos probatórios suficientes, provocar a intervenção do titular (Ministério Público) da ação penal e este, se convencido da necessidade deste procedimento, providenciará na medida de quebra. De qualquer forma, mesmo que o STF permita o acesso às informações bancárias pela Fiscalização na forma daquela LC, existirão situações em que é conveniente para ela, até por cautela e para não incidir em abuso de direito, uma imediata e prévia investigação conjunta com o Ministério Público, que culminará com o pedido de quebra pelo Órgão Ministerial perante o Judiciário, com o repasse posterior ao órgão fazendário dos elementos colhidos da soneração fiscal.

## 7. NATUREZA JURÍDICA

A quebra do sigilo bancário, no Brasil, tradicionalmente tem sido utilizada para colher elementos probatórios que esclareçam a existência de infração penal e sua autoria, a fim de que, oportunamente, sejam promovidas as ações penal e cível cabíveis. Além disso, as provas obtidas junto às instituições financeiras servem para que haja um julgamento político, como a cassação de mandato de Deputado Federal, Senador e Presidente da República. Agora, tendo em vista a vigência do art. 6º LC nº 105/2001 e enquanto este não for considerado inconstitucional pelo STF (ver item 6.4), a autoridade fiscal poderá averiguar a existência de evasão fiscal utilizando-se da quebra.

Assim, independente da requisição de violação do sigilo bancário partir do Judiciário, Legislativo ou Ministério Público, cabe assentar que esta tem natureza de procedimento administrativo-investigatório (não se trata de processo ou ação cautelar), inquisitorial e sigiloso. Com efeito, a referida quebra decorre de procedimento investigatório Ministerial, inquérito policial, ou do trabalho da Comissão Parlamentar de Inquérito, sendo que nos dois primeiros casos a jurisprudência atual exige a intervenção judicial, o que não desnatura o seu caráter de mero procedimento administrativo-investigatório.

Lapidar é o ensinamento de Marques<sup>47</sup> ao preconizar que: "... como início de abordagem do tema pode-se escolher uma premissa básica: o pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal é apenas e tão-somente um procedimento administrativo investigatório preliminar, não um processo ou uma ação cautelar inominada. Tem caráter inquisitorial, sem contraditório, constituindo simples medida administrativa. Possui natureza cogente, que pressupõe para a eficácia das investigações também o sigilo."

Aliás, o Tribunal de Justiça Gaúcho, por sua 3ª Câmara Criminal, no dia 10 de novembro de 1994, na Apelação nº 694106972,<sup>48</sup> enfrentou essa questão, onde o Ministério Público do RS requereu a quebra de sigilo bancário, a fim de apurar notícias de favorecimento, corrupção e enriquecimento ilícito nas licitações da Secretaria do Planejamento e Obras. O Juiz de Direito, após invocar os arts. 282, 283 e 801 do CPC e o art. 5º, incisos XII e LV, da CF, indeferiu o aludido requerimento por considerá-lo inepto (art. 295, I, do CPC). O Colendo Tribunal, à unanimidade, deu provimento ao recurso Ministerial e decidiu que não se trata de ação cautelar, mas de providência judicial requerida em fase pré-processual, por força de atividade investigatória atribuída ao Ministério Público, razão pela qual não há que se falar em petição inicial.

Devido à importância teórica e prática do assunto, merece ser transcrita a ementa do referido julgado: "REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. Não cabem critérios privatísticos, quando se aprecia a atividade do MP, mormente quando de sua atuação junto ao juízo criminal. Ao MP, por força de regramentos constitucional e legal, é reconhecida sua atribuição investigatória ampla, que só sofre restrições quando se depara com interesses protegidos pelo sigilo, o que lhe impõe socorrer-se do Judiciário. Seu requerimento, nesse ponto, quando busca a quebra do sigilo de pessoas físicas e jurídicas, é de ser encarado como providência própria de sua função investigatória, na fase pré-processual, não se podendo compará-la à de alguém para quem se exige o ajuizamento de ação cautelar. Não se tratando de ação cautelar, não há que se cogitar de regras processuais civis disciplinadoras da petição

<sup>47</sup> Carlos Alexandre Marques, A Natureza do Pedido de Quebra de Sigilo Bancário e Fiscal e Alguns Comentários Práticos da atuação do Ministério Público, SP, RT, nº 736, pág. 535.

<sup>48</sup> RJTJRS, vol. 168, pág. 121.

inicial, muito menos aplicáveis à petição inicial de uma ação cautelar. Basta, para tanto, que se evidencie que o MP está a agir com apoio em procedimento investigatório, independentemente, inclusive, de sua natureza, porque tais procedimentos podem desdobrar-se em outros. Incabível, outrossim, tolher-se a amplitude da investigação, impondo-se sua vinculação à natureza do procedimento investigatório, que, inclusive, poderá estar erroneamente classificado. Sendo indeferida a postulação, sob o fundamento de que era inepta a inicial, com a expressa invocação do art. 295, inc. I, do CPC, não houve apreciação do mérito do pedido, o que cumpre seja feito, sob pena de supressão de um grau de jurisdição. Decisão cassada, para que outra seja proferida, enfrentando-se o mérito da pretensão.”

Por derradeiro, a natureza inquisitorial e sigilosa do procedimento em análise, conforme dito antes, significa que o seu rumo tem um caminho determinado e que não admite desvios, isto é, objetiva a pesquisa das informações indispensáveis ao esclarecimento do que está sendo investigado. Assim, na fase pré-processual, quando ainda os elementos probatórios estão sendo procurados, não há que se permitir o contraditório, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal. O sigilo e a inquisitorialidade guardam íntima relação com o êxito do trabalho investigatório, já que, como diz Frederico Marques,<sup>49</sup> o suspeito pode intrometer-se e tumultuá-lo. Afora isso, após deferido o requerimento de rompimento, outras diligências podem ser necessárias, como a interceptação telefônica, o rotineiro acampamento, o seqüestro de bens, etc. E se o delinqüente souber de todos os passos da autoridade que lhe investiga, também haverá maior dificuldade para esta elucidar o delito. O fator surpresa, caso haja cogente diligência complementar, pode contar em favor da justiça. Outrossim, quanto ao Fisco, impõe-se observar que, visando complementar a novidade do poder de quebra recentemente conferido na LC nº 105/2001, o Governo Federal editou o Decreto nº 3.724/01, cujo art. 4º, § 2º, determina a prévia intimação do contribuinte para a apresentação de informações sobre movimentação financeira. Ou seja, deseja-se que, antes da Requisição de Informações Financeiras (RMF) dirigida ao banco, o averiguado seja cientificado da pretensão do Fisco. É, então, uma exceção à natureza sigilosa do instituto em exame. Maiores detalhes a respeito do procedimento da quebra por parte do Fisco no item nº 9.

---

<sup>49</sup> José Frederico Marques, Tratado de Direito Processual Penal, SP, Saraiva, 1980, pág. 191.

## 8. COMPETÊNCIA

A competência diz respeito a quem pode ordenar a quebra do sigilo bancário.

Pode-se afirmar que o exame do deferimento ou não da medida deverá ocorrer pelo Juiz ou Tribunal que tem a competência constitucional e legal para analisar a ação penal, caso ela venha, futuramente, a ser promovida e, uma vez encontrado este, também estará localizado quem deve julgar o pedido de violação em exame.<sup>50</sup> Outrossim, se já houver processo criminal em andamento, o pedido de ruptura deverá ocorrer, incidentalmente, perante o Juiz ou Tribunal onde tramita o feito. A intervenção do Judiciário decorre do Princípio Constitucional da Inafastabilidade do Poder Judiciário e do contido no art. 1º, § 4º, e 3º da LC nº 105/01.

No tocante ao Ministério Público, o Membro que terá atribuição para requisitar a informação financeira, ou de requerê-la ao Judiciário (haverá tal requerimento caso se entenda que o MP não pode, diretamente, fazer tal requisição), é o que detém o dever legal de promover a ação penal. Se a causa for de alçada federal não pode o Ministério Público do Estado imiscuir-se em assunto de atribuição do Ministério Público Federal e vice-versa.

Quanto ao Fisco, o art. 6º da LC nº 105/01 foi cristalino ao determinar que só a autoridade tributária<sup>51</sup> competente é quem pode examinar as contas de depósitos e aplicações financeiras, bem como documentos, livros e registros de instituições financeiras.

Por fim, a Comissão Parlamentar de Inquérito – art. 58, § 3º, da CF e art. 4º, §§ 1º e 2º, da referida LC – tem competência para ordenar a quebra, devendo ser observado o interesse a ser tutelado, isto é, se o fato determinado a ser esclarecido é de interesse da União, Estado, Município ou Distrito Federal. A União não pode, por hipótese, criar e instalar CPI sobre as atividades exclusivas e privativas dos demais entes públicos. Tal vedação decorre da autonomia das atividades estatais.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Impõe-se a análise da Constituição Federal, do Código de Processo Penal e, se a situação exigir, do Código de Organização Judiciária do Estado, não se devendo esquecer da competência por prerrogativa de função.

<sup>51</sup> O Decreto nº 3.724/01, no art. 2º, “caput” e seu § 5º, I, e no art. 4º, “caput”, indicou as autoridades tributárias da União que podem expedir a Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), isto é, ordenar a quebra.

<sup>52</sup> Francisco Rodrigues Silva, CPIs – Poderes e Limitações, Recife, Edições Bagaço, ano 2001, pág. 85.

## 9. PROCEDIMENTO

O Poder Judiciário, em decorrência dos princípios da iniciativa das partes e da imparcialidade do julgador, age após a provocação dos interessados. O Juiz não atua, pois, de ofício durante a fase investigatória, embora na instrução processual, excepcionalmente, tenha condições de ordenar diligência para dirimir dúvidas sobre ponto relevante, dentre elas a agora examinada – art. 156 do CPP.

No Sistema Processual Penal Brasileiro cabe à Polícia Judiciária a investigação criminal e ao Ministério Público, além desta (faculdade permitida pelo procedimento administrativo – art. 129, VI, da CF), a iniciativa da ação penal pública. Assim, tanto o Ministério Público, quanto a Polícia Judiciária, poderão requerer ao Magistrado que rompa o sigredo financeiro de correntista, com o intuito de esclarecer infração penal e/ou sua autoria. O Membro do Ministério Público, por ser o fiscal da lei e ter a *opinio delicti*, deve ser ouvido quando a autoridade policial requerer tal quebra ao Magistrado. A oportunidade de manifestação Ministerial, inclusive, enseja que o titular da ação penal possa ampliar o pleito daquela autoridade e, se for o caso, defender o direito ao sigilo daquele contra quem foi este dirigido.

Faz-se imperioso que, por ocasião do pedido em juízo, seja esclarecida a necessidade de obter-se a documentação bancária, indicando os elementos de convicção que demonstram essa circunstância. No requerimento de quebra outros importantes informes, se possível, devem ser mencionados: o nome do investigado; o número do cadastro de pessoa física; a síntese dos fatos; o que se descobriu até aquele instante; o crime a ser apurado; a base constitucional e legal; o requerimento de violação do sigilo; a denominação da instituição financeira, sua agência e endereço; a documentação que se está a exigir, como extrato, cópia de cheque, ordem de pagamento, recibo de depósito; identificação da conta (corrente, poupança, aplicação financeira, etc.); período de tempo abrangido pela medida pretendida; prazo a ser fixado para o cumprimento da ordem.

Algumas hipóteses podem ilustrar essa situação: a) havendo prova testemunhal de que certa empresa praticou crime fiscal e que o montante deste ilícito foi depositado na conta pessoal do sócio ou de testas-de-ferro; b) ocorreu o informe oral de que pessoa praticou ato de corrupção e que o pagamento foi depositado na conta desta; c) o dinheiro público, destinado a uma finalidade, foi desviado para a conta de agente público; d) o dinheiro decorrente do tráfico de entorpecentes foi depositado em banco e serviu para a aquisição de imóvel.

O indeferimento da medida, em algumas situações, pode caracterizar um cerceamento à investigação e que impossibilitará, fatalmente, o completo esclarecimento dos fatos.

Do ponto de vista do Ministério Público, para quem entende que possa esta Instituição ordenar a diligência em estudo, caberá ao seu representante agir com atenção à legalidade. O *Parquet* deve, portanto, fundamentar<sup>33</sup> a decisão de quebra e expedir ofício à instituição financeira, com prazo estabelecido, para que esta preste os informes requisitados, sob pena de desobediência. A decisão deverá permanecer nos autos do procedimento administrativo, a fim de que se possa aquilatar dos seus motivos. Todavia, na análise da Jurisprudência, o Ministério Público só tem obtido a quebra após a intervenção do Poder Judiciário, conforme antes exposto (item 6.3). Portanto, pode ser mais conveniente requerer diretamente ao Juiz a diligência, evitando-se discussões sobre o tema.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça<sup>34</sup> tem demonstrado o que se deve entender por indispensável para ordenar a ruptura do segredo bancário. Ou seja, existindo indícios que possam levar à prova da existência de um crime e verificado que sem essa quebra poderá restar prejudicada a sua apuração. Exemplificando, com um caso do Rio Grande do Sul, a descoberta de vultosa quantia depositada e movimentada em conta-corrente de uma pessoa que já não a utilizava há anos. Houve vários depoimentos no sentido de que uma pessoa jurídica, com a conivência do banco, era quem usava a conta de terceiro, embora este de nada soubesse. Assim, buscou-se a quebra do sigilo bancário com o objetivo de verificar-se a origem dos depósitos e a autoria dos ilícitos fiscais, tendo a medida resultado positiva.

Relativamente ao Fisco, o legislador no art. 6º da LC 105/01 mencionou que, durante o processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, somente poderão ser examinados os documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, na hipótese de tais exames serem considerados indispensáveis pela autoridade. Isto é, não é uma mera curiosidade por parte desta que ensejará o aludido exame, mas só se houver a indispensabilidade da análise em questão. Em outras palavras, só poderá ocorrer a diligência de verificar os informes bancários se for

<sup>33</sup> Art. 43, III, da Lei nº 8.625/93 e art. 93, IX, da CF.

<sup>34</sup> RESP 286.697/MT, publicado no DJ de 11.06.2001, pág. 126, onde foi ordenada a QSB em procedimento criminal pelo Poder Judiciário.

necessário ou importante para apurar a evasão fiscal e sua autoria. Todavia, tal proceder só poderá ocorrer se baseado em elementos probatórios indicadores da existência de evasão fiscal (aí incluído o crime fiscal).

O Governo Federal, certamente preocupado com o pressuposto da indispensabilidade do exame de documentos e livros referidos no art. 6º da LC 105/01, regulamentou este artigo no Decreto nº 3.724/01. No art. 3º deste especificou as hipóteses em que o exame dos documentos e livros bancários será considerado indispensável. No art. 4º, § 5º, do mesmo Decreto, foi explicitado que a Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), denominação conferida a determinação para que a instituição financeira conceda acesso às informações almejadas, será expedida com base em relatório circunstanciado. E, neste relatório, deve constar a motivação da expedição da RMF, que demonstre, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade. Outrossim, a RMF será precedida de intimação – cientificação – ao sujeito passivo para a apresentação de informações sobre movimentação financeira, segundo o § 2º daquele artigo 4º. O contribuinte, então, poderá prestar esclarecimentos e entregar os documentos bancários ao Fisco, bem como, se não concordar com a ameaça de quebra de seu sigilo, ingressar com a ação cabível no Judiciário com o fim de impedir a lesão ao seu direito de intimidade.

O Decreto nº 3.724/01 é dirigido à Secretaria da Receita Federal, conforme se vê do contido no art. 1º do mesmo. Em razão do princípio federativo ele não tem força para vincular os Estados e Municípios. Não haveria mister da emissão deste decreto, uma vez que, face aos termos do art. 6º daquela LC, estão preenchidos os requisitos indispensáveis para o rompimento do segredo financeiro. Todavia, não se pode desconsiderar que ele confere uma boa rotina de trabalho às autoridades tributárias, propicia a aludida intimação ao contribuinte e, especialmente, estabeleceu um relatório, onde deverá constar um resumo do que foi apurado e a motivação da pretensão de quebra.

## 10. PROVA ILÍCITA

No Direito Processual Penal Brasileiro vigora o princípio da verdade real, razão pela qual cabe questionar: pode-se admitir a informação bancária (extrato, cheque, quem fez o depósito em dinheiro, etc.), sujeita

ao sigilo, como prova na esfera criminal? Algumas considerações devem ser feitas antes da resposta. Cabe observar, preliminarmente, que se poderia imaginar que a produção de prova não encontra qualquer restrição em nosso país, pois impera o princípio da verdade real. Isso, contudo, não prevalece. O direito individual encontra fronteira no direito de outrem, isto é, naquilo que é de interesse social e pertence à intimidade e à liberdade alheia. A prova, portanto, deve ser admitida em respeito aos postulados constitucionais e legais. Inexiste direito absoluto, já que se deve conviver com outras disposições e princípios constitucionais. Tanto é verdade que a jurisprudência pátria é no sentido de que, inobstante o constituinte determinar a inviolabilidade da privacidade, deve esta ceder frente ao interesse público e da justiça. Aliás, o mestre Tourinho Filho,<sup>55</sup> ao comentar o tema em exame, preconiza: "... as buscas domiciliares ao arpejo da lei, as confissões e depoimentos conseguidos através de processos condenáveis, as cartas interceptadas ou obtidas por meios criminosos, a gravação de conversa ou de cenas fotográficas ou cinematográficas das pessoas em círculo privado, ou em circunstâncias íntimas ou que lhes sejam particularmente penosas, a audição de conversações privadas por interferência mecânica de telefones, microgravadores ou quaisquer aparelhos, tudo passou a ser coisa do passado. Temos, agora, o nosso *right of privacy*..."

A transgressão de norma de natureza processual (conhecida com a denominação de ilegítima) pode acarretar a nulidade do processo. A dificuldade surge, entretanto, quando há infringência de norma de cunho material (chamada de ilícita). O assunto era mais delicado antes da atual Constituição, já que, conforme revela Pedroso,<sup>56</sup> eram dois os entendimentos sobre a admissibilidade da prova ilícita. Um posicionamento não admitia a prova ilícita, porque o direito de prova não se sobrepõe às garantias individuais constitucionais; ao Estado não se pode permitir a violação da lei, a pretexto de obter provas; os fins não justificam os meios. O outro admitia a prova ilícita (tida como a correta pelo doutrinador), pois o fim precípua do processo penal é a descoberta da verdade real e daí decorre que, a prova ostentando a verdade, há de ser aceita e instaurada a *persecutio criminis* contra quem tenha praticado infração penal. Para esta corrente a tutela penal dos direitos humanos e fundamentais do homem é feita na órbita própria.

<sup>55</sup> Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 1997, vol. 3, pág. 232.

<sup>56</sup> Fernando de Almeida Pedroso, *Processo Penal e o Direito de Defesa*, RJ, Forense, 1986, págs. 374-383.

Na atualidade essa discussão perdeu um pouco a sua razão de ser, uma vez que o constituinte adotou a primeira corrente, no art. 5º LVI, da Carta Magna, que estabelece a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos. O aludido diploma constitucional quer dizer que uma prova, obtida naquelas condições, é proibida nos autos de qualquer processo, seja judicial ou administrativo (como o inquérito policial e o procedimento investigatório do Ministério Público), e, caso nele ingresse, não tem valor e deve ser desentranhada. Aliás, assim procedeu o STJ, no ROMS 8.559/SC,<sup>77</sup> tendo como Rel. o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, cuja ementa foi: “RMS – Constitucional – Processo Penal – Prova Ilícita – Admitem-se, em juízo, todos os meios de prova, salvo as obtidas por meio ilícito (Const., art. 5º, LVI). As provas ilícitas, porque proibidas, não podem ser consideradas. Cumpre desentranhá-las dos autos.”

Pode ser dito que, numa primeira resposta ao questionamento inicial, se houve violação ao sigilo bancário, praticado por agente de instituição financeira (que tinha o dever do sigilo), ou por terceiro estranho a esta (estamos na era da informática e, até mesmo, por meio desta pode ocorrer a quebra do sigilo), os dois infringiram a tutela constitucional de privacidade do correntista e o primeiro, além desta, transgrediu o dever de sigilo profissional – art. 10 da LC nº 105/01. Daí afirmar-se, então, que a prova foi conseguida com violação de direito constitucional fundamental e de lei, motivo pelo qual não pode ser admitida na fase inquisitorial ou judicial. Com efeito, a regra é o direito de sigilo bancário do cliente (investigado ou réu) e este só pode ser rompido, repita-se, no interesse público e da justiça, dentro dos ditames da constituição e da lei e por quem tenha competência para tanto. A situação, assim, provavelmente seria julgada nos exatos termos do julgado da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no RHC 6.566/PR,<sup>78</sup> Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, que considerou ilícita a prova colhida sem a intervenção do Judiciário, cuja ementa, na parte que interessa, esclarece: “RHC – SONEGAÇÃO FISCAL – QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO – IMPOSSIBILIDADE. É ilícita a prova obtida por meio de quebra de sigilo bancário, sem autorização judicial. Recurso Provido.”

Entretanto, a solução do problema fica mais tormentosa quando diz respeito ao critério da proporcionalidade, da jurisprudência alemã,

<sup>77</sup> Publicado no DJ de 3 de agosto de 1998, pág. 328.

<sup>78</sup> Lex – JSTJ e TRFs, vol. 103, pág. 321.

também conhecido como da razoabilidade nos Estados Unidos, e que no Brasil, segundo Camargo Aranha,<sup>59</sup> pode ser chamado de interesse predominante. Tal teoria é derivada do Princípio do Estado de direito.<sup>60</sup> Trata-se, informa Bergmann,<sup>61</sup> de uma exceção aos princípios constitucionais que vedam a prova ilícita, baseada num equilíbrio entre valores fundamentais conflitantes. O princípio da proporcionalidade reconhece a inconstitucionalidade da prova ilícita, entretanto, permite ao julgador cotejar a aceitação pura e simples das garantias constitucionais, fulminando a prova ilícita, e a sua admissão, sacrificando algum valor insculpido na constituição, para escolher o caminho mais justo e buscar o apanágio da justiça. A respeito dessa teoria Grinover<sup>62</sup> elucida: "...poderia transformar-se no instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilicitamente colhida."

Suponha-se que, ainda respondendo ao indagado, o documento decorrente de rompimento do sigilo bancário, sem autorização judicial, por parte de um empregado de instituição financeira e que está sendo processado por apropriação de numerário do correntista, comprove que o montante foi desviado para a conta de terceiro. Este, de fato, é quem indevidamente apropriou-se do numerário. Em tal situação, onde está em jogo o direito de liberdade do acusado, deve vingar o princípio da razoabilidade. Ou seja, o direito de liberdade deve prevalecer sobre o direito à intimidade do verdadeiro criminoso, que teve violados os seus dados bancários. Seria injusto e repugnante que o documento contendo a prova da inocência não pudesse ser admitido.

E se, ao contrário, alguém estivesse sendo acusado de peculato ou seqüestro, mas as testemunhas estivessem desaparecidas, ou falecidas, e a prova da autoria do crime estivesse no valor depositado em certo banco.

<sup>59</sup> Adalberto José Q. T. Camargo Aranha, *Da Prova no Processo Penal*, SP, Saraiva, 1996, pág. 56.

<sup>60</sup> Nesse sentido: Érico R. Bergmann, *Prova Ilícita*, Estudos MP 5, Porto Alegre, Escola Superior do Ministério Público/Associação do Ministério Público, 1992, pág. 17; Nelson Nery Junior, *Princípios Constitucionais do Processo Civil*, São Paulo, RT, 1999, pág. 153.

<sup>61</sup> Érico R. Bergmann, obra citada, págs. 16 e 17.

<sup>62</sup> Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *As Nulidades no Processo Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 134.

A autoridade policial, então, diligencia e, sem autorização judicial, consegue o documento que demonstra estar o produto do crime em nome do réu. Tal prova deveria ser admitida para condenar o réu? Em realidade, a doutrina brasileira inclina-se por afirmar que o princípio da proporcionalidade deve incidir para favorecer o acusado.<sup>63</sup> A propósito Flávio Gomes<sup>64</sup> diz: “A regra da inadmissibilidade da prova ilícita (art. 5º, inc. LVI) encontra uma única exceção no âmbito do processo penal: pode ser produzida e é válida, se em favor do acusado, porque agora interessa mais a proclamação da inocência que a preservação da intimidade ou privacidade. A doutrina nacional é amplamente favorável a esse entendimento: Ada P. Grinover, Mirabete, Márcio Barandier, Vicente Greco Filho e Antônio Carlos Barandier.” O tema do critério da proporcionalidade leva ao subjetivismo do exame do caso e, conforme diz Avolio,<sup>65</sup> as maiores incertezas advêm da errônea individualização dos valores em jogo.

De outro ângulo, não se pode deixar de registrar que o Supremo Tribunal Federal tem aplicado a regra do direito americano revelada pela expressão *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada).<sup>66</sup> Esta teoria tem relação com a prova ilícita por derivação, isto é, a prova por si mesma é lícita, mas nela se chegou por meio ilícito. Segundo o STF, tal prova por estar contaminada ou viciada pela primeira ilicitamente obtida, deve ser desconsiderada, razão pela qual se diz que o vício da *planta se transmite aos seus frutos*.

Quando no processo existem outras provas independentes das provas ilícitas, suficientes, por si mesmas, para fundamentar o decreto condenatório, torna-se possível a condenação com base exclusivamente nas lícitas. É a chamada teoria da fonte independente da prova,<sup>67</sup> que foi acolhida no STF, no ROHC nº 74.807-4,<sup>68</sup> Rel. Min. Maurício Correa, conforme se vê da seguinte ementa: “Recurso de Habeas Corpus. Crimes Societários. Sonegação Fiscal. Prova Ilícita. Violação de Sigilo Bancário. Coexistência de prova ilícita e autônoma. Inépcia da

<sup>63</sup> Nesse sentido: Fernando da Costa Tourinho Filho, ob.cit., vol. 3, pág. 235; Julio Fabbrini Mirabete, *Processo Penal*, Atlas, São Paulo, 1997, pág. 260; Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *As Nulidades no Processo Penal*, SP, RT, 1997, págs. 134 e 135.

<sup>64</sup> Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, *Interceptação Telefônica*, SP, RT, 1997, pág. 147.

<sup>65</sup> Luiz Francisco Torquato Avolio, *Provas Ilícitas*, SP, RT, 1999, pág. 162.

<sup>66</sup> Julio Fabbrini Mirabete, ob. cit., pág. 261; Luciana Fregadolli, ob.cit., pág. 222.

<sup>67</sup> Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, *Interceptação telefônica*, SP, RT, 1997 pág. 146.

<sup>68</sup> Publicado no DJ de 20 de junho de 1997, pág. 28507.

denúncia: ausência de caracterização. 1. A prova ilícita, caracterizada pela violação de sigilo bancário sem autorização judicial, não sendo a única mencionada na denúncia, não compromete a validade das demais provas que, por ela não contaminadas e delas não decorrentes, integram o conjunto probatório. 2. Cuidando-se de diligência acerca de emissão de 'notas frias', não se pode vedar à Receita Federal o exercício da fiscalização através do exame dos livros contábeis e fiscais da empresa que as emitiu, cabendo ao juiz natural do processo formar a sua convicção sobre se a hipótese comporta ou não conluio entre os titulares das empresas contratante e contratada, em detrimento do erário. 3. Não estando a denúncia respaldada exclusivamente em provas obtidas por meios ilícitos, que devem ser desentranhadas dos autos, não há porque declarar-se a sua inépcia porquanto remanesce prova lícita e autônoma, não contaminada pelo vício de inconstitucionalidade.”

O Superior Tribunal de Justiça também reconhece a teoria da fonte independente, eis que do RHC 6.775-MG,<sup>99</sup> tendo como Rel. o Min. Anselmo Santiago, pode-se extrair o seguinte: “1. Não é possível, no extenso acervo probatório e sem um profundo reexame das provas, o que seria vedado na via estreita do *writ*, destacar as provas ilícitas, das lícitas, visando o trancamento da ação penal. Melhor fazê-lo no decorrer da fase probatória, ou ainda, mais apropriadamente, por meio de apelação, caso tenham sido aquelas albergadas no decreto condenatório. 2. Ademais, se nem todas as provas apresentadas trazem o apontado vício, elas valem por si só, não se contaminando por aquelas que eventualmente o possuam. Recurso Improvido.” A teoria da fonte independente, agasalhada na jurisprudência do STF e do STJ, pode ser perfeitamente aplicável em situação que envolva prova documental ilícita, oriunda de sigilo bancário indevidamente rompido, e qualquer outra prova.

Portanto, a informação bancária sigilosa, objeto de questionamento inicial, pode ser admitida como prova dentro dos preceitos constitucionais e legais, dentre os quais a quebra do sigilo bancário por quem é legitimado a tanto, no interesse social e para o esclarecimento de infração penal. Se a prova bancária foi conseguida por meio ilícito, deverá ser examinado o caso e aplicada a teoria da proporcionalidade, a teoria dos frutos da árvore envenenada, ou, até mesmo, a teoria da fonte independente.

<sup>99</sup> Lex – JSTJ e TRFs, vol. 107, págs. 265-269.

## 11. DEFESA CONTRA A INDEVIDA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO

Por ocasião da quebra do sigilo bancário autorizada pelo Poder Judiciário não há contraditório, o que tem sido reconhecido pela jurisprudência,<sup>70</sup> já que se está frente a um procedimento investigatório destinado a coletar prova de infração penal e/ou de sua autoria na esfera extrajudicial.

A característica inquisitorial desse procedimento, porém, não retira a possibilidade de que o investigado – ou outra pessoa contra a qual foi dirigida a ordem daquela violação – tenha ciência de que será quebrado o seu sigilo bancário e pretenda obstar essa medida judicialmente. Ademais, considerando que o art. 4º, § 2º, do Decreto nº 3.724/01 determinou, à Receita Federal, que intime o contribuinte para apresentar informações sobre movimentação financeira – em procedimento anterior à requisição de informes ao banco – pode ocorrer que este não concorde com a medida. Daí a importância de ser referido, brevemente, o mandado de segurança como meio jurídico para impedir o indevido rompimento do sigilo bancário.

O mandado de segurança, assim como o habeas corpus, limitam o poder da autoridade, pois possibilitam o controle jurisdicional quanto aos seus atos. Ambos guardam similitude por protegerem direitos do indivíduo. Diferenciam-se, entretanto, quanto à área de incidência. O último dirige-se a coarctar constrangimento ilegal real ou potencial que possa afetar a liberdade de ir, ficar e vir, enquanto o primeiro visa resguardar outros direitos, que não o de locomoção (excepciona-se, ainda, o fim de dar conhecimento de informações e retificação de dados, que deve ser objeto de habeas data).<sup>71</sup>

O mandado de segurança está previsto no art. 5º, LXIX, da CF como ação protetora do indivíduo, cabível quando configurado direito líquido e certo e o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público. Essa liquidez e certeza, como salienta Nery Junior,<sup>72</sup> somente se comprova mediante prova documental apresentada de plano, com a exordial.

<sup>70</sup> Assim decidiu o STF no Agravo Regimental nº 897-5-DF, in Revista dos Tribunais nº 715, págs. 547-552.

<sup>71</sup> Nesse sentido Julio Fabbrini Mirabete, Processo Penal, SP, Atlas, 1997, págs. 720 e 721.

<sup>72</sup> Nelson Nery Junior, Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, SP, RT, 1999, pág. 104.

Assim, do ponto de vista do indivíduo que pretenda reformar a ordem de violação de seu sigilo financeiro, terá que mostrar direito líquido e certo à impetração e que, por consequência, a autoridade agiu ilegalmente ou com abuso de poder. Exemplo disso é a ordem da quebra de sigilo bancário da pessoa que nada tem a ver com o fato em investigação, mas que teve equivocadamente o seu nome ou número de conta-corrente constante na determinação dirigida à instituição financeira. Tal prova, *in casu*, poderá ser produzida com documentos.

A jurisprudência consagra a impetração do mandado de segurança por parte de quem pretenda não ter o seu sigilo bancário quebrado.<sup>73</sup> O Supremo Tribunal Federal ao analisar o recurso ordinário nº 23.002-0,<sup>74</sup> Relator Ministro Ilmar Galvão, decidiu pelo cabimento de mandado de segurança, embora no mérito não tenha concedido êxito ao recorrente: “MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO. RECURSO ORDINÁRIO. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. LEI Nº 4.595/64, art. 38, e CF, art. 5º, X. O Superior Tribunal Militar denegou mandado de segurança impetrado contra decisão que deferiu a quebra do sigilo bancário dos ora recorrentes, porquanto reconheceu, a partir de informações providenciadas pela Comissão de Inquérito, que existem dados que, nas circunstâncias descritas, precisam ser apurados, sendo manifesto o interesse da Comissão de Inquérito em sua obtenção como providência essencial à satisfação das finalidades inderrogáveis da investigação penal. Esta Corte tem admitido a quebra do sigilo bancário quando há interesse público relevante, como o da investigação criminal fundada em suspeita razoável de infração penal.”

O STJ<sup>75</sup> decidiu no RESP nº 196.413<sup>76</sup>: “Recurso Especial. Mandado de Segurança. Sigilo Bancário. Quebra. Prévia autorização

<sup>73</sup> O STJ, no ROMS nº 9.176/MG, publicado no DJ, de 29.6.1998, pág. 242, conheceu de recurso ordinário em mandado de segurança, mas denegou a segurança no mérito, que envolvia ordem judicial de quebra de sigilo; O TRF da 1ª Região, in Lex – JSTJ e TRFs, nº 88, págs. 336-340, acolheu MS contra ato do Coordenador de Fiscalização da Secretaria da Fazenda, que havia determinado a apresentação de extratos bancários; O STJ deu provimento ao recurso em MS, já que compete à Justiça Federal o deferimento de “violação” de sigilo bancário, relacionado com suposto crime financeiro – RJSTJ, nº 105, págs. 102-121; Revista dos Tribunais, nº 736, pág. 538;

<sup>74</sup> Publicado no DJ de 27 de novembro de 1998, pág. 33.

<sup>75</sup> No RESP nº 286.697, DJ de 11.06.2001, pág. 126, o STJ ementou: “Mandado de Segurança. Quebra de Sigilo Bancário. Possibilidade. Venda de Títulos Públicos. O sigilo bancário não é um direito absoluto, podendo ser quebrado, em compatibilidade

do Judiciário. Precedentes. – 1. Firmou-se o entendimento desta Corte sobre a ilegalidade da quebra do sigilo bancário, sem autorização prévia do Poder Judiciário, devido à garantia constitucional da inviolabilidade dos direitos individuais. 2. Recurso Especial Improvido.”

O Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>77</sup> acolheu o MS nº 21.933-0-SP, Rel. Des. Viseu Júnior, impetrado contra a requisição do Ministério Público de extratos bancários, tendo julgado, por maioria, o seguinte: “Mandado de Segurança – Banco – Insurgência contra a obrigação de prestar informes requisitados pelo Ministério Público – Admissibilidade – Quebra de sigilo – Informações próprias da atividade bancária – Hipótese acobertada pelo segredo, não ajustada às ressalvas legais – Aplicação da Lei n. 4.595, de 1964 – Segurança concedida.”

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,<sup>78</sup> apreciando mandado de segurança contra a decisão judicial que acolheu o requerimento do Ministério Público de que fosse quebrado o sigilo para esclarecer crime fiscal, conheceu da impetração, mas a denegou: “MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. Não se constitui em ato abusivo ou ilegal pela quebra de sigilo, a determinação para o fornecimento de dados sobre movimentações bancárias, para apuração de crime de sonegação fiscal ... Segurança Denegada.”

Por último, cabe ressaltar que o art. 5º, LXIX, da CF permite a referida impetração contra ato do Executivo, Judiciário, Legislativo, ou do Ministério Público, já que a ilegalidade ou abuso de poder poderá advir de qualquer autoridade pública. Agora, face aos termos do art. 6º da LC 105/2001, a autoridade tributária que pretender ter acesso à conta-corrente de contribuinte também poderá ser apontada como coatora em mandado de segurança.

---

com as disposições constitucionais pertinentes, nas hipóteses em que sua manutenção crie óbice intransponível à apuração de delitos, não constituindo nestas hipóteses ilegalidade ou abuso do juízo competente. Recurso Especial Provido.”

<sup>76</sup> Publicado no DJ de 02 de abril de 2001, pág. 281.

<sup>77</sup> Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo – Lex, nº 172, pág. 249.

<sup>78</sup> Mandado de Segurança nº 694057308, julgado em 27.7.1994 pela Câmara de Férias do TJRS.

## 12. CONCLUSÃO

Algumas conclusões, ao final, merecem ser ressaltadas:

1) O sigilo bancário não é um *escudo* ou *barreira* indevassável; objetiva proteger o cidadão no cotidiano de seus negócios e contra a eventual arbitrariedade do Estado e a cobiça alheia;

2) O segredo em questão encontra-se abrangido no direito constitucional da intimidade, mas poderá ser quebrado para o esclarecimento de infração penal e/ou autoria, no interesse público e da justiça;

3) O procedimento de quebra é um poderoso instrumento no combate à macrocriminalidade e, sempre que possível, deve ser utilizado pelos órgãos incumbidos de sua repressão;

4) A medida da ruptura do segredo bancário, na esfera extrajudicial, é um procedimento investigatório, sigiloso, administrativo e inquisitorial, e a jurisprudência pátria reconhece o mandado de segurança como o meio jurídico idôneo para a impugnação da indevida quebra do referido direito de privacidade;

5) O legislador, ao não contemplar o Ministério Público na LC nº 105/2001 com a possibilidade de quebrar o sigilo bancário (mediante requisição direta à instituição financeira e sem a prévia autorização judicial), perdeu uma excelente oportunidade de terminar com a polêmica a respeito deste assunto e de dotar a Instituição, num momento em que se constata a sofisticação dos delitos em escala não convencional, de maiores meios para uma melhor eficácia de sua atuação;

6) A Administração Tributária tem base legal para quebrar o sigilo bancário do contribuinte, porque em vigor o art. 6º LC nº 105/2001 e este, até o momento, não foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que lá tramitam;

7) O documento de instituição financeira, correspondente à movimentação bancária do correntista, obtido por meio ilícito, não pode ser admitido como prova por colidir com a garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita, mas, excepcionalmente e dependendo do caso concreto, poderá ser aceito como elemento probatório com fundamento no princípio da razoabilidade.