

DOCTRINA NACIONAL

A VIOLAÇÃO AO SIGILO BANCÁRIO EM FACE DA PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA*

JUAREZ TAVARES

Professor de Direito Penal da Universidade
do Rio de Janeiro e Procurador da República

1. Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público Federal contra ato praticado pelo Dr. Juiz Federal da 13ª Vara do Rio do Janeiro.

Impugna o impetrante decisão na qual a autoridade indigitada coatora, entendendo possuir o Ministério Público Federal atribuição de requisitar diretamente informações e documentos, negou-lhe a prestação jurisdicional no sentido de ordenar a quebra de sigilo bancário; porque considera que isso seria igualmente de atribuição institucional do *parquet*. Em contrapartida a esse posicionamento, o impetrante verbera em que tal decisão feriu-lhe direito líquido e certo de produzir prova lícita, de vez que a Lei 4.595/64 preceitua em seu art. 38, § 1º a necessidade de mandado judicial, a fim de que as partes legítimas na causa tenham acesso às informações sobre operações bancárias mantidas sob sigilo.

Sustentando sua decisão, aduz o ilustre magistrado que a atual Carta Magna conferiu ao MP “plena autonomia para a obtenção dos elementos necessários à sua atuação básica” (fls.). Em assim sendo, não veria razão para qualquer ordem judicial em determinar o desempenho das funções institucionais do MP, entre as quais se incluiria o poder de violar o sigilo bancário.

2. As questões submetidas a julgamento enfocam dois aspectos:

a) se o MP pode, de por si, independentemente de ordem judicial, violar sigilo bancário;

b) se é conferido ao MP o direito líquido e certo, amparável pelo mandato de segurança, de obter, de qualquer forma, por via judicial, a quebra desse sigilo.

Na longa e erudita petição inicial, a ilustre Procuradoria da República, Dra. Vera Lúcia Lima da Silva, após tecer comentários acerca do tratamento do sigilo bancário em outros países, fixa-se em que, no atual sistema constitucional, mediante interpretação teleológica do art. 5º LVI, ao MP é conferido o direito à obtenção das provas lícitas, o que ensejaria a impetração da segurança para esse efeito.

O pedido do MP, portanto, não se limita a exigir que o magistrado aprecie a pretensão probatória a ele submetida, mas sim de que se lhe conceda desde logo a violação do sigilo bancário, porquanto esse meio de prova, assim obtido, estaria respaldado no próprio texto constitucional, como prova juridicamente admissível e autorizada.

3. Convém, antes de apreciar especificamente o pedido do MP, que é amplo, examinar o primeira questão proposta.

* Parecer emitido no MS 92.02.14420.6, 13ª Vara/RJ

Nos termos do art. 129, VIII da CF constitui função institucional do MP, dentre outras: “VIII — requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações”.

Com base na primeira parte deste dispositivo, o ilustre magistrado da 13ª Vara Federal firmou convicção no sentido de que inclusive a violação de sigilo bancário estaria afeta exclusivamente à atribuição do *parquet*.

4. A Constituição Federal de 1988, acolhendo precisamente os eflúvios liberais das leis fundamentais européias de pós-guerra, inseriu entre os direitos e garantias individuais a proteção à esfera privada (*Privatsphäre*), *in verbis*: “Art. 5º X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Distinguiu-se no texto constitucional, para o efeito dessa proteção, entre os diversos círculos que compõem a esfera individual, tais a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem. Do mesmo modo, no n. XII, a Carta Magna estendeu a proteção à liberdade de correspondência e de comunicações telegráficas, telefônicas e dados.

Examinando esses círculos, leciona Paulo José da Costa Jr.: “A esfera da vida particular ou privada poderia ser subdividida em esferas outras, de dimensões progressivamente menores, na medida em que a intimidade se for restringindo.

“Assim, o âmbito maior seria abrangido pela esfera privada *stricto sensu* (*Privatsphäre*). Nele estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público. Além da esfera privada, situam-se os processos, episódios e condutas de natureza pública. Acham-se eles ao

alcance da coletividade em geral, de um círculo indeterminado de pessoas. Por estarem fora da esfera privada, tais fenômenos encontram-se juridicamente excluídos do campo dos chamados delitos de indiscrição.

“No bojo da esfera privada está contida a esfera da intimidade (*Vertrauensphäre*) ou esfera confidencial (*Vertraulichkeitssphäre*). Dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. Fazem parte desse campo, conversações ou populo, como muitos membros que chegam a integrar a esfera pessoal do titular do direito à intimidade. Vale dizer, da esfera da intimidade resta excluído não apenas o público em geral, como é óbvio, bem assim determinadas pessoas, que privam com o indivíduo num âmbito mais amplo.

“Por derradeiro, no âmago da esfera privada está aquela que deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo (*Geheimsphäre*). Ela compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham uns poucos amigos, muito chegados. Dessa esfera não participam sequer pessoas da intimidade do sujeito. Conseqüentemente, a necessidade de proteção legal, contra a indiscrição, nessa esfera, faz-se sentir mais intensa” (*Comentários ao Código Penal*. Parte Especial, 2/147, n. 8, São Paulo, Ed. Saraiva, 1988).

Evidentemente, dentre os objetos e elementos da vida privada, cuja proteção se assegura na Carta Magna, inclui-se o sigilo bancário, justamente no âmago dos segredos de que fala Paulo José, seguindo, nesse aspecto, os passos de Henkel (*Der Strafschutz des Privatleben gegen Indiskretion*, p. 83). Somente pessoas muito ligadas ao titular da conta, afora, está claro, os funcionários encarregados de mantê-la, é

que alcançam o conhecimento acerca do seu numerário, seu movimento, suas entradas e retiradas, suas aplicações, a origem do dinheiro e seu destino. O sigilo bancário, portanto, não é um simples instrumento de prática bancária, destinado a agilizar ou perpetuar seus negócios, mas uma extensão da proteção da vida privada, inserida como direito fundamental do cidadão. O sigilo não é do banco, é do homem que utiliza o banco, que com ele negocia.

5. Disposto como direito fundamental, por extensão da proteção à vida privada, o sigilo bancário constitui, na verdade, o que a doutrina chama de direito individual relativo, isto é sua proteção pode ceder diante do interesse público relevante e maior a exigir a divulgação dos dados individuais, desde que, entretanto, assegurados o devido processo legal e todas as garantias de preservação da vida privada.

Não fora essa condição, a simples invocação do interesse público, nem sempre presente e objetivamente comprovado, poderia ensejar uma indevida e odiosa interferência dos órgãos estatais nas esferas privadas e na intimidade do sujeito.

Justamente com esse objetivo, já sob a égide do regime constitucional anterior, de feição autoritária, o sigilo bancário foi expressamente protegido na legislação ordinária, especificamente através da lei de reforma bancária (Lei 4.595/64, art. 38), a qual, inclusive, sancionou com a pena de reclusão de 1 a 4 anos a conduta de violar o referido sigilo (art. 38, § 7º). Antes disso, porém, o próprio Código Penal, em seu art. 154, sob a rubrica de "violação de segredo profissional", já incriminava o fato, embora com pena menor.

Em termos de garantia, conforme a Lei 4.595/64, ainda em vigor, a violação do sigilo bancário só se poderá realizar mediante ordem do Poder Judiciário (§ 1º), do Poder Legislativo (§ 2º) ou de

Comissão Parlamentar de Inquérito (§ 3º), sendo que nos dois últimos casos os pedidos deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou pela maioria absoluta dos membros da CPI. Ademais, a essas informações só poderão ter acesso as partes legítimas na causa, que "deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma" (art. 38, § 1º).

A intervenção do Ministério Público nesse sistema de quebra autorizada se deu com a Lei 7.492/86 (Define os crimes contra o sistema financeiro nacional), onde em seu art. 29 e parágrafo único comete ao *parquet* a atribuição de requisitar de qualquer autoridade as informações necessárias à apuração dos crimes ali capitulados, independentemente de ordem judicial e da alegação do sigilo dos serviços e operações financeiras.

Independentemente da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo invocado, deve-se notar que na Lei 7.492/86 a quebra do sigilo por parte do Ministério Público submete-se a duas condições obrigatórias:

a) de que se trate de apuração necessária de crimes contra o sistema financeiro nacional e

b) de que o pedido seja dirigido a alguma autoridade. Não pode, portanto, o MP, mesmo no sistema desta lei, determinar de por si a violação do sigilo bancário com relação a estabelecimentos particulares de crédito. Para fazê-lo, é indispensável a ordem judicial.

6. Na convicção do ilustrado Juiz da 13ª Vara Federal, o art. 129, VIII da Constituição, transcrito mais acima, viabilizar e amplia o sistema da Lei 7.492/86, sem limitações, a qualquer espécie de obtenção de prova por meio da violação de sigilo bancário, sem consideração às condições ali traçadas e à espécie de infração penal que se quer investigar.

O entendimento do ilustre e culto magistrado, porém, não se harmoniza com o texto constitucional. O referido artigo invocado não dispõe expressamente que o MP tudo pode, sem limitações. Mesmo se assim dispusesse, ainda seria duvidosa sua aplicação, em face do conflito que geraria com a garantia e os direitos fundamentais do art. 5º, devendo prevalecer este último, até porque essencial à estrutura, à forma e à manutenção do regime democrático, como fundamento da própria República.

É inconcebível se atribua a um órgão do Estado, qualquer que seja, inclusive ao Poder Judiciário, poderes sem limites. A democracia vale, precisamente, porque os poderes do Estado são limitados, harmônicos entre si, controlados mutuamente e submetidos ou devendo submeter-se à participação de todos, como exercício indispensável da cidadania. O combate à criminalidade e a defesa do invocado interesse público não justificam um sistema dessa ordem, porque violador da dignidade da pessoa humana.

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

7. Delimitado o âmbito de atuação do Ministério Público, com a assertiva de que a quebra do sigilo bancário não se inclui entre suas atribuições, resta analisar a segunda questão proposta, de se o *parquet* tem direito líquido e certo a obtê-la.

Desde que se lhe reconheça esse direito líquido e certo, o simples pedido do MP no sentido de violar o sigilo bancário de alguém, indiciado ou não-indiciado, não pode ser negado pelo Poder Judiciário.

Parece, entretanto, que as coisas assim não se passam.

O Ministério Público, como qualquer parte no procedimento penal, tem direito a obter as provas destinadas a embasar a imputação do fato (*Tatzurechnung*), mas seu pedido deve ser sopesado, assim como ocorreria com a defesa, sob os critérios da necessidade, oportunidade e adequabilidade. Mesmo que tenha ele o direito à obtenção das provas lícitas, todo esse procedimento probatório está submetido aos princípios de garantia instituídos na Constituição, tais o devido processo legal, o contraditório, o princípio da legalidade dos crimes e das penas, a proteção à liberdade e aos direitos humanos etc. Portanto, o direito à prova, principalmente no processo penal, é um direito limitado, condicionado à verificação no caso concreto de todas as condições de sua adequação e necessidade, em face do respeito aos direitos individuais em conflito com o interesse de punir do Estado.

Em profundo e exaustivo exame acerca da prova no processo, leciona Gerhard Walter: "É por certo muito duvidoso que em uma investigação caracterizada pela finalidade científica ou pelo caráter metódico... tenha-se que partir em princípio da prioridade da investigação". Inobstante, pode-se aprovar a conclusão a que chega Eser quanto ao processo penal. Aqui, onde estão em jogo primordialmente os interesses que

tem a coletividade na ação penal, é legítimo que esse interesse ceda diante de outros valores, quando houver motivos razoáveis, objetivamente justificados:

“Por serem tão elevadas as taxas de reincidência, frente ao interesse meramente punitivo da sociedade, parece tutelável também a tentativa de reduzir em longa escala a criminalidade, mediante a reeducação dos delinquentes. O mesmo vale dizer para as investigações criminalísticas a longo prazo. Em que pese ao ceticismo que esses esforços despertam, a tutela desses projetos parece ser um motivo objetivamente justificado para que o interesse na ação penal e portanto também o direito à prova (do Ministério Público, e também da vítima) cedam diante dele” (*La libre apreciación de la prueba*, trad. de Tomás Banzhaf, Bogotá, Editorial Temis, 1985, p. 343).

Portanto, o direito à prova lícita não é um direito inquestionável e absoluto. Está subordinado às questões concretas postas no processo e submetido aos critérios limitadores da necessidade e razoabilidade. Essa limitação não implica em cerceamento de defesa, mas em situar precisamente os devidos contornos desse direito, de modo a garantir valores mais elevados da ordem jurídica, qual seja, aqueles inseridos no texto constitucional como direitos fundamentais.

8. Embora o princípio da verdade real oriente a coleta e interpretação da prova no processo penal, os meios a obtê-la não estão dispostos às partes de modo anárquico e incomensurável, mas nos limites definidores da imputação. A imputação (*zurechnung*) é que constitui a linha demarcatória de todo o procedimento, porque é ela que delimita, no regime democrático, a intervenção do Estado no círculo de liberdade do cidadão, atribuindo-lhe especificamente a conduta delituosa que quer perseguir.

A imputação é consequência do princípio da legalidade dos crimes e das

penas, segundo o qual só sobre os fatos puníveis definidos clara e determinadamente na lei é que se torna admissível a persecução penal. Assim, como a imputação deve estar referida diretamente a um fato típico, a prova destinada a justificá-la e a fundamentá-la para obter uma sentença condenatória deve, por via de consequência, subordinar-se a ela. Isto quer dizer que o MP, como órgão estatal encarregado da persecução penal não pode investigar toda a vida do acusado ou indiciado, mas unicamente nos limites e em relação ao que a eles se atribui.

Em estudo erudido e profundo dos princípios gerais do processo penal, o consagrado Prof. Jorge de Figueiredo Dias, da Universidade de Coimbra, ao assinalar as características do processo acusatório, em vigor entre nós, assim se pronuncia: “A acusação define e fixa, perante o tribunal, o objeto do processo. Num processo de tipo inquisitório puro a acusação, mesmo quando existisse, condicionaria apenas o se da investigação judicial, não o seu como nem o seu quanto: poderíamos ter aqui de novo uma forma acusatória, mas não um princípio de acusação, pois que a cognição do tribunal se poderia dirigir indiscriminadamente (inquisitoriamente) a qualquer suspeita de infração ou de infrator, mesmo que aquela suspeita não tivesse nenhum reflexo no contexto da acusação. Segundo o princípio da acusação, pelo contrário —, a atividade cognitória e decisória do tribunal está estritamente limitada pelo objeto da acusação”.

“Deve pois firmar-se que o objeto do processo penal é o objeto da acusação, sendo este que, por sua vez, delimita e fixa os poderes de cognição do tribunal (atividade cognitiva: CPP, arts. 446, e ss.) e a extensão do caso julgado (atividade decisória: CPP, arts. 14º e ss.). É a este efeito que se chama a vinculação temática do tribunal e é nele

que se consubstanciam os princípios da identidade, da unidade ou indivisibilidade e da consunção do objeto do processo penal; os princípios, isto é, segundo os quais o objeto do processo deve manter-se o mesmo da acusação ao trânsito em julgado da sentença, deve ser conhecido e julgado na sua totalidade (unitária e indivisivelmente) e — mesmo quando o não tenha sido — deve — considerar-se irrepetivelmente decidido” (*Direito Processual Penal*, 1^o/144-145, Coimbra, 1981).

O juiz pode indeferir, pois, pedidos de prova impertinentes, desnecessários, inoportunos e desvinculados da imputação. Se, por exemplo, tratar-se de crime que não deixa vestígios, ainda que requerida pelo Ministério Público, a prova pericial pode ser rejeitada, de vez que absolutamente desnecessária. Igualmente, a prova requerida fora dos prazos preclusivos estabelecidos no processo penal, ainda que necessária. Ou aquela que implique em submeter o acusado a constrangimento não autorizado, como o detentor de mentiras, a narcoanálise ou outras semelhantes, que violem direitos fundamentais.

No caso, a quebra de sigilo bancário, como meio de prova, deverá submeter-se aos limites e necessidades da imputação que se faz ao acusado. Sob pena de se aplaudir o excesso ou abuso de poder, a autorização judicial para tal fim deve estar portanto, condicionada à fundamentação, oportunidade e necessidade da demonstração do fato imputado. Se o fato imputado disser respeito a enriquecimento ilícito, ou a transações bancárias, ou a depósitos e contas-correntes, como recentemente se verificou na vida pública nacional, no *affaire Collor-PCFarias*, é evidente que a quebra do sigilo será cabível por que preenchidos os requisitos de razoabilidade, oportunidade e necessidade, bem como por que relacionados diretamente à imputação.

9. De qualquer forma, porém, a análise desses requisitos demanda uma valoração da imputação, que só poderá ser feita pelo juízo encarregado do processo de conhecimento, isto é, pelo Juízo competente para a ação penal e nos autos procedimentais ordinários que lhe servem de base.

Quando se trate de violação autorizada de direito fundamental, como é o da intervenção na esfera de sigilo do cidadão, com maior cuidado e ponderação se deverá agir, para só permitir a intervenção na parte absolutamente necessária da quebra desse sigilo, resguardando-se dela as parcelas estranhas ao que se necessite trazer especificamente aos autos para embasar a acusação.

Havendo necessidade do exame da imputação, o direito à prova lícita da violação do sigilo bancário não é um direito líquido e certo do MP, amparável por via do mandado de segurança, mas um direito que nasce e se afirma diante dos fatos concretos que se atribuem ao acusado (denunciado ou indiciado), sob o crivo do contraditório e do devido processo legal.

A exigência do contraditório e do devido processo legal, inclusive na fase preliminar da coleta de prova, não tem o efeito de impedir ou limitar a ação do MP, mas assegurar o resguardo de direitos fundamentais e garantir um procedimento justo.

O devido processo legal, no âmbito penal, significa subordinação aos princípios elementares de justiça, de proteção aos direitos fundamentais, de proibição do excesso ou abuso de poder, de oportunidade de defesa do indiciado e de subordinação à imputação, independentemente da repercussão social do fato.

Ademais, embora os fatos narrados no relatório da autoridade policial sejam graves, de modo a ensejar a mais ampla investigação e perseguição, não se tem sobre eles uma visão completa e total, com a individualização da necessidade

da prova com relação a cada um dos acusados, somente alcançável com a análise de todo o procedimento criminal. Mesmo que todo esse procedimento se encontrasse reproduzido nos documentos anexos ao pedido, ainda assim, a ponderação de valor da prova e diante dela os critérios de justificativa da quebra de sigilo bancário teriam seu exame vedado no estritos limites do *writ*.

10. Entretanto, se a quebra de sigilo bancário, por si, não configura direito líquido e certo, há outro direito líquido e certo do Ministério Público, inquestionável e absoluto: à prestação jurisdicional, direito à decisão judicial acerca de seu pedido de obtenção de provas lícitas.

Na espécie, pois, tem o MP direito de ver seu pedido de violação de sigilo bancário apreciado pelo Juiz da 13ª Vara

Federal, que o analisará em face dos elementos constantes dos autos, e de acordo com os critérios já acima expostos da necessidade, oportunidade, razoabilidade e referidos ao objeto do processo: a imputação a cada um dos acusados. A negativa em apreciar esse pedido, como de fato se deu, constitui violação de direito líquido e certo à prestação jurisdicional, amparável por mandado de segurança. Por sua vez, a negativa da quebra do sigilo comporta a correção parcial, nos termos do art. 96, I, *b* da CF e art. 6º da Lei 5.010/66.

11. Isto posto, deve ser concedida em parte a segurança, para determinar ao Juiz da 13ª Vara Federal que aprecie o pedido de violação de sigilo bancário formulado pelo Ministério Público Federal.