

TUTELA JURÍDICO-PENAL DO SIGILO DAS OPERAÇÕES FINANCEIRAS

Ciências Penais | vol. 5 | p. 144 | Jul / 2006 | DTR\2006\763

Luiz Régis Prado

Professor Titular de Direito Penal e Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Estadual de Maringá.

Área do Direito: Constitucional
; Penal

Resumo: A sociedade atual se caracteriza por ser uma sociedade de informação e os avanços tecnológicos, em especial no que se refere à informatização de dados e setores, propiciam o acesso ilimitado e direto à informação. Daí a necessidade inarredável de tutela desses dados, a fim de que o direito fundamental do indivíduo à privacidade, intimidade, vida privada, honra e imagem pessoal assegurados constitucionalmente, sejam efetivamente garantidos no Estado Democrático e Social de Direito. A quebra do sigilo das operações financeiras só deve ser admitida em situações excepcionais e nos estritos limites estabelecidos em lei, caso contrário pode restar configurada uma séria ameaça à estabilidade da vida de relação, à segurança e lisura de determinadas transações ou serviços.

Palavras-chave: Sigilo - Quebra - Operações financeiras - Privacidade - Intimidade
Sumário: 1.Considerações gerais - 2.Sigilo das operações financeiras: aspectos penais -
3.Conclusão

1. Considerações gerais

A sociedade hodierna se caracteriza como uma sociedade da *informação*, que supõe a informatização de diversos dados e setores (pessoal, econômico e social). A utilização conjunta da informática e das comunicações oferece um potencial acesso ilimitado e direto à informação. A partir de uma forma de vida assentada basicamente em bens físicos, caminha-se em direção a uma vida centrada no conhecimento e na informação.¹

Diante dessa nova perspectiva, suscita-se cada vez mais o problema da proteção da vida privada e dos dados pessoais diante dos riscos do emprego dos meios informáticos - redes digitais - para a proteção dos direitos da pessoa, em particular da privacidade e da intimidade. Com efeito, a convergência entre a informática e as telecomunicações - *telemática* - introduz novos, desconhecidos e graves riscos, colocando em perigo a integridade do direito à autodeterminação informativa ou tutela de dados,² que se lastreia na proteção dos direitos e liberdades fundamentais.

Trata-se do direito fundamental à *autodeterminação informativa* - tutela de dados automatizados de caráter pessoal -, quer dizer, do direito personalíssimo referente à faculdade que tem toda pessoa de exercer o controle sobre sua informação pessoal e sobre os dados armazenados (v.g., dados relativos ao consumo e aos consumidores, comércio eletrônico etc.) pelos meios informáticos.³

A Constituição Federal (LGL 1988\3) consagra a inviolabilidade da privacidade, da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem pessoal, e o sigilo entre os direitos fundamentais de personalidade a serem garantidos no Estado Democrático e Social de Direito (art. 5.º, X e XII).⁴

A *privacidade* tem abrangência maior que a intimidade.⁵ Diz respeito à proteção individual contextualizada socialmente, isto é, resguardam-se as relações interpessoais da publicidade. Deve ser entendida como "os níveis de relacionamento social que o indivíduo habitualmente mantém oculto em geral, dentre eles: a vida familiar, as aventuras amorosas, o lazer e os segredos dos negócios. Assim, dentro dessa esfera teríamos demarcado o território próprio da privacidade, formado por relações marcadas pela confidencialidade".⁶

De seu turno, a *intimidade* "consiste na tutela jurídica do campo, área ou esfera, circundante da pessoa física e jurídica, em que há necessidade natural de exclusão de terceiros para que se possibilite ao sujeito erigir sua própria e exclusiva identidade, em fomento à livre construção dos demais atributos da personalidade".⁷

No conceito do direito à intimidade devem ser considerados os aspectos objetivo e subjetivo, configurando-se como um âmbito reservado *ad intra*, onde opera a voluntariedade individual em

relação ao que deve transcender e ao mesmo tempo vem a ser o direito de controlar o que ad extra pode ser conhecido pelas pessoas.⁸

De outra forma, significa que o indivíduo tem o direito de controlar a informação, seja na modalidade de não ser perturbado (*input* informativo), seja no aspecto relativo à sua pessoa - informações de ordem estritamente pessoais (output informativo).

Ainda a respeito da matéria, afirma-se que "são tutelados dois interesses, que se somam: o interesse de que a intimidade não venha a sofrer agressões e o de que não venha a ser divulgada. O direito, porém, é o mesmo. O que pode assumir uma gama diversa é o interesse protegido pelo direito. São duas esferas de interesses, abarcadas no mesmo raio de proteção do mesmo direito. No âmbito do direito à intimidade, portanto, podem ser vislumbrados estes dois aspectos: a invasão e a divulgação não autorizada da intimidade legitimamente conquistada. Em termos de conteúdo, todavia, não deve prevalecer a distinção".⁹

Nessa linha de pensar, o direito à intimidade pode ser conceituado "como o conjunto de fatos ou circunstâncias de caráter privado, conhecido por um número reduzido de pessoas, em relação ao qual seu titular tem um interesse legítimo em evitar sua divulgação".¹⁰ É dizer: emerge como um espaço *restrito* à livre disposição por parte do indivíduo, já que diz respeito à sua auto-realização como pessoa, e se conecta diretamente à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade.¹¹

No entanto, convém explicitar que o direito à privacidade é de ordem *relativa*,¹² 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." Além disso, quando "se trata de violação autorizada de direito fundamental, como é o da intervenção na esfera de sigilo do cidadão, com maior cuidado e ponderação se deverá agir, para só permitir a intervenção na parte absolutamente necessária da quebra desse sigilo, resguardando-se dela as parcelas estranhas ao que se necessite trazer especificamente aos autos para embasar a acusação".¹³ Nesse sentido, como bem se enfatiza, toda "norma invasiva deve ser clara, precisa, individualizar o órgão que pode intervir na esfera da privacidade, em quais condições e situações e sob quais limites".¹⁴

Ocorre aqui a chamada relativização das liberdades públicas, que perderam seu caráter de direito absoluto. Isso porque "o ordenamento jurídico não pode ser concebido senão como um sistema de limitações recíprocas dos diversos direitos subjetivos nele existentes, a fim de que possam coexistir em plena harmonia".¹⁵

Exatamente por versar sobre direito individual, não se pode admitir que haja interpretações ampliativas sobre a matéria.¹⁶ A interpretação sempre será restritiva, ainda mais em se tratando de ordenamento jurídico-penal, em que deve haver respeito ao princípio da legalidade. Sua limitação é ainda mais necessária.

Nessa esfera de proteção não-autônoma se encontram insertos o sigilo fiscal e o bancário.

Desse modo, a instituição financeira tem o dever de "manter e zelar pelo sigilo das informações, de qualquer natureza, que se relacionem (direta ou indiretamente) com seus clientes e das quais veio a tomar ciência devido às relações jurídicas mantidas com eles. Pode haver quebra desse dever das instituições apenas nas hipóteses e nos exatos limites determinados pela lei (LC 105/2001)".¹⁷

Frise-se que a questão do sigilo não se limita ao sigilo *bancário*; ¹⁸estende-se também às instituições financeiras - sigilo financeiro.

De fato, com o decorrer do tempo, a dinâmica das operações e sua complexidade ampliaram "o universo bancário para uma rede maior de instituições também destinadas a operações ligadas às finanças públicas e privadas". Surge, dessa forma, o sistema financeiro, "no qual o sistema bancário é apenas um integrante, sendo aquele um complexo mais amplo e apropriado para o mundo atual. Talvez, ainda hoje, a equivocada sinonímia persista porque, para a maior parte das pessoas, o sistema bancário seja a porção mais visível e acessível desse corpo maior denominado 'sistema financeiro nacional'".¹⁹

2. Sigilo das operações financeiras: aspectos penais

2.1 Introdução

A quebra ou violação de sigilo das operações financeiras é um delito recente na história do direito penal brasileiro.

Nas Ordenações Filipinas protegiam-se tão-somente os segredos da casa real, nada dispendo sobre a violação de segredos privados ou financeiros. Assim, o Título VIII considerava delito de lesa-majestade a abertura de cartas do rei e dos demais membros da família real,²⁰ e o Título IX sancionava a divulgação de segredo por membros do conselho real ou desembargadores.

O Código Criminal do Império de 1830, por sua vez, previa como crime contra a boa ordem e Administração Pública a revelação de segredo por parte do funcionário (Título V).

Os Códigos Penais brasileiros (1890²¹ e 1940²²) tinham dispositivos que tutelavam implicitamente o sigilo bancário - delito de divulgação de segredo e violação do sigilo funcional.²³ Mas isso não significa que não existissem decisões "no sentido de só se admitir a violação do sigilo bancário em virtude de requisição judicial ou administrativa, havendo processo ou inquérito em curso".²⁴

A matéria recebeu proteção expressa com o advento da Lei 4.595/1964,²⁵ que puniu a quebra de sigilo (art. 38, § 7.º), e posteriormente com a Lei 7.492/1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional - art. 18).²⁶

Na atualidade, os delitos contra o sigilo das operações de instituições financeiras estão previstos na LC 105/2001 (Lei do Sigilo Financeiro), que revogou expressamente o art. 38 da Lei 4.595/1964 (art. 13).

2.2 Bem jurídico e sujeitos do delito

O bem jurídico em sentido técnico tutelado no art. 10 da Lei 105/2001 é o sigilo das operações financeiras, particularmente a esfera de segredos, que deve ser resguardada da indiscrição e da publicidade. Se não fossem os fatos secretos conservados contra a divulgação abusiva, restariam seriamente abaladas a estabilidade da vida de relação, bem como a segurança e a lisura de determinadas transações ou serviços.²⁷

Sujeito ativo é aquele que, em razão do seu ofício, viola sigilo de operação ou de serviço prestado por instituição financeira de que tenha conhecimento. Ou seja, aquele que tem acesso às informações sigilosas sobre operação ou serviço prestado pela instituição financeira é quem poderá praticar o crime em análise (delito especial próprio).

Sujeitos passivos são o Estado e, secundariamente, os eventuais lesados, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

2.3 Tipicidade objetiva e subjetiva

2.3.1 Quebra de sigilo

A conduta típica prevista no art. 10, *caput*, consiste em quebrar (romper, violar) sigilo, fora das hipóteses autorizadas nessa lei complementar.

O *sigilo* consiste na obrigação das instituições financeiras de não divulgar informações, salvo por motivo legal, sobre as operações ou serviços prestados aos seus clientes.²⁸ Nessa linha, o art. 1.º da LC 105/2001 prevê como dever dessas instituições conservarem o "sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados".

O *objeto material* do delito sob análise são as informações sobre operações ativas e passivas e serviços prestados por instituições financeiras, que devem ser mantidos em sigilo.

As *instituições financeiras*, para os efeitos dessa lei complementar, são os bancos de qualquer espécie; as distribuidoras de valores mobiliários; as corretoras de câmbio e de valores mobiliários; as sociedades de crédito, financiamento e investimentos; as sociedades de crédito imobiliário; as administradoras de cartões de crédito; as sociedades de arrendamento mercantil; as administradoras



de mercado de balcão organizado; as cooperativas de crédito; as associações de poupança e empréstimo; as bolsas de valores e de mercadorias e futuro; as entidades de liquidação e compensação; as outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional; as empresas de fomento comercial ou factoring (art. 1.º, §§ 1.º e 2.º). Por factoring se entende a operação pela qual uma empresa cede seus direitos creditícios a outra, mediante o recebimento do valor correspondente.²⁹

Trata-se de norma penal em branco imprópria,³⁰ pois exige complemento - *fora das hipóteses autorizadas* - que se encontra contido na mesma lei - LC 105/2001. De fato, o art. 1.º, § 3.º dessa Lei estabelece que não constituem violação do dever de sigilo: I - a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil. Justifica-se tal autorização em virtude da necessidade de proteção ao crédito. Demais disso, as informações permanecem dentro do sistema (troca de informações interbancária), ou seja, tanto o órgão emissor como o receptor das informações está abarcado pelo dever de sigilo;³¹ II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil. Nessa hipótese, as informações são fornecidas às centrais de proteção ao crédito - que não são instituições financeiras e não têm o dever de sigilo. Ao contrário, a atividade primordial dessas empresas é a prestação de informações aos comerciantes, que também não estão abarcados pelo dever de sigilo;³² III - o fornecimento das informações de que trata o § 2.º do art. 11 da Lei 9.311, de 24.10.1996³³ - que são as que devem ser prestadas à Secretaria da Receita Federal pelas instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição e dizem respeito à identificação dos contribuintes, e os valores globais das respectivas operações, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda;³⁴ IV - a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa. Afasta-se o dever de sigilo, nesse caso, em razão do evidente interesse público na apuração de fatos ilícitos, sejam eles penais ou administrativos. A comunicação da prática criminosa não implica violação indevida do sigilo; V - a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados. Exclui-se a ilicitude da conduta em razão do consentimento do ofendido, visto ser a privacidade um direito disponível; VI - a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos arts. 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º e 9.º dessa lei complementar. Esses dispositivos serão analisados oportunamente no decorrer deste trabalho.

Uma vez presente qualquer dessas hipóteses autorizadas pelo mencionado texto legislativo, a conduta se torna não só atípica como permitida.

A quebra de sigilo poderá ser decretada "quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: I - de terrorismo; II - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; IV - de extorsão mediante seqüestro; V - contra o sistema financeiro nacional; VI - contra a Administração Pública; VII - contra a ordem tributária e a Previdência Social; VIII - lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; IX - praticado por organização criminosa" (art. 1.º, § 4.º, da LC 105/2001).

É de se observar que o dever de sigilo estende-se ao Banco Central do Brasil, no que se refere "às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições" (art. 2.º da LC 105/2001). Entretanto, tem o direito de acesso às informações pertencentes a outras instituições financeiras, nos casos de apuração de ilícitos administrativos praticados no âmbito dessas instituições. Verificando-se a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, o Ministério Público deve ser informado, e junto a essa comunicação devem ser juntados os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos (art. 9.º da LC 105/2001).³⁵ Sendo assim, o sigilo não pode ser oposto ao Banco Central do Brasil, inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, em duas hipóteses: "I - no desempenho de suas funções, compreendendo a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras; II - ao proceder a inquérito em instituição financeira submetida a regime especial" (art. 2.º, § 1.º, da LC 105/2001).

Essa disposição aplica-se também à Comissão de Valores Mobiliários, "quando se tratar de fiscalização de operações e serviços no mercado de valores mobiliários, inclusive nas instituições financeiras que sejam companhias abertas" (art. 2.º, § 3.º, da LC 105/2001).³⁶

Todavia, caso a Comissão de Valores Mobiliários necessite de informações e documentos relativos a bens, direitos e obrigações de pessoa física ou jurídica submetida a seu poder disciplinar, mas que estejam na posse de outras instituições financeiras não submetidas à sua fiscalização, poderá solicitar à autoridade judiciária competente o levantamento do sigilo e conseqüente acesso às informações e documentos (art. 7.º da LC 105/2001).

O *tipo subjetivo* está representado pelo dolo, manifestado pela consciência e vontade de violar sigilo da operação ou do serviço prestado por instituição. Inexiste qualquer elemento subjetivo do injusto. Isso significa não ser necessário que o sujeito ativo atue impelido por especiais motivos ou fins, v.g., egoístas ou de lucro.

A conduta culposa não é punível, diante da ausência de previsão legislativa expressa (art. 18, par. ún., do CP (LGL 1940\2)).

Consuma-se o delito com a mera violação de sigilo, independentemente de qualquer resultado (delito de mera atividade e de perigo abstrato). Em tese, não é admissível a tentativa.

2.3.2 Formas equiparadas

Três são as condutas incriminadas no par. ún. do art. 10 da Lei em epígrafe: *omitir* (deixar de fazer), retardar (demorar, atrasar, protelar) injustificadamente ou prestar (dar, fornecer) falsamente as informações requeridas nos termos dessa lei complementar.

A primeira modalidade, *omitir*, constitui delito omissivo próprio ou puro. Pune-se a não-realização de uma ação que o autor devia realizar. O agente infringe uma norma mandamental, isto é, transgredir um imperativo, uma ordem ou comando de atuar.³⁷ Fazem-se necessárias a existência de uma situação típica (não informar), a não-realização de uma ação cumpridora do mandado (deixar de informar injustificadamente), e a capacidade concreta de ação.

A segunda hipótese, *retardar*, também consubstancia delito omissivo próprio. Expressa a conduta do agente que não fornece as informações requeridas nos termos da lei complementar, no prazo legalmente estabelecido, ou deixa fluir prazo temporal relevante para a sua prática, ocorrendo, por conseguinte, uma procrastinação, um protelamento do fornecimento dessas informações, subsistindo o crime ainda que seja ele realizado, validamente, em período posterior.

Informação, no sentido do texto, designa os dados relativos à identificação dos titulares das operações, os montantes globais mensalmente movimentados e outras matérias requeridas nos termos da LC 105/2001.

A expressão *injustificadamente* constitui elemento normativo do tipo que encerra referência específica à possível concorrência de uma causa de justificação. Embora diga respeito à ilicitude, constitui elemento do tipo de injusto, sendo que sua ausência torna a conduta não só atípica como permitida.

A terceira modalidade, *prestar*, vem a ser delito comissivo. O agente fornece falsamente - elemento normativo do tipo - ou seja, esconde, modifica ou insere dados que não correspondem à informação verdadeira, impedindo a identificação exata dos montantes movimentados por determinada pessoa naquela instituição financeira, por exemplo.

O par. ún. do art. 10 da LC 105/2001 constitui também norma penal em branco, em virtude da expressão *informações requeridas nos termos desta Lei Complementar*, dependendo de complementação para a exata compreensão de seu significado.

O *tipo subjetivo* está representado pelo dolo, manifestado pela consciência e vontade de omitir, retardar informações, ou prestá-las falsamente. Também aqui não se faz necessária a presença de nenhum elemento subjetivo do injusto, ou seja, não importa a finalidade que impeliu o agente à prática da conduta delituosa.

A conduta culposa não é punível, diante da ausência de previsão legislativa expressa (art. 18, par. ún., do CP (LGL 1940\2)).

A *consumação* se dá, nas modalidades omissivas, com o retardamento ou a omissão, enquanto na modalidade comissiva o crime se aperfeiçoa com a prestação da informação falsa. Naquelas não é possível a conatus, visto que o agente se omite ou retarda injustificadamente a informação, consumando-se, dessa forma, o delito (omissivo próprio). Em relação a esta última, no entanto, é perfeitamente admissível tentativa, em razão da possibilidade de fracionamento da ação.

Nesse contexto, merece destaque o disposto no art. 3.º da LC 105/2001, que determina que o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e as instituições financeiras deverão prestar as informações ordenadas pelo Poder Judiciário. Entretanto, o caráter sigiloso destas últimas deve ser preservado, por isso o acesso é restrito às partes e apenas para os fins da lide.

Em se tratando de solicitação feita por Comissão de Inquérito Administrativo com vistas a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo, a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos estão condicionados à prévia autorização do Poder Judiciário. Acresça-se que o requerimento de quebra de sigilo, nessa hipótese, independe da existência de processo judicial em curso (art. 3.º, §§ 1.º e 2.º, da LC 105/2001).

Demais disso, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários devem fornecer à Advocacia-Geral da União informações e documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte (art. 3.º, § 3.º, da LC 105/2001). Esse dispositivo é de questionável constitucionalidade, visto que ofende o direito à igualdade que deve permear o devido processo legal, ao conferir tão-somente à União a prerrogativa de "invadir a esfera íntima daqueles que com ela litigam, para que possa melhor armar-se contra suas pretensões".³⁸

Convém destacar ainda o fato de que esses órgãos, nas áreas de suas atribuições, e as instituições financeiras "fornecerão ao Poder Legislativo Federal as informações e os documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais (art. 4.º da LC 105/2001).

As solicitações de informações e documentos sigilosos por parte das Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação,³⁹ dependem de prévia aprovação pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do Plenário de suas respectivas Comissões Parlamentares de Inquérito e serão obtidos diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários (art. 4.º, §§ 1.º e 2.º, da LC 105/2001).

A possibilidade de quebra de sigilo financeiro na hipótese de investigação fiscal foi estabelecida no art. 6.º da LC 105/2001, nos seguintes termos: "as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, *quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente*" (sem grifo no original). Como se pode notar, é imprescindível a observância desses requisitos mínimos para que seja considerado válido o rompimento de sigilo.

Outra forma de quebra de sigilo financeiro para fins de fiscalização tributária é a constante do art. 5.º da LC 105/2001: "o Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à Administração Tributária da União as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços". Essa previsão legal "desconsidera todas as regras da razoabilidade, criando um sistema automático de repasse de informações, no qual o sigilo financeiro não passa de um direito fundamental moribundo", visto que fica ao exclusivo arbítrio presidencial a fixação dos critérios, períodos e valores que determinarão "o repasse indiscriminado e automático de todas as informações financeiras acobertadas pelo direito ao sigilo, sem cogitar-se da existência de indícios da prática de qualquer infração tributária".⁴⁰

Verifica-se nesse caso uma total inversão da ordem lógica que autoriza a quebra do sigilo financeiro: em vez de se partir de indícios reveladores da prática de uma infração tributária para então se

decretar a quebra como meio de prova no processo, faz-se o contrário, ou seja, utiliza-se a quebra de sigilo como instrumento para encontrar esses indícios, o que revela "manifesto abuso do poder de investigação, fazer-se tábula rasa do direito à vida privada e ao sigilo de dados".⁴¹

O art. 11 da LC 105/2001 consigna a responsabilidade pessoal e direta do servidor público pelos danos provenientes da utilização ou viabilização da utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata essa lei, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.

2.4 Pena e ação penal

Cominam-se para ambas as hipóteses (art. 10 e par. ún., da LC 105/2001) pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa. É admissível a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada - igual ou inferior a um ano (art. 89 da Lei 9.099/1995).

A ação penal é pública incondicionada.

3. Conclusão

A LC 105/2001 tem como escopo primordial a proteção ao sigilo das operações financeiras, particularmente a esfera de segredos, que deve ser resguardada da indiscrição e da publicidade.

O fundamento constitucional que legitima essa tutela é o direito à intimidade e à privacidade insculpido no art. 5.º, X, da CF (LGL 1988\3) . Todavia, como não se trata de um direito *absoluto*, sua quebra é admitida, com o pertinente acesso às informações, dados, registros e documentos, sempre nas hipóteses autorizadas em lei e considerado o princípio da proporcionalidade,⁴² isto é, o justo equilíbrio entre o efetivo exercício do direito à liberdade de expressão e o direito à intimidade do sujeito dos dados. Esse acesso é restrito às partes e limitado aos fins específicos da lide.

Desse modo, elide-se a infração penal nos casos de, por exemplo, troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais; fornecimento de informações a entidades de proteção ao crédito; fornecimento de informações nas hipóteses de fiscalização por parte do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários; comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, inclusive fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa; fornecimento de informações à Secretaria da Receita Federal pelas instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da CPMF com relação à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações; informações determinadas pela autoridade judiciária competente, Poder Legislativo Federal ou Comissão Parlamentar de Inquérito e autoridade fazendária e a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados.

É inegável a importância do rompimento do sigilo como *meio de prova* no processo penal brasileiro; porém, como constitui uma restrição aos direitos fundamentais da intimidade e privacidade, não pode ser utilizado de forma indiscriminada, devendo observar os requisitos e condições necessários para sua efetivação, evitando-se que a prova daí proveniente se torne ilícita⁴³ e, portanto, inadmissível no processo (art. 5.º, LVI, da CF (LGL 1988\3)).

Sendo assim, é pressuposto inegável para a legalidade da quebra de sigilo a existência de prévia autorização do Poder Judiciário, devidamente fundamentada e com observância do devido processo legal.

Não obstante tenham sido conferidos às Comissões Parlamentares de Inquérito poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, o que lhes permite requisitar informações e documentos diretamente das instituições financeiras; às autoridades fazendárias o poder de examinar livros, documentos e registros de instituições financeiras, nos termos e condições já mencionados anteriormente; e ao Poder Executivo de determinar os critérios de repasse automático de informações financeiras acobertadas pelo direito ao sigilo, teria sido preferível que o legislador tivesse resguardado o princípio da separação de poderes e deixado essa atribuição tão-somente à autoridade judiciária competente.

1 Cf.: CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. *Vida privada y datos personales: su protección jurídica frente a la sociedad de la información*. Madrid: Tecnos, 2000. p. 18 e ss.

2 Idem, ibidem, p. 54.

3 Idem, p. 54-55. Assinala-se que, em especial no âmbito dos direitos comercial e bancário, "surtem a todo momento com o duplo objetivo de agilizar os negócios e oferecer maiores comodidades aos clientes, diversificadas operações que se concretizam mediante a utilização de moderníssimas máquinas e programas não menos sofisticados", e o abuso no emprego desses meios acaba por ameaçar a privacidade das pessoas (TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramento e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 173).

4 "Art. 5.º (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal." Vide, sobre o tema: MIRANDA, Rosângelo Rodriguez. *A proteção constitucional da vida privada*. São Paulo: LED, 1996; CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

5 Nessa perspectiva, pode-se dizer, com base nas teorias das esferas, "que a intimidade é o espaço mais reservado do indivíduo, no qual ele guarda os seus segredos e espera que não sejam descobertos. O âmbito da vida privada é maior, abrangendo a área dos relacionamentos pessoais e particulares da pessoa, com a sua família, os seus amigos" (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. p. 113). A intimidade "é a esfera de vida que só ao cidadão em particular diz respeito, não pertencendo a mais ninguém; é o espaço de sua individualidade. O princípio da exclusividade a protege. Vida privada significa as relações pertinentes ao cidadão e aos seus familiares, englobando as pessoas que partilham do seu cotidiano" (AGRA, Walber de Moura. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2002. p. 166).

6 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 116.

7 BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: RT, 2003. p. 38. Sobre o tema em estudo, vide: COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1995. p. 32 e ss.; DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: RT, 1980. p. 68 e ss.; NEVES, Serrano. *A tutela penal da solidão*. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1981. p. 27 e ss.

8 Cf.: REBOLLO DELGADO, L. *El derecho fundamental a la intimidad*. Madrid: Dykinson, 2000. p. 93.

9 COSTA JR., Paulo José da. Op. cit., p. 34.

10 HERRERO-TEJEDOR, F. *La intimidad como derecho fundamental*. Madrid: Colex, 1998. p. 25.

11 Cf.: REBOLLO DELGADO, L. Op. cit., p. 93-94.

12 Assim, a decisão do STJ: " *Inquérito policial. Quebra de sigilo bancário, telefônico e fiscal. Fundamentação suficiente. Ausência de proteção absoluta ao sigilo. Respaldo legal. Relatividade do direito à privacidade. Recurso provido* - Hipótese em que se apura a eventual prática de delito de exclusão de créditos tributários no sistema informatizado do INSS, em prejuízo à autarquia. A proteção aos sigilos bancário, telefônico e fiscal não é direito absoluto, podendo os mesmos serem quebrados quando houver a prevalência do direito público sobre o privado, na apuração de fatos delituosos ou na instrução dos processos criminais, desde que a decisão esteja adequadamente fundamentada na necessidade da medida. Precedentes. Recurso provido, nos termos do voto do relator" (STJ, 5ª T., REsp 690.877-RJ, rel. Min. Gilson Dipp, j. 05.05.2005, DJU 30.05.2005, p. 410).



13 TAVARES, Juarez. A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada. RBCrim 1/107 e 110, São Paulo, 1993. Vide, também, a respeito da relatividade do direito de sigilo: OLIVEIRA, Regis de. Aspectos constitucionais do sigilo bancário. *Revista de Direito Mercantil* 99/101-103, São Paulo, 1995; BELLOQUE, Juliana Garcia. Op. cit., p. 52-55; AGRA, Walber de Moura. Op. cit., p. 167.

14 CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. El secreto de los profesionales universitarios frente a la administración tributaria. In: CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel; CLAVIJO, Mariela. *El secreto profesional frente a la administración tributaria: situación de profesionales y operadores inmobiliarios*. Buenos Aires: B de F, 2006.

15 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. atual. São Paulo: RT, 1982. p. 88.

16 Cf.: DIAS, José Carlos. Sigilo bancário - Quebra - Requisições da Receita Federal e do Ministério Público (parecer). RBCrim 11/240 (DTR 1995\566) , São Paulo, 1995. Sobre esse ponto, sustenta-se que "o segredo acerca das finanças caracteriza direito individual que não só pode como deve ceder diante de interesse maior como, v.g., o da coletividade. Entretanto, não se pode atingir um direito constitucionalmente protegido sem que para tanto sejam tomadas todas as precauções possíveis no sentido de garantir que a pessoa alcançada por tão drástica medida seja afetada o mínimo necessário. Conseqüentemente, tratando-se de quebra de sigilo bancário, mostra-se imprescindível que a legislação pertinente a tão delicado assunto seja absolutamente respeitada. Nenhuma concessão pode ser feita, muito menos para alargar o conteúdo e alcance das normas que regulamentam a matéria. Pelo contrário, a interpretação dessa legislação deve ser sempre e sempre restritiva" (MOYANO, Helios Nogués; VANNI, Adriano Salles. Sigilo bancário (por quem e quando pode ser violado). RBCrim 19/47 (DTR 1997\264) , São Paulo, 1997).

17 MORAES, Maurício Zanoide de. Sigilo financeiro. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 2, p. 2.981.

18 *Sigilo bancário*, "que pode ser sucintamente definido como a obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que obtenham em virtude de sua atividade profissional, tem sido estudado sob diferentes ângulos, não faltando doutrinadores que vêem no instituto mero instrumento de captação de numerário e, portanto, uma ferramenta posta a serviço dos bancos para atrair capitais. No entanto, a norma de sigilo bancário, sedimentada em longa tradição jurídica, tem motivação muito mais transcendente por proteger a intimidade, que é, sem dúvida, um dos bens mais importantes do ser humano a merecer a tutela do direito civil" (COVELLO, Sergio Carlos. O sigilo bancário como proteção à intimidade. RT 648/27 (DTR 1989\164) , São Paulo: RT, 1989). Mas não é só. Essa tutela também deve ser feita pelo direito penal.

19 MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 2.979. Cf.: MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 116; ABRÃO, Carlos Henrique. O sigilo bancário e as CPLs, o Ministério Público, a Receita Federal e o Judiciário. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Org.). *Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 24. Este último autor defende que "o sigilo bancário tem conotação profissional e não é inerente exclusivamente ao banqueiro, mas a todos que exercem atividade nas instituições financeiras, na proteção do cliente, na segurança do sistema, na inibição de revelar aspectos a terceiros, em harmonia com os usos e costumes tradicionais aos padrões dos mercados financeiro e de capitais".

20 Título VIII (*Dos que abrem as Cartas del Rey, ou da Rainha, ou de outras pessoas*): "Qualquer, que abrir nossa Carta, assinada per Nós, em que se contenhão cousas de segredo, que specialmente pertença á guarda de nossa pessoa, ou stado, ou da Rainha, minha mulher, ou do Príncipe meu filho, ou á guarda e defesa não de nossos Reinos, e descobrir o segredo della, do que a nós poderia vir algum prejuízo, ou desserviço, mandamos que morra por isso".

21 Art. 189 do CP (LGL 1940\2) /1890: "Abri maliciosamente carta, telegramma, ou papel fechado endereçado a outrem; apossar-se de correspondencia epistolar ou telegraphica alheia, ainda que não esteja fechada, e que por qualquer meio lhe venha ás mãos; tiral-a de repartição publica ou do



poder de portador particular, para conhecer-lhe o conteúdo: Pena - de prisão celular por um a seis meses. Parágrafo único. No caso de ser revelado em todo, ou em parte, o segredo da correspondência violada, a pena será aumentada de um terço".

22 Art. 153 do CP (LGL 1940\2) /1940: "Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa". O art. 161 do CP (LGL 1940\2) /1969, embora não tenha chegado a vigorar, versava sobre essa matéria nos seguintes termos: "Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento sigiloso ou de correspondência confidencial, de que é detentor ou destinatário, desde que da divulgação possa resultar dano a outrem: Pena - detenção, até seis meses, ou pagamento de trinta dias-multa, no máximo". Art. 162: "Violar, mediante processo técnico, o direito à intimidade da vida privada ou o direito ao resguardo das palavras ou discursos que não forem pronunciados publicamente. Pena - detenção, até um ano, ou pagamento não excedente a cinquenta dias-multa. § 1.º Nas mesmas penas incorrem quem divulga os fatos captados. § 2.º Somente se procede mediante queixa". Art. 163: "Revelar alguém, sem justa causa, segredo de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, desde que da revelação possa resultar dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou pagamento de cinquenta dias-multa, no máximo".

23 O anteprojeto do Código Penal (LGL 1940\2) , Parte especial, assim dispõe sobre o assunto: Art. 155. "Violar, por qualquer meio, a reserva sobre fato, imagem, escrito ou palavra, que alguém queira manter na intimidade da vida privada: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa. § 1.º Incorre na mesma pena quem, indevidamente, revela ou divulga fato, imagem, escrito ou palavra, obtidos por ele ou por outrem, ainda que deles tenha participado. § 2.º Não se compreende na disposição deste artigo a divulgação da imagem ou do som colhidos em local público ou aberto, ou expostos ao público, para atender a interesse público legítimo e relevante". Art. 161. "Divulgar, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial de que é destinatário ou detentor, cuja divulgação possa produzir dano a alguém: Pena detenção, de um mês a um ano, e multa. § 1.º Revelar, sem justa, segredo de que tem ciência em razão de função ministério, ofício ou profissão, cuja revelação possa produzir dano a alguém: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa". Na legislação estrangeira, vide, por exemplo, Código Penal (LGL 1940\2) espanhol (arts. 197-199); Código Penal (LGL 1940\2) italiano (art. 349); Código Penal (LGL 1940\2) francês (arts. 226-13 a 24) e Código Penal (LGL 1940\2) português (arts. 192-197).

24 WALD, Arnaldo. Da evolução legislativa e jurisprudencial do direito brasileiro em matéria de sigilo bancário. *Revista de Direito Mercantil* 94/97, São Paulo, 1994. Vide, sobre o histórico do sigilo bancário no Brasil: HAGSTROM, Carlos Alberto. O sigilo bancário e o Poder Público. *Revista de Direito Mercantil* 79/39-42, São Paulo, 1990; COVELLO, Sergio Carlos. *O sigilo bancário* (com particular enfoque na sua tutela civil). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Leud, 2001. p. 73-82.

25 "Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. (...) § 7.º A quebra de sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, aplicando-se no que couber o Código Penal (LGL 1940\2) e o Código de Processo Penal (LGL 1941\8) , sem prejuízo de outras sanções cabíveis."

26 "Art. 18. 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."

27 A respeito do sigilo profissional, vide: PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte especial. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. v. 2, p. 374-386.

28 Nessa trilha: COVELLO, Sergio Carlos. *O sigilo bancário...* cit., p. 86; DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4, p. 336.

29 *Factoring* é "atividade pela qual uma instituição financeira especializada compra e administra as duplicatas de outras empresas, ou outros títulos a receber, inclusive cheques pré-datados. Com esse sistema, cria-se a possibilidade de uma redução no custo do dinheiro (ou do crédito) das empresas, uma vez que se elimina a intermediação dos bancos nos descontos de duplicatas. Ao

mesmo tempo, as empresas passam a ter maior capital de giro, uma vez que as instituições que operam com *factoring* adiantam os valores das duplicatas (de 50 a 80%, por exemplo) antes de seus vencimentos, cobrando pelo adiantamento menos do que os bancos em termos de taxas de juros. O sistema de *factoring* é adotado sobretudo como um serviço a pequenas e médias empresas, ou, no comércio internacional, como um serviço aos exportadores" (SANDRONI, Paulo. *Novíssimo Dicionário de Economia*. 11. ed. São Paulo: Best Seller, 2002. p. 232).

30 Vide: PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. v. 1, p. 174.

31 Cf.: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Considerações sobre o sigilo bancário. RBCrim 36/113, São Paulo, 2001.

32 Idem, ibidem, p. 113.

33 Essa lei instituiu a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira - CPMF.

34 Cumpre dizer que a "Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei 9.430, de 27.12.1996, e alterações posteriores" (art. 11, § 3.º, da Lei 9.311/1996).

35 Devem ainda o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e os demais órgãos de fiscalização, nas áreas de suas atribuições, fornecer informações cadastrais e de movimentação de valores, referentes às operações consideradas como sérios indícios da prática de crime de lavagem de dinheiro, ao Conselho de Controle de Atividade Financeiras - Coaf (art. 2.º, § 6.º, da LC 105/2001).

36 É possível que o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, em suas áreas de competência, firmem convênios: "I - com outros órgãos públicos, fiscalizadores, objetivando a realização de fiscalizações conjuntas, observadas as respectivas competências; II - com bancos centrais ou entidades fiscalizadoras de outros países, objetivando: a) a fiscalização de filiais e subsidiárias de instituições financeiras estrangeiras, em funcionamento no Brasil, e de filiais e subsidiárias, no exterior, de instituições financeiras brasileiras; b) a cooperação mútua e o intercâmbio de informações para a investigação de atividades ou operações que impliquem aplicação, negociação, ocultação ou transferência de ativos financeiros e de valores mobiliários relacionados com a prática de condutas ilícitas" (art. 2.º, § 4.º, da LC 105/2001). Mencione-se que o dever de sigilo de que trata a lei em comento também se estende a esses órgãos e seus agentes (art. 2.º, § 5.º, da LC 105/2001).

37 Cf.: PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito...* cit., p. 310.

38 BELLOQUE, Juliana Garcia. Op. cit., p. 93.

39 O art. 58, § 3.º, da CF (LGL 1988\3) versa sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito, estabelecendo 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 a 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".

40 BELLOQUE, Juliana Garcia. Op. cit., p. 96.

41 REALE JUNIOR, Miguel. A inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário estabelecido pelas Leis Complementares 104/2001 e 105/2001 - Parecer. RBCrim 39/259, São Paulo, 2002.



42 Vide, com mais detalhes: PRADO, Luiz Regis. Op. cit., parte geral, p. 139-142.

43 Cumpre salientar que "a prova é vedada em sentido absoluto quando o direito proíbe em qualquer caso sua produção. Haverá prova vedada em sentido relativo quando, embora admitido o meio de prova, condiciona-se a sua legitimidade à observância de determinadas formalidades. A violação de uma vedação será sempre ilegal, mas a violação de uma proibição de natureza substancial torna o ato ilícito, enquanto a violação de impedimento de ordem processual faz com que o ato seja ilegítimo. Em síntese, a prova ilegal consiste em violação de qualquer vedação constante do ordenamento jurídico, separando-se em prova ilícita, quando é ofendida norma substancial, e prova ilegítima, quando não é atendido preceito processual" (FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit. p. 90).