



## A AÇÃO DE ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONTRA A QUEBRA DE SIGILO FINANCEIRO

### THE WRIT OF *HABEAS CORPUS* ORDER AGAINST THE BREACH OF FINANCIAL CONFIDENTIALITY

*Bruno Gimenes Di Lascio*<sup>1</sup>

**RESUMO:** A presente pesquisa visa abordar a prática da ação de ordem de *habeas corpus* como eventual remédio para a impugnação da quebra de sigilo financeiro visando a produção de prova em processo penal investigador de supostos crimes econômicos cometidos pelo sujeito-alvo da persecução. A abordagem se dará sob o questionamento se o *writ* é cabível para combater o levantamento do sigilo de dados de determinado indivíduo ou se perfaz um casuísmo procedimental da parte autora, uma vez que o paciente possui outros meios pertinentes para a obtenção da tutela jurisdicional. Para tanto, utiliza-se o conhecimento empírico em contraponto ao doutrinário, optando pela pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, dando tratamento pelo método dedutivo.

**Palavras-chave:** *Habeas corpus*; Sigilo financeiro; Quebramento; Impugnação.

**ABSTRACT:** The present research wants to approach the practice of the order action of *habeas corpus* as a possible remedy for impugment the decree of financial breach of confidentiality aimed at producing criminal evidence to proceeding which investigate alleged economic crimes committed by the target of prosecution. The approach will be made under questioning if the writ is appropriate to combat the breaking of certain individual data confidentiality or makes a procedural casuistry of the demandant, since the

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduando *lato sensu* em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá. Pós-graduando *lato sensu* em Direito e Processo Tributário Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado.

patient has other suitable means for obtaining judicial protection. To this end, it uses empirical knowledge as opposed to doctrinaire, opting for bibliography and jurisprudence, giving treatment by the deductive method.

**Keywords:** *Habeas corpus*; Financial confidentiality; Breach; Impugment.

## INTRODUÇÃO

A promulgação do texto constitucional, que ineditamente petrificou o direito ao sigilo financeiro, estabelecido no casamento entre dois dispositivos do diploma normativo (art. 5º, incisos X e XII, da Constituição), pôs em discricção os dados relativos às pessoas naturais e jurídicas, em suas transações de caráter econômico-financeiro junto a entidades que deveriam manter o registro de serviços prestados a essas mesmas pessoas. O Poder Constituinte foi retilíneo: não abriu margem a exceções no que se refere aos sigilos bancário, fiscal, creditício e relacionados, pois expressamente fez menção única à possibilidade de violação do sigilo telefônico para dar azo à investigação ou instrução criminal.

Porém, a proliferação de delitos de teor econômico fez emergir a necessidade de ampliação da violação ao sigilo financeiro, não havendo que se falar em absolutez do sigilo financeiro, utilizado para acobertamento de delito, em detrimento do interesse público de se ver feita a Justiça.

Nesse condão, os entes públicos responsáveis pela investigação preliminar criminal passaram a usufruir da possibilidade concedida pela Lei Complementar nº 105 de 2001 ao acesso meramente administrativo aos registros de operações particulares junto às instituições financeiras para obterem provas indiciárias ou criminais de delitos econômicos, muitas vezes ultrapassando todos os limites assinalados pelos mandamentos constitucionais, mediante o compartilhamento de dados das autoridades fiscais que podem, administrativamente, levantar os sigilos sem autorização judicial.

Para se evitar tal constrangimento, os investigados têm adotado como via impugnadora a impetração de ação de ordem de *habeas corpus*. Esse quadro de quebra de sigilo financeiro por autoridade investigadora ou acusadora, para fins de obtenção de prova em inquérito ou processo criminal, com mandado judicial ou não, enfrentado em sede de ação de ordem de *habeas corpus*, será o enfoque deste estudo, conforme adiante se verá.

## 1. O SIGILO FINANCEIRO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A importância do direito ao sigilo financeiro tem conexão com a sua própria definição e natureza jurídicas, pois,

[...] tem-se que o direito ao sigilo constitui um desdobramento do direito de liberdade. Liberdade essa que traduz no direito de não dizer o que sabe; de não transmitir o pensamento, o conhecimento, para além daqueles que se quer; de não ter divulgadas informações que a si dizem respeito, uma vez que se trata de sua parcela mais particular, e neste sentido ele – o sigilo – se relaciona com a intimidade e privacidade. (FOLMANN, 2001, p. 49-50).

O sigilo financeiro, entretanto, passou por reformas ao longo de sua vigência no ordenamento jurídico brasileiro. Cronologicamente, a Lei nº 4.595 de 1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, também criadora do Conselho Monetário Nacional, regulava o sigilo de dados preservados pelas instituições financeiras no que concernia às operações ativas e passivas, bem como aos serviços prestados, importando caráter sigiloso sobre seu conteúdo, só podendo ser este levantado por autorização judicial (art. 38, § 1º), por requisição do Poder Legislativo ou em sede de Comissão Parlamentar de Inquérito (art. 38, §§ 2º, 3º e 4º), após deliberação em plenário do órgão requerente. Dispunha, ainda, que agentes fiscais tributários da União e dos Estados e autoridades fiscais teriam vista aos documentos, livros e registros de contas de depósito quando houvesse processo instaurado e tais informações fossem indispensáveis à autoridade competente (art. 38, §§ 5º e 6º), que era investida pelo magistrado capaz.

No sétimo e último parágrafo do art. 38 da Lei nº 4.595 de 1964, o legislador criminalizava o responsável pela quebra indevida de sigilo financeiro com pena de reclusão de um a quatro anos, sem prejuízo de outras sanções penais, aplicando-se, no que fosse cabível, a legislação processual penal ao agente.

Vê-se que a intenção do legislador sessentista era a de dar a máxima proteção ao sigilo de dados financeiros do indivíduo ou da empresa, como forma de combate à devassa ilimitada por entres públicos ou particulares, sendo possível tangenciar a discricção somente por mandado judicial, ou através de entidade com poderes de jurisdição investigadora, tal como a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).

Com o advento da Constituição da República de 1988, o tratamento dado ao sigilo

financeiro (fiscal e bancário) das pessoas foi posto topograficamente junto aos direitos e garantias fundamentais, mais especificamente inscrito no direito à inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º, XII), complementando o direito à intimidade (art. 5º, X), segundo Alexandre de Moraes (2011, p. 75), e à privacidade, de acordo com Tercio Sampaio Ferraz Junior (2005, p. 75). Logo, é nítida a proteção ao sigilo financeiro, vez que o mesmo se faz presente não apenas na norma constitucional de natureza rígida, mas também se abarca nas hipóteses de proibição de mutação ou abolição, as chamadas “cláusulas pétreas”, por se tratar de direito e garantia individual, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da Carta Maior.

Assim, pela primeira vez o sigilo às informações sobre movimentações financeiras, bancárias ou fiscais, por parte de pessoa natural ou jurídica, foi disposto como direito fundamental maximamente tutelado pela Lei Magna, pondo-o valiosamente acima de diversos outros direitos em caso de colisão.

Exatamente por isso a autorização judicial para levantamento do sigilo tornou-se imprescindível para a obtenção de tais informações, vez que o direito ao sigilo, uma vez colidindo com o princípio do interesse público, deve ser sopesado pelo julgador, ao invés de ser abruptamente afastado por autoridade aleatória ao Poder Judiciário.

É possível reparar que a norma constitucional em voga recepcionou perfeitamente a legislação de 1964, pois enquanto a Lei Magna invocava o direito ao sigilo de dados financeiros, a lei ordinária restringia fortemente a hipótese de quebra de tal proteção à intimidade. Porém, a globalização do capital, que transita de instituições financeiras pátrias para alienígenas num curto espaço de tempo, refletiu sobre a licitude de diversas operações sigilosas, trazendo preocupação às entidades fiscalizadoras sobre a eficácia de sua monitoração em casos de evasão fiscal, de elisão fiscal maquiada e até de ocultação de patrimônio (lavagem de dinheiro e outros delitos econômicos).

Nessa lógica, o parlamento aprovou a Lei Complementar nº 105 de 2001, que, em seu art. 13, expressamente revoga o art. 38 da Lei nº 4.595 de 1964, e passa a regular mais brandamente o sigilo das operações de instituições financeiras, ocasião pela qual seu texto também define quais são tais instituições.

Esse novo diploma rompe o paradigma restritivo ao levantamento do sigilo de dados financeiros até então consolidado no ordenamento jurídico nacional, haja vista permitir que autoridades investigadoras e agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios possam visualizar dados de pessoas antes

resguardados por instituição financeira arrolada, bastando que haja processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, mediante anuência de autoridade competente (art. 6º) – esta, desta vez, alheia ao Poder Judiciário.

Embora de redação semelhante com a lei revogada, a lei revogadora traz a alteração substancial: retira do poder decisório judicial o levantamento de sigilo por requerimento da entidade persecutória e dá a esta tal discricionariedade, pondo como condição unicamente a existência de procedimento interno de fiscalização e apuração de fato para o início do quebraamento de sigilo. Segundo a professora Melissa Folmann (2001, p. 107):

[...] a autoridade competente referida no artigo 38 da Lei nº 4.595/64, era a autoridade judiciária, assim entendida como juízes togados e participantes da CPI. A farta jurisprudência sobre o tema alinha-se nesse sentido. Porém, a Lei Complementar 105/2001, trouxe um diferencial, o exame, a quebra de sigilo antes resguardada à prévia análise do Judiciário passa à competência direta das Autoridades Fiscais, exclui-se do Judiciário a apreciação da necessidade o não do ato.

A redação da Lei Complementar nº 105 de 2001 foi alvo de ações diretas de inconstitucionalidade, vez que colidiria, segundo os impetrantes, com os dispositivos garantidores da intimidade e do sigilo de dados, constantes no capítulo sobre direitos e deveres individuais e coletivos. Tais ações, no entanto, foram indeferidas, sendo o texto da citada norma julgado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>.

É dessa maneira que a Lei Complementar nº 105 de 2001 emerge no mundo jurídico para justificar a possibilidade de levantamento do sigilo financeiro das pessoas, impondo um brando regramento para que este direito constitucional vital à democracia não sofra abusos que o deslegitimem perante a ordem social.

Conforme afirmado *supra*, o sigilo financeiro brota de dispositivo constitucional, consequência da tutela de liberdade garantida aos indivíduos. Sua natureza é, portanto, de direito fundamental, haja vista associar-se à ideia mesma de liberdade pública.

A partir disto, o advento do art. 13 da Lei Complementar nº 105 de 2001 alterou toda a natureza jurídica deste direito. O direito ao sigilo, tutelado constitucionalmente por cláusula pétrea, portanto, perdeu toda sua robustez para dar passagem à nova legislação da aludida lei complementar, que passa a consagrar o seguinte: em primeiro, revoga expressamente o art. 38 da Lei nº 4.596 de 1964, que exigia autorização judicial para o

---

<sup>2</sup> ADI nº 2386, ADI nº 2397, ADI nº 2859, ADI nº 4010 e RE nº 601314.

levantamento do sigilo financeiro (art. 13); em segundo, permite a autoridade não judiciária o quebra do sigilo financeiro de dados por mero ato administrativo (art. 6º); em terceiro, lista as operações financeiras ao encargo de registro obrigatório das também listadas instituições financeiras para efeito da lei (arts. 1º, § 1º, e 5º, § 1º); em quarto, assinala ser quebrável o sigilo de dados financeiros quando necessário à apuração de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial (art. 1º, § 4º).

Restringindo-se este estudo à matéria criminal, impende esclarecer desde logo o critério para o levantamento do sigilo financeiro prescrito na lei em casos relacionados ao cometimento de ilícitos. Em seu art. 1º, § 4º, a LC 105/2001 prescreve que “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”, e expõe um rol meramente exemplificativo de delitos, tais quais os de narcotráfico, contrabando, peculato, sonegação e lavagem de dinheiro, sem embargo de devassa até mesmo para casos de crimes de menor potencial ofensivo.

Veja-se que, havendo quaisquer indícios de cometimento de crime, o Ministério Público (MP) poderá requisitar tanto a quebra do sigilo financeiro de determinada pessoa, sem autorização judicial, quanto o compartilhamento de informações de sigilos já levantados pela autoridade administrativa, eis que as informações ali contidas servirão de *opinio delicti* ao membro da instituição acusadora. Ou então, a autoridade administrativa que tenha levantado o sigilo pode encaminhar por si só os dados obtidos à autoridade policial, caso vislumbre hipótese delitiva.

Para tanto, faz-se mister o cumprimento de forma para que a quebra se perfectibilize. Primeiramente, é preciso que sejam individualizados o objeto e o sujeito que terão o sigilo financeiro levantado. Ora, a decisão de quebra só pode ser dada se tem em vista algo – uma conta bancária pertencente a uma pessoa, por exemplo. Não se pode falar em levantamento de sigilo bancário, fiscal, creditício etc. de uma coletividade indefinida.

Nesse condão, a decisão da quebra deve ser fundamentada, seguindo-se o que prevê a Constituição (art. 93, IX) e o Código de Processo Civil (art. 11), bem como deve haver justa causa para tanto – e esta se perfaz justamente o que diz o art 6º da Lei 105/2001, *in verbis*: “quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso”. Ou seja, além de dever a autoridade competente fundamentar a decisão de levantamento de sigilo, explicitando os porquês de tal medida persecutória, deverá também

esmiuçar a justa causa para tanto, alertando a existência de procedimento administrativo instaurado, ou, então, processo judicial em curso.

De igual maneira, o prazo de duração e entrega das informações também precisa ser definido pela autoridade prolatora da decisão da quebra, conforme lição de Fabiano Ferreira Furlan (2008, p. 85):

Por outro lado, o prazo para cumprimento da diligência com a respectiva entrega das informações obtidas também precisa ser fixado pela autoridade pública que deferir a quebra até para viabilizar a responsabilização criminal do agente que retardar as apurações nos moldes do crime capitulado no art. 10 da lei complementar referida.

Resta saber, finalmente, quem seria a “autoridade administrativa competente” a que se refere o art. 6º da LC 105/2001. Sabendo-se que, no diploma anterior, o legislador falava em “autoridade competente”, e esta era tomada unicamente por magistratura e CPI, resta cristalina a intenção legislativa de ampliação do rol de capacitados para a quebra do sigilo ao se inserir o vocábulo “administrativa” entre “autoridade” e “competente”.

Tirante a chamada “quebra indireta”, ou seja, a quebra que se dá mediante requerimento da medida perante o Poder Judiciário ou à mesa-presidente da CPI, órgãos com poder de julgamento final, tem-se a possibilidade do levantamento direto por outros órgãos, a começar pelo Ministério Público, órgão acusador por definição constitucional.

A ideia de que o *Parquet* tem o poder de quebra direta do sigilo financeiro padece de vícios insuperáveis, tal como o de que o MP é parte em procedimentos administrativos e em processos judiciais, o que o descaracterizaria como autoridade competente para o ato. Contudo, a Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75 de 1993) estabelece em seu art. 6º, XVIII, “a”, competir ao MP representar ao órgão jurisdicional competente para quebra de sigilo de dados para fins de investigação ou instrução criminais. Ou seja, não veta expressamente a possibilidade de quebra direta pelo órgão. A esse respeito, complementa o professor Fabiano Ferreira Furlan (2008, p. 128):

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União – LOMPU) prevê a possibilidade de quebra direta do sigilo bancário pelo Ministério Público da União, que se estende aos Ministérios Públicos dos Estados por força do que dispõe o art. 80 da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – LONMP), uma vez que este artigo estabeleceu a aplicação subsidiária da LOMPU aos Estados sempre que não houver incompatibilidade entre as previsões expressas dos diplomas legais em questão [...].

Por outro lado, a discussão sobre a possibilidade de quebra direta por juiz de Direito também se impõe: indaga-se se o magistrado poderia fazê-lo, ou se deveria aguardar provocação das partes, em especial do MP. Os arts. 155 e 156 do Código de Processo Penal, no entanto, abrem margem para uma atuação voluntariosa do juízo tencionando a produção probatória, eis que a ele se destinaria a fase instrutória do processo penal. Na redação do art. 156, por exemplo, faculta-se ao magistrado determinar a realização de diligências para dirimir eventuais dúvidas sobre pontos relevantes.

Fabiano Ferreira Furlan (2008, p. 167), contudo, é crítico da posição extremamente permissiva a um Judiciário ativista na constituição de provas, senão leiamos:

A quebra de ofício é admitida em caráter excepcional e somente poderá ocorrer quando constituir uma medida absolutamente necessária e adequada ao esclarecimento de fato deduzido em Juízo, não tendo as partes requerido a sua decretação, e, mesmo assim, quando o feito já estiver em fase adiantada como as trazidas pelos arts. 407 ou 502 do CPP. [...] O juiz, assim, deverá atuar para dirimir dúvida razoável sobre ponto relevante do processo, mas não pode assumir uma posição supletiva ou subsidiária da atuação do órgão de acusação.

Adiante, fala-se ainda em possibilidade de quebra direta do sigilo de dados financeiros pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, pelo Poder Legislativo, pelas Fazendas Públicas, pelos Tribunais e Conselhos de Contas e pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

A CPI possui autorização para quebra direta desde o diploma normativo de 1964, conforme menção *retro*. Tal capacidade foi mantida na LC 105/2001.

Caso diverso é o da quebra direta por parte do Poder Legislativo sem a instauração de CPI. A dúvida é fertilizada pelo art. 4º, § 2º, da Lei 105/2001, *in verbis*: “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”. O parágrafo segundo deste mesmo artigo dispõe que, para seu alcance, a solicitação de quebra deverá ser previamente aprovada pelo plenário das respectivas casas legislativas solicitantes. Nesse sentido, Juliana Garcia Belloque (2003, p. 94) sustenta o seguinte:

[...] da mesma forma que a antiga Lei 4.595/1964, a LC 105/2001 autoriza o fornecimento de informações financeiras sigilosas à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e às Comissões Parlamentares de Inquérito neles instauradas, para a instrução dos procedimentos típicos de suas competências constitucionais,

desde que previamente aprovada a requisição pelos plenários das casas parlamentares, ou de suas respectivas comissões.

Ampliando-se a capacidade, anota-se que o art. 9º da LC 105/2001 fala em compartilhamento de informações entre o Banco Central e o MP: “Quando, no exercício de suas atribuições, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, informarão ao Ministério Público, juntando à comunicação os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos”. Ou seja, ainda que a devassa nos dados da pessoa-alvo tenha fins meramente administrativos ou fiscalizadores, a suspeita havida pode gerar compartilhamento de informações que não haveria por iniciativa própria do órgão responsável privativamente pelo oferecimento de ação penal, imiscuindo o Poder Executivo ao *Parquet*, em detrimento do direito fundamental ao sigilo.

Sobre a autoridade competente para a decretação da violação ao sigilo de dados financeiros, tem-se que as Fazendas Públicas Federal, Estadual, Distrital e Municipal foram arroladas como tais pelos arts. 5º e 6º da LC 105/2001, tendo o primeiro a seguinte redação: “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”. Assim, a legislação teria viabilizado o fornecimento direto de informações bancárias das pessoas pelas instituições financeiras à administração tributária, aproximando-as.

Consoante, Carmen Lúcia Antunes Rocha (2003, p. 39) referenda o dispositivo:

[...] à administração tributária, no exercício das competências constitucionais administrativo-tributárias ou investigatórias, não parece haver vedação constitucional de ter o acesso aos dados pertinentes à vida econômica da pessoa naquilo que seja concernente aos deveres contribuintes deste em relação à sociedade. Excesso, se houver, a ser praticado pelos agentes que são cingidos, legalmente, pelos deveres decorrentes do sigilo haverá que corresponder à adequada punição, conforme determinado pela legislação administrativa e penal.

A jurista reforça a norma constante no art. 145, § 1º, da Constituição, que faculta à administração tributária, para cientificar-se da capacidade tributária de pagador de tributo, “identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

Em se tratando de Tribunais de Contas, Conselhos de Contas e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), tem-se que os dois primeiros são instituições auxiliares ao Poder Legislativo, com competência para analisar a prestação de contas do Poder Executivo e emitir pareceres e decisões finais relativas à fiscalização dos recursos públicos, sem viés jurisdicional. Portanto, entendemos desde logo não ser o Tribunal de Contas da União, por exemplo, entidade competente para decretar a quebra direta de sigilo financeiro de alguma pessoa, justamente por ser ente atrelado ao Congresso Nacional – este sim, competente para tal violação. O mesmo se reflete sobre os Conselhos de Contas dos Municípios e os órgãos do MP atrelados às entidades de controle externo das contas públicas, eis que estes órgãos não têm a independência constitucionalmente atribuída ao *Parquet* comum, nem têm competência para promover privativamente as ações penais necessárias.

Já o (COAF), criado pela Lei nº 9.613 de 1998, tem finalidade de “disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas”, conforme prescreve o art. 14 da referida lei, voltada ao combate dos crimes de lavagem de capitais. Conectado institucionalmente ao Ministério da Fazenda, o COAF tem poderes de gestão tributária do Estado, e a ele são concedidas prerrogativas de levantamento direto do sigilo, tais como as disciplinadas pelo art. 14, § 3º, da Lei 9.613/98, *in verbis*: “O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas”.

Clara foi a intenção do legislador em atribuir ao COAF capacidade investigatória ampla e irrestrita, permitindo ao conselho, inclusive, a devassa nos dados de pessoas-alvo de investigação interna do organismo. Não tem o COAF, porém, atribuição para oferecimento de ação penal, devendo seu responsável administrativo compartilhar eventuais provas documentais ao MP para que este forme sua *opinio delicti* a respeito.

Listando-se instituições que vão do MP ao COAF, arrolou-se acima aquelas em que a legislação atribui a capacidade para levantamento de sigilo financeiro independente de autorização judicial, abrindo margem para uma ampla violação aos direitos fundamentais prescritos na Lei Maior, bem como rogando à autoridade administrativa competente poder de fiscalização vitalício e onipresente.

Justamente para coibir exageros de autoridades estranhas à jurisdição e garantir o necessário cumprimento do rol de direitos e garantias individuais que as pessoas violadas

pela quebra de sigilo tencionada em constituir provas indiciárias ou criminais têm utilizado do expediente da impetração de ordem de *habeas corpus* com a finalidade de impugnar o levantamento.

## **2. A IMPETRAÇÃO DE ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARA IMPUGNAR A QUEBRA DE SIGILO FINANCEIRO**

Dentre as várias possibilidades ofertadas no tópico acima, a eleição do remédio heroico como melhor via processual contra a quebra de sigilo financeiro merece a dispensa de considerável atenção por esta pesquisa.

Os juristas têm divergido a respeito, e a quase unanimidade daqueles que contestam o uso do *habeas corpus* para a impugnação da devassa nos dados financeiros das pessoas o é por entender ser o mandado de segurança o meio mais cabível para a situação.

Igualmente fundamentado no texto constitucional, o mandado de segurança direciona-se a proteger “direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (art. 5º, LXIX). Ou seja, o mandado de segurança tem função residual no combate aos constrangimentos alvejados por aqueles remédios.

Assim, parte da doutrina reforça ser a concessão da segurança a tutela jurisdicional melhormente enquadrada no viés combativo à quebra direta de sigilo financeiro por parte do Ministério Público, por exemplo, ou por parte do Fisco, em exagero procedimental, eis que o rompimento do sigilo de dados visa unicamente conhecer as operações financeiras efetuadas pela pessoa-alvo, e não constranger direta ou indiretamente a liberdade de locomoção dela. Tradicionalmente, encampa essa visão (a de restringir o *habeas corpus* à liberdade locomotiva) o jurista Rogério Lauria Tucci (1986, p. 40), *in verbis*:

Em suma, estabelecida a regra do cabimento do *habeas-corpus* nos casos de constrição, potencial ou efetiva, da liberdade física do indivíduo; exsurgirá a de admissibilidade do mandado de segurança toda vez que, também em virtude de ilegalidade ou abuso de poder, a lesão ou ameaça de lesão a direito, líquido e certo, do interessado – pessoa física ou pessoa jurídica, – não se relacionar, imediata e diretamente, com a liberdade de locomoção do ser humano.

Brota, então, a divergência. A parte restante dos juristas a destoar da inadmissibilidade do remédio heroico impugnador dos levantamentos é inflamada: considera-se um abuso de poder tendente à coação ilegal da liberdade ambulatoria a violação do sigilo financeiro de pessoa sem justa causa ou na ausência de ordem judicial, pois, a depender do que seja descoberto pelos violadores, uma eventual prisão cautelar pode ser decretada, ou ainda, em sendo a quebra realizada por autoridade fiscal, e esta conclua a existência material de algum ilícito penal, o Fisco tem o dever funcional de provocar as autoridades investigativas para que tomem providências devidas, tal como a instauração de um inquérito policial ou de um procedimento administrativo interno (notícia de fato).

Tal preocupação é a de José Augusto Delgado (2011, p. 562-563), que assinala em artigo o que vem *infra*:

O acesso indiscriminado do agente fiscal às informações bancárias do cidadão gera uma quebra da segurança das relações jurídicas por um terceiro passar a ter, sem causa justificadora, conhecimento da vida íntima de alguém, submetendo-o, a partir daí, a um regime de submissão. Por outro lado, ninguém poderá garantir, nem o próprio Estado, que o agente público utilize dados que chegaram ao seu conhecimento para outros intentos que não o exclusivamente fiscal.

Vislumbra-se, pois, que a aluminação dos registros financeiros de indivíduo determinado, sem motivação substantiva ou sem o crivo do Poder Judiciário, pode representar a ele a ameaça futura de figurar como ré em eventual processo-crime, eis que, não fosse aquela violação, sua pretensa liberdade manter-se-ia inatingível.

Gustavo Badaró (2016, p. 479) abre a divergência quanto à restrição da ordem de *habeas corpus* para o caso trazido a lume:

Também se aceita a utilização do *habeas corpus* para a impugnação da decisão judicial de quebra de sigilo bancário, fiscal, de dados ou telefônico que contenha alguma ilegalidade, como a falta de fundamentação, a incompetência da autoridade que determinou a medida, ou até mesmo sua adoção fora das hipóteses legais. Embora pareça que em tais casos apenas estaria sendo lesado o direito à intimidade ou liberdade das comunicações, é de reconhecer que, ao menos de forma mediata, também haverá riscos para a liberdade de locomoção (por exemplo, o resultado da interceptação poderá servir de fundamento para um pedido de prisão preventiva ou até mesmo para uma sentença condenatória), sendo cabível o *habeas corpus*.

De igual valia seguem os magistérios de Danielle Souza de Andrade e Silva e Rosimeire Ventura Leite (2008, p. 165), pois, em sendo quebrado o sigilo financeiro de

forma indevida e os registros forem colacionados aos autos do processo crime, o *remedium juris* em comento é adequado a promover o desentranhamento dos documentos, senão leiamo-las:

Caso os documentos obtidos com a quebra indevida do sigilo financeiro serem juntados aos autos do processo, o procedimento correto é a determinação de seu desentranhamento para que as peças não sejam objeto de valoração pelo juiz no momento da decisão, cabendo *habeas corpus* se tal providência não for cumprida.

Juntando-se a elas, Aury Lopes Jr. (2015, p. 1113) reforça tese acima citada, pincelando a respeito da hipótese de ser cabível o *habeas corpus* em processo penal, quando for a violação de registro financeiro usada para constituição de prova criminal, mas relativiza a possibilidade de o *writ* ser manejado em sede de inquérito policial, haja vista ser este mero procedimento administrativo:

[...] ainda que eventuais especificidades do caso concreto levem o tribunal julgador a conhecer do *writ* sem um risco direto à liberdade – o que reputamos um acerto –, é importante, na medida do possível, demonstrar que a coação ilegal afeta a liberdade deambulatoria, sem interpretar isoladamente os incisos do art. 648. No mesmo sentido, [Gilmar] Mendes esclarece ainda que o STF tem admitido o *habeas corpus* nos casos de quebra de sigilo fiscal e bancário, quando seu destino é o de fazer prova em procedimento penal, pois referidas quebras de sigilo têm a possibilidade de resultar em constrangimento à liberdade do investigado.

O jurista faz referência à obra dos constitucionalistas Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 272), que em seu conteúdo adota a posição de ser viável o *habeas corpus* tencionando o trancamento da quebra de sigilo financeiro:

No âmbito judicial, a quebra do sigilo bancário não exige prévia oitiva do investigado e tanto a Justiça Federal como a do Estado podem determiná-la. O indivíduo que não se conforme com a quebra do seu sigilo pode contestá-la em juízo, até mesmo pela via do *habeas corpus*.

Tal entendimento foi firmado por nossa Corte Constitucional no julgamento do HC 79.191/SP. Capitaneando a jurisprudência, a Suprema Corte conheceu e apreciou o mérito de ação de *habeas corpus* impetrada em favor de paciente que havia sofrido a quebra de sigilo bancário decretada por juiz de Direito em sede de inquérito policial. Na fundamentação da ação, o impetrante alegou que a quebra havia sido decretada contra pessoa que sequer havia sido indiciada naqueles autos inquisitoriais, havendo participado

dele apenas como testemunha, carecendo-se de justa causa para a aludida violação, portanto.

O Tribunal Regional Federal, no entanto, não conheceu o *writ*, pois entendeu não ser este o *remedium juris* cabível para impugnar o ato do juiz de primeiro grau. Impetrado novo *habeas corpus*, agora junto ao STJ, repetiu-se a decisão da inferior instância. A parte tão logo provocou o STF, impetrando uma terceira ordem de *habeas corpus*, finalmente conhecida. Em acórdão relatado por Sepúlveda Pertence (BRASIL, 1999), assim proclamou o tribunal:

Nessa linha – que não vacilo em tribular – não parece ser de recusar a idoneidade do *habeas corpus*, seja contra o indeferimento de prova do interesse do réu ou indiciado, seja contra o deferimento de prova ilícita ou o deferimento inválido de prova lícita. Nessa última hipótese enquadra-se o caso, onde, sem negar a admissibilidade em tese de quebra do sigilo bancário mediante autorização judicial, se contesta a validade da que se emitiu com relação às contas do paciente, já por carecer a decisão de fundamentação, já por ausência de justa causa.

Deferindo parcialmente a ordem, para que o *writ* fosse conhecido pelo TRF, mesmo que sem adentrar ao mérito escoado no pedido da ação, o STF emprestou legitimidade àqueles que entendem ser cabível o remédio heroico contra a quebra de sigilo financeiro – seja ela decretada por juiz com ou sem justa causa, seja ela procedida diretamente por outra autoridade (MP, polícia, Fisco, COAF etc.). Tal entendimento consolidou a jurisprudência pretoriana em outros julgamentos, tais como o HC nº 81.294/SC, o HC nº 84.869/SP e o AI nº 573.623-QO/RJ.

Cumprir dizer, por derradeiro, que sendo concedida a ordem para trancamento de quebra de sigilo financeiro, este deve cessar de imediato, caso já não se tenham autuado os registros custodiados pela instituição financeira até momento concessivo, não se podendo prosseguir com a violação até então empreitada pela autoridade coatora. Se já o fora executado, e os dados colacionados aos autos, devem ser eles desentranhados, para que não sejam apreciados como prova indiciária ou prova criminal, sendo o pedido da ação, pois então, o efetivo desentranhamento, e não o trancamento do procedimento unicamente.

Destarte, como se pôde apreender dos excertos aportados *supra*, considera-se cabível a impetração de ordem de *habeas corpus* visando o trancamento de (ou desentranhamento de dados obtidos por) quebra de sigilo financeiro, se não a qualquer tempo procedimental, ao menos havendo processo penal já em curso, eis que a produção de

prova criminal resultante da obtenção dos registros financeiros de pessoa pode resultar em condenação – e esta, em cumprimento de pena privativa de liberdade, cerceando a liberdade ambulatoria do sujeito violado.

## CONCLUSÃO

O presente estudo teve por finalidade pôr em questão algumas peculiaridades do manejo da ordem de *habeas corpus* como ação hipotética para a impugnação de quebra de sigilo financeiro de iniciativa de autoridade coatora diversa da do Poder Judiciário, ou sob ordem deste mas ausente a justa causa para a efetivação da violação.

Os precedentes judiciais, albergados em pareceres doutrinários de considerável erudição, dão azo àqueles que impetram a ordem visando o trancamento da quebra de sigilo requisitada por autoridade, ou decretada por juízo sem justa causa para tanto. Igualmente, tem-se pedido o desentranhamento dos autos processuais de documentação registradora de dados colhidos de forma irregular, também pela via do lendário *habeas corpus*, arguindo-se nulidade das violações.

Remanesce, por último, o entendimento deste estudo, valendo-se do que fora escrito e pesquisado, assinalando ser plenamente cabível o manejo da ação de ordem de *habeas corpus* contra quebra de sigilo financeiro em sede de processo judicial criminal, e, sem embargo, ser igualmente adequado o remédio heroico impugnador de inquérito policial violador deste direito fundamental, eis que tendente a constranger o investigado, ainda que a privação seja mera expectativa.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE E SILVA, Danielle Souza de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo financeiro e a produção da prova criminal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo Bancário: análise crítica da LC 105/2001**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus nº 79.191**. Relator: PERTENCE, Sepúlveda. Publicado no DJ Nr. 194, 08/out./1999, Ata n 30/1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=79191&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em: 29 jun. 2016.

DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro – visão contemporânea (fevereiro de 2010). SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR., Jayr Viégas (Coord.). **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FOLMANN, Melissa. **Sigilo Fiscal e Bancário**. Curitiba: Juruá, 2001.

FURLAN, Fabiano Ferreira. **Sigilo Bancário**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Direito à privacidade e os sigilos fiscal e bancário**. Interesse Público, Porto Alegre, n. 20, p. 13-43, jul./ago. 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria e Prática do Habeas-Corpus e do Mandado de Segurança**. Belém: CEJUP, 1986.