

**ESCOLA DE FORMAÇÃO 2006
SEGUNDO SEMESTRE**

Estudo Dirigido: Sigilo Bancário e Privacidade

**Preparado por Paula Gorzoni
(Escola de Formação, 2006)**

MATERIAL DE LEITURA PRÉVIA:

- 1) Petição inicial da ADI 2397.
- 2) Parecer do MPF na ADI 2389.
- 3) MS 21729 (leitura mínima exigida: relatório e votos dos Ministros Marco Aurélio (relator), Celso de Mello e Francisco Rezek).

LEITURA COMPLEMENTAR:

- 1) Parecer Miguel Reale/ Ives Gandra Martins.

PRINCIPAIS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS ENVOLVIDOS NA DISCUSSÃO:

- Art. 5º, X e XII da Constituição Federal
- Art. 38 da Lei 4595/64
- Art. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 75/93
- Art. 5º da Lei Complementar nº 105/2001
- Arts. 1º e 4º do Decreto nº 4489/2002

CONTEXTUALIZAÇÃO:

O presente estudo dirigido tem o escopo de permitir e organizar a discussão acerca do sigilo bancário e do direito à privacidade, com base na leitura sugerida, composta por três principais casos submetidos à apreciação do STF envolvendo a matéria: Mandado de Segurança 21729 e ADIs 2397 (Petição Inicial) e 2389 (Parecer do MPF). Por uma questão metodológica, preferiu-se expor os casos em separado, observando-se as peculiaridades de cada um deles.

- Mandado de Segurança 21729

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Banco do Brasil, devido à requisição, por parte do Ministério Público, de informações sobre empréstimos concedidos a empresas do setor sucroalcooleiro. O impetrante alega que sofreu ato de constrangimento por parte do Procurador Geral da República, que apresentou ofício ao Banco visando ao fornecimento da lista dos beneficiários de liberação de

recursos a esse setor, bem como dados sobre encontrarem-se, ou não, os favorecidos em débito para com o Banco, pedindo-se ainda esclarecimentos sobre a natureza das operações e as respectivas situações.

O Banco do Brasil alega não poder fornecer as informações requisitadas pelo Ministério Público por se tratar de dados protegidos pelo sigilo bancário, que somente pode ser quebrado por meio de determinação judicial, de acordo com o art. 38 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964:

“Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestadas pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão do mesmo caráter sigiloso, só podendo a elas ter acesso as partes legítimas em causa, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à mesma”.

Tal lei teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988 de acordo com o art. 192, recebendo status de lei complementar. Além disso, estaria o sigilo bancário constitucionalmente assegurado, de acordo com o art. 5º, inciso X - que trata do direito à privacidade e à intimidade - e inciso XII.

Por outro lado, o Ministério Público afirma existir exceção de sigilo perante sua requisição à instituição financeira, de acordo com o art. 8º, incisos II e IV e § 2º da Lei Complementar 75/ 93 (Estatuto do MP):

“Art. 8º. Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;

§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido”.

Além disso, alega que o sigilo bancário não está constitucionalmente protegido e que sua função corresponde a apenas proteger os dados entre particulares, podendo ser quebrado pelo Estado frente a interesse público relevante.

A argumentação dos ministros do STF foi basicamente dividida entre aqueles que defendiam o *status* constitucional da proteção do sigilo bancário (Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Celso de Mello, Ilmar Galvão e Carlos Velloso, por exemplo) e os outros que acreditavam tratar-se de discussão no plano infraconstitucional, não estando o sigilo bancário no núcleo irredutível do direito à privacidade (Francisco Rezek e Sepúlveda Pertence).

A partir desse debate, foram levantados outros pontos importantes, como o conflito entre privacidade e interesse público e a necessidade ou não de autorização do Poder Judiciário para a quebra do sigilo bancário.

Apesar de toda a discussão envolvendo a indagação sobre qual seria a situação do sigilo bancário face à alegada garantia constitucional do direito à privacidade, a decisão final do STF foi no sentido de indeferir o MS. Isso porque os ministros concluíram que o caso concreto não tratava dessa questão, já que o empréstimo concedido pelo Banco do Brasil envolvia dinheiro público (nesse sentido, principalmente os votos dos ministros Octavio Gallotti e Néri da Silveira). Assim, por se tratar de matéria envolvendo gastos públicos, o caso estaria sob incidência do princípio da publicidade (art. 37, CF) e não caberia, portanto, alegar sigilo bancário e proteção do direito à privacidade.

- ADIs 2397 (Petição Inicial) e 2389 (Parecer do MPF)

As ADIs 2397 e 2389 versam sobre matéria semelhante e possuem coincidência parcial de objeto - ambas questionam a constitucionalidade das leis complementares nº. 104/01 e 105/01, e do decreto 3724/01. Por isso, serão examinadas em conjunto neste estudo dirigido.

Os dispositivos questionados pelas ADIs quebram, automaticamente, ou permitem que a Administração Pública, não apenas no âmbito federal, mas também estadual e municipal, quebre o sigilo de dados e informações financeiras, sem controle judicial.

Na petição inicial da ADI 2397, proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), alega-se que a matéria relativa ao sigilo de dados e operações financeiras possui estatura constitucional inserta no rol das garantias individuais, de modo que a sua flexibilização excepcional só pode ocorrer mediante ordem judicial, em cada caso concreto e sempre devidamente fundamentada.

Assim, defende-se o sigilo bancário como direito fundamental derivado principalmente do direito à privacidade, tratado na constituição pelo art. 5º, inciso X. A ruptura desse direito somente ocorreria mediante a provocação do judiciário, sendo limitado apenas em caso de conflito com interesse público igualmente relevante. Outros dispositivos constitucionais são alegados a favor da proteção do sigilo bancário: art. 5º, incisos XII (inviolabilidade de dados), LIV (devido processo legal) e LV (contraditório e ampla defesa).

Por outro lado, o parecer do Procurador Geral da República da ADI 2389 questiona a necessidade de apreciação prévia do judiciário acerca da quebra de sigilo bancário ("princípio da reserva de jurisdição"). O principal argumento refere-se ao fato de a constituição não ter fixado essa necessidade de determinação judicial para a flexibilização da matéria, sendo possível, deste modo, o acesso de dados sem a manifestação do judiciário, desde que esteja voltado ao atendimento do interesse público.

Ambas as ADIs estão aguardando julgamento no STF.

QUESTÕES PARA O DEBATE EM SALA:

- 1.** Estaria o sigilo bancário constitucionalmente protegido? Qual garantia constitucional o representa? Seria o art. 5º, inciso X (direito à

privacidade e intimidade), como afirma o Ministro Maurício Corrêa¹, por exemplo? Ou o inciso XII (inviolabilidade de dados) ou outro dispositivo constitucional? Ou tal matéria corresponde a uma discussão apenas no plano infraconstitucional, como defende o Ministro Francisco Rezek?

2. O art. 5º, inciso XII abrange a questão do sigilo bancário? Em caso afirmativo, qual seria a extensão de tal proteção?

Observe as seguintes passagens dos votos dos ministros a respeito desta controvérsia:

- Voto Maurício Corrêa, p.94-95:

"Também o controvertido inciso XII do art. 5º da Constituição, com seus múltiplos sentidos, permite extrair, ao menos, o princípio de que o sigilo bancário só pode ser rompido por determinação judicial".

- Voto Sepúlveda Pertence, p.169:

"Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação "de dados" e não os "dados", o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse que fosse".

3. O Ministro Celso de Mello afirma existir, no caso do MS 21.729, colisão de direitos:

"Ainda que sem conotação de regra absoluta, e especialmente à vista da situação registrada na espécie destes autos - em que o direito individual à preservação do sigilo opõe-se a um bem jurídico de valor coletivo (a primazia do interesse público subjacente à tutela dos direitos metaindividuais ou à investigação, à persecução criminal e à repressão aos delitos em geral) - torna-se relevante admitir, no que concerne à superação do conflito entre direitos fundamentais, a adoção de critério que, fundado em juízo de ponderação e de valoração, faça prevalecer, em face das circunstâncias concretas, o direito vocacionado à plena elucidação da verdade real e da pesquisa referente aos fatos qualificados pela nota de ilicitude jurídica".

Nesse sentido, pergunta-se:

a) O que é interesse público? Quem pode determinar esse conceito? Seria o Legislativo ou o Judiciário (nesse caso, o STF)?

b) Seria possível sopesar o direito à privacidade e o interesse público? Como se aplicaria a regra da proporcionalidade neste caso?

4. Considerando o sigilo bancário como direito fundamental, seria realmente necessária a autorização judicial para quebrá-lo? O que determinaria essa restrição? Seria a garantia do devido processo

¹ Voto Min. Maurício Corrêa, p.94: *"Senhor Presidente, também eu entendo que no contexto da inviolabilidade destes direitos à intimidade e à vida privada assegurados pela Constituição aos brasileiros e aos estrangeiros aqui residentes, estão contidos os desdobramentos do direito à privacidade, entre os quais, inexoravelmente, o direito ao sigilo bancário e ao fiscal".*

legal, como afirma o ministro Ilmar Galvão²? Ou a quebra poderia ser também determinada pelo legislador, ao criar uma lei que, apesar de restringir o direito à privacidade, fosse considerada proporcional? Seria esse o caso da lei complementar nº. 105, objeto das ADIs 2397 e 2389, lei esta que tem por finalidade a verificação de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal?³

² Voto Min. Ilmar Galvão, p.127: *"Trata-se de limite somente afastável pela via judicial, em devido processo legal, e diante de razões bastantes para justificarem a decisão do juiz"*.

³ Lei Complementar 105/2001:

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

(...)

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