

Organizações criminosas e sigilo bancário

Maria Domitila Prado Manssur
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. O direito fundamental ao sigilo bancário. 1.1 Direitos fundamentais e ponderação de valores. 1.2 Distinção entre sigilo bancário, sigilo de dados e sigilo financeiro. 2. A Lei de Organizações Criminosas e a quebra do sigilo bancário. 2.1 Criminalidade organizada: principais características. 2.2 A tendência restritiva de direitos na quebra do sigilo bancário e a quebra do sigilo bancário na Lei 12.850/2013. 2.3 O afastamento do sigilo bancário nos crimes praticados por organizações criminosas. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

A sociedade hodierna assiste ao crescente poderio das organizações criminosas que, infiltradas nas estruturas estatais – não raro mercê de expedientes legais –, criam sistema hierarquizado e disciplinado, refratário às ações de prevenção, combate e investigação dos crimes tipificados por suas condutas deletérias.

Se, por um lado, as relações do indivíduo com seus pares e entes públicos estão protegidas por sistema normativo que prestigia direitos e garantias individuais fundamentais, animadas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, no outro vértice, desponta o interesse coletivo que exige eficiência do Estado no combate à criminalidade.

Afasta-se, assim, a aparente impossibilidade de coexistência de ações em sistema ordenado e voltado à preservação da intimidade e privacidade da pessoa humana, como corolário do resgate da valorização do ser humano, em si próprio considerado, com todas as conquistas dela decorrentes, com a atuação estatal ordenada, por normas materiais e devido processo legal, sem afastamento a *standard* mínimo e universal de direitos e garantias processuais,¹ que possam limitar os direitos e garantia individuais, sem, entretanto, eliminá-los ou nulificá-los.

Há proteção ao segredo, cofre da intimidade e da privacidade individual, e a todos os caminhos que se entrelaçam até seu endereço, mas também se afirma, em homenagem à almejada paz social, que há proteção às relações sociais seguras e lícitas, ainda que, para a manutenção delas a assertiva inicial deva ser relativizada.

Busca-se, neste estudo, enfrentar a possibilidade de quebra do sigilo bancário nos crimes praticados por organizações criminosas, a partir da análise do fenômeno do crime organizado.

¹ Ao discorrer sobre os caminhos da internacionalização do processo penal, Marcos Alexandre Coelho Zilli (FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (Coord.)). *Direito processual penal internacional*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 32) afirma o estabelecimento de paradigmas universais do devido processo penal, o que se ajusta ao assunto telado, pela necessidade de ambiente processual seguro, formado por *standards* na valoração de direitos individuais e coletivos. —

1. O direito fundamental ao sigilo bancário

1.1. Direitos fundamentais e ponderação de valores

Anotada a existência de direitos fundamentais que, quanto ao conteúdo, se apresentam de forma mais e menos abrangente, não há direito fundamental absoluto; diante da possibilidade de coexistência, os direitos fundamentais se amoldam e se autolimitam, de forma a garantir a existência dos interesses envolvidos, com preponderância daquele de maior valor, o que se entende por ponderação de valores.

O artigo 5º, inserido no Título II, da Constituição Federal, traz rol exemplificativo de direitos fundamentais, cuja interpretação deve ser sistemática, partindo do Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, nos termos do artigo 1º, inciso III, do mesmo diploma legal.

Tais considerações encontram coerência com a Lei de Colisão, estabelecida por Robert Alexy, que, após estabelecer diferença entre princípios e regras, como espécies do gênero “norma”, afirma que, quanto ao critério de exclusão, os primeiros não se excluem, o mesmo não ocorrendo com as últimas.

David Diniz Dantas faz estudo comparativo entre os ensinamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, com base na Lei de Colisão, ensinada pelo segundo, destaca a importância dos princípios no entendimento da quebra do sigilo bancário, afirmando que:

A distinção entre regras e princípios desponta com nitidez, no dizer de Alexy, ao redor da colisão de princípios e do conflito de regras. Um conflito entre regras somente pode ser resolvido com a introdução de uma das regras de uma cláusula de exceção (a que elimina o conflito) ou declarando inválida pelo menos uma das regras [...]. Para Alexy, juridicamente uma norma “vale ou não vale juridicamente. Que uma regra é válida e aplicável a um caso, significa que também é válida sua consequência jurídica. Qualquer que seja a maneira pela qual sejam fundamentados, não é possível a validade de dois juízos concretos de dever ser reciprocamente contraditórios [...]” Equivale dizer, para o estudioso alemão, um conflito de regras só admite uma das seguintes soluções: a) declaração de invalidade de uma das regras; ou b) introdução de uma cláusula de exceção para que elimine o conflito. Contrariamente ocorre – ainda para Alexy – na colisão de princípios em que a solução do caso não exige a perda da validade de um deles, nem muito menos que se formule uma cláusula de exceção com caráter geral. Evidentemente que não teremos dupla ou múltipla incidência de princípios, mas que “sobre outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de outra maneira”.²

A distinção é deveras pertinente porque os direitos fundamentais, no que se inclui o sigilo bancário, orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, sofrerá relativização e será amoldado a outros direitos fundamentais, sem que isto – porque não se trata de regra - implique a sua exclusão.

² DANTAS, David Diniz. O sigilo bancário e o conflito entre princípios constitucionais. In: PIZOLO, Reinaldo; GALVADÃO JR., Jayr Viégas (Org.). *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 321-322.

Permite-se, assim, a mitigação do direito ao sigilo bancário, previsto como direito de personalidade no artigo 5o, incisos X e XII, da Constituição Federal, se em grau menor na avaliação com outros princípios constitucionais coexistentes.

1.2. Distinção entre sigilo bancário, sigilo financeiro e sigilo de dados

A publicidade é regra na atuação do Estado, admitindo-se, excepcionalmente, o sigilo como restrição ao direito individual à informação, como, por exemplo, em garantia da segurança coletiva e interesses sociais.

O mesmo não ocorre com relação ao indivíduo, porque o sigilo é regra em garantia de sua privacidade, admitindo-se, excepcionalmente, a publicidade, quando em conflito interesses individuais com individual ou social, em garantia do convívio e da segurança.

Nesta seara em que a privacidade e a publicidade parecem colidir com o equilíbrio, também é requisitado para que a ideia de democracia prevaleça, com tutela das liberdades públicas e individuais e inter-relacionamento entre os diversos direitos contemplados pelo sistema de normas.

Sobre o assunto, discorre Mariana Stuart Nogueira:

Verificada a linha de abordagem do processo penal constitucional, o sigilo pode ser visto como fator de análise dos elementos autoritários e democráticos de um Estado [...]. O sigilo deve permanecer em um equilíbrio, uma vez que, em extremos, demonstra Estados não Democráticos. A saber, o sigilo, em seu extremo, em que tudo é sigiloso, todos os atos processuais e inclusive assegurando os direitos fundamentais, tem-se um Estado não transparente, que não valoriza o fundamento da cidadania. Em outro extremo, em que não se preserva o sigilo, em que tudo é público, a cidadania também sofre pela insegurança, pois não tem seus direitos de personalidade resguardados e sofre com a violação da privacidade. [...] Em suma, pode-se dizer que o sigilo é uma medida processual penal que serve como garantia à preservação dos direitos fundamentais, como a privacidade, excepcionando a regra de publicidade dos atos processuais, quando há necessidade de proteção a bem jurídico maior.³

A privacidade do indivíduo é acobertada pela proteção do sigilo, como limite dos direitos individuais contra atuação abusiva do Estado, e, neste panorama, deve ser colocado em relevo que o sigilo financeiro equivale ao sigilo bancário, ainda que seja mais amplo, podendo ambos serem conceituados como dever jurídico que têm as instituições financeiras, organizações auxiliares e funcionários de não divulgar, salvo por motivo legal, informações obtidas e que venham a obter em razão das atividades econômicas desenvolvidas.⁴

³ NOGUEIRA, Mariana Stuart. O sigilo no processo penal e a efetivação dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*, n. 422, p. 110-112, dez. 2012.

⁴ Dispositivos legais relacionados à tutela do sigilo financeiro:

Artigo 17 do Código Comercial de 1850: sigilo absoluto (não recepcionado pela CF/88).

Lei 4.595/64: reforma do sistema financeiro nacional, com proteção da poupança popular, por meio de fiscalização das instituições financeiras (artigo 17), para aumento de credibilidade, anotado o dever jurídico de sigilo, com suas exceções (artigo 38, *caput* e parágrafos 5, 6 e 7).

No que tange ao sigilo de dados, o alvo da tutela jurídica é a comunicação de dados, distinguindo-se, assim, do sigilo bancário, pelo qual se busca tutelar a vida privada e a intimidade. Ensina Christiano Valente:

*O sigilo de dados tem como bem jurídico tutelado a comunicação privativa e o sigilo bancário tem como bem jurídico tutelado a vida privada e a intimidade. Ambos têm como fundamento lógico-jurídico a liberdade, sendo que o sigilo de dados é conteúdo estrutural da liberdade espelhada na comunicação privativa de dados e o sigilo bancário é conteúdo do direito à vida privada ou intimidade.*⁵

O sigilo de dados figura como garantia constitucional expressa no artigo 5º, inciso XII, CF, ao passo que o sigilo bancário se classifica como direito fundamental implícito, extraído do artigo 5º, incisos, X e XII, da Constituição Federal.⁶

A análise da proporcionalidade e relatividade do sigilo bancário deve ser realizada judicialmente, nos *standards* estabelecidos pelo devido processo legal, sob pena de afronta qualificada à privacidade e intimidade do indivíduo, pois “proteger o sigilo bancário é resguardar o indivíduo contra a divulgação indevida de sua vida privada, assim, manifestação essencial da garantia constitucional da inviolabilidade da vida privada (art. 5º, X, CF) e dos dados (art. 5º, XII, CF)”.⁷

De remate, deve o cidadão de bem, aquele que não se une a ações criminosas, saber que a privacidade não serve de recôndito a condutas ilícitas e amorais. Hugo Sinvaldo Silva da Gama Filho analisa a relativização do sigilo bancário quando relacionado a ilícitos penais:

A Constituição garante a inviolabilidade da intimidade por um lado, por outro diz que a cidadania é um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, portanto, o instrumento que irá efetivar a inviolabilidade da minha intimidade, que irá garantir a minha tranquilidade e da minha família, no espaço público, ou, principalmente, no meu lar, que irá garantir o respeito à minha liberdade de opção política e religiosa, só pode ser o Estado como um todo. Em suma, além da Administração, também o Estado Juiz e o legislador têm o dever de zelar pela minha propriedade. É verdade que a intimidade corresponde a um certo refúgio para o indivíduo, sua família e amigos próximos, é a liberdade em sua manifestação mais elementar,

Lei 5.172/96: Código Tributário Nacional – determina segredo, em razão de cargo, ofício, função e ministério, atividade ou profissão, com relação a prestação de informações por bancos, casas bancárias, caixas econômicas e demais instituições financeiras (artigo 197, inciso II, parágrafo único).

LC n. 105/01: voltada ao aperfeiçoamento da fiscalização e aumento da arrecadação, reafirma a responsabilidade das instituições financeiras no tratamento do sigilo (artigo 1º).

⁵ VALENTE, Christiano. *Sigilo bancário*: obtenção de informações pela administração tributária federal. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 105/106.

⁶ Art. 5º, X, CF/88: 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. Art. 5º, XII, CF/88: É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial e nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

⁷ SCARANCA, Antonio Fernandes. O sigilo financeiro e a prova criminal. In: PIZOLO, Reinaldo; GALVADÃO JR., Jayr Viégas (Coord.). *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 455-484.

*isso acontece, contudo, para todos os cidadãos da comunidade, por isso, a lei nunca poderá ser interpretada de maneira a reservar esse espaço de refúgio para acobertar atividades criminosas, que possam vir a molestar, inclusive, a intimidade de outros cidadãos de bem.*⁸

2. A Lei de Organizações Criminosas e a quebra do sigilo bancário

2.1. A Criminalidade organizada e suas principais características

No Brasil, a primeira definição de organização criminosa foi dada pela Convenção de Palermo, voltada a prevenir e combater a criminalidade organizada transnacional. Aprovada pelo decreto legislativo nº 231/03 e promulgada pelo decreto legislativo nº 5.015/04, define, no art. 2º, como grupo criminoso organizado:

[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Ocorre, entretanto, que a definição dada pela Convenção esbarrou no princípio da legalidade, terminando por ser pronunciada a atipicidade de conduta, se calcada nos termos do dispositivo legal precitado, voltando-se os julgamentos do Pretório Excelso contra a omissão legal não suprida.

Na sequência, em atendimento ao reclamo de inexistência de tipificação legal, veio a conceituação do crime organizado pela Lei nº 12.694/12, que no artigo 2º estabelece:

[...] para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Tal diploma legal revogou, expressamente, em seu artigo 26, a Lei nº 9034/95 (combate às organizações criminosas) e, tacitamente, o conceito de organização criminosa trazida pelo artigo 2º da Lei 12.694/12, dando-lhe nova definição, no artigo 1º, § 1º:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a

⁸ GAMA FILHO, Hugo Sinvaldo Silva da. O acesso a dados bancários e fiscais dos indivíduos pelo Ministério Público submete-se à cláusula de reserva de jurisdição? In: JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, 3., TRF 1ª Região.

prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Na definição legal de organização criminosa, somam-se como elementos principais: a) associação de quatro ou mais pessoas, b) estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informal, c) objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, e d) a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Reúnem-se juristas e sociólogos na busca de definições que levem ao conceito preciso de organização criminosa como ato atentatório a bem jurídico protegido e à busca da convivência harmônica, com igualdade de oportunidades e mesma forma de punição de atos ilícitos, independentemente de *status* social, com vistas, inclusive, a ajustar o crime organizado como atividade deletéria ao desenvolvimento econômico e social.

Estabelecido o conceito de organização criminosa e atendido ao princípio da legalidade, restou ampliada a possibilidade de desenvolvimento de meios de repressão e investigação, inclusive com mitigação de direitos fundamentais, se em valoração direitos relevantes à paz social.

De remate, pontuais as observações de Ada Pellegrini Grinover⁹ acerca da temática, a justificar a necessidade de ações firmes no enfrentamento do crime organizado:

É grave a situação do crime organizado no Brasil, sobretudo no que diz respeito ao narcotráfico, a indústria dos sequestros, a exploração de menores e aos denominados "crimes de colarinho branco"; com evidentes conexões internacionais, principalmente no que tange ao primeiro, que também envolve, como último, a "lavagem de dinheiro": A polícia está completamente desarmada em face do poderio das organizações criminosas e o Ministério Público não dispõe de meios operacionais suficientes para fazer face ao fenômeno de maneira global e eficaz. Problemas de corrupção na polícia e na atuação de ex-policiais tornam o quadro ainda mais dramático.

2.2. A tendência restritiva de direitos e a quebra do sigilo bancário na Lei nº 12.850/13

A Lei nº 12.850/13, em seu artigo 3º, prevê meios de investigação próprios para a investigação de crime organizado, entre eles: "IV – acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais".

Tratam do tema a Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro) e a Lei Complementar nº 105/15 (quebra de sigilo bancário) que, em seu artigo 1º, § 4º, estabelece 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: [...] IX – praticado por organização criminosa".

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A legislação brasileira em face do crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, out./dez. 1997.

Retornando à Lei da Colisão de Robert Alexy, vê-se na tendência de restritivas de direitos verdadeiro princípio, e, pela análise dos dispositivos legais mencionados, a possibilidade de valoração de princípios coexistentes leva, necessariamente, à mitigação de direitos, no caso específico, fundamental à intimidade e privacidade, decorrente da preservação constitucional do sigilo bancário, por meio de decretação de quebra, como meio de alcançar provas de prática de crime organizado.

Considerações finais

1. A coexistência de organizações criminosas em todos os setores da sociedade é realidade globalizada e acompanha o desenvolvimento rápido da tecnologia, dos meios de transporte, do processamento de dados e da facilidade de circulação de pessoas e bens, o que, logicamente, tem como consequência também do desenvolvimento dos meios utilizados pelas organizações criminosas, muitas vezes muito mais sofisticadas e modernas do que os recursos à disposição dos agentes públicos responsáveis pela investigação desse tipo de crime.

2. Nessa seara, a Lei nº 12.694/12 permitiu a ampliação da possibilidade de métodos de investigação, descortinando-se como princípio a tendência restritiva de direitos na quebra do sigilo bancário.

3. Possível a quebra do sigilo bancário, ainda que constitua direito fundamental prestigiado pela Constituição Federal, em crimes praticados por organizações criminosas, devendo ser encontrado equilíbrio entre a privacidade e a publicidade, em prestígio do Estado Democrático de Direito com tutela das liberdades públicas e individuais e inter-relacionamento entre os diversos direitos contemplados pelo sistema de normas.

Referências

BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências, 05/08/2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

DANTAS, David Diniz. O sigilo bancário e o conflito entre princípios constitucionais. In: PIZOLO, Reinaldo; GALVADÃO JR., Jayr Viégas (Coord.). *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 317-364.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. In: PIZOLO, Reinaldo; GALVADÃO JR., Jayr Viégas (Coord.). *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

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

GAMA FILHO, Hugo Sinvaldo Silva da. O acesso a dados bancários e fiscais dos indivíduos pelo Ministério Público submete-se à cláusula de Reserva de Jutrisdição?. In: JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, 3., Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A legislação brasileira em face do crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, out./dez. 1997.

NOGUEIRA, Mariana Stuart. O sigilo no processo penal e a efetivação dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*, n. 422, p. 110-112, dez. 2012.

SCARANCE, Antonio Fernandes. O sigilo financeiro e a prova criminal. In: PIZOLO, Reinaldo; GALVADÃO JR., Jayr Viégas (Coord.). *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 455-484.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014.

VALENTE, Christiano. *Sigilo bancário: obtenção de informações pela administração tributária federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Os caminhos da internacionalização do processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (Coord.). *Direito processual penal internacional*. São Paulo: Atlas, 2013.