

A MEDIDA JUDICIAL DA QUEBRA DE SIGILO SEM A NATUREZA DE AÇÃO CAUTELAR

Autor: andréa chiaratti do nascimento rodrigues pinto¹

Sumário

1. *Introdução;* 2. *Impropriedade da Medida Cautelar para a Quebra de Sigilo;* 3. *Cautelar de Exibição de Documento;* 4. *Conclusão e* 5. *Bibliografia.*

1. Introdução

A *quebra de sigilo*, fiscal, bancário, telegráfico e telefônico, deduzido em juízo, não poucas vezes se reveste da natureza de ação cautelar que pode assumir a forma inominada ou específica de exibição de documentos. Entretanto, essa tramitação acaba se arrastando desnecessariamente por muito tempo e exigindo uma formalidade que não lhe é própria, pois em se tratando de meio de prova, o pedido de *quebra de sigilo* deve se dar de maneira simplificada, através de uma mera diligência judicial.

2. Impropriedade da medida cautelar para a quebra de sigilo

A premissa é que os pedidos de *quebra de sigilo* não têm o escopo de, apenas e tão somente, servir de medida preparatória à futura e eventual Ação Civil Pública, mas quiçá ser fundamento dela, daí porque não pode assumir a natureza de ação cautelar.

Inicialmente destaco que quando se requer em juízo a *quebra de sigilo* de pessoa (física ou jurídica), é porque a investigação que contra ela tramita nos autos de inquérito civil para apuração de ato ímparo, não apresenta elementos suficientes para embasar uma Ação Civil Pública por ato que decorre de enriquecimento ilícito, ou prejuízo ao erário, ou infração a princípios constitucionais ou administrativos consagrados em lei, sendo certo que a medida em questão (*a quebra de sigilo*) é um dos meios investigativos para complementar o contexto amealhado; em outras palavras, é mais um dos meios de provas que o Ministério Público faz uso para a apuração de condutas que possam ser subsumidas à Lei 8.429/92, e que depende, nos termos da lei (Lei Complementar 105/01), de autorização judicial, assim como tantas outras; exemplo: 1.

¹ A autora é Promotora de Justiça do Estado de São Paulo desde 1989 e titular do cargo do 6º Promotor de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital desde 2001.

busca e apreensão feita pela polícia; 2. infiltração de agentes na esfera criminal; 3. preservação da identidade de testemunha, etc.

É de se ver, ademais, que nos casos onde o *pedido de quebra* não se traduz em elementos que possam sustentar uma Ação Civil Pública por improbidade administrativa, o respectivo inquérito civil terá como desfecho a promoção de arquivamento.

E não se pode pensar que esse tipo de diligência (*quebra de sigilo*) viola a intimidade da pessoa, pois, as informações bancárias, fiscais, telefônicas ou telegráficas são resguardadas pelo Estado de Direito desde que não haja a violação de outros direitos constitucionalmente consagrados.

A doutrina pátria já aborda essa questão ao estudar o conflito entre direitos constitucionalmente consagrados. O professor Scarance² menciona que o avanço tecnológico facilitou o acesso não consentido aos dados reservados das pessoas, tendo colaborado, também, a excessiva prevalência dada ao fator social em detrimento do individual, lembrando ainda palavras de Tércio Sampaio Ferraz Junior: "... a distinção entre a esfera pública e a privada, que para os gregos e romanos era clara..., na era moderna, se vê atravessada pela noção do social, comum tanto ao público (político) como ao privado (familiar)".

A conclusão que se pode chegar dessa análise é que a Constituição Federal e a lei que normatiza a *quebra de sigilo*, mostram que o legislador constituinte indicou – em atendimento aos anseios da sociedade – que a busca do equilíbrio entre as necessidades da transparência da atividade do Estado e o respeito às individualidades dos cidadãos (mesmo dos membros do corpo do Estado) é o caminho a ser seguido.

Destarte, nada mais coerente do que atribuir ao Judiciário a decisão sobre a conveniência e oportunidade da medida em análise.

Todavia, não se pode perder de vista que se trata de simples medida probatória, de caráter instrutório, que por não poder ser alcançada no bojo dos autos do inquérito civil, deve se dar através de simples, e justificado, pedido judicial.

Yarshell, analisando a intervenção estatal necessária, citando Chiovenda, lembra que embora a decisão na colheita antecipada da prova seja inerente ao Poder Judiciário, nem sempre ela assume a função jurisdicional, mas tão somente o poder de controle estatal sobre o ato pretendido.³

² Fernandes, Antonio Scarance “O sigilo financeiro e a prova criminal”. In “Direito Penal, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Uma visão Luso-brasileira”. p.457/477, 2006, Quartier Latin, São Paulo.

³ Yarshell, Flavio Luiz – “Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova “, p.301, 2009, Malheiros.

O mesmo autor ainda expressa, ao examinar o direito à prova como prerrogativa inerente ao direito de ação e de defesa, amplamente falando, que o exercício do direito à prova desencadeia atividade estatal que pode ser qualificada como tipicamente jurisdicional; não apenas porque ajustada aos respectivos escopos, como acima referido, mas também porque naquela podem ser identificados elementos como a atividade estatal voltada à atuação do direito objetivo em concreto e o caráter substitutivo. Assim, vista a questão sob o ângulo da atividade estatal e do resultado por ela proporcionado, confirmou-se o direito de invocá-los.

Além disso, conclui Yarshell, a afirmação do direito à prova está ligada à ruptura da tradicional e exclusiva ligação entre prova, de um lado, e julgamento estatal pelo qual se opera a declaração do direito, de outro. O direito à pré-constituição da prova evidencia o papel que esta última desempenha em relação às partes para formação de seu convencimento, servindo como guia para um ingresso mais seguro e responsável em juízo ou, por outro, para superação da controvérsia mediante soluções de autocomposição.⁴

Inclusive, não se pode perder de vista que não poucas vezes a investigação e, por idêntica natureza o *pedido de quebra* deve se processar sem o conhecimento instantâneo do investigado, que pode criar obstáculos à pretensão.

O ato 484 do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público de São Paulo, órgão que regulamentou o inquérito civil no âmbito interno da instituição, determina que o representado deverá ser intimado da instauração da investigação contra ele deduzida, nos termos do art. 19, inciso IV.

Ocorre que há situações, logicamente excepcionais, que autorizam a decretação de sigilo absoluto nos autos do inquérito civil para garantia de eficiência da investigação (art. 8º, §3º, inciso II do ato 484 do CPJ), isso porque eventual conhecimento dado ao representado sobre a apuração de possível conduta ímproba que ele possa ter praticado, poderá ensejar o remanejamento dos bens e de outras provas e prejudicar, se não obstar, a conclusão do inquérito civil.

Esse sigilo, embora excepcional, mas concreto, não se coaduna com a natureza das decisões jurisdicionais, que têm por objetivo compor uma lide entre partes que se conflitam, segundo a sistemática do Código de Processo Civil. Por essa razão, a *quebra de sigilo* não pode ser interpretada dessa forma, mas sim como uma diligência investigativa que depende de autorização judicial pelo grau de envolvimento de bem jurídico de extrema relevância (intimidade).

Daniel Amorim Assumpção Neves, abordando o assunto, também escreve afirmando que “*o Código de Processo Civil não obriga, de antemão, que todas as provas a ser produzidas antecipadamente sigam, necessariamente, o caminho jurisdicional. Em tema que foge completamente ao foco do presente estudo, e bem por isso deixará de ser analisado, parece*

⁴ Obra cit., p.304/305.

*plenamente possível, dentro do respeito a algumas garantias fundamentais, a produção de provas de forma atípica fora do processo, como ocorre no Inquérito Civil, O tema, pouco explorado pela doutrina nacional, dependeria de uma análise exaustiva, o que, infelizmente, desvirtuaria o tema principal agora enfrentado, valendo observação apenas como incentivo a uma discussão mais profunda por parte dos processualistas pátrios.*⁵

Sob outro aspecto, inúmeras vezes o que se pretende com o pedido de *quebra de sigilo* não depende das informações espontâneas do investigado, pois são exclusivas das instituições bancárias, empresas de telecomunicações, desconhecidas até mesmo do próprio representado.

Assim, imperioso reconhecer-se a natureza de simples medida investigativa e probatória no pedido.

3. *Cautelar de Exibição de Documento*

A medida cautelar de exibição de documento tem por escopo fazer com que aquele que se nega à apresentação de informações de forma espontânea o faça sob as ordens judiciais, sob pena de sofrer constrição para tanto (arts. 844 e 845 do Código de Processo Civil), o que não ocorre no pedido de *quebra de sigilo*.

Com efeito, a ação de exibição, pode surgir de três espécies diferentes de pedidos:

1. Há a exibição incidental, onde, no curso de um processo surge a necessidade da análise de coisa móvel, em geral de documento, essencial para o desfecho da lide, do qual a parte não tem acesso. Ela, por si só não se adequa à pretensão da *quebra*.

2. Há a exibição de documentos preparatória, essa de natureza cautelar, atrelada a uma ação principal, seguindo os prazos e requisitos dos processos cautelares, cuja urgência se não atendida, pode causar a deterioração do objeto que pode influenciar o desfecho da causa que deve seguir. Essa também não corresponde à pretensão da *quebra*.

3. Finalmente, há a ação autônoma, ou principal, de exibição, que não possui acessoriedade com outra demanda e tem satisfação com seu mero cumprimento. Uma vez mais também não se traduz na *diligência de quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico ou telegráfico*.

Doutrinariamente, nas ações de exibição as partes litigantes têm interesses antagônicos, preservados pela posse ou detenção de determinado bem móvel, cuja visualização é requerida em juízo. Já na diligência investigativa de *quebra de sigilo*, não há lide, ou conflito de interesses a ser resguardado, mas mera pretensão do órgão que detém o poder de instruir o Inquérito

⁵Neves, Daniel Amorim Assumpção In “Ações Probatórias Autônomas”, p.21, 2008, Saraiva.

Civil (art. 129, III da CF) de conhecer o volume de bens e operações financeiras que o investigado possa ter realizado, contactos telefônicos ou telegráficos de interesse para a investigação.

Com efeito, as pessoas que são detentoras de bens móveis cuja exibição passa a ser forçada pelo poder jurisdicional, temem serem privadas do objeto, até por força das disposições de seu conteúdo, o que não se assemelha à pretensão da *quebra*, cujo propósito é pedir ao Estado, através de seus órgãos (Banco Central, Receita Federal, Agência de Telecomunicações), uma análise patrimonial e de contactos dos investigados e descobrir se ela decorreu de fontes ilícitas, inclusive rastreando toda a movimentação dela decorrente.

Ademais, adotando-se as características de ação (em sua concepção mais ampla), atentando-se para as disposições do art. 359 do Código de Processo Civil ao qual o legislador pátrio remete o litigante quando aborda a exibição de documentos (art. 844 e seguintes do mesmo *codex*), haverá a imposição de cominação à parte *ex adversa* no caso de descumprimento da ordem judicial, ou seja, tornar-se-ão verdadeiras as assertivas do autor, ou como outros doutrinadores entendem, poder-se-ia pensar na aplicação de *astreintes*.

Todavia, na *quebra de sigilo*, não há lide a ser composta pela função jurisdicional, mas mera diligência investigativa, de modo que adotando-se a forma de mero controle estatal, o que alguns citam tratar-se de processo judicialiforme, o pedido então deduzido pelo Ministério Público não gozará da segurança mencionada no artigo já citado.

Estudando o assunto, Antonio Cláudio da Costa Machado⁶ interliga o direito à exibição, a uma pretensão reivindicatória ou reintegratória, de modo que deve haver uma íntima relação entre aquele que detém a coisa e aquele que requer sua exibição. No mesmo sentido se colocam Ovídio A. Baptista da Silva⁷ e Priscila Alves Patah⁸.

Essa última, inclusive, aponta como requisitos da exibição de documentos: “- *o documento deve ser próprio ou comum; - deve estar em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor, ou de terceiros, que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamenteiro, depositário ou administrador de bens alheios. Assim, não é todo documento que se pode pretender seja exibido: o documento há de ser próprio, isto é, pertencente ao autor, ou comum, ou seja, ligado a uma relação jurídica de que participe o autor.*”⁹

⁶ Machado, Antônio Cláudio da Costa. In “*Código de Processo Civil Interpretado*”, 2^a. edição, p.950-3, 1996, Saraiva, São Paulo.

⁷ In “*Curso de Processo Civil*”, v. 3, p. 271/285, Processo Cautelar (tutela de urgência), 3^a. edição rev., atual. e ampl., 2000, Fabris, Porto Alegre.

⁸ In “*Da exibição*” Análise dos arts. 844, 381 e 382 do Código de Processo Civil
Elaborado em 04.2005. Publicado in *Jus Navigandi – 2010*.

⁹ Obra cit.

No *pedido de quebra*, todavia, essa relação não está presente, há mero escopo investigativo na medida, pois não se pretende litigar contra o Banco Central ou contra a Receita Federal, órgãos da administração central da União, ou outros que detenham dados sigilosos, que apenas arquivam e contabilizam as informações dos contribuintes brasileiros, garantindo a lisura das operações.

Destarte, não é o investigado no inquérito civil quem detém o material que o Ministério Público pretende acesso, mas somente o Banco Central, a Receita Federal e outros especificamente nominados e vinculados ao pedido, ficando o objeto da questão restrito à esfera administrativa para que o Poder Público forneça, mediante autorização judicial, a outro órgão público, este último incumbido de investigar eventual prática de ato ímprebo, elementos de variação patrimonial descompassados com as fontes de renda do representado.

Sob outro aspecto, a medida de *quebra de sigilo* tem natureza inquisitiva, ou seja, trata-se de uma autorização judicial para complementação de prova produzida em processo-crime ou inquérito civil.¹⁰

Na esfera federal essa prática já tem sido amplamente disseminada, tanto que, com base nesse entendimento, o então Procurador-Geral da República expediu orientação ao *Parquet* Federal para que seus membros não propusessem ação cautelar para tanto, mas mero pedido de diligência deduzido ao juízo.¹¹

Finalmente, não se pode perder de vista que nem sempre os requisitos da ação cautelar se encontram presentes no *pedido de quebra*; a saber: *fumus boni iuri e periculum in mora*.

Não obstante a doutrina mais recente já aceite a propositura de uma ação cautelar que não esteja fundada em um de seus requisitos^{12/13} cediço é no seguimento adotado pelo Código de Processo Civil que o atendimento desse tipo de pleito pressupõe a presença dos mesmos, de plano.

Pelo primeiro se demonstra a plausibilidade da medida pleiteada pela presença, ainda que mínima, de elementos comprovadores da violação, ou iminência de violação de

¹⁰ Cunha, Danilo Fontenele Sampaio In “*Medidas Cautelares*”, In “*Lavagem de Dinheiro. Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*”, p.169/174, 176/183, 2007, Livraria do Advogado, Porto Alegre.

¹¹ Souza, Antonio Fernando Barros e Silva de – Procurador-Geral da República e Araújo, Lindôra Maria de – Procuradora da República Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União “*Quebra de Sigilos Bancário e Fiscal – MPF e MPDFFT*”, 2006, Brasília.

¹² Yarshell, Flávio Luiz In “*Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*”, 2009, Malheiros.

¹³ Neves, Daniel Amorim Assumpção In “*Ações probatórias autônomas*”, 2008, Saraiva.

direito resguardado por lei, cuja cognição sumária enseja a percepção do fato que se pretende comprovar.

Já o *periculum in mora* está intimamente ligado à demora de uma futura providência judicial que possibilite o perecimento do objeto e a perda daquilo que se pretende cautelarmente resguardar.

No *pedido de quebra*, por sua vez, embora o Ministério Público tenha em mente a realização de uma rápida investigação, nem sempre isso é possível, ficando não poucas vezes o *Parquet* à mercê de obstáculos alheios a sua vontade que acabam por retardar a conclusão do inquérito civil. Assim, o perigo da demora da decisão judicial seria fator alheio à instrução do inquérito civil, afastando do pedido a possibilidade de perecimento do objeto e, portanto, abstraindo o requisito por lei intrínseco às cautelares. Ademais, a obtenção da *quebra do sigilo* que se pretende, não causará prejuízo ao investigado, que está resguardado pelo sigilo exigido na investigação, sob pena de responsabilização do agente que o corromper. Diante disso, por não estar sempre presente o *periculum in mora*, na medida em que outras provas e diligências poderão antecedê-la, a *quebra de sigilo* não deve se revestir da natureza cautelar e das implicações dela decorrentes.

4. Conclusão

Diante de todo esse contexto, vem a presente propor o debate sobre a matéria, tentando por fim a divergências que não contribuem para os trabalhos do *Parquet* e, especificamente para afirmar que:

- a) *quebra de sigilo* é mera diligência investigativa que necessita de autorização judicial;
- b) A *quebra de sigilo* prescinde de ação cautelar para sua obtenção;
- c) A *quebra de sigilo* pode se dar sem conhecimento e autorização dos investigados nos autos da medida.

5. Bibliografia

ARAÚJO, Lindôra Maria de - Procuradora da República Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União e SOUZA, Antonio Fernando Barros e Silva de – Procurador-Geral da República – In “*Quebra de Sigilos Bancário e Fiscal – MPF e MPDFFT*”, 2006, Brasília.

CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio - In “*Medidas Cautelares*”, In “*Lavagem de Dinheiro. Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*”, p.169/174, 176/183. 2007. Livraria do Advogado. Porto Alegre.

FERNANDES, Antonio Scarance - “O sigilo financeiro e a prova criminal”. In “*Direito Penal, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Uma visão Luso-brasileira*”, p.457/477, 2006, Quartier Latin. São Paulo.

- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa - In “*Código de Processo Civil Interpretado*”, 2^a. edição, p.950-3, 1996, Saraiva. São Paulo,
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção - In “*Ações Probatórias Autônomas*”, p.21, 2008, Saraiva.
- PATAH, Priscila Alves - In “*Da exibição*” Análise dos arts. 844, 381 e 382 do Código de Processo Civil. Elaborado em 04.2005. Publicado in *Jus Navigandi – 2010*.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da - In “*Curso de Processo Civil*”, v. 3, p. 271/285, Processo Cautelar (tutela de urgência), 3^a. edição rev., atual. e ampl. 2000. Fabris. Porto Alegre.
- SOUZA, Antonio Fernando Barros e Silva de – Procurador-Geral da República e ARAÚJO, Lindôra Maria de – Procuradora da República Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União “*Quebra de Sigilos Bancário e Fiscal – MPF e MPDFFT*”, 2006, Brasília.
- YARSHELL, Flavio Luiz – “*Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova* “, p.301, 2009, Malheiros.