

Paulo César Ferreira

**OBTENÇÃO DE PROVA OBJETO DE SIGILO BANCÁRIO DURANTE
A PERSECUÇÃO PENAL:
UMA EXEGESE CONSTITUCIONAL**

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba
2007**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Paulo César Ferreira

**OBTENÇÃO DE PROVA OBJETO DE SIGILO BANCÁRIO DURANTE
A PERSECUÇÃO PENAL:
UMA EXEGESE CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito à banca examinadora do Centro Universitário Toledo sob a orientação do Prof^o Dr. Antonio Scarance Fernandes

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba
2007**

Banca Examinadora

Profº Dr. Antonio Scarance Fernandes

Araçatuba, SP, de maio de 2007.

Dedicatória

À minha família, base e razão de todo o esforço dedicado a este trabalho.

Agradecimentos

Agradeço aos diretores e coordenadores da Instituição pelo empenho e perseverança na busca da recomendação deste programa de mestrado e aos professores do curso pela fé depositada em seus alunos.

Preciso registrar minha gratidão especial ao Professor Doutor Antonio Scarance Fernandes, profissional exemplar e atencioso aos anseios de conhecimento de seus alunos, pessoa que merece todo o nosso respeito por sua postura científica e equilibrada.

Obrigado aos amigos e colegas de sala de aula e de trabalho por compartilhar muitos momentos durante esta caminhada e pela compreensão, incentivo e apoio durante os últimos anos.

RESUMO

Esta dissertação tem por objeto as atividades de persecução penal em busca de elementos de prova protegidos pelo sigilo bancário, as quais foram pesquisadas segundo o método lógico-dedutivo, a partir de bibliografia nacional e estrangeira, sob um enfoque estritamente jurídico. São apresentadas as instituições bancárias nacionais e a terminologia própria do assunto. O sigilo bancário é considerado como uma concretização do direito constitucional de privacidade e, devido a esta natureza, demonstra-se que a sua restrição só poderá ocorrer conforme o *due process of law* e de acordo com os postulados do princípio da proporcionalidade. Em respeito à dignidade humana, estes princípios fundamentaram o estabelecimento de requisitos no âmbito procedimental, para a determinação e cumprimento das medidas de busca ao segredo bancário. No decorrer do trabalho verifica-se que as hipóteses legais de restrição ao sigilo financeiro vêm sofrendo sensível aumento, devido à premente necessidade de combate ao crescente crime organizado e o correspondente movimento financeiro internacional ilícito, geradores de riscos para a estabilidade econômica mundial. Encerra-se com a análise da prova ilícita e a sua inadmissibilidade no processo penal, considerando que esta norma de proibição deve ser entendida como um princípio, sujeito às naturais ponderações diante de tensões com outros princípios constitucionais.

Palavras-chave: privacidade, sigilo bancário, prova, princípio da proporcionalidade, devido processo legal.

ABSTRACT

This work aims the penal pursuit activities directed to the search of elements of evidence protected through the bank privacy. The bank institutions have been studied as well as the subject terminology itself. Bank privacy is considered an achievement of people's constitutional right of privacy and, due to this nature, its restriction may occur not only in agreement with the due process of law but also as the postulate of the proportion preface. These considerations permitted the setting up of minimum requirements in the lawsuit range as the determination of the restrictive measurement in search of the bank secrecy. During this work, it is being verified that the legal hypothesis of restriction of financial privacy has undergone a slightly increase, due to the pressing necessity to combat the growing of the organized crime and the correspondent illicit international financial movement, sources of risks to the mundial economical stabilities. It is being close with the analysis of the illicit proof and its unacceptance in the penal lawsuit, taking into account that this prohibition standard must be understood as a beginning, prone to the natural considerations ahead tensions with other constitutional criteria.

LISTA DE ABREVIATURAS

AG/RES.	.	Resolução da Assembléia Geral
art.	.	artigo
Bacen	.	Banco Central do Brasil
BCB	.	Banco Central do Brasil
BO	.	boletim de ocorrência policial
C.	.	Colendo
Cf.	.	confira
CICAD	.	Comissão Interamericana para o Controle de Abuso de Drogas
COAF	.	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CO	.	Código Penal
CPI	.	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPMF	.	Contribuição Provisória sobre Movimento Financeiro
CPP	.	Código de Processo Penal
CPPP	.	Código de Processo Penal Português
CVM	.	Comissão de Valores Mobiliários
DECIF.	.	Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros do Banco Central do Brasil
DGP	.	Delegacia Geral de Polícia
DJU	.	Diário de Justiça da União
DOE	.	Diário Oficial de São Paulo
Ed.	.	Edição
FATF	.	<i>Financial Action Task Force on Money Laundering</i>
GAFI	.	Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro
HC	.	<i>Habeas Corpus</i>
IBSSCRIM	.	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
ICP	.	Infra-Estrutura de Chaves Públicas
IP	.	Inquérito Policial
MJ	.	Ministério da Justiça
MP	.	Ministério Público
MS	.	Mandado de Segurança
Min.	.	Ministro

OCDE	.	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	.	Organização dos Estados Americanos
p.	.	página
par.	.	parágrafo
RT	.	Editora Revista dos Tribunais
STF	.	Supremo Tribunal Federal
STJ	.	Superior Tribunal de Justiça
TACRIM SP	.	Extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
TC	.	Termo Circunstanciado
Vol.	.	Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
I NATUREZA JURÍDICA DO SIGILO BANCÁRIO	16
1.1 Considerações iniciais.....	16
1.2 Noções sobre bancos e instituições assemelhadas.....	17
1.3 Noções sobre quebra, acesso, restrição, extensão e violação do sigilo bancário.....	22
1.4 Histórico do sigilo bancário no Brasil.....	25
1.5 Teorias sobre sigilo bancário.....	28
1.6 Fundamento constitucional do direito ao sigilo bancário.....	32
1.7 Sigilo bancário e sigilo de dados.....	34
1.8 Intimidade, vida privada e privacidade.....	36
1.9 Fundamento da inviolabilidade da privacidade em textos internacionais.....	41
1.10 Natureza jurídica do sigilo bancário: direito de privacidade.....	43
1.11 Direito ao sigilo bancário.....	45
1.12 Sujeitos do sigilo bancário.....	47
1.13 Objeto do direito ao sigilo bancário.....	49
1.14 Dados pessoais, documentos, informações e bens.....	50
1.15 Meios de comunicação e o objeto do sigilo bancário.....	55
1.16 Correspondências e sigilo bancário.....	55
1.17 Internet e o sigilo bancário.....	56

II	RESTRIÇÕES LEGAIS AO SIGILO BANCÁRIO NO ÍNICIO DA PERSECUÇÃO PENAL PARA OBTENÇÃO DE ELEMENTOS DE PROVA CONFORME O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	59
2.1	Prova e medida instrumental de restrição ao sigilo bancário.....	59
2.2	Princípio da proporcionalidade.....	66
2.2.1	Origem, natureza e subprincípios.....	66
2.2.2	Fundamento constitucional de aplicação no Brasil.....	69
2.3	Proporcionalidade e acesso ao objeto do sigilo bancário.....	70
2.4	Persecução penal.....	78
2.5	Noções sobre investigação criminal.....	79
2.6	<i>Notitia Criminis</i>	81
2.7	COAF: Conselho de Controle de Atividades Financeiras.....	82
2.8	Banco Central do Brasil.....	87
2.9	Administração tributária.....	90
2.10	Vítimas.....	93
III	PROCEDIMENTO EM INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PARA ACESSO AO OBJETO DO SIGILO BANCÁRIO E OBTENÇÃO DE ELEMENTOS DE PROVA.....	96
3.1	Procedimentos investigatórios e acesso ao segredo bancário.....	96
3.2	Inquérito policial: polícia civil e federal.....	98
3.3	Procedimento legal sigiloso.....	99
3.3.1	Representação dirigida à autoridade judiciária.....	101
3.3.2	Indícios de autoria e materialidade.....	108
3.3.3	Determinação do objeto do sigilo bancário.....	109
3.3.4	Plausibilidade de obtenção da prova.....	110

3.3.5	Impossibilidade de outra medida menos restritiva.....	112
3.3.6	Pedido de acesso ao objeto do sigilo bancário.....	115
3.3.7	Medida instrumental de acesso ao sigilo bancário.....	117
3.4	Inquérito legislativo: comissões parlamentares.....	119
3.5	Procedimento legal sigiloso.....	121
3.5.1	Proposta de restrição ao sigilo bancário.....	123
3.5.2	Medida restritiva fundamentada.....	124
3.6	Comissões parlamentares de inquérito estaduais e municipais.....	127
IV	INSTRUÇÃO CRIMINAL E MEIOS DE PROVA SOB SIGILO BANCÁRIO....	132
4.1	Noções sobre instrução criminal e o acesso ao segredo bancário.....	132
4.2	Legitimidade para requerer a restrição ao sigilo bancário.....	136
4.2.1	Ministério público.....	136
4.2.2	Assistente.....	137
4.2.3	Querelante.....	138
4.2.4	Defesa.....	139
4.3	Finalidade de acesso ao segredo bancário.....	140
4.4	Meios de acesso ao segredo bancário.....	141
4.4.1	Testemunho e segredo bancário.....	144
4.4.2	Prova emprestada.....	147
4.4.3	Cooperação internacional e o objeto do sigilo bancário.....	148
4.5	Questões incidentais.....	151
4.6	Órgão jurisdicional competente.....	154
4.7	Provimentos jurisdicionais relativos ao sigilo bancário.....	157
V	PROVA ILÍCITA POR VIOLAÇÃO AO SIGILO BANCÁRIO.....	161
5.1	Controle dos limites à busca da verdade.....	161

5.2	Vedação de prova: prova ilegítima e prova ilícita.....	165
5.3	Inadmissibilidade da prova ilícita.....	175
5.4	Prova ilícita por derivação.....	177
5.5	Admissibilidade da prova ilícita.....	180
5.6	Conteúdo neutro do princípio da proporcionalidade e sentido estrito.....	185
5.7	Relação de precedência condicionada entre princípios.....	186
5.8	Prova ilícita no projeto de reforma do código de processo penal.....	192
5.9	Meios de impugnação das decisões relacionadas ao sigilo bancário.....	193
5.9.1	Correição parcial.....	194
5.9.2	<i>Habeas Corpus</i>	195
5.9.3	Mandado de Segurança.....	198
5.10	Efeitos da inadmissibilidade de prova ilícita protegida pelo sigilo bancário..	200
5.10.1	Proibição de produção, de juntada e o desentranhamento.....	201
5.10.2	Proibição de valoração.....	203
VI	CONCLUSÃO.....	205
VII	REFERÊNCIAS.....	209

INTRODUÇÃO

O crescimento do crime organizado e o correspondente movimento financeiro internacional ilícito alertaram entidades e Estados sobre os riscos e perigos destas atividades para a economia mundial. Atentos à necessidade de aumentar a capacidade de fiscalização e investigação sobre as atividades financeiras, os governos vêm criando e aperfeiçoando mecanismos de controle, gerando assim aumento das restrições legais quanto à privacidade econômica das pessoas. Neste contexto, destaca-se no Brasil o aumento das hipóteses legais de restrição ao sigilo bancário, ensejadoras de maiores oportunidades de obtenção de meios de prova.

Este trabalho tem por objeto a atividade persecutória de busca da prova protegida pelo sigilo bancário. Emprega-se o método lógico-dedutivo, em razão das pesquisas em fontes legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, das quais decorre o sistema jurídico nacional.

A ordem de abordagem deste trabalho leva em consideração a seqüência básica da atividade persecutória de busca de prova protegida pelo sigilo bancário, de acordo com a perspectiva do princípio da proporcionalidade e do devido processo legal. Emprega-se o método teleológico, com destaque para os raciocínios lógico-dedutivos, em razão das pesquisas realizadas em fontes legislativas, sem deixar de lado induções e outros importantes argumentos.

Inicia-se com o estudo das instituições bancárias, segue-se com a terminologia pertinente ao sigilo bancário e destaca-se a problemática de sua natureza constitucional. Definido como uma das expressões do direito constitucional de privacidade, o sigilo bancário é analisado em relações jurídicas, nas quais destacam-se os seus sujeitos e

objetos. Os avanços tecnológicos impendem considerações sobre o segredo financeiro na internet, sem deixar de lado as antigas correspondências bancárias.

No segundo capítulo aponta-se a necessidade de aplicação genérica do princípio da proporcionalidade, dentro do devido processo legal, para efeito de restrição a direito individual constitucional. A seguir são destacados alguns procedimentos técnicos e legais do Banco Central do Brasil, da Administração Tributária de União e do COAF, Conselho de Controle de Atividades Financeiras, os quais exercem funções normativas e fiscalizatórias de atividades financeiras, com o objetivo de demonstrar o seu nexos com o início da investigação criminal e a necessidade de respeito ao princípio da legalidade. Tal se faz necessário, diante do princípio da inadmissibilidade de prova ilícita no processo brasileiro, o qual será estudado no último capítulo, em estreita conexão com este conteúdo.

Os procedimentos e os seus requisitos para a autorização das medidas de acesso ao segredo bancário são examinados sob a ótica do devido processo legal e do princípio da proporcionalidade, nos terceiro e quarto capítulos, tendo em consideração as fases básicas da persecução: a de preparação da ação penal e a processual propriamente dita.

Ao tratar destes procedimentos criminais, os seguintes pontos foram examinados: autoridade para instaurá-los e presidi-los, legitimidade e autoridade para requerer a medida instrumental de restrição ao sigilo bancário, requisitos para a concessão da medida, consistentes em demonstração de indícios de autoria e de materialidade, de determinação do segredo bancário, do provável sucesso da medida pleiteada e da impossibilidade de escolha de outra medida menos restritiva, para alcançar o mesmo elemento de convicção.

No último capítulo estuda-se o controle da prova ilícita relacionada ao sigilo bancário, tendo em vista o princípio constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita em cotejo com o princípio da proibição de excesso. Também são estudados os principais meios de impugnação das decisões judiciais autorizadas de restrição ao sigilo financeiro e o trabalho

finda com uma análise da proibição de produção e de valoração da prova ligada ao segredo bancário.

Identificou-se outra linha constante dentro deste tema: um choque entre interesses públicos e particulares. Assim, em linha de interpretação, preponderam os direitos e garantias individuais como valores superiores aos de governo, de modo a considerar o sigilo como regra e a sua restrição como exceção.

I. NATUREZA JURÍDICA DO SIGILO BANCÁRIO

1.1 Considerações Iniciais

Há muito que as sociedades reconheceram a importância da privacidade e do sigilo como alguns dos pressupostos para a sobrevivência e a dignidade das pessoas. O sigilo é antigo companheiro do homem nas caçadas, nas manobras de guerra, nas disputas políticas, nos romances, nos negócios, na religião, nos julgamentos, nos parlamentos ou mesmo em simples jogos de diversão. É, por si só, um bem jurídico ou valor de cunho moral, vital ou econômico.

O segredo protegido ajuda a manter unidas as pessoas pelo laço da intimidade, bem como afasta as demais desse âmbito privativo. Os detentores do segredo prendem-se pela importância de seu valor, ao passo que os que o ignoram comungam apenas da incógnita. Daí decorrem os direitos e as obrigações básicas de natureza positiva e negativa: comunicar-se sobre assuntos sigilosos apenas com os escolhidos para participar da esfera de privacidade e abster-se de comunicar-se com os demais, excluídos, sobre esses mesmos assuntos.

Em cada tempo e lugar, as sociedades estabelecem os critérios para a escolha dos participantes das esferas de privacidade. Ora decorrem dos costumes, das relações pessoais, dos contratos, da lei e muitas vezes da imposição da violência pura.

Enquanto o assunto coberto pelo manto do sigilo não extrapola as lindes dos grupos escolhidos ou enquanto a divulgação dessas informações não causa prejuízos econômicos ou à dignidade das pessoas, de um modo geral, não interessa ao Direito. Em sentido oposto, na medida em que a violação do sigilo gera perigo ou dano aos bens de

significado econômico e a dignidade humana, as sociedades procuram proteger seus bens e valores com emprego da ética, das convenções sociais, da violência e do Direito.

Para um regular desenvolvimento deste trabalho que busca estabelecer a licitude da prova em processo penal relacionada ao sigilo bancário, será imprescindível determinar neste primeiro capítulo o que é sigilo bancário, tendo em vista a sua história, a sua natureza, o seu objeto, os seus sujeitos, a sua comparação com outros ordenamentos e o seu fundamento constitucional. Seguindo esta linha, será possível estabelecer as hipóteses da manutenção e restrição do sigilo, os procedimentos legais e as conseqüências advindas do respeito ou inobservância a ele.

Pensar em sigilo bancário é pensar, necessariamente, na dicotomia direito à vida privada e interesse público. No mundo, o assunto sigilo bancário já serviu a muitos interesses e foi tema de muitas teorias. No Brasil, sua proteção legal vem aos poucos sendo estabelecida por alguns estudos e novas normas.¹

1.2 Noções sobre bancos e instituições assemelhadas

É preciso delimitar o que se entende por banco e suas operações com o auxílio da legislação e da doutrina para, depois, estudar a natureza da expressão “sigilo bancário”.

A atividade bancária oficial no Brasil decorreu da chegada do rei e da corte portuguesa nestas terras no início do século XIX, período em que se criou o Banco do Brasil² por força do alvará imperial datado de 12 de outubro de 1808. Tempos depois, devido as

¹ Veja-se a Lei Complementar Federal 105/2001, que atualmente disciplina o tema.

² Este banco teve sua liquidação aprovada pela assembléia geral de 11.04.1835. Depois o decreto nº 801, de 02 de julho de 1851, aprovou os estatutos do novo Banco do Brasil, o segundo a operar efetivamente sob esse nome e que posteriormente sofreu fusões até chegar à atual configuração de sociedade anônima. Cf. Nelson Abrão, *Direito Bancário*, p. 13 e 14.

escassos recursos das instituições financeiras públicas e ante a necessidade de estímulo ao desenvolvimento da economia, constatou-se a necessidade de autorização do Poder Público para o funcionamento dos primeiros bancos privados no país. O Decreto 575, de 10 de janeiro de 1849, estabeleceu normas para a constituição de empresas bancárias, já então sob a forma de sociedade anônima e impunha como condição prévia a realização da quarta parte do respectivo capital subscrito.³

A Lei 556, de 25 de junho de 1850, denominada Código Comercial, estabeleceu em seu artigo 119 que “são considerados banqueiros os comerciantes que têm por profissão habitual do seu comércio as operações chamadas de Banco”. Depois, acrescenta o artigo 120 “as operações de Banco serão decididas e julgadas pelas regras gerais dos contratos estabelecidos neste Código, que forem aplicáveis segundo a natureza de cada uma das transações que a operarem”. O artigo 285 da mesma lei dá também uma vaga idéia das atividades bancárias ao dispor que “os depósitos feitos em Bancos ou estações públicas ficam sujeitos às disposições das leis, estatutos ou regulamentos da sua instituição.”⁴

Apesar do pioneirismo do Decreto 575, a primeira legislação especial sobre a atividade bancária foi a Lei 1083, de 22 de agosto de 1860, que dispunha sobre bancos de emissão, submetidos ao regime tutelar do Poder Público. O Decreto 2711, de 19 de dezembro de 1860, a regulamentou e estabeleceu que a criação, a organização e a incorporação de qualquer banco dependeriam de autorização do Poder Público.

O desenvolvimento do comércio bancário acompanhou o lento crescimento da economia nacional. Por volta de 1964, com o intenso movimento econômico e financeiro conhecido por “milagre econômico”, as autoridades brasileiras viram-se premidas pela necessidade de instituição do sistema financeiro nacional. Esta, entre outras causas, propiciou a expansão segura dos bancos, caixas e de suas agências em redes.

³ Cf. Francisco José de Siqueira, *Instituições Financeiras: Regimes Especiais no Direito Brasileiro*, p. 48.

⁴ O Código Comercial continua em vigor, porém os artigos indicados encontram-se revogados.

É comum empregar-se a palavra bancário para referir-se a bancos e aos seus empregados, mas não é suficiente. Há também diversos bancos de dados e registros públicos, como os Cartórios, Institutos de Pesquisa e Departamentos de Trânsito que, apesar da aparente sinonímia, encontram-se fora deste estudo, por não equiparar-se às instituições financeiras intermediadoras de crédito na economia. Nelson Abrão, considerando o objeto da atividade bancária, define banco como a empresa que, com fundos próprios, ou de terceiros, faz da negociação de crédito sua atividade principal. Assim, configurada a atividade principal do banco como de intermediação ou de mobilização de créditos, não deixa ele de praticar outras acessórias, mas sempre almejando viabilizar a principal.⁵

No Brasil, por força do artigo 17 da Lei nº 4595, de 31 de dezembro de 1964, a atividade bancária é reservada apenas às pessoas jurídicas públicas ou privadas, ainda que, em algumas situações especiais, esta norma e a Lei 7492/86 determinem a equiparação à instituição financeira da pessoa física que exerça atividades nelas capituladas como privativas das pessoas jurídicas.

Criadas pelo Decreto-lei 66303, de 06 de março de 1970, as Caixas Econômicas – federal e as estaduais – são empresas públicas bancárias e, em geral, possuem uma função social na destinação dos recursos financeiros. As Cooperativas de Crédito são sociedades de pessoas com forma jurídica própria, de natureza civil, sem finalidade lucrativa, não sujeitas à falência, organizadas para prestação de serviços ou exercício de outras atividades de interesse comum dos associados, segundo dispõe o artigo 1º, do Decreto nº 60597, de 19 de abril de 1967. Ainda que não possam empregar a palavra banco, no que concerne à parte normativa encontram-se subordinadas ao Conselho Monetário Nacional e

⁵ *Direito Bancário*, p. 17.

quanto à parte executiva ao Banco Central do Brasil, nos termos do artigo 8º, do Decreto-lei 59, de 21 de novembro de 1966.⁶

Tanto as Caixas Econômicas quanto as Cooperativas de Crédito exercem atividades assemelhadas às dos bancos e também são regidas em suas operações creditícias pela Lei 4595/64. Neste trabalho, para facilitar a compreensão, serão denominadas “instituições financeiras assemelhadas aos bancos” ou simplesmente “instituições bancárias”, mesmo porque também têm obrigação ou o dever de guardar sigilo bancário sobre dados e informações alheias.

No Brasil os bancos, as caixas econômicas e as cooperativas de crédito são espécie de gênero instituições financeiras que realizam as operações e os serviços descritos no artigo 5º, parágrafo 1º, da Lei Complementar nº 105/2001, as quais serão relacionadas no estudo do objeto do sigilo bancário, neste capítulo.⁷

Registre-se também que as instituições financeiras, o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliário e outros órgãos integram o denominado Sistema Financeiro Nacional. Dentro do Título VII da Constituição, que dispõe sobre a Ordem Econômica e Financeira, encontra-se o Sistema Financeiro Nacional como objeto do Capítulo IV, organizado no artigo 192.

Segundo a norma constitucional o Sistema Financeiro Nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado e a servir aos interesses da coletividade nacional, deverá ser disciplinado em lei complementar. Como não foi elaborada uma lei

⁶ Cf. Nelson Abrão, *idem*, *ibidem*, p. 25 e 26.

⁷ Em Portugal, os bancos são instituições de crédito que podem prestar serviços de investimentos e efetuar operações de: recepção de depósitos ou outros fundos reembolsáveis, operações de crédito, incluindo concessão de garantias e outros compromissos, locação financeira e factoring; operações de pagamento; emissão e gestão de meios de pagamento, tais como cartões de crédito; cheques de viagem e cartas de crédito; transações por conta própria ou da clientela, sobre instrumentos dos mercados monetário e cambial, instrumentos financeiros à prazo e opções e operações sobre divisas ou sobre taxas de juro e valores mobiliários, além de outras. Esta enumeração consta do artigo 4º, nº 1 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (R.G.I.C.), que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1993, que foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 298, de 31 de dezembro de 1992, e alterado pelo Decreto-Lei 246, de 14 de setembro de 1995 e Decreto-Lei 232, de 05 de dezembro de 1996.

complementar após 1988, pelo princípio da recepção, a lei ordinária 4595 de 1964, instituidora do Sistema Financeiro Nacional, vale como se lei complementar fosse.⁸

Além das instituições financeiras, o sistema compreende estabelecimentos de seguro, previdências privada e capitalização, o Conselho Monetário Nacional⁹, a Comissão de Valores Mobiliários¹⁰ e o Banco Central do Brasil.

O Banco Central do Brasil – BCB ou BACEN -, é uma autarquia federal, com personalidade jurídica e patrimônio próprios. De um modo geral cabe ao Banco Central cumprir as prescrições legais e as normas excedidas pelo Conselho Monetário Nacional no que diz respeito às finanças públicas.¹¹

Entre as suas atribuições, destaca-se para efeito deste estudo a fiscalização das instituições financeiras, principalmente quanto aos seus processos operacionais – inclusive aqueles protegidos pelo sigilo bancário -, nos termos da Lei 4595/64.

No desenvolvimento dessas atividades fiscalizatórias figura também o trabalho de combate à dissimulação de capitais oriundos de atividades criminosas, que se aproveita do sigilo próprio do sistema. Nesse contexto, em obediência aos termos da Lei

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, fl. 755.

⁹ O Conselho Monetário Nacional é um órgão composto por Ministros de Estado da Fazenda, do Planejamento e Orçamento e pelo presidente do Banco Central, que tem por atribuições formular a política da moeda e do crédito, com o objetivo de alcançar o progresso econômico e social dos brasileiros. Demais atribuições encontram-se no artigo 4º da Lei 4595/64: I – autorizar as emissões de papel-moeda, que ficarão na dependência de autorização legislativa quando se destinarem ao financiamento direto, pelo Banco Central, das operações de crédito com o Tesouro Nacional; II – estabelecer condições para que o Banco Central emita papel-moeda e curso forçado; III – aprovar os orçamentos monetários preparados pelo Banco Central, por meio dos quais se estimarão as necessidades globais de moeda e crédito; IV – determinar as características gerais das cédulas e das moedas e outras.

¹⁰ A Comissão de Valores Mobiliários desenvolve seus trabalhos orientados para as atividades relacionadas a empresas, aos intermediários financeiros, aos investidores, à fiscalização externa, à normatização contábil e de auditoria, aos assuntos jurídicos, ao desenvolvimento de mercado, à internacionalização, à informática e à administração. A CVM assumiu uma nova natureza jurídica após a reformulação do artigo 5º da Lei 6385/76, pois essa autarquia passou a gozar de independência que não possuía. Tornou-se uma autarquia em regime especial que, apesar de continuar vinculada ao Ministério da Fazenda, tem personalidade jurídica e patrimônio próprios, autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira e orçamentária. Além disso, conta com poder de polícia na fiscalização de diversas entidades de mercado aberto.

¹¹ Cf. Nelson Abrão, *Direito Bancário*, p. 32

9613/98 e da Lei Complementar 105/2001, o Banco Central deve cooperar com o Conselho de Controle de Atividades Financeiras, o COAF.¹²

Ainda a título de introdução, seguem algumas explicações sobre a terminologia a ser empregada neste trabalho.

1.3 Noções sobre quebra, acesso, restrição, extensão e violação do sigilo bancário

Secreto bancario para os mexicanos¹³, *segreto bancario* na Itália¹⁴ ou *banking secrecy* em inglês¹⁵, “o direito dos clientes do banco à privacidade, no que diz respeito a suas transações financeiras é um direito reconhecido no mundo inteiro. As diferenças que surgem nas diferentes jurisdições, relacionadas a este direito, são antes de grau do que de substância”.¹⁶

É comum encontrar a expressão “quebra” para designar todo e qualquer ato de conhecimento acerca de dados e informações antes protegidos pelo sigilo. A própria Lei Complementar 105/2001, em seu artigo 1º, parágrafo 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.

Ocorre que a palavra **quebra** significa ato ou efeito de quebrar(-se), transgressão, rompimento, perda ou diminuição e este sentido guarda maior pertinência com a violação ilícita do sigilo bancário. Neste sentido, o revogado parágrafo 7º, do artigo 38, da Lei 4595/64 estabelecia que “a quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e

¹² As atividades do BACEN e do COAF serão objeto de item específico no próximo capítulo.

¹³ CANO, Delfina Dubón. *El Secreto Bancario em Mexico*.

¹⁴ MERZ, Sandro. *Il Capitali...*, Cedam, 1995.

¹⁵ CAMPBELL, Dennis. *International Bank Secrecy*. Londres: Sweet & Maxwell, 1992.

¹⁶ CAMPBELL, Dennis. *International Bank Secrecy*, p. 727. Tradução minha de: “*The right of bank clients to privacy with regard to the financial transactions is one recognized throughout the world. The differences which arise in different jurisdictions relating to this right are of degree rather than substance.*”

sujeita os responsáveis a pena de reclusão...”. Portanto, a palavra quebra deveria ser considerada correspondente de violação.

A **quebra** ou **violação** do sigilo pode ser caracterizada como ilícita por meio de duas ações: a) ação de ataque contra o sigilo, com o indevido acesso ao objeto de sua proteção, e; b) ação de divulgação indevida do teor do objeto protegido pelo sigilo bancário. Este dever de inviolabilidade do sigilo sujeita as autoridades e particulares à responsabilidade nos termos dos artigos 10 e 11 da Lei Complementar 105/2001.

O termo **acesso** já foi empregado pelo legislador na redação do inciso III, do artigo 2º, da Lei 9034/95, para referir-se ao conhecimento lícito do objeto de proteção do sigilo, dentro de um procedimento legal.

Desta forma, para obter **acesso**¹⁷ ao objeto aludido, deverá a autoridade judicial determinar a **restrição** do sigilo bancário, diante da relevância do interesse público cotejado. O ato de restringir equivale a liminar, delimitar, estreitar. Por considerar que o sigilo bancário é um direito subjetivo fundado na garantia constitucional de privacidade, não seria coerente estabelecer causas legais de sua quebra, mas sim causas de sua restrição legal. Restrição da proteção consistente em sigilo – quer na modalidade direito ou dever -, para permitir o lícito acesso das autoridades ao objeto desprotegido, apenas nas hipóteses legais.¹⁸

Esta restrição não extingue o sigilo bancário. Apenas o limita por certo período e em relação a determinadas pessoas. Tanto é assim que, mesmo determinada a restrição legal ao sigilo, este continua valendo para os períodos não abrangidos pela ordem e

¹⁷ A revogada Lei 10409, de 11 de janeiro de 2002, que dispunha sobre os procedimentos investigatórios dos crimes sobre drogas ilícitas, em seu artigo 34, permitia aos órgãos de persecução penal requerer à autoridade judicial o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, patrimoniais e financeiras.

¹⁸ Outra figura pertinente encontra-se na Constituição, em seu artigo 138, ao tratar do estado de sítio. Consta que o decreto indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão *suspensas*. Encontramos aqui uma hipótese legal de *suspensão geral* das garantias constitucionais, dentre as quais se situa o direito de privacidade, do qual decorre o direito ao sigilo bancário, conforme será exposto adiante neste capítulo.

para as pessoas que não foram autorizadas a ter acesso ao seu objeto. A proteção permanece, ainda que delimitada pela ordem legal.

Como a instituição financeira pode ser fiscalizada e investigada por diversos órgãos de governo, nas hipóteses legais, estas autoridades poderão determinar a restrição do direito e do dever de sigilo, ao mesmo tempo em que passarão a ter o mesmo dever de inviolabilidade que antes era apenas do banco. No momento em que as autoridades obtêm acesso ao objeto, cuja proteção restrita licitamente, além do conhecimento também adquirem o dever de guardar o sigilo sobre esse mesmo objeto. Assim, com o conhecimento sobre o objeto do sigilo bancário, **estende-se** também o dever de mantê-lo em segredo, de modo que estes dados e informações desvendados deverão permanecer protegidos também pelo segredo da investigação. Assim, os dados e informações não poderão ser divulgados nem destinados a outras finalidades além daquela especificamente apontada pela autoridade competente.

Vale dizer, houve a **extensão** do dever de sigilo, que não exclui o dever original da instituição financeira. Neste sentido a palavra é empregada no artigo 2º da Lei Complementar 105/2001, que dispõe: o dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições.

Assim, neste estudo emprega-se o termo “extensão” do dever de sigilo bancário, por considerar que a palavra “transferência” pode causar confusão, ao dar a impressão que aquele que transferiu o dever de sigilo também eximiu-se desse dever. Este sentido é errôneo e deve ser evitado.¹⁹

O vocábulo extensão significa ampliação, que é o ato de estender-se. Esta palavra permite compreender que o segredo aumentou em relação a outra pessoa ou

¹⁹ Ex. “A quebra de sigilo é na verdade **transferência** do sigilo, preservando-se o seu caráter sigiloso, mediante acesso restrito às partes, que não poderão servir-se para fins estranhos à lide, sob pena de incidirem em crime, conforme arts. 3º e 10 da LC nº 105/2001, e art. 38, § 1º e 7º, da Lei nº 4.595/64” TRF 4ª Região – Mandado de Segurança nº 2001.04.01.086804-9/SC (DJU 12.06.02, SEÇÃO 2, p. 491, j. 28.05.02), “in” www.ibccrim.org.br, acesso em 12.09.2002.

autoridade, sem extinguir o próprio sigilo bancário ou financeiro. Então, devido ao conhecimento lícito adquirido por outros profissionais, aplicam-se outras hipóteses legais de proteção para este segredo, conhecidas por sigilo fiscal, segredo de justiça, sigilo profissional etc. São novas camadas de proteção legal para o mesmo objeto de segredo financeiro.

1.4 Histórico do sigilo bancário no Brasil

No mundo ocidental, o primeiro corpo de regras de sigilo profissional organizado está vinculado a duas grandes instituições: à Igreja Católica, com o confessorário, e às Corporações de Ofício medievais.²⁰ Em Portugal, refere-se como norma sobre o sigilo bancário a do Regulamento Administrativo do Banco de Portugal de 1891, conforme publicação no Diário do Governo, de 1º de maio daquele ano.²¹

No direito positivo brasileiro, o sigilo bancário mereceu inicialmente a proteção expressa e genérica dirigida ao comerciante, no Código Comercial de 1850, que proclamava em seu artigo 17 que “nenhuma autoridade, Juízo ou Tribunal, debaixo de pretexto algum por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligencia para examinar se o comerciante arruma ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou neles tem cometido algum vício”.²² Apesar do tom absoluto do texto, nos artigos 18 ao 20 o legislador pondera a possibilidade de exame judicial dos livros comerciais em questões de

²⁰ VIDIGAL, Geraldo Facó. *Hipóteses de Quebra de Sigilo Bancário*. “In”: II Ciclo de Estudos de Direito Econômico do IBCB, p. 31.

²¹ “Art. 221 do Regulamento: As operações do banco e os depósitos dos particulares serão assuntos de segredo para todo o pessoal da sede e das delegações, qualquer que seja a sua categoria. Os empregados que as revelarem serão repreendidos, se da revelação não resultar dano; resultando, serão despedidos: “in” VEIGA, Vasco Soares da. *Direito Bancário*, Coimbra, p. 228.

²² WALD, Arnold. *Da Evolução Legislativa e Jurisprudência do Direito Brasileiro em Matéria de Sigilo Bancário*. “In” Revista de Direito Mercantil nº 94, p. 97.

sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão mercantil e em caso de quebra, desde que na presença do comerciante e nunca forma de seu domicílio.

Segundo João Mendes de Almeida Junior, em 1862 o Instituto da Ordem dos Advogados do Rio de Janeiro declarou unanimemente que:

nenhuma autoridade criminal ou policial pode exigir por inteiro ou a comunicação de livros comerciais. O segredo é a alma do comercio; e tão cercada de garantias é a conservação dos livros dos comerciantes que o Código Comercial, arts. 17 a 20, determina restritamente os casos de exibição e os casos de exame na pendência da lide e nos processos de falência. Outros casos em que o princípio de segredo dos livros sofre modificação – estão também taxativamente definidos. Tratando-se de ato criminoso, cuja prova possa constar de livros comerciais, nada impede que a autoridade, pelo testemunho do comerciante, possa sabê-lo; mesmo por isso, não há necessidade de recorrer à medida extraordinária da busca em estabelecimentos comerciais, para exame ou apreensão de livros e papéis, medida que imposta, além do vexame, um constante sobressalto, um meio de comprometer o sucesso das operações comerciais, para as quais, como sabemos, o segredo é quase sempre essencial. Claro está que aquilo que acabamos de dizer não se aplica ao caso em que os livros comerciais forem o próprio corpo do delito, porque, então, a busca para exame, e mesmo para apreensão, como, por exemplo nos casos de falência e outros semelhantes, tem o mais completo cabimento; nós contestamos a legalidade e mesmo a utilidade da busca em livros de comerciantes e papéis do escritório, sob o pretexto de esclarecimento de um fato criminoso estranho ao comerciante.²³

Sem mencionar a espécie de sigilo, estabeleceu o Código Civil de 1916, em seu artigo 144, que “ninguém pode ser obrigado a depor de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo”.

Em 1961, consultado pelo Banco do Estado de São Paulo S.A., o professor Oscar Stevenson ofereceu parecer em que considerou os banqueiros como comerciantes, resguardados pelos artigos 17 a 19 do Código Comercial, sendo o segredo um impreterível dever e direito inerente à sua profissão. E prosseguiu:

nenhuma norma do sistema positivo nacional prescreve que o banqueiro preste informações, remeta documentos ou exhiba livros ao juiz doível, para prova do petítório de um terceiro, em causa *inter alios* ou movida contra cliente do banco. Salvo, curialmente, se êste o desobrigar do sigilo, por consentimento expresso, ou tácito, como sublinha Overbek.²⁴

²³ *O Processo Criminal Brasileiro*, Vol. II, p. 67 e 68.

²⁴ *O Sigilo Bancário*. São Paulo: Banco do Estado de São Paulo S.A. Departamento Jurídico, p. 26.

Nesse sentido, o Colendo Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 260: “o exame de livros comerciais, em ação judicial, fica limitado às transações entre os litigantes”.

Somente em 1964, a Lei 4595 criou normas específicas sobre o sigilo bancário no Brasil. Seus artigos 37 e 38 cuidavam genericamente do sigilo das operações financeiras, entre as quais encontravam-se as operações e serviços bancários, eis o texto:

Art. 37 – As instituições financeiras, entidades e pessoas referidas nos artigos 17 e 18 desta Lei, bem como os corretores de fundos públicos, ficam obrigados a fornecer ao Banco Central da República do Brasil, na forma por ele determinada, os dados ou informes julgados necessários para o fiel desempenho de suas atribuições.²⁵

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, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei nº 1579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitam das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

§ 4º Os pedidos de informações a que se referem os parágrafos 2º e 3º, deste artigo, deverão ser aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurando e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.²⁶

Interessante possibilidade de restrição do sigilo bancário surgiu com a Lei 5010 de 30 de maio de 1966, de Organização Judiciária da Justiça Federal, que em seu artigo

²⁵ Obs.: Onde se lê Banco Central da República do Brasil leia-se Banco Central do Brasil, conforme DL 278/67.

²⁶ Este artigo 38 foi revogado expressamente pelo artigo 13 da Lei Complementar 105/2001, que atualmente disciplina o sigilo financeiro.

44, estabeleceu: “mediante ordem judicial específica, os oficiais de justiça terão livre acesso aos registros imobiliários, bem como aos livros e documentos bancários, para o cumprimento de mandado de penhora, seqüestro, arresto, busca ou apreensão de bens ou dinheiro em favor da União ou de suas autarquias”.

O Código Tributário Nacional, criado pela Lei 5172, de 25 de outubro de 1966, registra em seu artigo 197, II: “Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que dispunham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros, os bancos, sacas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras”. Aliomar Baleeiro defendia que os banqueiros não necessitavam respeitar o sigilo de seus negócios, pois não estavam às mesmas regras éticas e jurídicas de advogados e sacerdotes, pois só deveriam aceitar e ser procurados para negócios lícitos e confessáveis.²⁷

Como espécie de sigilo financeiro, hoje o sigilo bancário é disciplinado pela Lei Complementar n° 105/2001 e também encontra-se previsto nas Leis 9034/95 e 9613/98.

1.5 Teorias sobre sigilo bancário

As principais teorias que procuram apontar a natureza do sigilo bancário partem basicamente do estudo da razão de sua existência.²⁸

A Teoria da Responsabilidade Civil ou Delitual²⁹ defende que os bancos, assim como qualquer outra pessoa, são responsáveis pelos prejuízos causados aos seus

²⁷ *Direito Tributário Brasileiro*, p. 620.

²⁸ Classificação extraída da obra *O Sigilo Bancário*, de Sérgio Carlos Covello, Leud, p. 113-163, que também foi seguida por Luiz Fernando Bellinetti em seu artigo *Limitações Legais ap Sigilo Bancário*, “in” Revista de Direito do Consumidor n° 18, p. 141-162.

²⁹ COTTELY, E. em sua obra *Derecho Bancario*, defende a aplicação desta teoria no ordenamento argentino devido ao artigo 29 de sua Constituição. Na Itália, segue essa teoria: SANTINI, Gerardo. *Note Sul Segreto*

clientes, em caso de divulgação indevida de seus dados e informações. Esta teoria concentra seu enfoque no interesse da instituição financeira, pois procura explicar o motivo – essencialmente econômico – pelo qual os bancos não devem divulgar as informações e mais uma vez ignora o direito do cliente ao sigilo, inclusive no que trouxe aos agentes públicos.

Para a Teoria Consuetudinária³⁰ a origem do sigilo bancário estaria no seu uso reiterado e constante através dos tempos pela sociedade, alcançado a categoria de norma jurídica costumeira. É inegável a existência de Estados, como o inglês, em que o tema sigilo bancário encontra-se disciplinado em norma consuetudinária.

Como sigilo profissional³¹, ganhou fôlego a teoria na doutrina francesa,³² devido ao artigo 378 do Código Penal, que pune os profissionais por revelarem segredos que lhes foram confiados em decorrência de suas atividades. O sigilo, nesta acepção, representa um dever geral dos profissionais, que obtém dados e informações das pessoas que têm o direito ao sigilo bancário. A manutenção do segredo é um dos requisitos necessários para o bom desempenho da profissão bancária, que deve ser desenvolvida dentro de um ambiente de confiança com o cliente. Entretanto, também esta teoria desconsidera a figura do titular das informações e dados protegidos, para efeito de determinar a natureza jurídica do sigilo bancário.

Bancario. “In: Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milão: Dott. A. Giuffrè Editores, ano III, p. 657-664, 1949, ambos relacionados por Sérgio Carlos Covello, na obra citada, p. 121-123.

³⁰ Na Itália destaca-se entre seus seguidores MOLLE, Giacomo. *Manuale Diritto Bancario*. Milão: Giuffrè Ed., ao passo que na Espanha, GSRRIGUES, J. *Contratos Bancarios*. Madri: Imprensa Aguirre, também apontados por Sérgio Carlos Covello, p. 12-130.

³¹ Em França, são citados: HENRION, Robert. *Le Secret Professionnel du Banquier*. Paris e FAHRAT, Raymond. *Le Secret Bancaire en Droit Libanais*. “In”: *Le Secrete t le Droit*, t. XV, Paris: Dallozo. 283-297; Na Itália, entre outros, v. CREPI, Alberto. *La Tutela del Segreto*. Palermo. Sérgio Carlos Covello também indica Manzini e Antolisei, os quais relacionavam os banqueiros como sujeito ativo do delito de violação do sigilo bancário profissional previsto no artigo 622 do Código Penal italiano, “in” obra citada, p. 131-136.

³² No mesmo sentido, Vasco Soares da Veiga, *Direito Bancário*, p. 226.

Para os defensores da Teoria da Boa-fé ou do Dever de Lisura,³³ de procedência italiana, a *correttezza* – traduzida por lisura – compreende a boa-fé, a diligência, a lealdade e a probidade das partes contratantes, em respeito aos preceitos contidos nos artigos 1175 e 1374 do Código Civil italiano. Neste contexto, se insere de guardar o sigilo bancário, sob o enfoque exclusivo do profissional e sem realce à figura do cliente, objeto da proteção.

Também na Itália encontra-se a Teoria do Direito à *Riservatezza* ou do Direito à Intimidade dos Bancos, a qual foi exposta como tese por Francesco Capriglione, em sua obra *L'Impresa Bancaria tra Controllo e Autonomia*, de 1983, fundada no artigo 10 da Lei Bancária italiana. Os bancos, realmente, têm direito ao sigilo sobre suas operações, ainda que desvinculadas de seus clientes. Todavia este sigilo não é o único a merecer a proteção jurídica, visto que as pessoas que contratam depósitos, mútuos e outras atividades com os bancos, também têm direito ao sigilo bancário.

A corrente jurisprudencial prevalente na Suprema Corte dos EUA, em consonância com os mais modernos critérios jurisprudenciais da Comunidade Européia, sustenta que o fundamento do segredo bancário reside nos valores ou princípios constitucionalmente reconhecidos e protegidos. A maioria das Constituições modernas acolhem e garantem, juntamente com outros direitos fundamentais, como a honra e a própria imagem, o direito à intimidade pessoal e familiar, incluindo dentro desta toda a gama de dados relativos a sua situação patrimonial e econômica.³⁴

O sigilo bancário para a Teoria Contratualista é uma obrigação acessória do banco em manter segredo sobre as informações do cliente, derivada de uma cláusula tácita ou expressa do contrato principal. Tal obrigação decorre do fato de esperar o cliente que, ao contratar com a instituição financeira, sejam mantidos em sigilo os seus dados pessoais e o

³³ “Quem melhor desenvolve esta teoria é o jurista italiano Astolfo Di Amato, em tese publicada em 1979, pela Escola de Aperfeiçoamento em Direito Civil da Universidade de Camerino, “in” COVELLO, Sérgio Carlos. *O Sigilo Bancário*. 2ª ed., São Paulo: Leud, p. 142.

³⁴ MULLIGAN, Leroy Ray. *Os Valores Constitucionais e os Limites ao Segredo Bancário*. In www.direitocriminal.com.br, 03.02.2001.

seu movimento econômico. Sérgio Carlos Covello informa que essa teoria foi acolhida pela jurisprudência inglesa, em razão do célebre caso *Tournier v. National Provincial Bank*, em 1924.³⁵

Este mesmo autor considera o sigilo bancário uma obrigação jurídica composta por dois elementos subjetivos e um objetivo.³⁶ Como um dos elementos subjetivos, destaca como sujeito passivo dessa relação os bancos, as instituições financeiras assemelhadas e seus empregados. Não basta. Ocorre que determinados agentes públicos também poderão tomar conhecimento de forma lícita dos assuntos protegidos pelo sigilo bancário, no exercício de suas funções, independentemente de participar da relação jurídica entre o banco e o cliente ou contratante. E, ao tomar conhecimentos dessas informações econômicas, dados ou documentos, também deverão respeitar o sigilo bancário, ainda que se dê outro adjetivo a este dever de sigilo, tal como fiscal.

Considerar o sigilo apenas como uma obrigação, de cunho civil, do banco, equivale a desprezar o direito do cliente, razão pela qual não explica satisfatoriamente a manutenção da obrigação, independentemente da realização do contrato e em relação a outras pessoas estranhas aos quadros bancários como os agentes fiscais.

Identificar o sigilo apenas como obrigação ou dever, cuja qualificação será determinada tão somente pelo tipo de atividade profissional relacionada, representa um exercício incompleto na medida em que despreza a figura principal: o sujeito a ser protegido pelo sigilo. Aquele que apresenta seus dados pessoais, informações econômicas e documentos aos bancos e instituições assemelhadas, deve ser considerado em primeiro plano diante da natureza protetora do sigilo. Não é possível simplesmente ignorar as pessoas que figuram como sujeitos de direitos nessas relações jurídicas.

³⁵ *O Sigilo Bancário*, 2ª ed., p. 117.

³⁶ *O Sigilo Bancário*, 2ª ed., p. 91.

Não obstante a variedade de teorias, esta pluralidade, antes de significar divergências, representa pontos de importância considerados pelos diversos enfoques sociológicos, filosóficos e dogmáticos. Assim, o costume de respeito ao sigilo não exclui a vertente da responsabilidade civil, nem informa a sua decorrência também de um contrato. Há que haver a lisura e a boa-fé nos negócios e os bancos também necessitam do segredo em razão da particular condição de depositários. Essas múltiplas manifestações representam a riqueza de situações pertinentes ao tema e demonstram que o desenvolvimento desse instituto não foi igual nos muitos países. Cada Estado, respeitada sua cultura e necessidade, procurou proteger, mais ou menos, o sigilo bancário dentro de seu sistema de normas, dentro de seu modelo jurídico.

1.6 Fundamento constitucional do direito ao sigilo bancário

Por considerar a Constituição como fundamento de validade jurídico-positivo do direito ao sigilo bancário, torna-se imprescindível determinar o seu fulcro específico.

A noção de relação entre o sigilo bancário e as garantias individuais constitucionais não é nova no Brasil. João Mendes de Almeida Junior relata que:

no tempo da ditadura do marechal Floriano Peixoto, durante o estado de sítio, houve busca e exame de propostas e livros dos bancos; mas, isto foi feito sob pretexto de suspensão de garantias constitucionais, durante o estado de sítio. Fora disso, consta que autoridade alguma tenha-se julgado com atribuição de dar busca, fazer exames e apreensões dos livros e papéis de uma casa comercial.³⁷

Qualquer sociedade que apresente um mínimo de organização política, pressupõe uma ordenação fundamental que a constitui e lhe deu sentido, garantindo sua

³⁷ *O Processo Criminal Brasileiro*, p. 67.

sobrevivência, além de indicar os titulares dos órgãos do poder, assegurando-lhes melhor vinculação. Ou seja, a noção de Constituição está vinculada ao processo do pensamento político e aos acontecimentos histórico-políticos, por representar sempre, - ao menos em parte - a tensão entre diversos fatores sociais. Tanto que, na medida em que a Constituição exprimir o poder social, maior será a sua eficácia.³⁸

Assim, encontramos no artigo 5º, “caput”, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X – são invioláveis **a intimidade, a vida privada**, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;³⁹

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de **dados** e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Inviolável, do latim “*inviolabile*”, é um adjetivo com triplo significado: a) que não se pode ou deve violar; b) que está legalmente protegido contra qualquer violência e acima da ação da justiça⁴⁰, e; c) que não pode ser divulgado.

A qualidade constitucional de inviolável em nosso ordenamento apresenta-se como uma proteção superior, de maior extensão, resistência e conteúdo, que tanto proíbe o ataque contra o objeto de proteção, quanto permite a defesa desse mesmo objeto e impede a divulgação do objeto protegido pela inviolabilidade. Considerando o texto constitucional, são

³⁸ DINIS, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*, p. 16.

³⁹ “Ruy Barbosa já dizia que uma coisa são os direitos, outras as garantias, pois devemos separar, no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito”. O próprio José Afonso da Silva, na seqüência de seu texto reconhece, todavia, com o apoio de Sampaio Dória, que “os direitos são garantias e as garantias são direitos”, pois não são nítidas as linhas divisórias entre ambos, já que as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 183.

⁴⁰ Dicionário Aurélio Buarque de Holanda, versão 3.0 em *software*. Igual ao primeiro significado: Dicionário Eletrônico Michaelis.

invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas e as comunicações. Assim é o que o próprio legislador, por exemplo, no artigo 3º da Lei 9034/95, reconheceu que os dados, documentos e informações bancárias, são protegidos por sigilo constitucional.

1.7 Sigilo bancário e sigilo de dados

Ives Gandra da Silva Martins⁴¹ defende que a expressão “sigilo de dados” contida no inciso XII da Constituição é um gênero, do qual é espécie o sigilo bancário, sendo, portanto, o seu fundamento constitucional específico. Outros⁴² incluem o direito ao sigilo bancário na abrangência do que seja o direito à vida privada, sob a linha de argumento, segundo o qual a vida moderna faz do banco o depositário daquele segredo que antigamente se encontrava dentro da casa da pessoa.⁴³

Em seu parecer, Miguel Reale Junior defende o duplo fundamento constitucional da proteção ao sigilo bancário, nos precisos termos dos incisos X e XII, do artigo 5º, da Constituição, por considerá-lo uma faceta da vida privada e consistir o seu objeto em dados bancários.⁴⁴

⁴¹ *Sigilo Bancário em Matéria Fiscal*, “in” Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas nº 12, p. 71; o mesmo autor também defende que o sigilo bancário, então, é tema de “cláusula pétrea”, portanto, cláusula imodificável.

⁴² Cf. WALD, Arnold. *O Sigilo Bancário no Projeto de Lei Complementar de Reforma do Sistema Financeiro e na Lei Complementar nº 70*. “In: Revista Ajuris nº 56, p. 20: “não há dúvida de que tanto a proteção da intimidade e da vida privada, como a de dados, constituem fundamentos constitucionais para garantir o sigilo profissional e, em particular, o sigilo bancário; HAGSTROM, Carlos Alberto. *Sigilo Bancário: Novas Questões*. “In”: Revista de Direito Mercantil nº 105, p. 44: “em vários países, a partir de textos constitucionais análogos, doutrina e jurisprudência formularam a nova construção, entendendo residir no mandamento constitucional o fundamento último do segredo bancário”; PELLEGRINI, Luiz Fernando. *Algumas Considerações sobre o CPF e o Sigilo Bancário*. “In”: Revista LTr nº 81-96, p. 459: “O direito de privacidade foi garantido pela Carta Magna de 1988, alcançando o sigilo bancário.”; OLIVEIRA, Régis de. *Aspectos Constitucionais do Sigilo Bancário*. “In”: Revista de Direito Mercantil nº, 99, p. 102: “... todos os autores inserem o direito ao sigilo bancário no direito à privacidade, tal como consta no inciso X do artigo 5º da Constituição da República”.

⁴³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hipóteses de Quebra de Sigilo Bancário*. “In”: II Ciclo de Estudos de Direito Econômico do Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, São Paulo: IBCB, p. 27, 1994.

⁴⁴ *A Inconstitucionalidade da Quebra de Sigilo Bancário*, Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 39, p. 252.

Mesmo com a duplicidade apontada, sobre o fundamento encontrar-se no inciso X⁴⁵ ou XII, do artigo 5º, da Constituição, é praticamente unânime a sua consideração como uma garantia constitucional.^{46 47} A doutrina brasileira vem consolidando o entendimento segundo o qual o sigilo bancário é uma garantia constitucional prevista implicitamente no inciso X,⁴⁸ do artigo 5º, da Constituição de 1988, que protege a privacidade das pessoas naturais e jurídicas no campo econômico e financeiro.⁴⁹

Ademais, ao aprovar a atual Lei Complementar 105 de 2001, o próprio governo brasileiro, por meio de seus poderes Executivo e Legislativo reconheceu que o assunto sigilo bancário deveria ser disciplinado em processo legislativo próprio, para as hipóteses de regulamentação de normas de conteúdo constitucional. A esse respeito Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que “a Constituição enuncia claramente em muitos de seus dispositivos a edição de lei que irá complementar suas normas relativamente a esta ou àquela matéria”.⁵⁰

⁴⁵ Agapito Machado, Juiz Federal, aponta julgado da Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental em inquérito 187-DF, publicado no DJU de 16.9.1996, p. 33651, tendo por relator o Ministro Sálvio de Figueiredo, no qual consta que o sigilo bancário não estaria propriamente previsto no inciso XII, do artigo 5º da Constituição, mas no inciso X (intimidade): “I – É certo que a proteção ao sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade consagrado no artigo 5º, X, da Constituição, direito esse que revela uma das garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado”. Cf. “in” Revista Dialética de Direito Tributário nº 30, o artigo *CPFM: Emenda Constitucional nº 12-96 e Lei nº 9311-96*, p. 11.

⁴⁶ Luiz Fernando Bellinetti escreve que “o sigilo bancário não encontra amparo na Constituição. Às vezes, quando a revelação de informações bancárias de uma pessoa possa violar-lhe a privacidade, haverá um fundamento constitucional a reforçar o sigilo dessas informações, baseado no direito à privacidade. No entanto, o fundamento maior da reserva será o direito à privacidade e não propriamente o sigilo bancário. Este encontra fundamento específico na lei ordinária”.

⁴⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Sigilo Bancário, Direito de Autodeterminação sobre Informações e Princípio da Proporcionalidade*. “In”: Repertório IOB de Jurisprudência, p. 438: “Não há dúvidas de que as informações pessoais encontram-se inseridas, hodiernamente, aqui e alhures, no âmbito da proteção dos direitos fundamentais. Tanto é assim que a Corte Constitucional alemã reconheceu, com fulcro na Lei Fundamental daquele país, a existência de um direito fundamental a autodeterminação sobre as informações de caráter pessoal (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*)”.

⁴⁸ OLIVEIRA, Régis. *Aspectos Constitucionais do Sigilo Bancário*. “In” Rev. Direito Mercantil nº 99, p. 102.

⁴⁹ DELGADO, José Augusto. *O Sigilo Bancário no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, “in” Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem nº 13, p. 30.

⁵⁰ *Curso de Direito Constitucional*, p. 185.

1.8 Intimidade, vida privada e privacidade

A doutrina ainda não encontrou um denominador comum para definir os conceitos de direito à vida privada, à intimidade e à privacidade. Muitos tratam os termos como equivalentes, outros intimidade e privacidade como espécies do gênero vida privada e assim por diante.

María Del Carmen Figueroa Navarro registra que a Constituição Espanhola, em seu artigo 18.1, registra em seu texto apenas o vocábulo intimidade, com a seguinte redação: “*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*”.⁵¹

Em França constatou-se em alguns julgados o emprego do termo “proteção da vida privada” em dois sentidos. Em sentido lato consiste em todas as normas jurídicas que têm por finalidade proteger a vida pessoal e familiar. Em sentido estrito, representa um conjunto de regras que tem por escopo a proteção das pessoas contra atentados particulares, ou seja, contra as agressões deflagradas contra o segredo da vida privada.⁵²

Ricardo Haro não distingue esses termos. Para o autor argentino, entre os numerosos aspectos que podem destacar este multifacetado direito, assinalam-se entre outros, os relativos aos sentimentos, dores, alegrias, crenças e convicções religiosas ou políticas, a saúde, enfermidades, defeitos ou anomalias físicas ou psíquicas não ostensivas; a vida familiar, afetiva ou sexual; a situação econômica, o modo de vestir etc. seguindo o espanhol

⁵¹ *El Conflicto Intimidad/Información: Un Analices Jurisprudencial*, “in” *Anuario de Derecho Penal Y Ciencias Penales, Madrid*, p. 943. .

⁵² Cf. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*, p. 119 e 122. Acentuando o caráter de direito à vida privada como direito à personalidade, Szaniawski cita julgados do Tribunal de Grand Instance do Sena que em duas oportunidades se manifestou, pronunciando em seus arestos de 1966, que vivia a vida privada pertence ao patrimônio moral de toda pessoa física e constitui como sua imagem, o prolongamento de sua personalidade.

Romero Coloma, defende que se trata do direito de toda pessoa a ter uma esfera reservada, na qual possa desenvolver sua vida, sem que a indiscrição alheia tenha acesso a ela.⁵³

O Tribunal Constitucional Federal alemão (BGH) desenvolveu a chamada teoria dos três graus (*Dreistufentheorie*) ou das esferas de Hubman, que em sua obra *Persönlichkeitsrecht* classificou a vida privada em três círculos concêntricos, dentro dos quais se desdobraria a personalidade humana.⁵⁴ Cada uma delas merecedora de maior ou menor tutela jurídica, conforme nos aproximarmos ou afastarmos do núcleo central da intimidade. A esfera da vida particular ou privada poderia ser subdividida em esferas outras, de dimensões progressivamente menores, na medida em que a intimidade for se restringindo.

No mais extenso círculo, encontramos a *Privatsphäre* em que se desenvolve a vida periférica de relações com comunidade e sociedade. Embora sendo privada e, por isso, não publicitável, revela fundamentalmente a interação comunitária. Equivale ao *sphere of privacy* dos norte-americanos e, na Itália, corresponde ao *diritto alla riservatezza* ou *diritto allá privatezza* e ao *diritto al rispetto della vita privata*.⁵⁵ O direito de proteção desta esfera da vida privada existe para impedir a difusão de informações sobre os seus objetos, ainda que lícitamente obtidos por quem os pretenda divulgar.⁵⁶

Na *intimsphäre* o círculo de relações diminui um pouco. A densidade e a extensão deste ambiente dependerá da condição social de seu titular, na proporção em que submeter-se a maior ou menor exposição pública. Este grau de privacidade permitirá um maior nível de ponderação, ou de juízos, sobre eventuais causas de justificação, principalmente naquilo que se refere a possíveis interesses legítimos de terceiros quanto à obtenção das informações. Neste extrato intermédio, embora protegida constitucionalmente, a intimidade deverá ser considerada à luz das exigências da vida em sociedade e, como tal,

⁵³ *Derecho a la Libertad de Información y Derecho a la Privacidad y a la Honra en la Doctrina, Normativa y Jurisprudencia de Argentina*, “in” Revista do Curso de Mestrado em Direito de Araçatuba, p. 37.

⁵⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*, p. 95-97.

⁵⁵ Nesse sentido Gilberto Haddad Jabur “in” *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*, p. 256.

⁵⁶ DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*, p. 66.

estará sujeita à ponderação de interesses. O sacrifício da intimidade neste círculo será admissível quando necessário, proporcional e adequado à proteção de bens ou valores superiores.⁵⁷

A menor esfera, denominada secreta ou da privacidade *stricto sensu*, Geheimnisphäre, é abrangida pela anterior que, por ser mais extensa, também a protege. Equivale a um núcleo inviolável (*unantastbarer Kernbereich*), livre de intervenção externa, protegido pela ordem jurídica de forma quase absoluta, que é reconhecido a toda a pessoa. É a mais íntima das esferas e constitui pressuposto para o livre desenvolvimento da personalidade humana, independentemente sua condição social. É para os norte-americanos a *sphere of secrecy*, ou *segretezza* para os italianos.⁵⁸

Este núcleo essencial, condição de desenvolvimento integral e harmonioso da personalidade ética de um ser livre e digno, seria inviolável, gozando de proteção absoluta contra as intromissões das instâncias formais de controle ou de particulares e estaria subtraído à idéia de ponderação de interesses e valores, no dizer de João Conde Correia.⁵⁹

Segundo Paulo José da Costa Junior:

em correspondência com sua natural divisão em ser individual e ser social, o homem vive como personalidade em esferas diversas: numa esfera individual e noutra esfera privada. Assim, o homem, como pessoa, procura satisfazer dois interesses fundamentais: enquanto indivíduo, o interesse por uma livre existência; enquanto co-partícipe do consórcio humano, o interesse por um livre desenvolvimento na vida de relação.⁶⁰

O autor italiano Vittorio Frosini⁶¹ define a privacidade como o retiro temporal de um sujeito que se separa da sociedade voluntariamente, com todo tipo de meios

⁵⁷ CORREIA, João Conde. *Qual o Significado de Abusiva Intromissão a Vida Privada...*, “in” Revista do Ministério Público n° 79, Lisboa, p. 48, em nota de rodapé.

⁵⁸ Cf. Gilberto Haddad Jabur, op. Cit., p. 257.

⁵⁹ Idem, ibidem, p. 48, em nota de rodapé.

⁶⁰ *O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade*, p. 30.

⁶¹ Este distingue quatro etapas dentro da privacidade: solidão (impossibilidade física de contatos materiais), intimidade (pequenas relações em grupos reduzidos de caráter familiar), anonimato (exposição ao contato com pessoas não desejadas) e reserva (criação psicológica de obstáculos para evitar instruções), “in” *Il Diritto Nella Società Tecnologica*. Milão: Giuffrè, 1981.

psicológicos ou físicos. Por intimidade entende aquela fase da privacidade, na qual o sujeito se encontra situado em um grupo reduzido em que cabem uma série de relações como as derivadas da esfera familiar ou conjugal.⁶²

Carlo Emílio Traverso denomina o direito à intimidade como *diritto alla riservatezza* desde a década de quarenta e registra que o expoente doutrinário sobre o assunto na Itália é Adriano de Cupis.⁶³

Nos Estados Unidos, destacaram-se no estudo do tema os escritores Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandies que, em 1890, publicaram a obra *The Right to Privacy*, em que sustentavam a necessidade de defesa da vida privada contra os abusos da imprensa. A expressão *right of privacy* foi consagrada em 1965, quando a Suprema Corte Declarou no julgamento de caso *Griswold versus Cosmetiant* que aquele direito era reconhecido implicitamente pela Constituição.⁶⁴

O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar está consagrado no artigo 26, n° 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976, com a seguinte redação:

A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.⁶⁵

Também há menção à expressão no capítulo VII, do título II, do Código Penal português, cuja epígrafe é, precisamente, “dos crimes contra a reserva da vida privada” e no artigo 80 do Código Civil.

⁶² VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, *El Derecho a la Privacidad...*, p. 520.

⁶³ Carlo Emílio Traverso, em seu ensaio *Riservatezza e diritto al rispetto della vita privata*, publicado na Rivista de Diritto Industriale 27-43, de 1963, propõe que o direito ao respeito à vida privada deveria ser classificado à luz da norma de Direito Internacional, como um direito à liberdade, de conteúdo negativo, que tem por escopo evitar a ingerência da autoridade pública no gozo de uma liberdade individual. Seu argumento repousa na alínea 2ª do art. 8º da Convenção Européia, que foi adotada na Itália pela Lei 848, de 04.08.1955.

⁶⁴ FREGADOLLI, Luciana. *O Direito à Intimidade*. “In” Cadernos de Direito Constitucional n° 19, p. 210.

⁶⁵ MOTA PINTO, Paulo C. C. *A Protecção da Vida Privada e a Constituição*, p. 155.

A proteção de uma área privada de reserva permite o reconhecimento do domínio do indivíduo sobre a sua vida particular e exclui a intromissão da sociedade e do governo nesse ambiente.

Manuel da Costa Andrade divide a expressão privacidade-intimidade em sentidos material e formal. No primeiro sentido a expressão permite compreender:

a natureza ou conteúdo específico dos eventos ou vivências que determina a sua pertinência à esfera e ao regime do correspondente bem jurídico-penal. É seguramente a esta privacidade em sentido material que a Constituição da República (portuguesa) empresta o reconhecimento, o sancionamento e a proteção do artigo 26º, nº 1 ('reserva da intimidade da vida privada').⁶⁶

A privacidade em sentido formal:

é definida a partir de um 'tabu formal' de segredo e reserva, a coberto do qual as pessoas podem colocar determinados processos de ação e comunicação e cuja violação é punida de per si, independentemente do conteúdo das informações ou da natureza dos dados devassados. Digno de pena, sob este ponto de vista, não é quem lesa um interesse material do outro na preservação do segredo, mas antes quem atinge a pretensão do outro em que sejam respeitadas as barreiras preordenadas à tutela da sua própria esfera bem como o seu direito exclusivo de disposição sobre essa esfera.⁶⁷

Celso Lafer defendeu o direito à intimidade como um dos direitos humanos implicitamente reconhecidos pela Emenda Constitucional de 1969, por força do parágrafo 36, do artigo 153, e aponta como primeira referência explícita no ordenamento nacional, o artigo 49, da Lei 5250/67. Consta da Lei de Imprensa a responsabilidade civil nos casos de calúnia e difamação, se o fato imputado, ainda que verdadeiro, disser "respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público".⁶⁸

Verifica-se que as dificuldades para estabelecer os conceitos desses vocábulos, em parte decorrem da dificuldade de percepção desses direitos e de seus bens jurídicos, às constantes oscilações culturais sobre os limites do público e privado e à

⁶⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*, p. 92.

⁶⁷ Idem, *ibidem*, p. 92.

⁶⁸ *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*, p. 240.

complexidade das relações sociais.⁶⁹ Esta seara pessoal e reservada apresenta, ao menos, dois níveis de maior ou menor exposição ao público, que merecem a proteção normativa.

Conforme exposto, o constituinte brasileiro reconheceu e procurou proteger essas esferas ou graus com a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada no artigo 5º, inciso X, da Constituição.

Neste trabalho, os conceitos não serão tratados como sinônimos. Apesar de próximos e semelhantes, serão consideradas as diferenças tênues de conteúdo, forma e extensão, bem como suas eventuais relações e preponderância no sistema normativo. Segue-se, então, a tendência de considerar a intimidade como âmbito mais reservado da vida privada, no qual a pessoa possa desenvolver sua personalidade livre de qualquer interferência. Já as expressões direito à privacidade, ou direito de privacidade, serão empregadas para designar a proteção jurídica de uma área maior da vida particular, na qual a pessoa mantenha relações diversas, de acordo com sua livre escolha, incluindo-se aí os negócios bancários e financeiros.

1.9 Fundamento da inviolabilidade da privacidade em textos internacionais

O Direito ao sigilo ou à inviolabilidade da privacidade ainda encontra respaldo internacional por força do conteúdo dos parágrafos 2º e 3º, do artigo 5º da Constituição, que expressamente determina:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁶⁹ Cf. LAFER, Celso, *A Reconstrução dos Direitos Humanos...*, p. 243.

Neste ponto a Constituição é compatível com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Onu, de 1948, da qual o Brasil é signatário. Consta de seu artigo 12 que **ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada**, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda pessoa tem direito à proteção da lei.

Ainda na órbita internacional, é digno de registro o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida por *Pacto de San José da Costa Rica*, de 1969, integrado ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 678, de 06 de novembro de 1992.⁷⁰ Em especial o artigo 11, que trata da proteção da honra e da dignidade:

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
- Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.⁷¹

A título de comparação Elimar Szaniawski escreve que o Conselho da Europa adota como definição de direito ao respeito da vida privada, o conceito elaborado por sua Assembléia Consultiva, nos termos de sua Resolução 428, de 23.01.1970, no parágrafo C, n°s 2 e 3, que estabelecem:

O direito ao respeito da vida privada consiste essencialmente em poder se levar sua vida como se entende com o mínimo de ingerências. Ele diz respeito à vida privada, à vida familiar e à vida do lar, à integridade física e moral, à honra e à reputação, ao fato de não ser apresentado sob um falso aspecto, à não divulgação de fatos inúteis e embaraçosos, à publicação sem autorização de fotografias privadas, à proteção contra a espionagem e às indiscrições injustificáveis ou inadmissíveis, à proteção contra a utilização abusiva de comunicações privadas, à proteção contra a divulgação de informações comunicadas ou recebidas confidencialmente por um particular. Não podem se prevalecer do direito à proteção de sua vida privada as pessoas que, por suas próprias atitudes, encorajaram indiscrições das quais elas venham a se queixar posteriormente. O respeito à vida privada de uma pessoa ligada à vida pública levanta um problema particular. A fórmula 'a vida privada pára onde começa a vida pública' não basta para resolver este problema. As pessoas que representam um

⁷⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e outros. *Teoria Geral do Processo*. 15 ed., p. 85.

⁷¹ Este texto é praticamente igual ao teor do artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução 2200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16.12.1966 e ratificado pelo Brasil 24.01.1992. Cf. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos* ..., p. 364.

papel na vida pública têm direito à proteção de sua vida privada, salvo nos casos em que esta possa ter incidência sobre a vida pública. O fato de que o indivíduo ocupe um lugar na atualidade não o priva do direito ao respeito de sua vida privada.⁷²

Conclui-se com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, segundo o qual:

O conceito de privacidade não pode ser definido de forma exaustiva, devendo entender-se desde uma perspectiva ampla, já que se incorreria em um erro manifesto, se se limitasse a uma esfera de intimidade pessoal, da qual se excluísse absolutamente o mundo exterior. É possível deduzir das sentenças citadas por dito Tribunal uma diferença destacável entre as noções de privacidade e intimidade: o maior âmbito de alcance daquela em respeito a esta, distinguindo distintos níveis de intimidade dentro da privacidade.⁷³

1.10 Natureza jurídica do sigilo bancário: direito de privacidade

Natureza significa aquilo que constitui um ser em geral, essência de um ser ou de uma coisa, ou mesmo um conjunto das propriedades de um ser organizado ou constituição de um corpo. A natureza jurídica de um instituto representa, assim, o conjunto de suas propriedades dentro de um sistema de Direito organizado.

Verifica-se que o sigilo bancário é um exemplo de concretização do direito à privacidade previsto na Constituição. É o direito ao sigilo bancário uma espécie do gênero direito de privacidade. O sigilo, por si só, não é um direito constitucional. O sigilo encontrará respaldo constitucional se e quando o seu objeto e o seu sujeito ativo receberem a proteção da constituição, como é o caso do direito à privacidade, considerado inviolável nos termos do artigo 5º, inciso X.

⁷² SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*, p. 119.

⁷³ VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, *El Derecho a la Privacidad ...*, tradução livre de “*el concepto de privacidad no puede ser definido de forma exhaustiva, debiendo entenderse desde una perspectiva amplia, ya que se incurriría en un error manifiesto si se limitara a una esfera de intimidad personal de la que se excluyera absolutamente el mundo exterior. Es posible deducir de las sentencias dictadas por dicho Tribunal una diferencia destacable entre las nociones de privacidad e intimidad: el mayor ámbito de alcance de aquélla con respecto a ésta, distinguiendo distintos niveles de intimidad dentro de la privacidad.*”, p. 520.

É indispensável assinalar para a compreensão deste estudo que o substantivo sigilo é distinto do adjetivo bancário, mesmo que figurem reunidos em complemento na maior parte deste trabalho.

O sigilo recebe a qualificação de bancário quando protege algo que contenha esta característica, assim como haverá o sigilo das comunicações telefônicas, em razão da proteção dispensada a este meio ou mesmo o sigilo das investigações nos termos do artigo 20 do Código de Processo Penal. Logo, o sigilo poderá proteger diversos objetos.

Do latim “*sigillum*” (marca pequena, sinalzinho, selo), o termo sigilo é empregado muitas vezes com a mesma significação de segredo. No entanto, imperando nele a idéia de algo que está sob selo, ou sinete, o sigilo expressa um meio ou instrumento de que se servem os interessados para manter íntegro o desconhecimento de um fato que não pode nem deve ser violado.⁷⁴

Com o afastamento do sigilo, o segredo toma-se desprotegido.⁷⁵ O segredo bancário é o objeto de proteção do sigilo. O sigilo é o manto protetor que envolve o segredo bancário.

A quebra do sigilo significa, então, a sua vulneração, de forma a atingir o segredo daquilo que é bancário e constitui-se em seu objeto de proteção. Este objeto será descrito nos próximos itens deste capítulo e, desde já, pode ser identificado como o complexo de relações mantidas por pessoas naturais ou jurídicas com as instituições bancárias em razão de intermediação financeira.

Estas relações poderão ser representadas pelo conjunto de dados pessoais, informações econômicas e financeiras e documentos que registram estas condições.

⁷⁴ DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, Vol. IV, p. 231.

⁷⁵ Assim como distinguimos a expressão “sigilo” como meio de proteção do “objeto” bancário, Marco Antonio de Barros distingue “sigilo” de “segredo”, considerando o primeiro como instrumento de proteção e o segredo como o objeto da proteção: “*in*” *A Busca da Verdade no Processo Penal*, tese de Doutorado aprovada no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 304.

Neste trabalho a expressão sigilo sobre operações e serviços financeiros será considerada um gênero, do qual é espécie o sigilo bancário. Não obstante esta distinção, registre-se que o sigilo financeiro, assim como o bancário, encontram idêntica disciplina na atual Lei Complementar 105/2001.

1.11 Direito ao sigilo bancário

Robert Alexy ao tratar dos conceitos de direito, registra o entendimento segundo o qual:

os direitos são relações jurídicas. Quiçá a relação jurídica mais importante é a de pretensão-direito. Esta é uma relação normativa entre três elementos: quem detém um direito (a), a quem se dirige o direito (b), e o conteúdo do direito (c).⁷⁶

Ultrapassadas as teorias que compreendem o sigilo bancário apenas como um dever ou obrigação unilateral, afigura-se mais abrangente a noção de direito ao sigilo bancário, do qual derivam naturalmente as obrigações das instituições bancárias, de seus empregados e os deveres de outros agentes públicos quanto a manutenção do segredo.⁷⁷

Sujeito ativo desse direito será a pessoa que iniciar tratativas ou chegar a contratar algum serviço ou efetuar operação bancária.

Este entendimento permite considerar o sigilo como uma proteção contra a violação de determinados documentos, informações econômicas e dados pessoais, que denominaremos seu objeto de proteção ou, simplesmente, objeto do sigilo bancário. Esta

⁷⁶ *Derecho y Razón Práctica*, tradução espanhola de Manuel Atienza. Tradução livre para a Língua Portuguesa: “*los derechos son relaciones jurídicas. Quizá la relación-derecho mas importante es la de pretensión-derecho. Esta es una relación normativa entre tres elementos: quien detenta un derecho (a), a quien se dirige el derecho (b), y el contenido del derecho (c).*”, p. 22 e 23.

⁷⁷ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*, p. 66: “A conduta é um fato-de-relação. É interpessoal ou intersubjetiva. Desdobra-se como ação ou omissão, que percute na conduta de outrem. É qualquer outra pessoa. Não outra coisa. A relação imediata sujeito/coisa só é juridicamente relevante se imediatamente existe a relação sujeito a sujeito. O direito é relacional porque é um fato social e o fato social é interacional”.

proteção poderá ser identificada juridicamente como um direito subjetivo,⁷⁸ ao qual correspondem diversos deveres e, ou, obrigações.

Como direito ⁷⁹ o sigilo decorre de sua previsão normativa no artigo 1º, da Lei Complementar nº 105/2001, que estabelece que “as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”.

Entre as instituições bancárias e seus clientes forma-se uma relação jurídica que estabelece direitos e obrigações recíprocas.⁸⁰ Também haverá a relação jurídica entre o titular do direito ao sigilo bancário e aqueles que exercem funções públicas de fiscalização das relações bancárias.⁸¹

A criação da relação jurídica ⁸² negocial entre clientes e instituições bancárias concretiza o direito constitucional de privacidade, na espécie sigilo bancário. Ao propor estas relações financeiras, a pessoa natural ou jurídica estará comunicando seus dados, documentos e informações econômicas ao banco. A instituição bancária, por meio de seus diretores e empregados, ao tomar conhecimento destes dados, informações e documentos, tornar-se-á responsável por sua proteção. Além da segurança física e ostensiva dos cofres e paredes, o banco, através de seus funcionários e colaboradores,⁸³ deverá resguardar o segredo

⁷⁸ Ensina Miguel Reale que: Direito subjetivo, no sentido específico e próprio deste termo, só existe quando a situação subjetiva implica a possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem. O núcleo do conceito de direito subjetivo é a pretensão (*anspruch*), a qual pressupõe que sejam correspectivos àquilo que é pretendido por um sujeito e aquilo que é devido pelo outro (tal como se dá nos contratos) ou que pelo menos entre a pretensão do titular do direito subjetivo e o comportamento exigido de outrem haja certa proporcionalidade compatível com a regra de direito aplicável à espécie. “In” *Lições Preliminares de Direito*, p. 261.

⁷⁹ Miguel Reale Junior empregou a expressão Direito ao Sigilo Bancário em seu parecer publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 39, p. 252.

⁸⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*, p. 16.

⁸¹ Defende Hans Kelsen que : “assim como direito subjetivo não é o interesse protegido pelas normas jurídicas mas a proteção que consiste nestas mesmas normas, também a relação jurídica não é uma relação de vida que seja extrinsecamente regulada ou determinada pelas normas jurídicas como se fosse um conteúdo vestido pela forma jurídica, mas esta mesma forma, quer dizer, uma relação que somente é constituída, instituída ou criada pelas normas jurídicas.” “In” *Teoria Pura do Direito*, p. 187.

⁸² REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, p. 216: “Dois requisitos são, portanto, necessários para que haja uma relação jurídica. Em primeiro lugar, uma relação intersubjetiva, ou seja, um vínculo entre duas ou mais pessoas. Em segundo lugar, que esse vínculo corresponda a uma hipótese normativa, de tal maneira que derivem consequências obrigatórias no plano da experiência.”.

⁸³ Exemplo: auditores externos, advogados e peritos.

deste objeto que lhe foi lícitamente conferido. Caso este objeto seja divulgado ou empregado indevidamente, sem o consentimento de seu titular, estará caracterizada a ilicitude decorrente da violação do sigilo bancário e do direito constitucional de privacidade.

1.12 Sujeitos do sigilo bancário

Para ser sujeito de direitos basta nascer com vida, conforme preceitua o atual Código Civil.⁸⁴ Segundo Hans Kelsen “é sujeito jurídico, segundo a teoria tradicional, quem é sujeito de um dever jurídico ou de uma pretensão ou de uma pretensão ou titularidade jurídica (*Berechtigung*)”.⁸⁵

O ser sujeito-de-direito, o ter uma coisa, fato ou pessoa uma qualificação jurídica só tem cabimento no interior de um sistema normativo de direito positivo, que é um sistema de relações intersubjetivas: o ordenamento é a realização desse sistema de normas. Por isso, ninguém é sujeito-de-direito sem sê-lo na modalidade de sujeito ativo, ou de sujeito passivo, sem o ser atualmente, ou sem a potencialidade de sê-lo.⁸⁶

A pessoa que procura uma instituição bancária para iniciar tratativas sobre negócios é o titular do direito à privacidade sobre seus dados e informações. Esta pessoa pode ser natural ou jurídica. A pessoa natural e a jurídica de direito privado, bem como a pessoa jurídica de direito público poderão figurar como sujeitos de direito ao sigilo, em relações jurídicas com as instituições bancárias. Ocorre que apenas em situações excepcionais a última poderá invocar este direito, visto que o artigo 37 da Constituição determina que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do

⁸⁴ Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

⁸⁵ *Teoria Pura do Direito*, p. 188.

⁸⁶ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*, p. 72.

Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da moralidade e da publicidade, entre outros.

No outro polo da relação jurídica encontrar-se-á a instituição bancária, já definida no começo deste capítulo, bem como os seus empregados e colaboradores, tais como auditores externos, advogados e outros possíveis prestadores de serviços.

Mas não são apenas estes os sujeitos intervenientes na relação jurídica que envolve o direito ao sigilo bancário. Diversos agentes públicos, principalmente do Banco Central do Brasil ou da Receita Federal, no exercício de suas funções de fiscalização poderão obter acesso ao objeto secreto da relação bancária, conforme permite a Lei 105/2001. Estes agentes deverão respeitar o direito ao sigilo do respectivo titular e, nestas circunstâncias, também figurarão no pólo passivo da relação sigilosa.

Além dos sujeitos ativo e passivo, Miguel Reale aponta mais dois elementos para a configuração da relação jurídica: o vínculo de atributividade e o objeto.

Conforme exposto, é o vínculo de atributividade, que confere a cada um dos sujeitos da relação jurídica bancária o poder de pretender ou exigir algo determinado ou determinável. Neste ponto, é direito do cliente exigir o sigilo de suas contas, movimento, empréstimos e de outros serviços bancários à instituição financeira.

Assim, se faz necessário, agora, dimensionar o objeto de proteção do sigilo bancário, pois nem tudo que é bancário é inviolável. Há diversas operações envolvendo bancos, tais como protestos, registro de hipotecas em cartório, liquidações extrajudiciais, *disclosure*,⁸⁷ balanços e diversos fatos relevantes que, ao contrário do segredo, precisam ser divulgados ao público em geral.

⁸⁷ Atividade de uma empresa consistente em divulgar suas informações econômicas e financeiras ao público em geral, principalmente aos acionistas e aos participantes do mercado de capitais.

1.13 Objeto do direito ao sigilo bancário⁸⁸

O objeto da proteção do sigilo bancário são as relações jurídicas entre os sujeitos identificados no item anterior, dentro das quais trocam-se e comunicam-se dados, informações e documentos próprio desses negócios.⁸⁹

Tendo em vista o direito ao sigilo bancário da própria instituição financeira frente às demais pessoas e autoridades, também deverão ser considerados objeto do sigilo bancário, as informações econômicas e financeiras da instituição como um todo — independentemente da identificação do movimento financeiro individual de cada um de seus clientes — e o seus documentos que contenham registros sobre essa realidade ou que representem esses mesmos dados e informações.

A expressão sigilo bancário compreende o dever de segredo sobre as seguintes operações e serviços financeiros,⁹⁰ nos termos do artigo 5º, parágrafo 1º, da Lei Complementar n° 105/2001:

- I. Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:
- II. depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;
- III. pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;
- IV. emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;
- V. resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;
- VI. contratos de mútuo;
- VIII. descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;
- IX. aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;
- XI. aplicações em fundos de investimentos;
- XII. aquisições de moeda estrangeira;
- XIII. conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;

⁸⁸ O artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei 9034/95, emprega a expressão “objetos do sigilo” com este mesmo sentido.

⁸⁹ Art. 2º, III, da Lei 9034/95 faz menção expressa a dados, documentos e informações bancárias.

⁹⁰ MORAES, Maurício Zanoide. *Sigilo Financeiro, “in” Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 2982: “A defesa dos direitos do consumidor insere-se nas funções institucionais do Ministério Público. Os serviços e produtos oferecidos pelas instituições financeiras são considerados do gênero consumo, *ex vi* do art. 3º, parágrafo 2º, do CDC. Logo, quando na defesa dos direitos dos usuários de tais produtos e serviços, lícito é ao Ministério Público requisitar documentos, tais como cópias de contratos de adesão utilizados pela instituição e informações sobre os encargos financeiros cobrados, dados esses que não se enquadram cure os protegidos pelo sigilo bancário, porque acessíveis a todos os clientes. Recurso conhecido e provido. STJ, 5a. Turma, Resp. 209.259 DF, Rel. José Arnaldo da Fonseca, DIU 05 .03.2001”.

- XIV. transferências de moeda e outros valores para o exterior;
- XV. operações com ouro, ativo financeiro;
- XVI. operações com cartão de crédito;
- XVII. operações de arrendamento mercantil; e
- XVIII. quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

Conforme Arnaldo Rizzardo :

A atividade principal dos bancos se desenvolve nas chamadas operações bancárias, consistentes em conceder empréstimos, receber valores em depósito, descontar e redescotar títulos, abrir créditos, enfim, na realização da série de atos próprios para a consecução de sua finalidade econômica”. “...o significado envolve, também, a contabilização de todos os valores que ingressam e saem do banco, com a escrituração, de modo a não permitir margem a dúvidas quanto ao seu montante, ao vencimento, aos encargos inerentes e as amortizações. Abrange a contabilização das relações entre o banco e os clientes.⁹¹

1.14 Dados pessoais, documentos, informações e bens⁹²

Na Era das Informações os dados pessoais e as informações econômicas ostentam inegável importância na sociedade e podem ser considerados bens jurídicos diversos, na medida em que representam objetos diferentes.

O Regulamento (CE) nº 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2000, relativo à proteção das pessoas singulares, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados, dispõe em seu artigo 2º sobre a definição de dados pessoais:

para efeitos do presente regulamento, entende-se por “dados pessoais”, qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, adiante designada “pessoa em causa”. É considerado identificável quem possa ser identificado, directa ou indirectamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social.⁹³

⁹¹ *Contratos de Crédito Bancário*, p. 14.

⁹² O artigo 2º, III, da Lei 9034/95, emprega os vocábulos “dados, documentos e informações bancárias”

⁹³ Publicado no Jornal Oficial da Comunidade Europeia nº L 008 de 12/01/2001 p. 0001 — 0022, cf. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/oj/2001/l_008/l_00820010112pt00010022.pdf, acesso em 30.04.2007.

Enquanto característica, os dados exprimem a identidade da pessoa, por meio da assinalação de elementos formadores da individualidade. Assim, os dados pessoais podem ser naturais ou civis. Os naturais são inatos e referem-se à compleição física, à ascendência, ao código genético, eventuais defeitos e peculiaridades morfológicas. Os civis decorrem das relações humanas. Temos o nome,⁹⁴ a paternidade adotiva, os registros em escolas, hospitais, delegacias de polícia, estabelecimentos comerciais, códigos de identificação no ambiente de trabalho, em meios de comunicação como internet e telefonia, em documentos como a cédula de identidade, o título eleitoral e outros.⁹⁵

A Resolução 2747, de 28 de junho de 2000, do Banco Central do Brasil determina em seu artigo 1º que, para abertura de conta de depósitos é obrigatória a completa identificação do depositante. Exige-se, pelo menos, as seguintes informações para as pessoas físicas: nome completo, filiação, nacionalidade, data e local do nascimento, sexo, estado civil, nome do cônjuge, se casado, profissão, documento de identificação e número do CPF. Para as pessoas jurídicas exige-se a razão social, identificação da atividade principal, forma e data de constituição, documentos que qualifiquem e autorizem os representantes, mandatários ou prepostos a movimentar a conta, número do cadastro nacional de pessoa jurídica e atos constitutivos devidamente registrados.⁹⁶

Também integram o objeto do direito ao sigilo bancário as informações sobre a situação econômica das pessoas naturais e jurídicas constantes nos diversos e muitos documentos em poder das instituições financeiras. Ainda que não seja uma informação

⁹⁴ Segundo o Código Civil em seu artigo 16, toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o patronímico.

⁹⁵ Alfredo Chirino Sánchez aponta o exemplo alemão, de Lei Federal de Proteção de Dados: Bundesdatenschutzgesetz “BDSG”, 2, párrafo 1, segundo o qual, “*son datos referidos a las personas ‘aquellas entradas individuales (Einzelangaben) sobre relaciones personales o profesionales de una persona natural determinada o determinable. Aquí se cuentan, precisamente, el nombre, el título académico, los días de nacimiento, profesión u oficio, dirección y teléfono, y en general todas las referencias que permitan hacer una declaración sobre el afectado. Pero también son ‘entradas individuales’ todo aquello que se refiera a la situación financiera y de crédito del ciudadano, o las calificaciones obtenidas en sus estudios*”. “In” *Algunas Reflexiones Acerca de la Tutela Penal de la Autodeterminación Informativa, Nueva Doctrina Penal*, p. 110.

⁹⁶ V. art. 64 da Lei 8383, de 30 de dezembro de 1991.

completa da realidade econômica e financeira do titular do direito ao segredo, mesmo assim deverá haver o respeito ao sigilo.

A importância destes dados já era reconhecida pela Lei 3099, de 24 de fevereiro de 1957, que foi um dos primeiros textos de lei a dispor sobre o funcionamento de estabelecimentos de informações reservadas ou confidenciais, comerciais ou particulares no Brasil. Seu artigo 2º exigia que todas as informações fossem prestadas por escrito em papel com o nome do estabelecimento, da sociedade e, por extenso, o de um gerente ou diretor.⁹⁷

A prestação de informações restritivas de crédito foi disciplinada pela Lei nº 9492, de 10 de setembro de 1997 (art. 29) e pela Lei nº 9841, de 05 de outubro de 1999 (art. 40), que regulamentou o Protesto de Títulos e de Outros Documentos de Dívida em todo o país. Esta nova legislação limita a prestação das informações restritivas de crédito somente aos títulos e outros documentos de dívidas, que tenham sido regularmente protestados e cujos registros não foram cancelados.⁹⁸

São os destinatários da referida norma legal, os cartórios de protestos e as entidades representativas da indústria e do comércio ou àquelas vinculadas à proteção do crédito, tal como a SERASA,⁹⁹ que é mantida pelas instituições financeiras.

Pela leitura da legislação ordinária, os representantes dos cartórios de protestos passaram a defender que, dos cadastros ou bancos de dados das entidades representativas da indústria e do comércio ou àquelas vinculadas à proteção ao crédito,

⁹⁷ Essa lei foi regulamentada pelo Decreto nº 50532, de 03 de maio de 1961 e havia a exigência expressa de comunicação de todas as informações exigidas pelas autoridades policiais. Cf. “in” Código Comercial Brasileiro, edição de 1985, Sugestões Literárias, p. 135 e 136.

⁹⁸ Instituto de Estudos de Protestos de Títulos do Brasil. *Depende de Protesto Extrajudicial a Prestação de Informação Restritiva de Crédito*. “In “: Tribuna do Direito, ano 9, nº 104, p. 5, São Paulo, dezembro de 2001.

⁹⁹ A SERASA foi criada em 1968 pelos bancos, é uma das maiores empresas de análises e informações econômico-financeiras e cadastrais do mundo e atua com completa cobertura nacional e internacional. Conta com um quadro de pessoal de cerca de 1800 profissionais, um moderno centro de telemática e encontra-se presente em todas as capitais e principais cidades do Brasil. Fonte: www.serasa.com.br, acesso em 25.11.2002.

somente poderão ser prestadas informações restritivas de crédito oriundas de títulos ou documentos de dívidas regularmente protestados, cujos registros não foram cancelados.¹⁰⁰

Todavia, o parágrafo 3º, do artigo 1º da Lei Complementar 105/2001, ampliou a possibilidade de intercâmbio dessas informações sem a necessidade de protesto, ao estabelecer que não constitui violação do dever de sigilo:

- I. a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;
- II. o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil.

Desta forma, o legislador permite que as instituições bancárias divulguem entre si informações econômicas próprias de seus clientes e que deveriam ser protegidas pelo sigilo bancário. Contribuiu ainda para a ampliação da autonomia das instituições financeiras, visto que não necessitarão recorrer a um órgão público para a defesa preventiva de suas linhas de crédito. Se isso implica em economia de despesas com protestos, ao mesmo tempo revela uma limitação aos direitos dos consumidores de seus serviços, principalmente quanto ao sigilo bancário. Isto porque o sigilo e o seu objeto de proteção não integram o patrimônio dos bancos, nem figuram no rol de seus direitos exclusivos, de modo a permitir-lhes negociá-los com irrestrita liberdade.

Este sistema permite às instituições financeiras um razoável controle sobre a imagem econômica de seus clientes, independentemente de qualquer controle e afigura-se um ataque contra o equilíbrio que deveria haver nas relações jurídicas entre sujeitos ativos e passivos em operações bancárias.¹⁰¹

¹⁰⁰ In www.protesto.com.br, acesso em 25.11.2002.

¹⁰¹ MORAES, Maurício Zanoide. *Sigilo Financeiro, "in" Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 2982: 'Informação prestada por estabelecimento bancário à autoridade policial, indicando que o acusado é titular de determinada conta corrente, não caracteriza violação de sigilo bancário, pois violar tem o significado de penetrar, invadir, arrombar ou devassar, sendo certo que eventual devassa ocorreria se detalhes da conta, como depósitos, saques e aplicações viessem à tona. TACrun SP, 11a Câmara, Ap. 1160245-4, Rel.

Também será objeto da proteção do sigilo bancário uma série de documentos: títulos, dinheiro, contratos, cadastros, extratos de movimento financeiro, anotações sobre saldos, livros e registros contábeis, bem como qualquer outro documento envolvido com a relação jurídica.¹⁰²

Com a moderna tecnologia, hoje já se fala em documento eletrônico. Esta espécie de documento também poderá integrar o segredo bancário e deverá ser protegido pelo sigilo financeiro. Diante dos termos do artigo 10, da Medida Provisória 2200-2, de 24.08.2001, reeditada diversas vezes¹⁰³:

consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória. Parágrafo 10 . As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do artigo 131 da Lei 3071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil.

E não é só. Muitas vezes, certos bens são depositados em cofres de instituições bancárias por razões de segurança ou de garantia. Estes mesmos bens deverão ser mantidos em segredo.

Por outro lado, as gravações realizadas pelos sistemas de vigilância nos saguões e caixas automáticos não são protegidas pelo sigilo bancário, pois não constituem dados, documentos ou bens negociados entre clientes e bancos e nem caracterizam as operações financeiras pertinentes.

Ainda que se equipare o filme gravado a documento, a película audiovisual não contém dados ou informações secretas. São imagens de locais públicos, acessíveis a

José Habice, DJE 18.02.2000”.

¹⁰² A Lei 4595/64, estabelecia em seu revogado artigo 38 que: “parágrafo 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso...; parágrafo 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo...”.

¹⁰³ A Medida Provisória 2200-2 ainda está em vigor neste ano de 2007, pois as novas disposições constitucionais, decorrentes da Emenda nº 32, são aplicáveis apenas às medidas provisórias editadas após a sua entrada em vigor, ou seja, após 11 de setembro de 2001.

qualquer um e, portanto, aos agentes públicos em geral. Não há intimidade ou privacidade a resguardar na conduta de quem caminha ou se movimenta em área comercial aberta ao público.

Trata-se de simples atividade de defesa e segurança dos bancos, cujos registros em filme poderão ser disponibilizados às autoridades policiais, independentemente de autorização judicial.

1.15 Meios de comunicação e o objeto do sigilo bancário

O objeto do sigilo bancário pode tomar-se objeto de meios de comunicações. Assim, os dados pessoais, documentos e informações econômicas podem circular pelos diversos meios de comunicação em cumprimento das disposições próprias da relação jurídica bancária.

Nesta hipótese, o objeto antes protegido apenas com o sigilo bancário passa a receber também a proteção constitucional e legal própria dos meios de comunicação, visto que não interessa a natureza do objeto das comunicações para efeito da proteção legal. Importa, sim, proteger a inviolabilidade das comunicações, indistintamente, mantendo a mensagem, ou seja, o objeto num ambiente de privacidade.

1.16 Correspondências¹⁰⁴ e sigilo bancário

Entre os direitos e garantias individuais, a Constituição consagra o sigilo de correspondência no artigo 5º, inciso XII. O Decreto-lei 2848, de 07 de dezembro de 1940,

¹⁰⁴ Art. 47, da Lei 6538/78: Para os efeitos desta lei, são adotadas as seguintes definições: ... correspondência: toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através da via postal, ou por telegrama.

nosso Código Penal, possui o Capítulo VI, que trata dos Crimes contra a Liberdade Individual, dentro do qual situa-se a Seção III, que trata dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência, entre os artigos 151 e 152.

Ocorre que a Lei 6538, de 22 de junho de 1978, que dispõe sobre os serviços postais, ao disciplinar inteiramente os novos delitos contra a inviolabilidade da correspondência em seu artigo 40, revogou tacitamente o artigo 151 do Código Penal. Desse modo, a violação de correspondência ensejará a aplicação da novel legislação.¹⁰⁵

Apesar destas considerações, caso se trate de violação de correspondência entre instituição financeira e seu cliente, que venha a gerar a quebra do sigilo bancário, por seu caráter especial, aplica-se o artigo 10 da Lei Complementar 105/2001 e não a Lei 6538/78.

Para reforçar a preocupação do legislador nacional com a inviolabilidade da correspondência, o Código de Processo Penal estabelece em seu artigo 233 que as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo. E o seu parágrafo único só admite uma exceção: as cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.

1.17 Internet e o sigilo bancário

O desenvolvimento dos meios de comunicação, em especial da telemática¹⁰⁶, permitiu o surgimento do denominado comércio eletrônico na rede mundial “world wide

¹⁰⁵ Nesse sentido: MIRABETE, Julio Fabbrim. *Código Penal Interpretado*, p. 864 e 865: “Nova definição do delito: Violação de Correspondência”. Capitulação no artigo 151, par. 1º, do CP. Dispositivo, entretanto, derogado pelo art. 40, par. 1º, da Lei 6538/78 (RT 564/339); DELMANTO, Celso e outros. *Código Penal Comentado*, p. 286 e 287.

¹⁰⁶ Ciência que trata da manipulação e utilização da informação através do uso combinado de computador e meios de telecomunicação.

web”¹⁰⁷. Tradicionais na vanguarda de emprego de novas tecnologias e atentos às novas demandas, os bancos colocaram à disposição de seus clientes o serviço *home banking*, que proporciona enorme economia e conforto aos usuários.

Mas a modernidade não é sinônimo apenas de benefícios, O crescente aumento de ataques ilícitos realizados na rede mundial, no aspecto tecnológico, decorrem basicamente da falta de segurança nos protocolos utilizados e das falhas de configuração dos servidores. Por tratar-se de assunto de interesse mundial, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional aprovou¹⁰⁸ uma lei modelo sobre o comércio eletrônico, a qual recomenda a todos os Estados, inclusive para a revisão de seus ordenamentos internos, de modo que o direito aplicável, aos meios de comunicação e armazenamento de informação substitutivos daqueles que usavam papel, seja uniforme.

Preocupado com a segurança das comunicações na rede mundial, o governo brasileiro editou a medida provisória nº 2200, nas versões de 27 de julho e de 24 de agosto de 2001, destinada a instituir a Infra-estrutura¹⁰⁹ de Chaves Públicas brasileira (ICP-Brasil), para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.¹¹⁰

¹⁰⁷ O protótipo da rede foi montado em 1969, por Bolt Beranek & Newman e foi denominado Aipanel, em razão dos investimentos da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada, do Departamento de Defesa Norte-Americano. Em meados da década de 70 algumas instituições militares e vinte universidades estavam ligadas na Arpanet. Cf. DERTOUZIOS, Michael, *O Que Será...*, p. 63.

¹⁰⁸ Cf. Lei Modelo da CNUDMI sobre Comércio Eletrônico, aprovada na 85ª Sessão Plenária, de 16 de dezembro de 1996, acessada junto ao *site* <http://www.cbeji.com.br/legislacao/uncitral001es.htm>, conforme acesso em 30.04.2007.

¹⁰⁹ “Numa cidade real as atividades se tomam possíveis graças a uma base compartilhada: a infra-estrutura de ruas para o transporte de pessoas e mercadorias; de cabos e tubulações para movimentar água, eletricidade e contatos telefônicos; de portas, fechaduras e polícia para manter a ordem; de certas convenções sociais, como linguagem e comportamento adequados para facilitar as interações entre os habitantes. Da mesma forma, o Mercado de Informação se organiza a partir de uma infra-estrutura, feita de todas as ferramentas e serviços informáticos que permitam a suas múltiplas atividades funcionar com eficácia e praticidade.” DERTOUZOS, Michael. *O Que Será: Como o Novo Mundo da Informação Transformará Nossas Vidas*, p. 38 e 39.

¹¹⁰ A norma que instituiu a ICP-Brasil, que é baseada na técnica da criptografia assimétrica, não proibiu a utilização de certificados de outra origem. Criou-se um sistema legal com estrutura hierárquica, através do qual as autoridades certificadoras serão consideradas como tal, desde que certificadas por uma autoridade certificadora do governo. As comunicações produzidas neste contexto revestem-se de reconhecimento oficial do

Os velhos interesses humanos vêm gerando crimes contra o patrimônio, por meio de violações do sigilo das comunicações bancárias, de invasão e de utilização indevida de informações e dados secretos, causando, pois, sérios prejuízos morais e materiais. Os chamados crimes de informática exigirão este conhecimento por parte de seus autores e em relação aos investigadores.

Não obstante a singularidade das novas ferramentas, basta o emprego de analogia para constatar a similitude entre o novo meio - que dispensa o tradicional papel - e o da antiga correspondência. Aliás, registre-se que o próprio Código de Processo Penal considera documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares, em seu artigo 232.

Em possível situação de violação dessas comunicações e, portanto, diante da hipótese de invasão da privacidade dos envolvidos, qualquer informação ou dado obtido se revestirá de ilicitude e, portanto, será inadmissível como prova no processo.

II. RESTRIÇÕES LEGAIS AO SIGILO BANCÁRIO NO INÍCIO DA PERSECUÇÃO PENAL PARA OBTENÇÃO DE ELEMENTOS DE PROVA CONFORME O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1 Prova e medida instrumental de restrição ao sigilo bancário

Traçadas as primeiras linhas sobre o sigilo bancário, inicia-se o estudo de sua relação com a prova no processo penal. Tema de muitos estudos¹, o termo prova é constantemente empregado em vários sentidos, principalmente como fonte, meio e objeto². “O termo prova não é unívoco. Em uma primeira acepção, indica o conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos. Num segundo sentido, designa o resultado dessa atividade. No terceiro, aponta para os meios de prova.³ Pode-se, assim, distinguir entre fonte de prova (os fatos percebidos pelo juiz), meio de prova⁴ (instrumentos pelos quais os mesmos se fixam em juízo)⁵ e objeto da prova (o fato a ser provado, que se deduz da fonte e se introduz no processo pelo meio de prova).⁶

¹ Por exemplo: ALMEIDA JR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. 4ª ed., Volume II, p. 07-1 14; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 66-97; GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES F^o, Antonio Magalhães. *As Nulidades do Processo Penal*, 6º ed., p. 117-198; ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 2º ed.; TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. Volume 1, 10ª ed.; TOURINHO F^o, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Volume 3, 9ª ed.; GOMES F^o, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT. ; PALACIO, Lino Enrique. *La Prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penales de Europa*. Tradução de Pablo Morenilla Allard, Espanha: Edijus.

² GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES F^o, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*, 6ª ed., p.117.

³ Com pequena diferença, alguns autores espanhóis também oferecem uma tripartição sobre os sentidos da palavra prova: “Es cierto, como señala Gómez Orbaneja, que ‘la palabra prueba la usa la lengua corriente y el derecho em tres sentidos diferentes’, a saber, ‘la actividad misma..., el medio concreto de la prueba’, y ‘el éxito o logro de la actividad probatoria.. que el hecho o hechos de que se trataba se han probado’. Cf. SÁNCHEZ, Nicolás Martí. *La Llamada Prueba Ilícita y sus Consecuencias Procesales*. “In “: Revista Actualidad Penal, Madrid: La Ley Actualidad, nº 07, p. 146.

⁴ José Frederico Marques aponta equivalência entre fontes e meios: “Meios de prova, como ensina Pontes de Miranda, ‘são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova’. A través deles é que o magistrado forma a sua convicção e as partes procuram demonstrar os fatos que alegaram. *Curso de Direito Processual Penal*, Vol. II, p. 255.

Exposto isto, cuidar-se-á das atividades e instrumentos próprios da persecução penal, ensejadores da restrição ao sigilo bancário e destinados a obter informações e documentos secretos, os quais poderão servir como meios lícitos de prova.

Por tratar-se de assunto que vem ganhando importância só nos últimos tempos, de um modo geral a doutrina nacional não cuida da atividade de acesso ao objeto do sigilo bancário, sob o enfoque do Direito Processual Penal. O Código de Processo Penal não cuida deste meio de prova especificamente. Assim, os operadores do direito lançam mão de diversos instrumentos durante o procedimento probatório, para alcançar as fontes de prova protegidas pela inviolabilidade do sigilo financeiro.

A atividade de acesso ao objeto do sigilo destina-se a obter o seu conteúdo. Este conteúdo consiste em informações, registros, documentos, dados pessoais ou bens de clientes, que se encontram sob a proteção das instituições bancárias. Este conteúdo é comumente uma importante fonte de prova, pois poderá auxiliar na demonstração de movimentos financeiros, relacionados às mais diversas atividades criminosas.

Para efeito da persecução penal, trata-se, então, de uma atividade ou diligência de procura, de busca ao conteúdo do objeto do sigilo bancário. Apesar da atividade de acesso ao objeto do sigilo bancário apresentar variáveis instrumentais, tais como a requisição de informações e documentos, autorização de acesso e acompanhamento de operações bancárias e mesmo a forma de ordem de busca propriamente dita, em todas elas a procura é unia constante. Sua essência é, pois, a de uma busca específica de fontes de prova.

Busca, em uso na linguagem forense, serve para indicar a diligência que tem por objetivo a procura de certa coisa ou pessoa, cuja existência se pretende verificar, ou

⁵ Cf. TORNAGHI, Hélio, *Curso de Processo Penal*, Vol. 1, p. 270: Segundo Hélio Tornaghi, para designar os meios de prova os franceses usam a expressão *moyens de preuve* e os alemães falam *Beweismitteln*, que são as coisas ou ações usadas para pesquisar ou demonstrar a verdade. Meio é tudo aquilo que serve para alcançar um fim, seja o instrumento usado ou o caminho percorrido e a expressão meio de prova significa meio de conhecimento e meio de demonstração.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES Fº, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*, 6ª ed., p. 117e 118.

somente para tal ou para apreendê-la, segundo a ordem emanada da autoridade competente.⁷

Buscar tem o sentido de tratar de descobrir, de encontrar, conhecer, tratar de trazer, adquirir, esforçar-se por.⁸ O Código de Processo Penal em seus artigos 240 a 250 disciplina a busca junto com a apreensão.

Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo escreve que há divergência sobre a natureza jurídica da busca na doutrina, visto que é considerada como meio de prova, instrumento de sua obtenção, ou ainda coação processual lícita.⁹

Conforme exposto, meio de prova é o meio de conhecimento ou de demonstração de fato pertinente à infração penal destinado a formar a convicção judicial. A atividade de acesso ao segredo poderá servir para demonstrar fato pertinente ao crime, de modo a influenciar a convicção do magistrado.

Frederico Marques escreveu que “atos coativos de natureza persecutória são aqueles que se realizam antes da instauração da relação processual, na fase investigatória e informativa que a precede. Tais são, *v. gratia*, as buscas e apreensões que a lei autoriza [...]”.¹⁰ E completa:

Atos coativos de natureza instrutória são aqueles praticados, no processo, para a obtenção de dados e elementos de convicção sobre o fato delituoso e respectiva autoria, bem como sobre a personalidade do acusado, tais como as buscas e apreensões.¹¹

A ordem de acesso ao sigilo e a atividade de pesquisa decorrente constituem medidas instrumentais restritivas ao direito de sigilo do investigado. Neste sentido, a medida instrumental de restrição ao direito, consistente em busca do objeto do sigilo bancário, pode

⁷ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, Vol. 1, p. 341.

⁸ FERREIRA, Aurélio B.H. *Minidicionário Aurélio*, p. 87.

⁹ PITOMBO, Cleunice A.V. B. *Da Busca e Apreensão no Processo Penal*, p. 96.

¹⁰ *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. I, p. 159.

¹¹ *Idem*, *ibidem*, p. 160.

ser considerada uma espécie do gênero coação processual, referida por José Frederico Marques.

Não há porque considerar incompatíveis os sentidos de “meio de prova “medida instrumental restritiva” e de “coação processual” para referir-se à busca do segredo bancário.

Do ponto de vista da jurisdição a ordem de acesso ao segredo bancário consiste em uma coação processual, pela ótica do procedimento probatório, a atividade de busca será um meio de prova e, tendo em vista a figura do investigado, terá havido uma medida de restrição ao seu direito de privacidade. São visões distintas sobre o mesmo objeto examinado.

Deve ser evitada de outro lado, a confusão entre a ordem de restrição e o próprio sigilo bancário. Este é uma proteção legal ordenada em benefício da privacidade das pessoas. A ordem de restrição do sigilo bancário é apenas um entre tantos outros instrumentos legais à disposição de determinadas autoridades, para a produção de prova em conformidade com o Direito Processual Penal.

Também deve ser realçada a diversidade entre medida instrumental de restrição e a prova documental.

O instrumento ordem, consistente em mandado emitido por autoridade, não equivale à prova. A medida restritiva poderá levar ao sucesso na produção do meio de prova ou não. Dependerá do conteúdo dos documentos e informações obtidos. A prova será o documento ou a informação protegidos pelo sigilo bancário, aptos a apurar ou a auxiliar na apuração da veracidade da noticiada infração penal dentro do procedimento persecutório. Como meio de prova, o Código de Processo Penal, cuida dos documentos entre os artigos 231 e 238.¹²

¹² “Nicola Flamarino de Malatesta, em seu clássico *Tratado de Direito Probatório*, classifica as provas segundo

Independentemente destas considerações, a possibilidade de restrição ao sigilo financeiro encontra-se prevista expressamente no artigo 1º, parágrafo 4º, da Lei Complementar 105/2001 que estabelece: “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 [...]”.

Consta ainda no artigo 20, III, da Lei 9034/95¹³ e poderá encontrar supedâneo também nos artigos 240 *usque* 250 do Código Processual Penal.¹⁴

A ordem de restrição do sigilo bancário poderá ser determinada para: a) requisitar informações e documentos secretos, nos termos dos artigos 3º e 4º da Lei Complementar 105/2001; b) permitir o acesso dos órgãos da persecução aos dados e movimento bancário, conforme o artigo 20, III, da Lei 9034/95, e; c) cumprir mandado de busca e apreensão, nas dependências das instituições financeiras, segundo os artigos 240 *usque* 250 do Código Processual Penal, combinado com o artigo 150, parágrafo 4º, III, do Código Penal.

Esta diversidade de instrumentos durante o procedimento probatório encontra respaldo na liberdade dos meios de prova inculpada no artigo 155 do Código de Processo Penal e na legislação processual penal que exige intensas atividades de investigação aos órgãos de persecução, inclusive no sentido de imiscuir-se na vida privada e econômica das pessoas. Entretanto, este acesso, mesmo legal, não poderá ser realizado com abusos durante os procedimentos ou desvios de finalidades

seu objeto, em diretas e indiretas; quanto ao sujeito de que provém, em provas pessoais e reais; finalmente, quanto a forma, em prova testemunhal, prova documental e prova material”, cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da e GOMES, Flávio, *Teoria Geral do Processo Civil*, 2ª ed., p.295.

¹³ Constava também no artigo 34, da revogada Lei 10409/2002.

¹⁴ Poderá ser empregado também o Decreto-lei 1002/69, que instituiu o Código de Processo Penal Militar, e o seu artigo 378, parágrafo 1º, o qual estabelece que “se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento das partes, para a sua juntada aos autos, se possível”.

Há, pois, uma liberdade na procura da verdade real, quer na fase de investigação policial, como se infere dos incisos IV, V, VI, VII, VIII, IX do artigo 6º do CPP, com especial ênfase para o inciso III, que trata de “todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”, quer na fase instrutória, como se deduz do artigo 155. Mas essa liberdade não pode ser absoluta, a ponto de permitir o comprometimento da dignidade humana.

O legislador não ofereceu parâmetros detalhados para a intensa atividade de acesso ao objeto do sigilo bancário na Lei Complementar 105/2001 e na Lei 9034/95. Há que se considerar então, a sua natureza de restrição a direito fundamental e o seu escopo de obtenção de documentos e informações, os quais poderão ensejar não apenas meios de prova para o julgamento do processo de conhecimento condenatório, como também poderão servir de supedâneo para a decretação de eventuais medidas assecuratórias em benefício de vítimas.

Estas atividades persecutórias devem realizar-se, pois, em respeito às garantias do devido processo legal.

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.¹⁵

E, por considerar o sigilo bancário como expressão da norma constitucional de garantia da privacidade das pessoas, tem-se que a sua restrição legal durante as atividades probatórias dos procedimentos de persecução penal, impõe o respeito ao devido processo legal.¹⁶

¹⁵ CINTRA, Antonio C. A., GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, p. 82.

¹⁶ Sobre interpretação constitucional Konrad Hesse ensina que em consonância com o princípio da concordância prática, os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal modo na solução do problema que todos eles conservem sua identidade. Ali onde se produzam colisões não se deve mediante uma precipitada “ponderação de bens” ou inclusive abstrata “ponderação de valores” realizar um a custa de outro. Pelo contrário, o princípio da unidade da Constituição exige um labor de otimização: faz-se necessário

O direito à prova integra a fórmula do devido processo legal.

Nos Estados Unidos da América constitui-se no *right to evidence*, garantido pela cláusula do *due process of law*. Tem afirmação na jurisprudência da Corte Constitucional italiana e da Alemanha. Liga-se o direito à prova estritamente aos direitos de ação e de defesa e à atividade jurisdicional.¹⁷

Decorre destes posicionamentos que o direito à prova se manifesta processualmente através de vários direitos das partes: a) direito de requerer a produção da prova; b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova; c) direito a que, deferida a realização da prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para sua produção; d) direito a participarem da produção da prova, em contraditório; e) direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz; f) direito a que, realizada a prova, possam manifestar-se a seu respeito; g) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador.¹⁸

Hoje, além do tradicional caráter processual do *due process of law*, acentua-se o seu componente substancial.

Exige-se um processo legislativo de elaboração da lei previamente definido e regular, bem como razoabilidade e senso de justiça de seus dispositivos, necessariamente enquadrados nas preceituações constitucionais. Fala-se na face substancial do devido processo legal, que se mostra através da aplicação, ao caso concreto, das normas preexistentes, que não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas.¹⁹

Konrad Hesse escreve que:

a tarefa das limitações de direitos fundamentais é de coordenar mutuamente as condições de vida garantidas pelos direitos de liberdade. A tarefa de concordância prática requer a coordenação proporcional de direitos fundamentais e bens jurídicos limitadores de direitos fundamentais: na interpretação de limitações constitucionais ou da limitação com base em uma reserva legal trata-se de deixar ambos chegar à eficácia ótima. Como os direitos fundamentais, também na medida em que eles estão sob reserva legal, pertencem às partes integrantes essenciais da ordem constitucional, essa determinação proporcional nunca deve ser efetuada em uma forma que prive uma garantia jurídico-fundamental mais do que o necessário, ou até completamente, de sua eficácia na vida da coletividade. A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser *adequada* para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser *necessária* para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser *proporcional* no sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o

estabelecer os limites de ambos os bens a fim de que ambos alcancem uma efetividade ótima. A fixação de limites deve responder em cada caso concreto ao princípio de proporcionalidade; não deve ir mais além do que venha exigido pela realização da concordância entre ambos os bens jurídicos. “In” *Elementos de Direito Constitucional da República Federal...*, p.66 e 67.

¹⁷ TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, p. 66 e 67.

¹⁸ Idem, ibidem, p. 68 e 69.

¹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 44 e 45. No mesmo sentido, TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, p. 18.

significado do direito fundamental. Essa tarefa de coordenação de direitos de liberdade e outros bens jurídicos está claramente reconhecida na prática judicial do Tribunal Constitucional Federal.²⁰

A ausência de previsão literal do princípio da proporcionalidade na Constituição brasileira não impede o seu reconhecimento como integrante do ordenamento nacional. Semelhante situação ocorre em terras espanholas e mesmo assim tal princípio vem sendo aplicado naquela parte da península ibérica, conforme preleciona Cuellar-Serrano:

Semelhante omissão, sem embargo, não é relevante, dado que a Constituição espanhola é norma de aplicação direta e o princípio de proibição de excesso encontra seu apoio normativo em preceitos constitucionais que garantem os direitos fundamentais. Tampouco na República Federal da Alemanha, por outra parte, o Código Processual Penal menciona expressamente o princípio de idoneidade e, sua vigência, derivada da Lei Fundamental, é aceita sem dificuldade.²¹

Registre-se outrossim que a Constituição nacional, assim como as aludidas, integram o mesmo movimento político intitulado Constitucionalismo, o qual, entre outros fundamentos, assentou a existência de direitos fundamentais com o objetivo explícito de restringir e controlar os poderes governamentais.²²

2.2 Princípio da proporcionalidade

2.2.1 Origem, natureza e subprincípios

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo originou-se do problema da limitação do poder executivo, sendo considerado medida para as restrições administrativas da liberdade individual, já no século XVIII na Europa.

²⁰ Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, p. 255 e 256.

²¹ CUELLAR SERRANO-Nicolas Gonzales. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 155. Tradução livre de: “*semelhante omisión, sin embargo, no es relevante, dado que la C.E. es norma de aplicación directa y el principio de prohibición de exceso encuentra su apoyo normativo en los preceptos constitucionales que garantizan los derechos fundamenta/es. Tampoco en la R.F.A., por otra parte, la St.P.O. menciona expresamente el principio de idoneidad y, su vigencia, derivada de la Ley Fundamental, es aceptada sin dificultad*”.

²² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 169.

A partir do século XIX ele foi introduzido no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia.

Na qualidade de regra de razoabilidade — *rule of reasonableness* — desde cedo começou a influenciar a jurisprudência dos países de *Common Law*. Através da regra da razoabilidade, o juiz tentava avaliar caso a caso as dimensões do comportamento razoável tendo em conta a situação de facto e a regra do precedente. Hoje, assiste-se a uma nítida europeização do princípio da proibição do excesso através do cruzamento das várias culturas jurídicas europeias.²³

Ensina José Joaquim Gomes Canotilho que a dimensão material do princípio já estava presente na idéia britânica de *reasonableness*, no conceito prussiano de *Verhältnismässigkeit*, na figura de *détournement du pouvoir* em França e na categoria italiana do *eccesso di potere*. Após a II Guerra Mundial começou a ganhar força como princípio material de controle das atividades dos poderes públicos, comprometido com o estabelecimento de um direito material justo:

na Inglaterra, começam a confrontar-se os poderes públicos com o sentido substantivo do *manifest unreasonableness*. Na França, sujeitam-se os actos administrativos ao controlo apertado do *erreur maifeste d'appréciation*. A doutrina alemã ergue o princípio de proibição do excesso (*Übermassverbot*) a princípio constitucional e começa a controlar os actos do poder público sob o ponto de vista do princípio da proporcionalidade. Os juristas italianos procuram recortar os juízos de *manifesta illogicità*, de *congruità* e *ragionevolezza*. Através de *standards* jurisprudenciais como o da proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, é possível hoje recolocar a administração (e, de um modo geral, os poderes públicos) num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão.²⁴

Gomes Canotilho registra que se trata de um princípio normativo concreto da ordem constitucional portuguesa, previsto nos artigos 18º/2 e 266º/2²⁵ e o classifica como Princípio da Proibição de Excesso, que por sua vez é considerado como um subprincípio concretizador do Princípio do Estado de Direito.²⁶ Diz por último que o princípio do estado de

²³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 262.

²⁴ Idem, *ibidem*, p. 263.

²⁵ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 265.

²⁶ Os outros subprincípios concretizadores são: da legalidade da administração, da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos e o da protecção jurídica e das garantias processuais. Cf. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 251-279.

direito não é um conceito pré ou extraconstitucional mas um conceito constitucionalmente caracterizado erigido em forma de racionalização de uma estrutura estadual-constitucional.

Teresa Aguado Correa assevera que o princípio da proporcionalidade atingiu o seu auge na Espanha ao final da década de noventa, ao ser reconhecido e consagrado em sentenças de 28 de março de 1996 e de 02 de outubro de 1997 pelo Tribunal Constitucional. Quanto a sua abrangência continental, em suas palavras:

Quanto ao princípio de proporcionalidade, cabe dizer que seu caráter vinculante no ordenamento jurídico das Comunidades Europeias foi consagrado pelo Tribunal das Comunidades Europeias em várias ocasiões desde a Sentença Fédechar de 1956. Inclusive foi afirmado que constitui um princípio geral do Direito Comunitário na Sentença Testa, de 19 de junho de 1980. Se trata de mais um dos princípios não escritos do Direito Comunitário: segurança jurídica, confiança, igualdade, proibição de arbitrariedades [...] nos quais os tribunais vêm baseando suas sentenças.²⁷

Na Alemanha foi a primacia dos direitos fundamentais que obrigou a *BVerfG* a criar técnicas concretas de defesa que foram pouco a pouco sistematizadas. Estas técnicas só poderiam justificar-se mediante uma dogmática flexível que permitira “concretizar” a Constituição sem criar incoerências. A consideração dos valores foi, então, a salvação, pois como estes variam em intensidade, em pretensão de normatividade, dependendo das variáveis que entrem em jogo, variáveis que são basicamente reconduzíveis a outros valores.

A *Wertjurisprudenz* os empregou como instrumento absolutamente essencial e imprescindível. Na Alemanha, se distingue entre *Güterabwägung* ou *Wertjurisprudenz* e *Interessjurisprudenz* ou *balancing*. A primeira leva em conta os valores abstratos, ao passo que a segunda leva ao exame dos interesses em jogo em cada caso. Nos Estados Unidos da América, ambas as técnicas são denominadas *constitucional balancing*.

²⁷ *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*, p. 59. Tradução livre de: “Por lo que respecta al principio de proporcionalidad, cabe decir que su carácter vinculante en el ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas ha sido consagrado por el Tribunal de las Comunidades Europeas en múltiples ocasiones desde la Sentencia Fédechar de 1956. Incluso ha afirmado que constituye un principio general del Derecho Comunitario en la Sentencia Testa de 19 de junio de 1980. Se trata de uno más de los principios no escritos del Derecho Comunitario —seguridad jurídica, confianza, igualdad, prohibición de arbitrariedad... - en los cuales ha basado el Tribunal al dictar sus sentencias”.

Considerando a perspectiva histórica de sua origem no Direito Administrativo e no Direito Processual Penal, que mostra um princípio favorecedor dos interesses individuais,²⁸ Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano afirma que a doutrina e a jurisprudência da República Federal de Alemanha aceitam o princípio da proporcionalidade como um princípio protetor destes interesses.

2.2.2 Fundamento constitucional de aplicação no Brasil

Antonio Magalhães Gomes Filho escreve que tal princípio, reconhecido, expressa ou implicitamente nos modernos sistemas constitucionais, constitui, entre nós, decorrência de várias cláusulas pelas quais a Constituição confere especial proteção aos direitos fundamentais (como por exemplo, o art. 60, parágrafo 4º, IV, da CF de 1988) e também complementa o princípio da reserva legal.²⁹

Ensina Suzana de Toledo Barros que o:

princípio da proporcionalidade, como uma das várias idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes. Entre estas idéias principais, o princípio da proporcionalidade complementa o princípio da reserva legal (art. 5º, II), entendido este como submissão de uma determinada matéria — como a dos direitos fundamentais — exclusivamente à lei formal. E ao complementá-lo, a ele se incorpora, de modo a converter-se no princípio da reserva legal proporcional ou, ainda, no devido processo legal substancial.³⁰

Raquel Stumm defende a aplicação do princípio da proporcionalidade no Brasil, com fundamento em nossa previsão constitucional de Estado de Direito, de respeito

²⁸ *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 227.

²⁹ *Violação do Princípio da Proporcionalidade pela Lei 9296/96*, “in” Boletim Ibcrim 45, p. 14.

³⁰ Cf. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, p. 93-94.

aos direitos fundamentais e ao devido processo legal.³¹ Willis Santiago Guerra Filho também defende a presença do princípio da proporcionalidade dentro do princípio do devido processo legal:

com o que se evita este falso dilema, pois para se ter um Estado de Direito com respeito à dignidade humana, isto é, que seja também *democrático*, pressupõe-se uma compatibilização de legalidade (Estado de Direito) com legitimidade (Democracia), obtida, em última instância, pela aplicação, no âmbito de processos judiciais, administrativos e outros, precisamente, do princípio da proporcionalidade.³²

O direito ao sigilo individual frente ao interesse público do Estado pode ser entendido como um direito a não-intervenção ou um típico direito de defesa, na medida em que traduz a pretensão negativa do indivíduo frente ao Estado e aos demais indivíduos. Encontra-se na chamada esfera de liberdade individual, que compreende o direito à intimidade e à vida privada. Esse direito a um ato negativo do Estado pode revelar-se igualmente pelo direito à não-intervenção em situações jurídico-subjetivas ou à não-eliminação de posições jurídicas de segredo no transcorrer de procedimentos policiais e processuais.

Se se pretende aquilatar a razoabilidade da interferência legal de caráter restritivo no âmbito dos direitos fundamentais, tem-se de ter, como premissa básica, o fato de que os direitos fundamentais são passíveis de limitação, desde que aplicado o princípio da proporcionalidade, em conformidade com o devido processo legal.

2.3 Proporcionalidade e acesso ao objeto do sigilo bancário

Denominado pelos alemães *Verhältnismässigkeitsprinzip* (princípio da proporcionalidade em sentido amplo) ou *Übermassverbot* (princípio da proibição de excesso),

³¹ *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, p. 97.

³² *Por uma Teoria Fundamental da Constituição: Enfoque Fenomenológico*, artigo encontrável no sítio eletrônico <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>, em 30.04.2007.

consiste na possibilidade de se estabelecer, diante de um confronto entre dois interesses ou direitos tuteláveis, a preponderância de um sobre o outro, uma vez estabelecidos seus conteúdos, limites e valores diante das circunstâncias reais. Seu campo de aplicação envolve todas as espécies de atos dos poderes públicos e, portanto, vincula o legislador, a administração e a jurisdição, especialmente no tema sobre restrição dos direitos, liberdades e garantias, sem que isso implique necessariamente na desconsideração de um dos direitos fundamentais cotejados.

Também o Tribunal Constitucional Espanhol, em julgado paradigma de 18.06.1992, pronunciou-se da seguinte maneira: “para decidir-se, em relação a situações de conflito, entre dois direitos fundamentais... será o princípio de proporcionalidade que facilitará a solução correta.”³³ Em que pese o perigo da liberdade na ponderação dos bens em jogo, a ser realizado pelo julgador, não obstante, o conflito deverá ser dirimido. Quer seja pelo legislador, pelo juiz ou pelo administrador³⁴.

Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano³⁵, professor de Direito Processual da Universidade Autônoma de Madrid, também denomina o princípio da proporcionalidade em sentido amplo como princípio da proibição de excesso, constituído pelos princípios de idoneidade, necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito.³⁶

³³ SÁNCHEZ, Nicolás Martí. *La Llamada Prueba Ilícita sus Consecuencias Procesales*. “In”: Rev. Actualidad Penal, Madrid: La Ley Actualidad, n° 07, p. 152. Tradução livre de: “para decidirse, em relación com situaciones de conflicto, entre dos derechos fundamentales em liza... será el principio de proporcionalidad quien haya de facilitar la solución correcta”.

³⁴ Na Espanha, a Lei Orgânica 4/1981, de 1° de junho, que regula os Estados *de Alarma, Excepción Sítio*, previstos no artigo 55.1 da Constituição, prevê profundas alterações no regime processual penal diante de situações extraordinárias, que tomem impossível a manutenção da normalidade dos poderes ordinários das autoridades competentes. Antonio Maria Lorca Navarrete, em sua obra *Derecho Procesal Penal* escreve que essas medidas durarão enquanto perdurar a situação excepcional, serão apenas as estritamente necessárias para assegurar o reestabelecimento da normalidade e sua aplicação se realizará em forma proporcional às circunstâncias.

³⁵ *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 225.

³⁶ Suzana Barros de Toledo registra que o Tribunal Constitucional alemão, preocupado com a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Wesensgehaltsgarantie*), elegeu três critérios para o controle das restrições legais a esses direitos constitucionais: necessidade (*Erforderlichkeit*), adequação (*Geeignetheit*) e proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*).

a) Princípio da Idoneidade ou Conformidade ou Adequação de Meios *Geeignetheit* para os germânicos.

Inicialmente deverá ser verificado se a medida adotada para a realização do interesse público deve ser adequada à realização do fim colimado. A exigência de idoneidade ou conformidade, pressupõe a investigação e a prova de que os meios e instrumentos empregados pelo poder público são aptos à realização dos objetivos justificativos de sua escolha, ou seja, se a restrição ao sigilo bancário poderá ensejar a obtenção de meio de prova, O controle deve considerar a relação de adequação ou idoneidade entre meio e fim³⁷. Há que se considerar uma relação de causalidade, ou seja, de causa e efeito entre meio e fim. No Brasil, este meio exige o devido processo legal, em respeito à norma constitucional.

O *BVerfG*³⁸ reconhece que o estabelecimento de objetivos e de meios para alcançá-los é um problema de política legislativa (ou administrativa) que a ele não cabe resolver, em substituição das autoridades constitucionalmente competentes, reservando-se para interferir só em casos excepcionais e raros, onde é patente sua inadequação e objetivamente imprestável a medida, sendo a avaliação feita para torná-la claramente errônea e refutável.³⁹

A Convenção Americana de Direitos Humanos em seu artigo 30 estabelece critérios de adequação entre meio e fim, ao tratar do alcance de suas restrições. Consta que:

as restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.⁴⁰

Como o legislador brasileiro admitiu a restrição do sigilo bancário nas hipóteses descritas na Lei Complementar 105/2001 e na Lei 9034/95, em respeito a este subprincípio da idoneidade, será imprescindível demonstrar no decorrer do devido processo

³⁷ Este ponto é pertinente ao estudo sobre a discricionariedade e vinculação de atos administrativos e quanto a liberdade de conformação do legislador.

³⁸ Tribunal Constitucional alemão.

³⁹ GUERRA F°, Willis Santiago. *Direitos Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade*, p. 28.

⁴⁰ Neste sentido Sytvia Helena S. Malheiros, *O Ministério Público e a Tutela da Intimidade na Investigação Criminal*, "in" *Justiça e Democracia* n° 2, p. 229.

legal ⁴¹ a aptidão da medida de restrição do sigilo bancário para efeito de possível busca do objeto de prova durante a persecução penal.

b) Princípio da Necessidade ⁴² ou Exigibilidade : *Erforderlichkeit*

Também conhecido como princípio da menor ingerência possível, realça a idéia, de que o cidadão tem direito á menor desvantagem possível.

Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão. Dada a natural relatividade do principio, a doutrina tenta acrescentar outros elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática: a) exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujo interesses devem ser sacrificados. ⁴³

Para evitar, por exemplo, uma invasão desnecessária na esfera de privacidade de uma vítima que sofreu um estelionato, mediante o falso preenchimento de seu cheque, bastará solicitar-lhe o documento e um pequeno extrato de sua conta-corrente, demonstrador do débito indevido. Somente após a configuração da impossibilidade desta medida, tornar-se-á necessário o pedido e a ordem judicial restritiva de sigilo bancário, capaz de invadir as contas bancárias da vítima, protegidas pelo sigilo. Desta forma, a própria vítima estabelecerá a extensão de acesso ao âmbito de sua privacidade, independentemente da atividade de estranhos. Isto implicará em respeito à inviolabilidade de sua vida privada. Uma ordem judicial precipitada, neste mesmo caso, poderia levar um extrato sobre extenso período

⁴¹ "... o ser humano, membro da comunhão social, antes de sofrer qualquer sanção penal, tem direito a um processo prévio, em que garantidas: a) a atuação de órgão jurisdicional antecedentemente designado pela lei para o respectivo julgamento, independente e imparcial; b) a determinação legal de um procedimento destinado a investigação e posterior julgamento acerca de fato penalmente relevante; c) o proferimento deste, em prazo razoável, pública e motivadamente; d) a correlação entre acusação e sentença; e) a possibilitação de reexame de atos decisórios desfavoráveis ao imputado". TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério. *Devido Processo...*, p. 20.

⁴² A preocupação com a intervenção mínima não é novidade na legislação brasileira. O art. 2º, II, da Lei 9296/96, estabeleceu que não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis.

⁴³ J.J. Gomes Canotilho, idem, ibidem, p. 264-265.

de movimento bancário da mesma vítima, a ser objeto de exposição em um processo, com prováveis prejuízos para a vítima e até outras pessoas.

Pode-se empregar um outro exemplo. Caso fosse necessária apenas a ordem judicial para a requisição do documento, não teria sentido a expedição de um mandado de busca e apreensão para tal finalidade. Ainda que os resultados pudessem ser os mesmos - a obtenção do documento protegido pelo sigilo - a diferença de procedimentos importaria em graus diversos de exposição da vida particular, não só da pessoa investigada, mas também de diversas outras envolvidas com os trabalhos de proteção do sigilo bancário.⁴⁴

Seguindo ainda esta linha da exigibilidade material de respeito ao direito de privacidade, temos que considerar que “não se trata de disponibilidade material dos órgãos da persecução penal, como bem explicou Lenio Luiz Streck, *verbis*: ‘...outros meios disponíveis não são os que, materialmente, a autoridade policial tenha à sua disposição, mas sim, os meios legais processuais’”.⁴⁵

A identificação das pessoas se faz necessária para evitar que a pesquisa, que o acesso ao segredo bancário extrapole os limites da investigação. Será necessário apontar fatos, circunstâncias, informações que permitam identificar o investigado e o seu envolvimento com o delito perseguido. Isto não significa que apenas os indiciados ou os réus, formalmente identificados, terão suas contas conhecidas. Pessoas que tenham negociado de boa-fé com os investigados poderão sofrer com a restrição de sua privacidade, caso seja necessário ao correto desenvolvimento da investigação.⁴⁶

⁴⁴ MORAES, Maurício Zanóide. *Sigilo Financeiro, in” Leis Penais Especiais e...: Também o Tribunal de Alçada Criminal paulista, por sua 14ª Câmara, no mandado de segurança 303006-4, reconheceu indispensável a demonstração de necessidade da suspensão do sigilo para a efetivação da medida. p. 2996-2997 e 3001 -3002.*

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação Telefônica*, p. 182.

⁴⁶ Ex.: “O fato de nem todos os impetrantes serem réus na ação penal, não impede tenham seu sigilo quebrado, pois a suspeita que existe é justamente que eles tenham sido usados para desviar o roduto da atividade criminosa imputada ao único dos impetrantes que foi denunciado”. TRF 4ª Região - Mandado de Segurança n° 2001.04.01 .086804-9/SC (DJU 12.06.02, Sel~o 2, p. 491, j. 28.05.02), www.ibccrim.org.br, 12.09.02.

A jurisprudência do Tribunal Federal alemão, em consonância com a proposição da proporcionalidade, na aferição dos interesses ou direitos em conflito, há tempos vem aplicando também o princípio do meio menos lesivo, ou princípio do menor sacrifício, segundo o qual, diante da existência de vários meios de solução, deverá ser sempre escolhido o meio menos lesivo.⁴⁷

c) Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito: para os tedesos *Verhältnismässigkeit*

Deve ser o último a ser considerado e se aplica uma vez aceita a idoneidade e a necessidade de uma medida, com o fim de determinar, mediante a utilização das técnicas de contra-peso de bens ou valores e a ponderação de interesses segundo as circunstâncias do caso concreto, se o sacrifício dos interesses individuais que comporta a ingerência guarda uma relação razoável ou proporcional com a importância do interesse estatal que se trata de salvaguardar.

Se o sacrifício resulta excessivo, a medida deverá considerar-se inadmissível, ainda que satisfaça o resto de pressupostos e requisitos derivados do princípio da proporcionalidade. Agora, deve ser questionado se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. Trata-se de uma questão de medida ou desmedida, cuja resposta depende da equação de proporcionalidade entre meios e fim, ao considerar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.⁴⁸

Nessa linha a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu que:

a quebra de sigilo bancário é procedimento a ser requerido em casos especiais, com graves e substanciais indícios de cometimento de crimes contra a Administração Pública, não podendo ser utilizado em qualquer processo criminal em andamento,

⁴⁷ Cf. SZANIAWSKI, Elimar, *Direitos de Personalidade e sua Tutela*, que citou o alemão Karl Larenz, em sua obra *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 579.

⁴⁸ J.J. Gomes Canotilho, *idem*, *ibidem*, p. 265.

visto que se assim fosse bastaria que um funcionário público estivesse no poio passivo da lide para imediatamente investigar o seu patrimônio pessoal.⁴⁹

Ao contrário, demonstrada a existência de indícios de envolvimento em crimes hediondos ou assemelhados, em prática de ocultação e dissimulação de bens e capitais, contra a ordem tributária e a administração pública ou de habitualidade em atividade criminal nociva a sociedade, verifica-se a ocorrência de importantes exemplos de bens jurídicos e valores a defender: a saúde pública, o sistema financeiro, a moralidade pública, a vida, a liberdade. Nestas hipóteses, respeitadas as demais exigências legais e proporcionais, torna-se admissível a invasão da privacidade.

Segundo Cuellar Serrano, três, então, são as notas essenciais do princípio da proporcionalidade em sentido estrito: princípio valorativo, princípio ponderativo e princípio de conteúdo material, não formal.⁵⁰

Princípio da Proporcionalidade como Princípio Valorativo. Da perspectiva do Direito Processual Penal não resulta estranha a inclusão do princípio de proporcionalidade em sentido estrito dentro de um princípio mais geral, cuja aplicação se embasa no exame da relação “meio-fim”, pois toda relação deste tipo com transcendência no processo penal, além de ser empírica, compreende um “par de valores” subjacente a ela e se resume finalmente na relação de tensão existente entre os interesses estatais e individuais - conforme o último exemplo- entre o interesse da persecução penal e o direito individual de sigilo financeiro protetor da privacidade.

O Princípio da Proporcionalidade como Princípio Ponderativo. A solução da relação de tensão a que se aludiu, somente poderá ser resolvida mediante a ponderação dos valores e interesses envolvidos no caso concreto, operação esta que permitirá verificar se o meio se encontra em razoável proporção com o fim perseguido.

⁴⁹ MORAES, Maurício Zanóide. *Sigilo Financeiro, “in” Leis Penais Especiais e...*, p. 3003.

⁵⁰ *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, p. 225.

E o Conteúdo Material do Princípio da Proporcionalidade. A expressão proporcionalidade e as referências a uma abstrata ponderação de valores ou interesses poderiam sugerir um princípio, por si mesmo, carente de conteúdo ou, em resumo, um princípio de caráter formal. Semelhante impressão estará justificada se se aceita que o princípio de proporcionalidade tão só obriga a “ponderar” ou “proporcionar” sem indicar critério algum, que resulte de utilidade em sua aplicação prática.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito encerra, no dizer de Cuellar Serrano, critérios materiais⁵¹ e função consiste em assegurar a eficácia dos direitos individuais e em dar proteção aos interesses particulares, mediante a técnica da ponderação de valores e o equilíbrio dos interesses em jogo no caso concreto”⁵². Logo, não é qualquer hipótese criminal que ensejará o acesso legal ao objeto do sigilo bancário. O direito de privacidade do investigado deverá ser respeitado, até que se demonstre a idoneidade da medida restritiva para a busca de meio prova, a adequação dessa medida como a de menor restrição ao direito e o valor superior do bem jurídico-penal objeto da persecução em relação ao sigilo.

Seguindo estas linhas, Maurício Zanóide de Moraes defende o respeito ao *due process of law* e ao princípio da proporcionalidade para o lícito acesso das autoridades ao segredo financeiro.⁵³ Isto posto e tendo em vista as exigências da nossa legislação, são necessários os seguintes requisitos para o lícito acesso das autoridades ao objeto do sigilo bancário, no âmbito da persecução penal:

⁵¹ Este assunto voltará a ser questionado no último capítulo, no item sobre admissibilidade de provas ilícitas.

⁵² CUELLAR SERRANO, Nicolas Gonzalez, *ibidem*, p. 228: “Disto se deduz que a construção do princípio se assenta sobre a Teoria dos Valores e, portanto, resulta imprescindível considerá-la agora. A Teoria dos Valores surgiu na República Federal da Alemanha em razão da II Guerra Mundial e entre seus efeitos mais importantes, consta a superação do positivismo como um protesto contra as atrocidades do regime nacional-socialista. Seus antecedentes encontram-se na doutrina jusfilosófica da primeira metade do século XX. Particularmente influente em seus antecedentes foi a Teoria do Direito Justo (*richtiges Recht*), formulada por Stammler em 1911, o qual parte da concepção de Direito como ciência final, como “*um modo de pensar enlazante entre medios y fines que exige rectitud.*”

⁵³ *Sigilo Financeiro, “in” Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 3052 e 3053.

a) existência de procedimento legal, sigiloso, instaurado por autoridade investida de atribuição investigativa ou de competência processual, destinado a investigação ou instrução criminal, que contenha:

a.1) representação ou requerimento dirigido a autoridade competente, que demonstre:

- I. a presença de indícios de autoria e materialidade de determinável infração penal
- II. a determinação do objeto do sigilo bancário;
- III. o provável sucesso da medida para a obtenção de prova;
- IV. a impossibilidade ou incompatibilidade de outra medida menos restritiva de direitos para alcançar o mesmo meio de prova, e;
- V. pedido de acesso ao objeto do sigilo bancário.

a.2) medida instrumental de acesso ao sigilo bancário, destinada a produção de meio de prova, devidamente fundamentada por autoridade competente.⁵⁴

Nos casos de busca e apreensão de objeto protegido pelo sigilo bancário, também deverá ser demonstrada a presença de “*periculum in mora*”, próprio das medidas cautelares. Estes requisitos serão desenvolvidos nos próximos capítulos, durante as considerações sobre os procedimentos criminais, os quais formam um conjunto de atos próprios da persecução penal como um todo.

2.4 Persecução penal

Persecução equivale a perseguição. De Plácido e Silva registra que deriva do latim “*persecutio*, de *persequi* (seguir sem parar, ir ao encalço, perseguir), é tomado na

⁵⁴ Alexandre de Moraes relaciona os seguintes requisitos: “Autorização judicial ou determinação de Comissão Parlamentar de Inquérito ou requisição do Ministério Público; indispensabilidade dos dados constantes em determinada instituição financeira. Assim, a quebra do sigilo bancário só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos de suspeita que se apoiem em indícios idôneos, reveladores de possível autoria de prática delituosa por parte daquele que sofre a investigação; individualização do investigado e do objeto da investigação; obrigatoriedade da manutenção do sigilo em relação às pessoas estranhas à causa, e; utilização dos dados obtidos somente para a investigação que lhe deu causa. “*In “Dir. Constitucional*, p. 82.

acepção jurídica como a ação de seguir ou perseguir em justiça”⁵⁵. José Frederico Marques escreveu que:

o processo penal só se instaura com a propositura da ação. Esta, no entanto, é precedida de uma fase de pesquisas, ou *informatio delicti*, em que se colhem os dados necessários para ser pedida a imposição da pena. Verifica-se, portanto, que a *persecutio criminis* apresenta dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal. Esta consiste no pedido de julgamento da pretensão punitiva, enquanto que a primeira é atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo: *inquisitio nihil est quam informatio delicti*.⁵⁶

2.5 Noções sobre investigação criminal⁵⁷

Investigar é buscar, procurar alguma coisa. Na investigação criminal busca-se estabelecer os contornos do crime, as causas, os meios empregados, o modo, a materialidade, a autoria e a viabilidade de obtenção das provas pertinentes. Ciente quanto ao objeto, é preciso cuidado no desenvolvimento das técnicas de investigação, pois essa atividade de busca deve seguir padrões éticos e critérios legais. Na medida em que são aperfeiçoadas as técnicas com o auxílio das demais ciências, na proporção em que dispõe-se de meios adequados, tanto mais precisa será a identificação do objeto da investigação: o crime e a viabilidade de reunião de suas provas.

Um dado novo. Com a modernização dos meios de comunicação entre agências bancárias e seus clientes, diversos criminosos passaram a aproveitar-se de novas técnicas para a prática de antigos crimes contra o patrimônio.

⁵⁵ *Vocabulário Jurídico*, Vol. III, p.359.

⁵⁶ Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, p. 128.

⁵⁷ ROXIN, Claus. *Prólogo*, “in” *Código Penal Alemán S’tGB: Código Procesal Penal Alemán StPO*, p. 216: O Código de Processo Penal alemão disciplina em seu segundo livro, entre os seus parágrafos 151 a 295, o procedimento em primeira instância, identificado por três grandes fases: sumária, intermediária e de *la vista oral*. A primeira equivale, em termos, à nossa investigação criminal e na *intermedia* decide-se sobre o início da terceira fase.

Em notícia divulgada na página da internet da Revista *Veja On Line*, consta que:

os saques indevidos já são a segunda maior fonte de reclamações contra bancos registradas no Procon de São Paulo. Para os bancos, eles são resultado do crescente número de transações eletrônicas. Para a polícia, eles cresceram com a terceirização de serviços ocorrida nos bancos, que deu a um maior número de pessoas acesso aos dados dos clientes. Normalmente, os bancos resolvem o problema diretamente com seus clientes. Mas são tantos os casos que o fenômeno refletiu nos registros do Procon. Segundo a Globonews informou, foram 580 reclamações em 1999, 868 no ano 2000 e 1.065 no ano passado, o que significa uma média diária de três casos. Só em janeiro e fevereiro deste ano houve 183 reclamações. A polícia afirma que tem dificuldade para enfrentar o problema porque poucas vítimas fazem boletim de ocorrência. Os recursos da tecnologia também dificultariam o trabalho de rastreamento dos bandidos.⁵⁸

O atual investigador deverá atualizar-se para saber que a Medida Provisória n° 2200/2001 instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas brasileira, conhecida por ICP Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.⁵⁹

A consulta dirigida às autoridades certificadoras será fundamental para constatar a autenticidade de comunicações entre agências da mesma instituição e com os seus clientes. Sem esta informação não será fácil distinguir as falsas comunicações das verdadeiras comunicações sobre as diversas modalidades de furto mediante fraude que vêm sendo praticadas contra clientes das instituições financeiras. Este tipo de informação também poderá facilitar o desenvolvimento das linhas de investigação, principalmente na hipótese de eventual

⁵⁸ Sequência da matéria: “Criada em outubro do ano passado, a delegacia de Estelionato não tem estatísticas sobre o crime. “Os bancos resolvem esses problemas internamente, não querem ter a imagem dos seus produtos arranhada”, da o titular da Delegacia de Estelionato, Manuel Camassa. Segundo o delegado, a investigação é dificultada pelo sigilo bancário. Para quebrá-lo, a polícia precisa de autorização judicial e perde muito tempo antes de iniciar a apuração do crime”. Cf. *site* Veja On-line, www.veja.com.br: Cresce o número de saques eletrônicos piratas, de 16.04.2002.

⁵⁹ Na qualidade de primeira autoridade da estrutura de certificação nacional, competirá à Autoridade Certificadora Raiz, AC Raiz, as atividades de execução das políticas de certificação e das normas técnicas e operacionais aprovadas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil. Dentre suas funções, no que tange aos trabalhos de garantia dos sigilos, além de emitir e revogar os certificados das Autoridades Certificadoras subordinadas, deverá a AC Raiz executar atividades de fiscalização e auditoria das ACs e das ARs, bem como dos prestadores de serviços habilitados na ICP, tais como as instituições financeiras.

envolvimento de pessoas relacionadas à própria atividade bancária. Além disso, será importante compreender a circulação das mensagens em meio eletrônico entre *sites*, provedores e usuários, com o objetivo de tentar estabelecer os “caminhos” da fraude telemática.

Excluída a sua vertente civil, de um modo geral, por sua própria natureza, a questão do sigilo bancário envolve crimes falimentares e contra o patrimônio, o sistema financeiro, a fé pública, a administração pública e contra a ordem tributária.

A investigação de crimes dessa natureza é uma atividade difícil, pois exige conhecimento específico sobre aspectos comerciais e financeiros. Ademais, a notícia crime normalmente é constituída por fragmentos de informações, as quais precisam ser verificadas e confrontadas com dados e registros submetidos à reserva da privacidade.

Avulta em importância, então, para os órgãos de investigação, o trabalho de determinados órgãos públicos de fiscalização, os quais emitem notícias de infrações penais devidamente acompanhadas de documentos e evidências. Seguem, assim, os principais procedimentos ensejadores de notícias criminais vinculadas ao sigilo bancário.

2.6 *Notitia Criminis*

Para iniciar a investigação é necessário ao menos uma notícia de infração penal. Esta notícia deve reunir um mínimo de dados verossímeis para permitir o início da persecução, conforme exige a leitura dos artigos 5º, parágrafo 3º, e 6º do Código de Processo Penal. De um modo geral identifica-se esta notícia como o ponto de partida para o início da persecução.

Em razão de suas atividades de fiscalização, diversos agentes de órgãos públicos têm acesso ao objeto do sigilo bancário durante o exercício de suas funções. Entre as

principais atividades destacam-se as do Banco Central do Brasil, do Conselho de Controle de Atividades Financeiras do Ministério da Fazenda e da Administração Tributária pois, além de eventuais irregularidades administrativas, constantemente seus agentes tomam conhecimento de infrações penais e, por lei, são obrigados a comunicá-las aos órgãos de persecução penal, em especial ao Ministério Público. Esta obrigação de comunicar delitos de ação penal pública incondicionada aos órgãos de persecução decorre basicamente da norma do artigo 66, do Decreto-lei 3688/41, que estabelece pena de multa para a contravenção de omissão de comunicação de crime.

Para uma dimensão da importância desta comunicação, Ela Wiecko V. de Castilho relaciona alguns casos, ao que consta, danosos à sociedade e que teriam ocorrido entre 1979 e 1980, sem a necessária comunicação ao Ministério Público: “a) remessa de lucros para o exterior no montante de US\$ 1,5 milhão, por meio de artifício contábeis; b) remessa de lucros para o exterior de capitais incentivados pelo Fundo de Investimentos do Nordeste — Finor e com sonegação de imposto de renda; c) remessa de lucros para o exterior com sonegação parcial ou total do imposto de renda; d) pagamentos e remessas de divisas a título de assistência técnica e *royalties*, em desacordo com a lei; e) não repatriamento de lucros por bancos brasileiros com agência no exterior; f) desvio de recursos do Programa de Financiamento à Produção para Exportação - Finex; g) revogação pelo Conselho Monetário Nacional de normas que obrigavam o sistema financeiro a destinar créditos às empresas privadas nacionais, contrariando parecer técnico da fiscalização.”⁶⁰

2.7 COAF: Conselho de controle de atividades financeiras

Criado para incrementar o combate aos crimes financeiros e a dissimulação de bens e capitais, o COAF é capaz de alimentar os órgãos de persecução com notícias de crimes graves, fundadas em informações, dados e documentos protegidos pelo sigilo bancário.

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras, COAF, é órgão de deliberação coletiva, integrante da estrutura administrativa do Ministério da Fazenda. Foi

⁶⁰ *Controle Penal nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*, p. 240.

criado pela Lei 9613, de 1998 para ser a Unidade de Inteligência Financeira nacional de combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores, de modo a permitir ao Estado brasileiro a sua inserção na política internacional de combate às organizações criminosas, máxime as vinculadas ao tráfico de drogas.

Para compreender o contexto internacional em que se encontra a questão do sigilo bancário, toma-se necessário reunir algumas informações sobre os diversos organismos estrangeiros vinculados ao assunto. Durante a Convenção de Viena, em 1980, representantes dos principais Estados, preocupados com o exacerbado crescimento internacional da economia ilegal, decorrente do comércio clandestino de substâncias causadoras de dependência, concluíram pela necessidade de envolver a maior quantidade possível de governos nesse combate e de criar órgãos de controle das atividades financeiras e promover políticas contra a “lavagem” de dinheiro, que se aproveitava do sigilo bancário como um escudo de proteção legal.

Em 17 de novembro de 1984, a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), convocou uma Conferência Especializada Interamericana sobre Narcotráfico, a qual foi celebrada em abril de 1986, no Rio de Janeiro. Como resultado deste encontro hemisférico surgiu o Programa Interamericano de Ação do Rio de Janeiro contra o consumo, a produção e o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, no qual recomenda-se a criação da Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD)⁶¹ a ser integrada pelos Estados membros da OEA.

Na assembléia geral seguinte da OEA, ocorrida na cidade de Guatemala, em novembro de 1986, estabeleceu-se a CICAD, aprovou-se o seu estatuto através da Resolução AG/RES. 813 (XVI-0/86) e fixou-se o seu objetivo: conseguir a eliminação do tráfico ilícito e uso indevido de drogas. Em seu estatuto a CICAD ficou estabelecida como uma entidade da

⁶¹ Os dados da Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas, foram obtidos junto ao *site* www.cicad.org, em 25.01.2002.

OEA, com autonomia técnica, exercendo funções previstas no Programa Interamericano de Ação do Rio de Janeiro, de acordo com os mandatos estabelecidos pela Assembléia Geral da OEA.

Em assembléia geral da OEA, ocorrida no México em 08 de junho de 1990, aprovou-se a Declaração e Programa de Ação de Ixtapa, constituída por um plano de vinte pontos, o qual fixou as prioridades da CICAD para a execução do Programa Interamericano de Ação do Rio de Janeiro durante a década de noventa. A fim de promover o estabelecimento de ações intensificadas com participação de todos os governos, para abordar e atacar o problema da produção, tráfico ilícito de drogas, seu uso indevido, assim como a lavagem de dinheiro, o desvio de substâncias químicas e o tráfico de armas de fogo e munições, a CICAD elaborou três regulamentos modelos, os quais foram adotados pela Assembléia Geral da OEA.

Em maio de 1992, mediante Resolução AG/RES. 1198 (XXII-0/92), adotou-se o Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem relacionados com o tráfico ilícito de drogas e delitos conexos. Em junho de 1997, a Assembléia Geral adotou a Estratégia Antidrogas no Hemisfério, mediante Resolução AG/RES. 1458 (XXVII-0/97), como plataforma para um maior esforço no controle das drogas no século XXI. Esta estratégia foi objeto de uma negociação continental por parte de todos os Estados membros da OEA.

Nesse mesmo período, em 1989, foi criado pelo Grupo dos Sete (G-7)⁶², no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, OCDE, o *Financial Action Task Force on Money Laundering, FATF*, ou, Grupo de Ação Financeira sobre

Lavagem de Dinheiro, GAFI. É um órgão intergovernamental com a finalidade de examinar medidas, desenvolver e promover políticas para combater a dissimulação de bens e

⁶² Grupo dos Sete (G-7): fórum político e econômico dos sete países mais industrializados do mundo: Canadá, França, Alemanha, Itália, Japão, Reino Unido e Estados Unidos. O Grupo nasceu de modo informal na década de 1970, não dispõe de sede nem conta com uma estrutura formal. Em 1997, a Federação Russa foi considerada membro de pleno direito do fórum, fazendo com que o mesmo passasse a ser chamado de Grupo dos Oito ou G-8. "In" *Enciclopédia® Microsoft® Encarta*. © 1993-1999 Microsoft Corporation.

capitais. Essas políticas visam evitar que os produtos econômicos dos delitos de tráfico e outros tão graves possam interferir de forma negativa às atividades econômicas lícitas.

Esse organismo é composto de vinte e nove Estados e duas organizações internacionais. Em 1990, o GAFI publicou um documento denominado “Quarenta Recomendações”, as quais considera necessárias para a cooperação internacional na realização de suas políticas. Os Estados arredios às recomendações foram incluídos na chamada “Lista Negra”, seja pelo fato de terem urna legislação permissiva, pela falta de instrumentos jurídicos de fiscalização e regulamentação dos setores econômicos vulneráveis à lavagem de dinheiro ou mesmo pelo seu grau de cooperação internacional e troca de informações na luta contra a lavagem de dinheiro.⁶³

Assim, tanto no âmbito do GAFI, da Diretiva Comunitária 91/308 da Comunidade Européia, como do Regulamento Modelo CICAD OEA, a obrigação de comunicar as operações reputadas suspeitas se estruturou em forma progressiva. Assim é que, no Brasil, a Lei 9613, de 03 de março de 1998, criou os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, dispôs sobre a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos pertinentes e criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras, COAF.⁶⁴

Conforme o artigo 14 da lei, regulamentado pelo Decreto 2799, de 08 de outubro de 1998, o Conselho tem por finalidade coordenar e propor mecanismos de cooperação e troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores, bem como receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas em lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades. Também deverá disciplinar e aplicar penas

⁶³ Segundo o Relatório de Atividades 2000 do COAF, a “lista negra” está dividida em várias categorias: países claramente não cooperantes; países parcialmente não cooperantes e países não cooperantes de fato. Cada categoria desencadeia diferentes graus de ação ... Cf. “in” www.fazenda.gov.br/coaf/portugues/sobrecoaf, de 01.01.2002.

⁶⁴ O Regimento Interno do COAF foi aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, através da Portaria n° 330, de 18 de dezembro de 2001.

administrativas e comunicar às autoridades competentes, para efeito de instauração dos procedimentos legais, nos casos de existência de infrações penais.

O Capítulo II do Decreto 2799/98 disciplina a organização do Conselho, que é constituído pelo Plenário e por uma Secretaria-Executiva. O Plenário, nos termos do artigo 2º do decreto e do artigo 16 da Lei 9613/98, será presidido pelo presidente do COAF e integrado por um representante de cada um dos seguintes órgãos ou entidades: Banco Central do Brasil;⁶⁵ Comissão de Valores Mobiliários⁶⁶; Superintendência de Seguros Privados; Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; Secretaria da Receita Federal; Subsecretaria de Inteligência da Casa Militar da Presidência da República⁶⁷; Departamento de Polícia Federal e Ministério das Relações Exteriores.

Entre as atribuições do Plenário do COAF, destacam-se, para efeito deste estudo, as dos incisos III, VI, VII e IX do artigo 7º do decreto, segundo as quais compete-lhe receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas, segundo o artigo 1º da Lei 9613/98; elaborar a relação de transações e operações suspeitas, nos termos do parágrafo 1º do artigo 11 da Lei 9613/98 coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes na prevenção e na repressão à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores e determinar a comunicação às autoridades competentes, quando concluir pela existência de crimes, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.

Para permitir o intercâmbio de informações — mesmo as sigilosas — entre os órgãos de sua composição, conforme a exigência prevista no parágrafo 2º, do artigo 14, da Lei 9613/98, o Decreto 2799/98 disciplinou o assunto em seus artigos 11 ao 13. Nesse

⁶⁵ Suas atribuições de fiscalização e investigação dos bancos e instituições financeiras assemelhadas serão estudadas no próximo item.

⁶⁶ A descrição da CVM e de suas atividades encontra-se no Capítulo 1, no item Sistema Financeiro Nacional.

⁶⁷ A Agência Brasileira de Inteligência, foi criada pela Lei n.º 9883, de 07 de dezembro de 1999, que também instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência. Tendo por missão o fornecimento de informações confiáveis ao Presidente da República.

sentido, a troca de informações sigilosas entre o COAF e os órgãos integrantes do Plenário, quando autorizada judicialmente, implicará na extensão da responsabilidade pela sua preservação.

2.8 Banco Central do Brasil

O Banco Central do Brasil ou BACEN é uma autarquia federal, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, administrado por uma diretoria de cinco membros, sendo um presidente, escolhidos pelo Conselho Monetário Nacional. De um modo geral cabe ao Banco Central cumprir as prescrições legais e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional no que diz respeito às finanças públicas.⁶⁸

Entre as suas atribuições, destaca-se, para efeito deste estudo, a fiscalização das instituições financeiras,⁶⁹ principalmente quanto aos seus processos operacionais, nos termos da Lei 4595/64. A Lei n.º 6.024, de 1974, atribui ao Banco Central do Brasil o poder de determinar a intervenção extrajudicial em instituições financeiras. Em razão dessa atividade, deverá instaurar inquérito para apurar as causas do desequilíbrio financeiro e durante esses trabalhos poderá identificar a ocorrência de eventuais infrações penais contra o sistema financeiro nacional ou contra outro bem jurídico protegido penalmente.

⁶⁸ Cf. Nelson Abrão, *idem*, *ibidem*, p. 32

⁶⁹ O Tribunal de Contas da União não pode interferir em atos da administração do Banco do Brasil ou qualquer outra sociedade anônima ou entidades da Administração Pública indireta quando os fatos não se relacionarem a dinheiro, bens e valores estritamente públicos. O entendimento, por maioria dos votos, é do Supremo Tribunal Federal. A discussão aconteceu durante julgamento de um Mandado de Segurança impetrado pelo Banco do Brasil contra ato do TCU. O órgão havia determinado a tomada de contas em razão de incidente uma agência que fica na Áustria. De acordo com a ação, um ex-administrador do Banco do Brasil havia pedido um empréstimo a um banco austríaco e voltou ao Brasil sem pagá-la. O banco pagou a dívida. O ministro Moreira Alves comparou essa fiscalização do TCU ao Banco do Brasil à quebra de sigilo bancário sem que haja nenhum interesse público na questão. Para ele, isso prejudicaria a concorrência do banco frente a empresas privadas que não se submetem a esse tipo de controle. A mesma decisão foi aplicada também a um outro Mandado de Segurança (MS 23875) ajuizado pelo Banco do Brasil sobre questão semelhante. MS 23.627. Consultor Jurídico, acessado no sítio eletrônico www.uol.com.br, em 08.03.2002.

O artigo 41, § 3º, da Lei nº 6.024, de 1974, preceitua que, no inquérito, pode o Banco Central: examinar a contabilidade e os arquivos da empresa bancária; solicitar informações a qualquer autoridade ou repartição pública; tomar depoimentos, inclusive com o auxílio da polícia; e examinar a contabilidade e os arquivos de terceiros, e dos próprios administradores, além de suas contas junto a outras instituições. Findo o inquérito, deve ser apresentado relatório contendo, em síntese, a situação da empresa, as causas de sua queda, a relação dos administradores dos últimos cinco anos, com os respectivos bens particulares, e o montante dos prejuízos relativos a cada gestão, quando for o caso. Se concluir pela existência de prejuízo, o Banco Central remeterá o inquérito, com o respectivo relatório, ao juiz da falência, o qual o fará com vista ao órgão do Ministério Público, que é obrigado a requerer, no prazo de oito dias, o arresto dos bens dos administradores que não tenham sido atingidos pela indisponibilidade prevista na lei. Caso o inquérito conclua pela inexistência de prejuízo, será ele arquivado no próprio Banco Central.⁷⁰

E não é só. O artigo 28 da Lei 7492/86 determina que, no exercício de suas atribuições legais, o Banco Central do Brasil ao verificar a ocorrência de crime previsto nesta lei, deverá informar ao Ministério Público Federal, enviando-lhe os documentos necessários à comprovação do fato. A conduta deverá ser observada pelo interventor, liquidante ou síndico que, no curso de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência, verificar a ocorrência de crime de que trata esta lei.

Ainda no desenvolvimento dessas atividades, figura também o trabalho de combate à dissimulação de capitais oriundos de atividades criminosas. O artigo 10 da Lei 9613/98 obriga as instituições financeiras a promover a identificação de clientes, a manutenção de cadastros atualizados e de registros das transações e a comunicação de operações às autoridades competentes, ou seja, ao Banco Central do Brasil.⁷¹

⁷⁰ Confira o artigo *Instituições Financeiras: Regimes Especiais no Direito Brasileiro*, de Francisco José de Siqueira, obtido em 11.07.2002, no site www.bacen.gov/ftp. O mesmo autor registra que nesses 25 anos de vigência da Lei nº 6.024, de 1974, o Banco Central instaurou 689 inquéritos referentes à decretação de medidas especiais, 399 dos quais foram remetidos ao Poder Judiciário, em razão da existência de prejuízos ocasionados a credores, não satisfeitos pelas forças patrimoniais das empresas bancárias. Dados obtidos junto ao Departamento de Controle de Regimes Especiais do Banco Central, relativos a março de 1999.

⁷¹ Segundo Gabriel Adriasola: *“La obligación de denunciar la operación sospechosa llevada a cabo por el cliente de la entidad financiera plantea muy serios problemas de orden dogmático y político criminal. El Mercosur entero la ha establecido. La República Argentina en la Ley 25246, Paraguay en la Ley 1015, y Brasil y Uruguay en la normativa ya citada “. Cf. Enfoque Crítico del Secreto Bancario,” in* [www. ibccrim.org.br/doutrinalInternacional/uruguai](http://www.ibccrim.org.br/doutrinalInternacional/uruguai), acesso em 07.05.2002

Assim, em respeito aos termos da Lei 9613/98 e Lei Complementar 105/2001, o Banco Central deve cooperar com o Conselho de Controle de Atividades Financeiras, o COAF. Para tanto, o BACEN ou BCB, tomou as seguintes providências:⁷²

a) editou a Circular nº 2852, de 03 de dezembro de 1998 e a Carta-Circular nº 2826, de 04 de dezembro de 1998, através das quais orienta as instituições financeiras a identificar e comunicar ao Banco Central as operações consideradas suspeitas;

b) criou o Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros DECIF, que tem por objetivo reunir as atividades relacionadas a procedimentos operacionais e analisar irregularidades praticadas no mercado financeiro;

c) iniciou monitoramento de operações consideradas suspeitas e avaliação do nível de aderência das instituições sujeitas à regulamentação do Banco Central.

Em seu artigo 9º, a Lei Complementar 105/2001 determina que o presidente do Banco Central, diante da verificação de crime de ação penal pública deverá enviar informação ao Ministério Público, acompanhada dos documentos para a apuração, dentro do prazo de quinze dias,⁷³ a partir do recebimento do respectivo procedimento interno.⁷⁴

2.9 Administração tributária

Até o início de 2001 o fisco brasileiro não possuía poderes legais para afastar o sigilo próprio dos serviços financeiros, sem uma autorização judicial. Ocorre que

⁷² V. *site* www.fazenda.gov.br/ de 01.01.2002.

⁷³ Em livro de 1998, Ela Wiecko V. de Castilho, Subprocuradora-Geral da República asseverava que “o Banco Central admitia publicamente que só comunicava os fatos típicos desde que instaurado processo administrativo e aplicadas as sanções administrativas. Esse requisito não está na Lei 4728/65, nem na Lei 7492/86, mas é aceito por outras instituições administrativas como, por exemplo, o Tribunal de Contas da União. É justificado comumente pelo princípio da presunção da inocência e, no caso do Banco Central, também pelo sigilo bancário, mas é certo que os cuidados são multiplicados, como num determinado caso em que estavam envolvidas ‘grandes instituições e nomes poderosos do mundo econômico e financeiro do País. Contraditoriamente, estes cuidados desaparecem quando se trata da criminalidade convencional’”. “In” *O Controle Penal...*, p. 241.

⁷⁴ Conforme a Portaria nº 14204, de 01.02.2001 do próprio Banco Central, tal atribuição foi delegada ao diretor responsável pela área da autarquia em que se constatar os indícios de infração penal. A respeito veja-se *site* www.bacen.gov.br, “in” *Crimes Financeiros: Comunicação ao Ministério Público*, em 11.07.2002.

nestes últimos anos diversos fatores contribuíram para uma mudança nesse contexto. Pressionado por compromissos internacionais e preocupado com índices de inflação, o governo brasileiro viu-se obrigado a aumentar a arrecadação para equilibrar as contas, públicas e a estabelecer um mínimo de controle, sobre a movimentação de valores⁷⁵, para efeito de combate à lavagem de bens e capitais⁷⁶.

Em 1995, o Executivo enviou ao Congresso Nacional dois projetos de lei: um referente à instituição da CPMF e outro referente à quebra do sigilo financeiro sem necessidade da intervenção do Poder Judiciário. Em 1996, o primeiro projeto vingou e o segundo foi rejeitado. A Lei 9311/96 transformou o “P” da CPMF de provisória para permanente. Como se sabia, o recolhimento aos cofres públicos, cuja base de incidência é o total movimentado na conta-corrente das pessoas, permitia ao governo conhecer os valores que cada um dos mortais brasileiros movimentava em suas contas bancárias. Já se vislumbrava uma pequena violação do sigilo bancário. Para acalmar a indignação à violação dos incisos X e XII da Constituição, fez-se inserir o parágrafo 3º, ao artigo 11, da Lei 9311/96, para garantir o completo sigilo dessas informações. Naquele ano, justificou-se a contribuição para melhorar as verbas para a saúde pública.⁷⁷

Em 2001 o governo federal aprovou a Lei Complementar nº 105/2001 e a Lei 10174/2001.⁷⁸ Esta, alterou o teor do parágrafo 3º, do citado artigo 11, da Lei 9311/96, que proibia à Receita Federal conhecer os titulares das movimentações financeiras sobre as quais incidia a CPMF. Pelo novo texto, a Receita, agora, poderá requisitar essas mesmas informações:

Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.

§ 1º No exercício das atribuições de que trata este artigo, a Secretaria da Receita Federal poderá requisitar ou proceder ao exame de documentos, livros e registros, bem como estabelecer obrigações acessórias.

§ 2º As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestarão à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda.

⁷⁵ V. Lei 9613/98 sobre lavagem de bens e capitais.

⁷⁶ Cf. bem elaborado ensaio “in” PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. *Lavagem de Capitais: Qualificações e Pressões Internacionais Indevidas*, www.direitocrinunal.com.br, 02.02.2001.

⁷⁷ MORAES, Maurício Zanóide de. *Uma Inconstitucionalidade Anunciada*. “In” Boletim IBCCRIM n° 100, março de 2001, p. 3.

⁷⁸ Publicada no DOU 25/10/1996, Pág. 21877

§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos.⁷⁹

§ 4º Na falta de informações ou insuficiência de dados necessários à apuração da contribuição, esta será determinada com base em elementos de que dispuser a fiscalização.

Dessa forma, a Receita Federal passou a dispor dos dados completos sobre os valores objeto de incidência da CPMF em relação a todas as operações financeiras mencionadas no artigo 11, fato que lhe permitiu confrontá-los com os valores apontados nas declarações de imposto de renda das pessoas físicas e jurídicas. A desproporção entre os valores declarados para efeito de Imposto de Renda e aqueles constantes nas movimentações de natureza financeira, sobre os quais incide a CPMF, será o indício suficiente para a própria Receita Federal, através de procedimento fiscal, determinar o completo afastamento do sigilo sobre as operações financeiras do contribuinte.

Interessante registrar que no período aludido discutia-se no Congresso Nacional o projeto de lei complementar nº 646, de 1999, sobre o Código de Defesa do Contribuinte, cujo Capítulo V, dos Deveres da Administração Fazendária, apresentava o artigo 43 com o seguinte texto:

A ação penal contra o contribuinte, pela eventual prática de crime contra a ordem tributária, assim como a ação de quebra de sigilo, só poderão ser propostas após o encerramento do processo administrativo que comprove a irregularidade fiscal. Parágrafo 2º. O ajuizamento de ação de quebra de sigilo antes do encerramento do processo administrativo-tributário será admitido somente quando essencial à comprovação da irregularidade fiscal em apuração.⁸⁰

Como este projeto continua como projeto, vingou o interesse da administração tributária, que conseguiu sobrepor-se ao chamado monopólio jurisdicional de controle sobre o acesso ao objeto do sigilo bancário.

⁷⁹ Parágrafo alterado pela Lei 10174, de 10 de janeiro de 2001.

⁸⁰ Revista Tributária e de Finanças Públicas, ano 8, n.º 35, novembro-dezembro de 2000, p. 130.

Para completar com elegância o mecanismo de devassa, o artigo primeiro da Lei Complementar 105/2001 proclama que o sigilo é a regra básica, geral, a ser considerada. Ocorre que os seus parágrafos imediatamente expõem o contrário, ou seja, a regra será a desconsideração do sigilo bancário, visto que há uma série de hipóteses que autorizam a livre comunicação do objeto do sigilo financeiro.

O parágrafo 2º, do mesmo artigo 4º, também determina que as informações sobre a movimentação financeira das contas-correntes sejam levadas ao conhecimento da administração tributária da União. Mais. O parágrafo 4º do artigo 4º determina que

recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios ou falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para adequada apuração dos fatos.

A lei complementar não extinguiu o monopólio jurisdicional que julgava os fatos e circunstâncias que permitiam o acesso ao objeto do sigilo bancário. Esse monopólio era uma ilusão, visto que o Banco Central do Brasil, órgão administrativo da estrutura do Poder Executivo, já desenvolvia suas atividades de fiscalização com amplo acesso ao movimento de operações bancárias e financeiras das pessoas em geral. Não havia esta percepção, visto que o Banco Central não autuava os clientes dos bancos, mas sim as próprias instituições financeiras. Além disso, conforme descrito no item anterior, compete ao Banco Central comunicar os ilícitos criminais de seu conhecimento ao Ministério Público.

Em razão dos novos dispositivos legais, então, caberá, também ao Fisco, vasculhar as contas-correntes de pessoas, quando ocorrer falhas ou incorreções em informações prestadas pelas instituições bancárias. De acordo com Maurício Zanóide de Moraes, até o erro de terceiro poderá provocar a violação de um dos direitos constitucionais do cidadão.⁸¹ Esta atual preocupação com a eventual violação de direitos e garantias

⁸¹ *Uma Inconstitucionalidade Anunciada*. “In” Boletim IBCCRIM n° 100, março de 2001, p. 3.

individuais, decorre então do novo poder fiscal de tributar e não da novidade de acesso lícito de órgão do executivo ao objeto do sigilo bancário, independentemente de autorização judicial.

Portanto, além das hipóteses de incidência tributária que serão identificadas no decorrer das novas atividades, também poderão ser constatados crimes de sonegação fiscal e contra a ordem tributária. Para permitir o início da persecução penal, o decreto federal 2730, de 10 de agosto de 1998, determina ao Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional a formulação de representação dirigida ao Ministério Público diante da constatação, ao menos em tese, de crime contra a ordem tributária previsto nos artigos 1º e 2º da Lei 8137/90 ou de contrabando e descaminho. E, de um modo geral, o Decreto Federal 325, de 1º de novembro de 1991, disciplinou a comunicação ao Ministério Público Federal, da prática de ilícitos penais previstos na legislação tributária e de crime funcional contra a ordem tributária.⁸²

Diante dessas notícias competirá ao Ministério Público requisitar a instauração de inquéritos policiais, para o desenvolvimento da apuração criminal.

2.10 Vítimas

Há diversas hipóteses em que a comunicação de um delito exige a apresentação de documentos protegidos pelo sigilo bancário. A vítima iludida na fila do banco, deverá apresentar o extrato de sua conta-corrente, no qual conste o saque realizado indevidamente com o cartão clonado. O banco que contratou o financiamento de veículo

⁸² “O fato de não haver ainda tributo lançado contra o paciente no momento da instauração do inquérito não impede a atuação do Ministério Público e da Polícia Federal para, diante da movimentação bancária de quantias vultosas por pessoa que se declarou isenta do IR, apurar um possível crime de ação penal pública incondicionada”. *Habeas Corpus* 2001.02.01.046658-7 (DJU 05.03.02, Seção 2, p. 197.j. 06.02 02) Origem Primeira Vara Federal de Vitória (200150010073115), procedimento investigatório nº 2001.50.000238-8, “in” www.ibccrim.org.br, 16.06.2002, domingo, Jurisprudência Ementada.

inexistente, mediante a apresentação de falsos documentos pessoais e do veículo, deverá apresentar aos órgãos de persecução o contrato original, o comprovante de entrega ou de depósito do dinheiro ao estelionatário, bem como as cópias de cédula de identidade, do cartão de CPF e do certificado de registro perante o órgão de trânsito, para permitir o imediato desenvolvimento das investigações.

Nestas hipóteses, como a própria vítima é a única titular do direito ao sigilo bancário, o seu consentimento de acesso ao objeto de sua privacidade aos órgãos públicos não ensejará uma atividade ilícita. Como foi visto no primeiro capítulo, o direito ao sigilo bancário pressupõe uma relação jurídica lícita. A atividade criminal de falsificação e de subtração do patrimônio da vítima não poderá servir ao investigado para invocar a proteção da privacidade.

Todavia, quando a ilicitude imputada ao investigado, em razão de suas relações com a pretensa vítima, não encontrar-se bem delineada, desacompanhada de dúvida, será aconselhável acompanhar melhor suas atividades para reunir uma quantidade maior de elementos tendentes a provar um delito ou procurar obter uma autorização judicial para o acesso dos órgãos de persecução ao objeto protegido pelo sigilo bancário. Nesta hipótese, podemos figurar o exemplo de uma instituição financeira que reúne indícios escassos de participação de seu empregado em crimes contra o seu patrimônio e de outros clientes.

Os atos consistentes na subtração, na apropriação indevida não estão protegidos pelo sigilo. Já os documentos demonstrativos de eventual depósito dos valores de origem ilícita encontram-se na esfera de privacidade do investigado e é preciso não esquecer que a indevida invasão desse ambiente protegido pelo sigilo bancário, pode configurar o crime descrito no artigo 10 da Lei Complementar 105/2001⁸³. Mais. Os clientes que também

⁸³ Acompanhei em meu trabalho um caso de impugnação ao pedido de assistência judiciária, em ação promovida por ex-empregado, quando o banco réu fundamentou suas alegações contrárias em extratos com o movimento bancário que o autor mantinha na agência em que trabalhava. Não havia autorização do ex-empregado e nem

sofreram as subtrações de valores de suas contas e aplicações, precisam autorizar o acesso dos órgãos de persecução aos seus documentos e informações. Caso não consentam com a investigação criminal, será necessária a representação ou requerimento de acesso ao juiz criminal competente.

Enfim, nos últimos itens registrou-se uma série de hipóteses de *notitia criminis* relacionadas com o objeto do sigilo bancário, suficientes para gerar o início da persecução penal. Este início de instrução preliminar, no Brasil, ocorre oficialmente com a elaboração de termo circunstanciado ou com a instauração de inquérito policial, ambos procedimentos de polícia judiciária.

Para efeito de estabelecimento das hipóteses legais de acesso ao objeto do sigilo bancário, registre-se que durante a fase de investigação criminal predominam os inquéritos como procedimentos legais próprios para a determinação da medida instrumental restritiva da privacidade. O inquérito legislativo não depende de requisição ministerial para ser instaurado, pois o seu início é atividade exclusiva das comissões parlamentares. Não obstante policial, judicial ou legislativo, todos integram a fase de investigação e serão enfocados no próximo capítulo em conjunto com os atos instrutórios próprios da fase processual, tendo por linha de unidade um objetivo: o acesso ao objeto do sigilo bancário, de acordo com o princípio da proporcionalidade, dentro do devido processo legal.

permissão judicial para essa invasão. Em tese, caracterizou-se o crime aludido, apesar do destino dos documentos ser um processo, pois, em princípio, o réu tomou para si a autoridade própria do juiz, para decidir pela invasão da esfera de privacidade do autor. Além disso, ao agir assim, o banco agiu como único titular do direito ao sigilo bancário, divulgou o objeto do sigilo entre diversas seções de sua administração, inclusive perante advogados e seus assistentes, os quais não trabalham diretamente com esses documentos, numa inequívoca demonstração de desrespeito ao direito quanto ao sigilo bancário do ex-empregado.

III. PROCEDIMENTO EM INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PARA ACESSO AO OBJETO DO SIGILO BANCÁRIO E OBTENÇÃO DE ELEMENTOS DE PROVA

3.1 Procedimentos investigatórios e acesso ao segredo bancário

Independentemente da diversidade de leis que permitem o acesso ao objeto do sigilo bancário para fins processuais penais, em todas as hipóteses há a necessidade de respeito ao *due process of law*¹, observado o princípio da proporcionalidade.² Este devido processo legal exige a existência de procedimentos legais,³ nos quais apenas determinadas autoridades poderão restringir a privacidade das pessoas.

Frente a este quadro, por tratar-se de trabalho vinculado ao Direito Processual Penal, dividiu-se o estudo sobre os procedimentos conforme a fase da persecução penal. Cuida-se, inicialmente na fase de investigação criminal, dos inquéritos policial,

¹ “No sistema jurídico norte-americano, depois de discrepâncias nas legislações estaduais e após a lei federal que restringiu o âmbito da obrigatoriedade do sigilo bancário, foi aprovada a *Right to Financial Privacy Act*, que dispõe que a prestação de informações por parte da instituição financeira somente pode ser dada em processos administrativos ou judiciais, quando os dados forem relevantes para solucionar o litígio. Com essa lei a quebra do sigilo bancário ganhou um caráter excepcional, somente podendo ocorrer desde que respeitado o devido processo legal.” Cf. DELGADO, José Augusto. *O Sigilo Bancário...*, in Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n.º 13, p. 20.

² “O princípio da proporcionalidade aplica-se, em geral, a todas as medidas da Administração pública. No entanto, em certos domínios do direito administrativo o princípio da proporcionalidade aplica-se com tanta frequência, que bem podemos dizer que está em permanente aplicação, como é o caso, por exemplo, da acção das forças de ordem e segurança. O princípio da proporcionalidade deve ser respeitado tanto na acção, como na escolha dos meios de acção”. “*In*” *Actuação Policial e Princípio da Proporcionalidade*, texto de António Francisco de Sousa, da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, p.41.

³ “Em tempos recentes, presencia-se a uma reabilitação do procedimento, como instituto processual de primeira importância”. E prossegue Cândido Rangel Dinamarco: “No cenário das instituições jurídicas do país, o procedimento tem o valor de penhor da legalidade no exercício do poder. A lei traça o modelo dos atos do processo, sua seqüência, seu encadeamento, disciplinando com isso o exercício do poder e oferecendo a todos a garantia de que cada procedimento a ser realizado em concreto terá conformidade com o modelo preestabelecido: desvios ou omissões quanto a esse plano de trabalho e participação constituem violações à garantia constitucional do devido processo legal. No Estado-de-direito, como foi dito, não se concebe como possa o juiz, no exercício da jurisdição, realizar atividades cujo escopo jurídico é a atuação da lei, mas realizá-las com o campo aberto para o árbitro.”. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 127.

legislativo e judicial. No estudo de cada um destes procedimentos serão analisados os requisitos autorizadores do conhecimento do segredo bancário, seguindo o princípio da proporcionalidade. Neste contexto, dito princípio será considerado como um *mandato de optimización*. Na expressão de Robert Alexy, os princípios são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios são *mandatos de optimização*, que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, senão também das possibilidades jurídicas. O campo destas possibilidades jurídicas está determinado por meio de princípios e regras que jogam em sentido contrário.⁴

Nessa linha pondera Willis Santiago Guerra Filho:

a partir de trabalhos de autores contemporâneos como KARL LARENZ, JOSEF ESSER, RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY, pode-se, então, afirmar, que normas substancialmente constitucionais têm a estrutura de princípios, com a qual se consagra, explícita ou implicitamente, valores, no plano positivo do direito, conferindo-lhes, assim, natureza deontica diferenciada daquela que possuem enquanto determinações absolutas, como o são, em uma ordem ética, religiosa ou ideológica qualquer, os valores. Assim, no modelo mais sofisticado de figuração da ordem jurídica, proposto por ALEXY em sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”, distingui-se três níveis, a saber, o dos princípios, o das regras e o dos procedimentos. É neste último nível em que os interesses e bens da vida, traduzidos em *valores*, vêm a ser consagrados positivamente enquanto princípios, e qualificadores, ainda que em graus diversos de generalidade e abstração, dos *atos* previstos normativamente pelas regras, resultam vertidos em novas *normas*, aptas a incidirem em determinadas situações concretas, conformando-as juridicamente.⁵

Portanto, pela perspectiva dos nossos procedimentos persecutórios em que importantes princípios constitucionais estão em jogo, importa verificar, preliminarmente, a autoridade para a instauração dos procedimentos de natureza criminal, a legitimidade para requerer o acesso ao segredo financeiro e a competência para determinar a medida restritiva ao sigilo bancário, tendo em vista o princípio da proporcionalidade.

⁴ *Derecho y Razón Práctica*, p. 12.

⁵ “In” <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>, acesso em 30.04.2007.

3.2 Inquérito policial: polícias civil e federal

No Brasil tradicionalmente a Polícia Civil desempenha parte da tarefa de investigação criminal ⁶ por meio do inquérito policial. Esta atribuição decorre do artigo 144, parágrafo 4º, da Constituição, o qual confere às Polícias Cíveis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Também no artigo 144, porém no parágrafo 1º, da Constituição, a Polícia Federal encontra a sua missão de apuração das infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas. Integra ainda o rol de atividades da Polícia Federal a apuração de infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e a repressão ao tráfico ilícito internacional de substâncias entorpecentes, ao contrabando e ao descaminho.⁷

Estas atividades devem ser desenvolvidas em inquéritos policiais instaurados por Delegados de Polícia.⁸ O Código de Processo Penal cuida do inquérito policial principalmente em seus artigos 4º ao 23. Registre-se que, ao tratar das prisões, das medidas assecuratórias, dos meios de prova e de outros temas, o código também disciplina atividades que podem ocorrer durante o inquérito.

⁶ A atividade investigatória de busca de informações, reunião de dados, acompanhamento de linhas de verificação e uma série de outras diligências independem da instauração de inquérito policial.

⁷ A Lei 5010/66 organizou a Justiça Federal em 1ª instância e o seu artigo 65 estabelece que a polícia judiciária federal será exercida pelas autoridades policiais, observando-se, no que couber, as disposições do Código de Processo Penal.

⁸ Exceções: Súmula 397 do STF: O poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito; inquérito judicial e inquérito policial militar.

3.3 Procedimento legal sigiloso

A autoridade judicial criminal não poderá deferir o acesso ao objeto do sigilo bancário sem a instauração do devido procedimento legal, neste ponto o inquérito policial. José Frederico Marques escreve que o inquérito policial é uma instrução provisória e fase preparatória da ação penal realizada em um procedimento inquisitivo, no qual o Estado, por meio da polícia, exerce um dos poucos poderes de autodefesa que lhe é reservado na esfera de repressão ao crime.⁹

Trata-se de um procedimento¹⁰ administrativo, sigiloso, de natureza inquisitiva.¹¹ As representações destinadas a obter acesso ao objeto do sigilo deverão ser formuladas após a instauração dos inquéritos policiais.

Apesar de não ser um fato corriqueiro, nos casos de prisão em flagrante, caso o corpo de delito seja formado por papéis, documentos e informações protegidas pelo sigilo bancário, não haverá necessidade de prévia ordem judicial, nem de inquérito instaurado, para a sua apreensão e juntada aos autos. Segundo o artigo 244 do CPP,

a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.¹²

⁹ Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, p. 148 e 149.

¹⁰ “No processo penal brasileiro adota-se o sistema acusatório. Quanto à fase prévia representada pelo inquérito policial, já vimos que constitui processo administrativo, sem acusado mas com litigantes (após o indiciamento)...” Cf. CINTRA, Antonio C. de Araújo, GRINOVER, Ada P. e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*, p. 57 e 58.

¹¹ O caráter inquisitivo decorre da preponderância da atividade de persecução centralizada em uma autoridade, ainda que outras exerçam funções importantes, de forma paralela ou complementar, porém em caráter secundário. O termo, hoje, encontra-se impregnado de forte sentido pejorativo, na medida em que as pessoas vinculam o termo à “Santa Inquisição”, atividade de caráter político-religioso, extremamente violenta, ainda que legal em sua época, desenvolvida principalmente na Europa, entre os séculos XV e XVII.

¹² A respeito, recorde-se o artigo 5º, XI, da Constituição: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

De outro lado, durante o procedimento criminal próprio para as infrações penais de menor potencial ofensivo, em princípio, não será admissível uma medida restritiva do direito ao sigilo bancário.

Se o próprio legislador considera estes comportamentos pouco perigosos para a sociedade e, para tanto, instituiu um procedimento dirigido à transação penal na Lei 9099/95, não terá sentido uma medida de investigação restritiva do sigilo antes desta etapa¹³. Mesmo que não ocorra a transação penal e seja necessário o desenvolvimento de investigações no transcorrer de termo circunstanciado, ainda assim será pouco provável a demonstração da proporcionalidade em sentido estrito, entre o bem jurídico-penal tutelado e a invasão da privacidade do investigado.

Em geral esta medida será tão ou mais grave que as próprias penas cominadas aos delitos de pequeno potencial perseguidos. Ainda que não se afigure impossível teoricamente, trata-se de medida excepcional, a ser devidamente justificada diante do caso concreto.

O sigilo do inquérito policial encontra respaldo no artigo 20 do Código Processual Penal. Sua existência possui duplo objetivo: assegurar a elucidação do fato investigado ou preservar os interesses da sociedade, em especial quanto ao respeito à privacidade dos investigados.

Neste ponto é relevante registrar que será indispensável a determinação do sigilo durante o inquérito em que se der a restrição ao direito de privacidade, com o consequente acesso ao objeto do sigilo bancário.

¹³ Ao tratar do envio do termo circunstanciado ao juizado, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes defendem que a autoridade policial abstenha-se de qualquer investigação, caso disponha de elementos suficientes. *Juizados Especiais Criminais*, p. 109.

A manutenção do sigilo servirá também para impedir o emprego das informações e documentos secretos em outro procedimento, sob pena de configuração do crime previsto no artigo 10 da Lei Complementar 105/2001.

Em julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região assentou-se que

no procedimento investigatório, todavia, há que se assegurar ao eventual investigado, *in casu* o paciente, acesso às suas respectivas movimentações bancárias, cabendo à autoridade judicial velar pela manutenção do sigilo relativo às demais pessoas investigadas.^{14 15}

3.3.1 Representação dirigida à autoridade judiciária

Em regra a autoridade policial não pode determinar a restrição à privacidade dos investigados, para acessar diretamente o objeto do sigilo financeiro. As leis exigem a intervenção de órgão jurisdicional para o controle deste tipo de atividade investigatória. Logo, para conhecer o segredo bancário durante a investigação criminal, deverá a autoridade policial dirigir-se ao judiciário para solicitar esta permissão.

As solicitações formuladas pelas autoridades policiais, dirigidas aos órgãos jurisdicionais, são nomeadas pelo Código de Processo Penal como representações.¹⁶ Não havia na legislação brasileira uma norma específica que permitisse à autoridade policial dirigir-se ao juiz para solicitar a ordem de acesso ou de requisição de informações e

¹⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo Financeiro, “in” Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 2988 e 2989: HC 1998.01.00.048293-0/PA, 3a Turma, Rçlator Cândido Ribeiro, Bol. IBCCrim 79/359, DJU 12.03.1999.

¹⁵ Esta restrição não se estende aos advogados dos investigados devido á norma constitucional do artigo 133 e ao Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados, artigo 7º, XIII, da Lei 8906/94. Ressalva deve ser feita nos termos do artigo 5º, XXXIII da Constituição, segundo o qual todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

¹⁶ V. arts. 13,IV, 127 e 149, parágrafo 1º, do CPP, por exemplo.

documentos protegidos pelo sigilo bancário. Tal procedimento decorria de dispositivos legais genéricos, dentre os quais os artigos 6º, III, e 246, do Código de Processo Penal.

A revogada Lei 10409/2002,¹⁷ que dispunha sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, em seu capítulo IV, que tratava do procedimento penal, previa em seu artigo 34, a possibilidade de adoção de diversos procedimentos investigatórios, entre os quais destacava-se a possibilidade de restrição do sigilo bancário, nos seguintes termos:

- a autoridade policial poderá requerer à autoridade judicial, havendo indícios suficientes da prática criminosa:
- I. o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, patrimoniais e financeiras;
- II. a colocação, sob vigilância, por período determinado, de contas bancárias;
- III. o acesso, por período determinado, aos sistemas informatizados das instituições financeiras.

Agora, o delegado de polícia estadual ou federal, no transcorrer do procedimento de polícia judiciária, poderá encaminhar representação ao juízo criminal competente, solicitando essas providências, porém com fulcro na Lei Complementar 105/2001 e na Lei 11343/2006.

Mas não são apenas estas as hipóteses legais de restrição ao sigilo bancário. O acesso a dados, informações e documentos bancários durante o inquérito policial também foi expressamente admitido pelo artigo 2º, da Lei 9034/95, para efeito de realização de procedimentos de investigação e formação de provas nos casos de delitos praticados por organizações criminosas.

Além das hipóteses criminais aludidas, no transcorrer do inquérito policial também poderá haver representação pela restrição do sigilo, para obtenção de informações e documentos em investigações de outros delitos considerados graves para a sociedade. Esta

¹⁷ Revogada pela Lei 11343/2006, que por sua vez não trata mais diretamente deste assunto.

atribuição decorre da autoridade conferida às polícias civil e federal pela Constituição e pelo Código de Processo Penal para o exercício das atividades de apuração das infrações penais em inquéritos policiais. Estas representações poderão, inclusive, abordar a expedição de mandado de busca e apreensão, oportunidade em que também deverá ser demonstrada a necessidade e urgência da medida.

Durante o inquérito policial tanto o ofendido ou seu representante legal, quanto o investigado, poderão solicitar à autoridade policial a representação ao judiciário no sentido de obter acesso ao objeto do sigilo bancário, conforme a redação do artigo 14 do Código Processual. A parte do texto que estabelece a “realização da diligência a juízo da autoridade” deve ser compreendida não como um poder arbitrário e absoluto, mas sim como liberdade para decidir dentro da conveniência e oportunidade da representação naquele instante. A autoridade policial encontra-se obrigada por lei a lançar mão de todos os meios legais para a apuração das infrações penais.¹⁸

Bastará, portanto, demonstrar a presença dos requisitos para a obtenção de acesso ao sigilo bancário, ora estudados, para tornar obrigatória a representação policial. Em caso de eventual indeferimento, poderá também o ofendido, seu representante legal e até mesmo o investigado dirigir requerimento ao superior hierárquico da autoridade requerida, oportunidade em que será reavaliada a manifestação questionada.¹⁹

No transcorrer do procedimento policial, o legitimado ativo para a acusação poderá opinar no sentido da realização da diligência de conhecimento do sigilo bancário. Encerrado o inquérito com o relatório, o Ministério Público poderá dirigir-se ao judiciário para requerer a medida restritiva ao sigilo bancário, para efeito de complemento de seus elementos de convicção. Ainda em caso de urgência, devido a sua condição de legitimado

¹⁸ Artigo 6º, inciso III, do CPP: Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias. Neste sentido, o princípio da obrigatoriedade, próprio da ação penal pública.

¹⁹ A estrutura hierárquica das polícias permite que os superiores imediatos possam realizar uma nova apreciação da questão e, se o caso, até a mudança da decisão discutida.

ativo para a ação penal pública, poderá o acusador pleitear antecipadamente ao juiz a realização deste ato instrutório.

A Lei Complementar federal n.º 75/93, denominada Estatuto do Ministério Público da União, em seu art. 80, II, IV e VIII, e parágrafos 1º e 2º, mais a Lei 8625/93, conhecida como a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em seus artigos 26, I, b, II e parágrafo 2º c/c o artigo 8º e o artigo 29 e seu parágrafo único, da Lei 7492/86, que estabeleceu os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, atribuíram ao Ministério Público o poder de requisitar diretamente informações e documentos protegidos pelo sigilo.

Guiados por essas normas diversos doutrinadores defenderam a possibilidade do *parquet* obter acesso direto ao objeto da proteção do sigilo bancário, independentemente de ordem judicial.²⁰

De outro lado, em 1993, durante o 1º Ciclo de Estudos de Direito Econômico, em debate sobre o sigilo bancário, o professor Miguel Reale pronunciou-se sobre o assunto:

Se o juiz, que é o juiz, está sujeito ao processo e constata, no decorrer do processo, à vista de um fato determinado, pelo menos através de indícios veementes, a existência de dolo e, portanto, determina a suspensão do sigilo bancário, mas, se até o juiz está adstrito a um processo, por que uma outra autoridade, do Ministério Público ou do Tribunal ou do Fisco, terá este privilégio ?.

Depois completou: “É isto que eu estou defendendo. E o primado da norma constitucional. De maneira que o fato de haver uma lei complementar não é suficiente.”²¹

²⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*, p.190; MAZZILLI, Hugo Nigro. *Questões Criminais Controvertidas*. São Paulo: Saraiva, p. 762, defende esse entendimento e aponta julgado da 1ª Turma do TRF da 2ª Região, no HC 96.02.98460-9/RJ, Rel. Des. Chalu Barbosa, de 19.06.97, v.u., publicado no DJU 19.06.97, p. 45735; MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, p. 82.

²¹ 1º Ciclo de Estudos de Direito Econômico, Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, p. 165. No mesmo sentido: MORAES, Maurício Zanoide. *Sigilo Financeiro, “in” Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 3023: “Com o advento da Lei Complementar 105/01, permaneceu inalterada a situação jurídica do Ministério Público no tocante à requisição de dados ou informações financeiras do cidadão, qual seja: continua sem poder legal para fazer tais solicitações ou requisições sem autorização judicial prévia, fundamentada e proferida no curso de um devido processo legal. Afinal, a única referência dessa lei àquele órgão público persecutório esta no *caput* de seu artigo 9º, o qual nada mais representa do que a repetição, com insignificantes alterações redacionais, do já conhecido art. 28 da Lei 7492/86.

Há que se registrar que esta posição decorre da consideração de natureza constitucional do sigilo bancário, que é uma das expressões do direito à privacidade das pessoas. Quando não há a necessidade de defesa da privacidade, não há razão para invocar a proteção da norma constitucional. É o que ocorre com as operações financeiras realizadas por pessoas jurídicas de direito público junto às instituições bancárias. Aqui há o dever jurídico do banco em garantir a inviolabilidade das contas de seus clientes, mas também há o dever de transparência da administração pública, em respeito ao princípio da publicidade constante no artigo 37 “caput” da Constituição.

Então, quando a investigação cuida de possíveis ilícitos com o dinheiro público de órgãos da administração, há que se considerar outros parâmetros constitucionais, próprios da Administração Pública. Se o objetivo da investigação concentra-se na obtenção de dados e informações de contas bancárias próprias de entes públicos, não há que se falar em defesa do direito constitucional à privacidade.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em 2001, deferiu medida cautelar penal para quebrar o sigilo bancário da Câmara Municipal de Teresópolis, à pedido do Ministério Público Federal.²² O Supremo Tribunal Federal, no julgamento de mandado de segurança impetrado pelo Banco do Brasil SA, decidiu que:

contra requisição de informações sobre empréstimos concedidos a usineiros, formulada pelo Procurador-Geral da República, com base no art. 8º, 2º, da LC 75/93, entendeu ser inoponível, na espécie, a exceção de sigilo bancário pela instituição financeira, tendo em vista a origem pública de parte do dinheiro envolvido nas questionadas operações e o princípio da publicidade inscrito no artigo 37, caput, da CF.²³

²² BRASIL, Tribunal Federal Regional da 2ª Região, Proc. 99.02.06543-0, RJ, TP, Rel. Juiz Raldênio Bonifácio Costa, DJU 18.01.2001, “in” Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, nº 06, fev-mar 200, p. 148.

²³ Cf. MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, p. 86. No mesmo sentido, MORAES, Maurício Zanoide. *Sigilo Financeiro*, “in” *Leis Penais Especiais e...*, p. 2984 e 2985: STJ, Liminar em MS 627/MA, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJU 26.04.1994.

E, como já foi exposto, quando a pretensão ministerial dirigiu-se às contas bancárias particulares junto às instituições financeiras, os tribunais brasileiros não permitiram o seu acesso direto, por considerar inexistente norma constitucional específica que pudesse permitir esta restrição ao direito constitucional à privacidade, sem autorização judicial.

O Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades decidiu que:

a norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da C.F., não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a C.F. consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa.²⁴

Neste sentido também se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

O artigo 192 da CF estabelece que o sistema financeiro nacional será regulamentado em lei complementar. Ante a ausência de norma disciplinadora, a Lei 4595/64, que instituiu referido sistema, restou recepcionada pela vigente Constituição da República, passando a vigorar com força de lei complementar, só podendo, destarte, ser alterada por preceito de igual natureza. Assegurado no art. 38 da Lei 4595/64 o sigilo bancário, as requisições feitas pelo Ministério Público que impliquem em violação ao referido sigilo, devem submeter-se, primeiramente, a apreciação do Judiciário, que poderá, de acordo com a conveniência, deferir ou não, sob pena de se incorrer em abuso de autoridade.²⁵

Mesmo sendo o Ministério Público instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, além da função de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública²⁶, ainda assim os tribunais brasileiros recusaram-se a permitir seu acesso direto aos dados e informações sobre os serviços e operações financeiras protegidas pelo sigilo constitucional, conforme se viu acima.

²⁴ Recurso Extraordinário Criminal 215301, Origem CE, Relator Ministro Carlos Velloso, v.u., j. 13.04.1999, 2ª Turma, publicado no D.J. de 28.05.1999, p. 024, Ement. Vol. 01952-07 PP-01303.

²⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 2019-7 (93.0017007-4), 5ª Turma, Rel. Fláquer Scartezini, j. 13.04.94, RSTJ 60/119, “in” *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, Vol. 2, p. 1678.

²⁶ Artigo 127, “caput” e 129, II, da Constituição.

Convém anotar certa perplexidade diante das opções políticas tomadas pelo Legislativo ao aprovar a Lei Complementar 105/2001, que atendeu aos interesses do Executivo: a administração tributária da União obteve poderes para conhecer diretamente o objeto do sigilo bancário²⁷, ao passo que o Ministério Público manteve-se dependente de autorizações judiciais para o desempenho de suas atividades.

Para reforçar a tese da impossibilidade de acesso direto às informações e documentos protegidos pelo sigilo bancário, a revogada Lei 10409, de 11 de janeiro de 2002, em seu artigo 34, estabelecia que a autoridade policial e o Ministério Público poderão requerer à autoridade judicial a suspensão do sigilo bancário durante a persecução penal.

De outra parte, caso exista um indiciado no inquérito policial, também o seu defensor poderá agir. No transcorrer do procedimento poderá requerer a diligência ao seu presidente, para que este produza a representação ao juiz competente. Caso não seja atendido, poderá requerer diretamente ao judiciário a medida restritiva com o objetivo de demonstrar a linha de defesa, principalmente quando se tratar de tese de inocência.

A despeito da diversidade de iniciativas, toda representação ou requerimento formulados no decorrer de um procedimento policial, deverá conter a demonstração de existência de indícios de autoria e materialidade de determinável infração penal, a especificação do objeto do sigilo bancário, o provável sucesso da medida para a obtenção de meio de prova, a demonstração de impossibilidade ou incompatibilidade de outra medida menos restritiva de direitos para alcançar o mesmo meio de prova e o pedido de acesso ao objeto do sigilo bancário. Estes requisitos serão analisados a seguir.

²⁷ O Decreto 3724, de 10.01.2001, publicado no DOU, Seção I, de 11.01.2001, p. 03, regulamentou o artigo 60 da Lei Complementar 105/2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a ela equiparadas.

3.3.2 Índícios de autoria e materialidade

A exemplo de outras medidas restritivas de direito previstas no Código de Processo Penal,²⁸ as representações devem conter uma demonstração mínima de indícios de autoria e de materialidade de um delito que possa ser ao menos determinável. Em decisão do Supremo Tribunal Federal, tendo por relator o Ministro Celso de Mello, constou em parte do aresto:

O sigilo bancário reflete expressiva projeção fundamental da intimidade das pessoas, não se expondo, em consequência, enquanto valor constitucional que é, a intervenções de terceiros ou a intrusões do Poder Público desvestidas de causa provável ou destituídas de base jurídica idônea.²⁹

O artigo 2º, III, da Lei 9034/95, permite o acesso a dados, documentos e informações bancárias em qualquer fase da persecução que verse sobre ação praticada por organizações criminosas. E evidente que deverá ser demonstrada a ação de pessoas voltada a prática organizada de delitos, ou seja, em outras palavras, será necessário demonstrar a possibilidade da autoria múltipla em reiterados fatos típicos produzidos pela empresa criminal.

A imprescindível demonstração da “prática criminosa” não deixa de retratar a exigência de autoria e materialidade do delito. Quem dirá sobre a suficiência dos indícios, será a convicção do órgão jurisdicional diante dos elementos disponíveis.³⁰

²⁸ V. arts. 39, parágrafo 2º, 134, 312 e 408 como exemplos.

²⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo Financeiro, “in” Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 2991: MS/liminar 23669 DF, publicada no DJU 17.04.2000. No mesmo sentido, na mesma obra, p. 2995: “A quebra do sigilo bancário - ato que se reveste de extrema gravidade jurídica - só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos de suspeita que se apoiem em indícios idôneos, reveladores de possível autoria de prática delituosa por parte daquele que sofre a investigação penal realizada pelo Estado. STF, TP, AgRg Inq. 897-5 DF, Rel. Ministro Francisco Rezek, RT 715/547”.

³⁰ MORAES, Maurício Zanoide. *Sigilo Financeiro, “in” Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 2993 e 2994: Processual Penal - ‘Habeas Corpus’ - Quebra de Sigilos Bancário, Fiscal e de Comunicações Telefônicas (art. 5º, X e XII, da CF). Os direitos e garantias fundamentais do indivíduo não são

3.3.3 Determinação do objeto do sigilo bancário

Seguindo a linha do subprincípio da proporcionalidade ³¹, que trata da exigibilidade de determinação espacial, temporal e pessoal, o objeto do sigilo também deverá ser individualizado no tempo, no lugar e em relação as pessoas investigadas.

Tendo em vista o artigo 5º, parágrafo 1º, da Lei Complementar 105/2001, na representação deverá constar qual ou quais operações financeiras serão averiguadas. Estas operações devem ser identificadas com os endereços das respectivas agências e instalações das instituições financeiras depositárias do segredo.

A determinação do período provável da prática criminosa, também servirá de subsídio para a futura ordem judicial estabelecer o período de acesso ao objeto do sigilo, tendo em vista a possibilidade de vigilância e de acesso às contas bancárias e sistemas financeiros informatizados por determinados períodos. Tratando-se de pedido de acompanhamento de operações financeiras futuras, deverá ser apresentada uma proposta de trabalho investigativo com a demonstração da necessidade de determinado tempo para apuração das informações e identificação daquelas consideradas suspeitas ou ilícitas.

Há também a hipótese de acesso a movimentações bancárias pretéritas. Neste caso, a determinação da época do delito na representação servirá de parâmetro para a futura medida judicial determinar o início e o final do período de movimentação das contas bancárias, que se encontra escriturada na instituição financeira e que será objeto da investigação policial.

absolutos, cedendo face a determinadas circunstâncias, como, na espécie, em que há fortes indícios de crime em tese, bem como de sua autoria. Existência de interesse público e de justa causa, a lhe dar suficiente sustentáculo. Observância do devido processo legal, havendo inquérito policial regularmente instaurado, intervenção do órgão do *parquet* federal e prévio controle judicial, através da apreciação e deferimento da medida.” TRF 2a Região, 3a Turma, HC 95.O2.22528-7/RJ, Relator Valmir Peçanha, RI 727/608, RTRF2 16/215, RBCrim 14/437.

³¹ Cf. Itens sobre o princípio da proporcionalidade do capítulo anterior.

Registre-se que, em respeito ao direito fundamental de privacidade, os documentos secretos excedentes ou desnecessários, acaso apreendidos ou juntados, não deverão ser mantidos nos autos. Deverão ser devolvidos mediante termo ao seu titular ou à instituição que cuidava de sua guarda. Aliás, o artigo 238 do CPP estabelece que os documentos originais, juntos a processo findo, quando não exista motivo relevante que justifique a sua conservação nos autos, poderão, mediante requerimento e, ouvido o Ministério Público, ser entregues à parte que os produziu, ficando traslado nos autos.

Afigura-se indispensável a identificação dos envolvidos nessas atividades, ou ao menos de parte dessas pessoas, visto que só o acesso às informações bancárias permitirá vislumbrar a quantidade, natureza e extensão das operações financeiras vinculadas aos delitos investigados. Poderá interessar a verificação de depósitos à vista, pagamentos efetuados, resgates de contas-correntes ou de poupança, aplicações em fundos de investimentos, etc. Também poderão ser pesquisados dados pessoais, documentos e bens de algum suspeito, que se encontrem sob a proteção do sigilo bancário.³²

A exemplo da exigência de individualização do sujeito passivo da medida restritiva no parágrafo único do artigo 2º, parte final, da Lei 9296/96, neste procedimento também se impõe com clareza a identificação do sujeito passivo da medida de acesso ao objeto do sigilo.³³

3.3.4 Plausibilidade de obtenção da prova

Será indispensável oferecer ao magistrado uma boa perspectiva de sucesso das diligências, por ocasião do pedido de acesso ao segredo financeiro. A representação

³² Maiores considerações sobre o objeto do sigilo bancário encontram-se no Capítulo I, item 13.

³³ GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. *Interceptação Telefônica*, p. 189.

possui dois objetivos: um imediato, consistente em conseguir a autorização judicial de acesso ao objeto do sigilo bancário e outro mediato. Este se confunde com um dos objetivos da investigação criminal: reunir meios de prova destinados a demonstrar a autoria e materialidade da infração penal investigada, bem como suas circunstâncias. A realidade de cada caso a ser investigado demonstrará os possíveis documentos e informações imprescindíveis para o deslinde das apurações. É pertinente o exemplo de depósitos em contas bancárias, de valores oriundos de alguma atividade ilícita, como homicídio, sequestro, roubo, corrupção, crimes contra a administração pública ou contra a ordem tributária, etc. Caso ocorra depósito em dinheiro, será um importante meio de prova o documento que demonstre a data do depósito, o valor, o local e, se possível, a indicação do depositante. Tratando-se de depósito em cheque, os registros pertinentes servirão de meio de prova para a elucidação do delito ou para o prosseguimento das investigações em outras linhas.

Em julgado proferido junto a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo por relator o Ministro Fernando Gonçalves, assentou-se que :

O sigilo bancário não é absoluto, repita-se, e cede espaço para o interesse público. Mas, mesmo assim, é um direito reconhecido e amparado constitucionalmente para salvaguardar a privacidade, traduzindo-se a conta bancária, na dicção de Miguel Reale, ‘uma projeção da personalidade do correntista’. Em decorrência, não pode o direito ao sigilo, sem fundadas razões, demonstradas objetivamente, ser quebrado, como, na atualidade, por fatores que não vêm ao caso abordar, ocorre, transformando-se a exceção em regra. Como destaca o eminente tratadista em causa, é importante que, do bojo de um processo-crime instaurado, apareça ‘com segurança a necessidade de acesso a informações indispensáveis ao esclarecimento da responsabilidade penal... não se podendo negar ao juiz o poder-dever... de exigir, à vista das circunstâncias, e nos limites, do fato processualmente determinado, que a entidade financeira *a quo* forneça ao juízo os dados de que dispõe. Vale lembrar que a quebra do sigilo fiscal dos recorrentes não se mostrou de utilidade, pois, a rigor, sob o ângulo pesquisado (exercício das atividades privativas de instituições financeiras, usura etc), nada foi apurado e, *mutatis mutandis*, da lisura da escrituração fiscal, atestada mediante devassa das autoridades fazendárias, decorre, em princípio, o acerto das contas bancárias.³⁴

³⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. Sigilo Financeiro, “in” Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, p. 2997: RMS 10475 MI, RSJ 134/547, Bol. IBCCrim 89/439.

3.3.5 Impossibilidade de outra medida menos restritiva

O princípio de necessidade, também denominado de intervenção mínima, de alternativa menos gravosa ou de subsidiariedade, é um subprincípio do princípio constitucional de proibição de excesso, que tende a otimização do grau de eficácia dos direitos individuais, frente as limitações que puderam impor os poderes públicos. Obriga aos órgãos do Estado a comparar as medidas restritivas aplicáveis, que sejam suficientemente aptas para a satisfação do fim perseguido e a elegir, finalmente, aquela que seja menos lesiva aos direitos dos cidadãos.³⁵

Neste ponto importará, outrossim, registrar a impossibilidade de obtenção das mesmas informações e documentos por outra via menos restritiva aos direitos daquele que sofrerá a invasão de sua privacidade. Ao demonstrar a inexistência ou incompatibilidade de outra medida, estará sendo demonstrada a necessidade da diligência conforme exige o princípio da proporcionalidade. O parágrafo 4º, do artigo 1º, da Lei Complementar 105/2001, faz menção expressa à possibilidade de decretação da restrição ao sigilo, quando *necessária* para apuração de ocorrência de qualquer ilícito.

Como exemplo, há que se pensar, então, na possibilidade de o próprio investigado autorizar o acesso dos investigadores ao objeto de sua privacidade. Se se trata de documentos e registros em poder de uma instituição financeira, pouco importará se a autorização de acesso provenha do titular do direito ao sigilo ou de um órgão jurisdicional. Bastará a idoneidade, a fidelidade dos registros bancários.

A Resolução CMN 2835, de 30 de maio de 2001,³⁶ que dispõe sobre o fornecimento de informações cadastrais de clientes e a divulgação de encargos financeiros cobrados sobre cheque especial, publicada no DOU de 31.05.2001, estabelece em seu artigo

³⁵ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos...*, p.189. Tradução livre de: “*El principio de necesidad, también denominado ‘de intervención mínima’, ‘de la alternativa menos gravosa’ o ‘de subsidiariedad’, es un subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso que tiende a la optimización de grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos. Obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquélla que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos*”.

³⁶ O artigo 6º da Resolução CMN 2835/2001 revogou expressamente a Resolução CMN 2808/2000 que tratava do mesmo assunto.

1º que as instituições financeiras devem fornecer aos seus clientes, quando por esses solicitado, informações cadastrais a eles relativas.

Ainda no artigo 1º, parágrafo 2º, consta que as informações aludidas podem ser fornecidas a terceiros, desde que formalmente autorizadas, caso a caso, pelo cliente.

Konrad Hesse escreve que:

do direito de personalidade geral resultam, segundo a jurisprudência recente, também as bases e exigências jurídico-constitucionais da proteção de dados: ela compreende a faculdade do particular de determinar, fundamentalmente, mesmo sobre a revelação e emprego de seus dados pessoais. Nesse ponto, ela contém um direito à *'autodeterminação em relação à informação'* que, naturalmente, pode ser restringida no interesse geral preponderante. Em suas regulações, o legislador tem de ter em conta, ademais, o princípio da proporcionalidade.³⁷

Um outro exemplo. Para evitar a demora burocrática, no caso de interesse da vítima, esta poderá autorizar expressamente o acesso aos seus dados, informações e documentos protegidos pelo sigilo bancário. Na fase de investigação criminal esta autorização poderá ser registrada em um termo de autorização de acesso ao objeto do sigilo bancário. Logo, uma vítima que tenha sofrido a subtração de folhas de seu talão de cheque e depois ainda o desconto indevido dos valores de sua conta-corrente, em razão da apresentação dos cheques preenchidos falsamente, terá todo o interesse na imediata apreensão policial destes documentos.

Por outro lado, a depender do valor do prejuízo, do tipo de assinatura empregada na falsificação dos cheques, poderá ficar evidente a falta de controle da instituição financeira sacada.

Há então a possibilidade de colidência entre os interesses da vítima e o do banco e de seu empregado, responsável pela verificação de assinatura. Ao lado da vítima, a polícia tem interesse em apreender os cheques, para permitir a realização de um detalhado exame grafológico: de outro, poderá haver a preocupação em evitar este cuidadoso exame.

³⁷ *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 329.

Para tanto, poderá ser apressado o processo de destruição dos originais do cheque, com o imediato envio para o processo de obtenção de cópias em micro-filme.

Neste exemplo, afigura-se cabível uma medida mais drástica, como o emprego da busca e apreensão, visto que há o risco de perda do corpo de delito, com sérios prejuízos para a persecução penal. Porém, mesmo por ocasião das diligências de busca, antes da invasão deverá ser dada oportunidade ao averiguado de apresentar os documentos e objetos procurados, de modo a evitar uma intromissão abusiva e desnecessária em sua privacidade.

De todo o exposto neste item, fica claro que, havendo a recusa da pessoa titular do objeto de sigilo bancário e havendo a necessidade de demonstração de operações financeiras como meios de prova, dificilmente haverá outra medida apta além da restritiva. Não será, por exemplo, o depoimento de uma testemunha que poderá substituir os detalhes e a precisão de registros contábeis e financeiros.

No extremo oposto, não há que se admitir uma completa devassa da vida econômica de uma pessoa jurídica ou natural para saber se um dia existiu alguma sonegação fiscal, um crime de usura ou um estelionato. A atividade de investigação deverá iniciar a procura da autoria e da materialidade de delitos com a reunião de outros meios menos invasores: notícias de órgãos de fiscalização, depoimentos de testemunhas e vítimas, apreensão de documentos disponíveis e outras atividades regulares.

A Sétima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo já se pronunciou sobre o assunto:

a quebra do sigilo bancário de pessoa física ou jurídica, medida extraordinária que é, só deve ser decretada em casos excepcionais, onde difícil seja a obtenção da prova da ilicitude por outro meio, sendo imprescindível o preenchimento dos requisitos da razoabilidade, oportunidade e necessidade e que o fato imputado diga respeito a enriquecimento ilícito, ou a transações bancárias, ou a depósitos e contas correntes.

³⁸

³⁸ CINTRA J^o, Dyrceu Aguiar D. *Titulo VIII: Prova*. “In “: Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Vol. 2, p. 1677: “MS 285722/4, Rei. José Habice, j. 28.03.96, RJTACRIM 30/388”. No mesmo sentido: MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo Financeiro*, “in” *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 3000 e 3001: *Habeas Corpus - Crime contra a Administração Pública - Processo Penal -*

3.3.6 Pedido de acesso ao objeto do sigilo bancário

Afigura-se recomendável igualmente, conforme o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, constar na representação considerações sobre a importância do bem jurídico tutelado pela norma penal, diante do valor do direito de privacidade que se quer restringir. Aliás, o parágrafo 4º do artigo 1º da Lei Complementar 105/2001, determina que o acesso ao segredo bancário poderá ocorrer especialmente nos seguintes crimes: terrorismo, tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins, de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção, de extorsão mediante sequestro, contra o sistema financeiro nacional, contra a administração pública, contra a ordem tributária e a previdência social, lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores e aqueles praticados por organização criminosa. Vê-se que o legislador — consciente ou inconsciente — preocupou-se com a proporcionalidade em sentido estrito e apontou os bens jurídicos considerados relevantes, a ponto de permitir a restrição ao sigilo bancário principalmente nestes casos.

Contudo, a possibilidade de restrição ao sigilo não se resume apenas a este elenco. Nesta relação, o legislador demonstrou expressamente sua opção diante de eventual balanço de bens em aferição judicial. Como o próprio parágrafo 4º do artigo 1º, da Lei Complementar 105/2001, permite a restrição ao sigilo para apurar qualquer ilícito, em tese, até os de menor potencial ofensivo poderiam ensejar a medida de acesso ao segredo bancário.

Como corolário da exposição dos fatos, individualização da medida e plausibilidade da obtenção de meio de prova, decorrerá o pedido de acesso ao objeto do sigilo

Quebra do Sigilo Bancário e Fiscal - Alegada Violação das Garantias Constitucionais - Inocorrência - Necessidade da medida para viabilização da investigação criminal - inexistência de outro meio menos gravoso - decisão fundamentada. TJSP, 4ª Câmara, HC 302.111-3, Rel. Passos de Freitas, JTJ LEX 227/324. Outro julgado com a mesma orientação, na mesma obra: TACRIM SP, 9ª Câmara, MS 344.692-0, Rel. Samuel Junior, Bol. IBCCrim 85/4 10, DJE 20.09.1999.

bancário, na parte final da representação ou do requerimento. A finalidade do meio de prova não se restringe ao fundamento da tese acusatória. Como serve ao convencimento do julgador, o meio de prova também poderá ser útil para demonstrar, no todo ou em parte, a linha de defesa.

O pedido servirá para pleitear:

- a) a requisição judicial de informações e documentos secretos, nos termos dos artigos 3º e 4º da Lei Complementar 105/2001;
- b) permitir o acesso dos órgãos da persecução aos dados e movimento bancário, conforme o artigo 2º, III, da Lei 9034/95, e;
- c) cumprir mandado de busca e apreensão em dependências das instituições financeiras, segundo os artigos 240 *usque* 250 do Código Processual Penal combinado com o artigo 150, parágrafo 4º, III, do Código Penal.

A busca processual penal não pode forçar a quebra do dever de segredo. Ainda que se permita, por exemplo, no processo penal, o fornecimento de documentos e informações bancárias, imprescindíveis a determinada perquirição criminal, terceiro, que não se acha envolvido na questão jurídico-penal jamais há de ver-se prejudicado. Surge imprescindível para a busca, por exemplo, em estabelecimento bancário, comercial e industrial, ou em escritório de advocacia, e, ainda, em consultório médico, haver mandado judicial, salvo as invocadas exceções.³⁹

Por tratar-se de medida cautelar atinente à prova, haverá a necessidade de demonstração da urgência da medida, de modo a eliminar ou amenizar o risco de ineficácia ou inutilidade do julgado do processo principal.

A obtenção de documentos e informações poderá ensejar não apenas meios de prova para o julgamento do processo de conhecimento, como também poderá permitir o sucesso de eventuais medidas assecuratórias em benefício de vítimas. O acesso ao objeto do sigilo também poderá ser solicitado para a realização de exames periciais em documentos, em respeito ao disposto no artigo 174, III, do Código de Processo Penal.

³⁹ PITOMBO, Cleunice A.V. Bastos. *Da Busca e Apreensão no Processo Penal*, p. 150.

3.3.7 Medida instrumental de acesso ao sigilo bancário

Ao receber a representação, ou requerimento, o órgão jurisdicional deverá apreciar a sua competência para avaliar os requisitos de acesso ao objeto do sigilo. Para tanto, deverá observar os critérios gerais descritos no Código de Processo Penal e as normas das leis de organização judiciária.⁴⁰ Nesta análise preliminar, avulta em importância a descrição da infração penal e de sua autoria, bem como de seus indícios e da maior quantidade possível de circunstâncias de tempo e de lugar, para permitir a reunião de um mínimo de informações que possam auxiliar no estabelecimento da competência. A suspeita de envolvimento de determinada autoridade, poderá indicar a competência de tribunal; o local da consumação do delito auxiliará na determinação da competência em razão do local e, assim por diante.

No Estado de São Paulo, em primeira instância, as representações no curso dos inquéritos policiais devem ser dirigidas ao Juízo Corregedor de Polícia Judiciária. Na comarca de São Paulo as representações devem ser dirigidas aos juizes do Departamento de Inquéritos Policiais, DIPO, órgão do Tribunal de Justiça. Tratando-se de delito da competência originária do Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 2º, da Lei 8038/90, o relator, escolhido na forma regimental, será o juiz da instrução, ao qual competirá o conhecimento da representação no transcorrer do inquérito policial.⁴¹

⁴⁰ Ex.: “Compete originariamente ao Tribunal o julgamento de habeas corpus impetrado para trancar inquérito policial instaurado por requisição de Procurador da República (TRF 2ª Região, 4ª Turma. HC 2169) e no curso do qual foi proferida decisão judicial autorizando quebra de sigilo bancário. *Habeas Corpus* 2001.02.01.046658-7 (DIU 05.03.02, Seção 2, p. 197, j. 06.02.02). Origem: Primeira Vara Federal de Vitória (200150010073115), procedimento investigatório n° 2001.50.000238-8”, “in” www.ibccrim.org.br, 16.06.2002, domingo, jurisprudência ementada.

⁴¹ Em relação a outras unidades da federação será necessária a verificação da lei de organização judiciária estadual. Nos tribunais superiores o assunto encontra-se disciplinado em seus regimentos. Conforme o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Art. 201. Cada feito processado no Tribunal terá um relator, escolhido mediante sorteio, salvo nos casos de relator nato. Art. 202. O relator será o preparador do feito, até ao julgamento, cabendo-lhe, além de determinar diligências, inclusive as instrutórias, necessárias ao julgamento dos recursos e das causas originárias: I - presidir todos os atos do processo, à exceção dos que reclamarem decisão colegiada; II - decidir as questões incidentes, cuja solução não for da competência de órgãos

Não há legislação específica sobre o procedimento interno perante os órgãos jurisdicionais. Em primeiro grau cuida-se de trâmite célere e deverá ser sigiloso. Uma vez registrada a representação, abre-se vista ao Ministério Público⁴² para a sua manifestação. Por último, o juiz proferirá sua decisão interlocutória simples.

Em respeito ao artigo 93, IX, da Constituição, a decisão a ser proferida por juiz competente, deverá ser devidamente fundamentada. Nesta motivação o magistrado exporá o seu convencimento acerca dos requisitos aludidos para o acesso ao objeto do sigilo bancário.

Caso defira, mandará expedir o respectivo mandado, no qual deverá detalhar as operações financeiras, especialmente quanto ao período de tempo pretérito. Isto permitirá estabelecer os limites de tempo, dentro dos quais as informações e movimentações financeiras deverão ser investigadas. Mais. Caso permita o acompanhamento das operações futuras, deverá estabelecer um limite para o acesso e acompanhamento por parte das autoridades policiais⁴³. Em sendo necessária a prorrogação da medida, a autoridade policial deverá oferecer nova representação nesse sentido.

Tratando-se de simples requisição judicial de documentos ou de informações, estas deverão ser bem específicas quanto aos envolvidos, espécie de operações e período abrangido, de modo que as instituições bancárias possam atender corretamente a ordem, sem o risco de divulgar indevidamente dados e informações que não foram objeto da permissão judicial de acesso.

do Tribunal, do presidente da respectiva seção ou do Presidente da Corte; III - indeferir petição inicial de ações originárias, nos casos da lei, e decretar a perda da eficácia de medidas liminares; IV - negar seguimento a agravo de instrumento manifestamente inadmissível, XXIV - velar, nos processos criminais originados, pela regularidade das notificações, das intimações e de todas as providências para a realização da audiência de instrução e para a sessão de julgamento; XXV - praticar os demais atos que as leis processuais e este Regimento inserirem em sua competência.

⁴² A legitimidade do Ministério Público para requerer a restrição do sigilo bancário ao judiciário será objeto de item específico no próximo capítulo.

⁴³ Na Itália discute-se a possibilidade de delegação genérica da autoridade judiciária à autoridade policial, para permitir o acesso a documentos e informações em poder das instituições bancárias. O que permitiria superar o antigo limite de reserva de jurisdição, previsto no revogado CPP italiano de 1931. Cf. MERZ, Sandro. *Capitali...*, p. 29.

Registre-se também que no caso de deferimento da restrição ao sigilo, obrigatoriamente deverá ser determinado o sigilo do procedimento investigatório nos termos do artigo 20 do Código de Processo Penal. Tal providência poderá ser determinada pela autoridade judicial ou policial.

Caso a autoridade judiciária não se convença da necessidade, adequação ou da importância da medida pleiteada, poderá indeferir-la ou determinar melhores esclarecimentos e a juntada de outros elementos de prova, para permitir nova apreciação.⁴⁴ Por tratar-se de fase investigatória, integrante do nosso sistema processual acusatório, não se vislumbra a possibilidade de o magistrado determinar de ofício esta medida restritiva.

3.4 Inquérito legislativo: comissões parlamentares

Dispõe o artigo 58, parágrafo 3º, da Constituição:

As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

De acordo com Konrad Esse, a República Federal da Alemanha também possui suas comissões de investigação, nos termos do artigo 44 de sua Lei Fundamental: “Elas têm o direito de fazer provas, podem convocar para isso testemunhas e peritos, têm, portanto, nesse ponto, a situação de um tribunal, motivo pelo qual as determinações do Código de Processo Penal encontram aplicação”.⁴⁵

⁴⁴ Os meios de impugnação desta decisão serão estudados no próximo capítulo.

⁴⁵ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da ..., p. 435.

Os artigos 51, IV, e 52, XIII, da Constituição, estabelecem a competência da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para dispor sobre poder de polícia em suas dependências. Em respeito ao texto, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 397, segundo a qual “o poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito”.

Neste caso, o inquérito legislativo seguirá a mesma disciplina do inquérito policial comum, observadas as peculiaridades próprias do regimento interno de cada casa legislativa.

São dois, portanto, os inquéritos legislativos nos quais poderá haver a determinação de restrição ao sigilo bancário. Um próprio das CPIs, outro relativo aos crimes que venham a ocorrer nas dependências do Congresso Nacional.

A Lei Complementar 105/2001,⁴⁶ em seu artigo 4º, estabelece que o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, nas áreas de suas atribuições, e as instituições financeiras fornecerão ao Poder Legislativo Federal as informações e os documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais.

O parágrafo 1º prevê que as comissões parlamentares de inquérito, no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações e documentos sigilosos de que necessitarem, diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários.

⁴⁶ O artigo 38 e seus parágrafos que disciplinavam o sigilo das operações das instituições financeiras foi revogado expressamente pelo artigo 13 da Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001, publicada no DOU, seção I, de 11 de janeiro de 2001, p. 1.

3.5 Procedimento legal sigiloso

O inquérito legislativo instaurado para apurar infrações nas dependências do Congresso Nacional observará as normas do regimento interno de cada uma das Casas, bem como os preceitos pertinentes do Código de Processo Penal relativos ao inquérito policial. Já a Lei 1579, de 18 de março de 1952, que regulamentou as Comissões Parlamentares de Inquérito e parte de seus procedimentos, entrou em vigor sob a égide da Constituição de 1946 e foi recepcionada pela atual de 1988.

É patente, pois, que a restrição ao sigilo bancário depende da existência de inquérito legislativo, sigiloso, instaurado em obediência ao quórum constitucional, destinado a apuração de fato determinado, em especial de natureza criminal.

Em relação ao devido processo legal, o artigo 6º, da Lei 1579/52, determina que o processo e a instrução dos inquéritos obedecerão ao que prescreve esta lei e subsidiariamente às normas do processo penal. Portanto, o Decreto-lei 3689/41 será instrumento de trabalho a ser respeitado pelos parlamentares em suas atividades de indagação.

Além de seguir os parâmetros constitucionais, as normas regimentais das Casas também devem ser observadas para o desenvolvimento do *due process of law*. O Regimento Interno do Senado disciplina as Comissões Parlamentares de Inquérito em seus artigos 145 a 153 e estabelece o seguinte:⁴⁷

- a) o requerimento para a criação de CPI deverá ser subscrito por um terço dos membros do Senado Federal, constando *fato determinado* a ser investigado, o número de membros, o prazo de duração da Comissão e o limite das despesas a serem realizadas;
- b) recebido o requerimento, o Presidente ordenará que seja numerado e publicado;

⁴⁷ Cf. SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. *CPI ao Pé da Letra*, p. 30.

- c) o senador só poderá integrar duas Comissões, uma como titular, outra como suplente;
- d) os suplentes serão em número igual à metade do número de titulares mais um;
- e) não se admitirá comissão parlamentar de inquérito para investigar matérias pertinentes à Câmara dos Deputados, às atribuições do Poder Judiciário e aos Estados.

O Regimento Interno da Câmara dos Deputados cuida das suas Comissões Parlamentares de Inquérito nos artigos 35 e 36. Além de exigir requerimento subscrito por um terço dos deputados para a instalação de CPI, também exige especificação de fato determinado e prazo certo.

Proíbe-se a criação de novas comissões enquanto estiverem funcionando pelo menos cinco na Câmara, salvo deliberação em resolução com quórum específico, nos termos do “*caput*” do artigo 35. Cada comissão terá o prazo de cento e vinte dias para funcionamento e conclusão dos trabalhos, prorrogável por metade deste período, mediante deliberação do plenário.

Os servidores do Congresso Nacional que desempenharem suas funções no exercício administrativo dos procedimentos em que houve a obtenção de dados, informações e documentos protegidos pelo sigilo bancário deverão manter segredo, nos termos do artigo 11 da Lei Complementar 105/2001. Ademais, sendo aplicável as normas do Código de Processo Penal ao inquérito parlamentar, por força do artigo 6º da Lei 1579/1952, cabível será o disposto em seu artigo 20, porquanto a autoridade deverá assegurar no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

A manutenção do sigilo servirá também para impedir o emprego das informações e documentos secretos em outro procedimento qualquer. Esta restrição não se

estende aos advogados dos investigados devido à norma constitucional do artigo 133 e ao Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados, em seu artigo 7º, XIII, da Lei 8906/94.⁴⁸

Caso os senadores e deputados venham a divulgar o objeto do segredo, em razão de sua imunidade parlamentar material, não poderão ser processados criminalmente, porém restará a possibilidade da responsabilidade civil da União em relação aos prejudicados pela violação, principalmente na hipótese de prejuízos derivados desse expediente indiscreto.

3.5.1 Proposta de restrição ao sigilo bancário

Identificada com um mínimo de probabilidade a prática delituosa e sua autoria e o decorrente interesse público, qualquer titular da comissão terá legitimidade para propor diligências, entre as quais aquelas relativas à restrição do sigilo bancário. Apesar de tratar-se de um procedimento muitas vezes destinado a investigação criminal, não haverá necessidade de solicitação dirigida ao Poder Judiciário para a permissão de acesso ao sigilo bancário. A própria comissão possui poderes para determinar esta medida.

O fato a ser determinado deverá ser caracterizado como uma infração penal, mediante a demonstração por diversos meios de provas, com um mínimo de possibilidade quanto a sua autoria. O parágrafo 1º do artigo 35 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados considera fato determinado o acontecimento de relevante interesse para a vida pública e a ordem constitucional, legal, econômica e social do país, que estiver devidamente caracterizado no requerimento de constituição da comissão.

⁴⁸ Ressalva deve ser feita nos termos do artigo 5º, XXXIII, da Constituição, segundo o qual todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

A proposta de acesso ao segredo bancário deverá demonstrar a presença de um mínimo de indícios e elementos sobre a autoria e a materialidade de determinado crime.

Da determinação do fato a ser investigado decorre a necessidade lógica de determinadas diligências de investigação, dentre as quais destaca-se o acesso ao segredo financeiro.

A manutenção da privacidade deve ser compreendida como uma situação regular, normal, a ser respeitada por força da Lei Maior. Logo, a restrição do sigilo bancário é uma medida de exceção e como tal deve ser interpretada em consonância com os fatos, conforme exige o princípio da proporcionalidade.

Assim, a autoridade deverá demonstrar em sua decisão a necessidade indispensável de invasão da esfera de privacidade do suspeito, oportunidade em que deverá explicar a impossibilidade ou inviabilidade de obter provas sobre os mesmos fatos por outros meios menos gravosos às pessoas investigadas. O desrespeito a este requisito, como aos demais, ensejará a impetração de remédio constitucional perante o Supremo Tribunal Federal, juiz natural da causa.

E não é só. Conforme foi demonstrado no item sobre o inquérito policial, também deverá ser determinado o objeto da investigação no tempo, em relação a determinado lugar e quanto às pessoas envolvidas. Por último, deverá ser demonstrada a viabilidade de obtenção do meio de prova, com o emprego da medida restritiva do direito de privacidade do investigado.

3.5.2 Medida restritiva fundamentada

A decisão sobre a oportunidade, conveniência e legalidade da medida restritiva da privacidade dependerá de decisão colegiada da comissão de inquérito, em que

prevalecerá a opinião da maioria. Por tratar-se de decisão necessariamente fundamentada, deverá ser verificada a demonstração dos requisitos aludidos na proposta da medida restritiva. Uma vez aprovada, competirá ao presidente da comissão a determinação formal de sua execução.

As ordens legislativas de suspensão do sigilo bancário deverão ser previamente aprovadas pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito, conforme consta do parágrafo 2º, do artigo 4º da Lei Complementar 105/2001.

A norma não confere esta competência decisória individualmente aos demais congressistas. As Comissões Parlamentares, como parcelas das Casas Legislativas, são órgãos submetidos aos princípios da proporcionalidade partidária, em sua instalação, e ao da colegialidade em suas deliberações.⁴⁹

O *caput* do artigo 4º da Lei 105/2001 permite o fornecimento de informações e documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício das competências constitucionais do Poder Legislativo Federal.

Nos últimos anos, em razão de diversos trabalhos promovidos pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais,⁵⁰ foram ajuizados diversos *haheas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal. Argumentava-se que essas comissões não podiam violar o sigilo bancário, fiscal e de contas telefônicas dos investigados. Inicialmente, em razão de ausência de fundamentação de algumas decisões dessas comissões, o Supremo Tribunal Federal deferiu a impetração para proibir a violação do sigilo de alguns pacientes.

A seguir, o próprio Supremo Tribunal, em reiterados julgamentos, considerou que as CPIs efetivamente possuíam poderes para obter diretamente as informações

⁴⁹ SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros, *idem*, p. 49.

⁵⁰ CPIs, previstas no artigo 58, parágrafo 3º, da Constituição.

protegidas pelo sigilo legal. Em relação às informações sobre operações e serviços prestados por instituições financeiras não foi diferente:

1. Incompetência da Comissão Parlamentar de Inquérito para expedir decreto de indisponibilidade de bens de particular, que não é medida de instrução - a cujo âmbito se restringem os poderes de autoridade judicial a elas conferidos no art. 58 § 3º - mas de provimento cautelar de eventual sentença futura, que só pode caber ao Juiz competente para proferi-la. 2. Quebra ou transferência de sigilos bancário, fiscal e de registros telefônicos que, ainda quando se admita, em tese, susceptível de ser objeto de decreto de CPI - porque não coberta pela reserva absoluta de jurisdição que resguarda outras garantias constitucionais -, há de ser adequadamente fundamentada: aplicação no exercício pela CPI dos poderes instrutórios das autoridades judiciárias da exigência de motivação do art. 93, IX, da Constituição da República. 3. Sustados, pela concessão liminar, os efeitos da decisão questionada da CPI, a dissolução desta prejudica o pedido de mandado de segurança.⁵¹

Em outro aresto o Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade de Comissão Parlamentar de Inquérito decretar a restrição do sigilo bancário, ainda que existissem outros procedimentos de persecução penal paralelos sobre fatos conexos:

A quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico de qualquer pessoa sujeita a investigação legislativa pode ser legitimamente decretada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que esse órgão estatal o faça mediante deliberação adequadamente fundamentada e na qual indique, com apoio em base empírica idônea, a necessidade objetiva da adoção dessa medida extraordinária.⁵²

Em meio ao crescente e importante trabalho das Comissões, também foi objeto de questão o princípio constitucional da reserva de jurisdição. Alegavam os defensores

⁵¹ Observação: Votação Unânime. Resultado: Declarado prejudicado. Caso: CPI do Sistema Financeiro. Acórdãos citados: MS-21872; MS-23435; MS-23446; MS-23452; (RTJ-173/805); MS-23454; MS-23469; MS-2347; HC-69287; (RTJ- 147/212); HC-69599; (RITJ-1481420); HC-77571; HC-77754; HC-79244; (RTJ-172/929).N.PP.:(25). Análise:(CMM). Revisão:(AAF). Inclusão: 25/04/01, (MLR). Acesso ao sítio eletrônico www.stf.gov.br em 21.02.2003.

⁵² Ementa: Comissão Parlamentar de Inquérito — Quebra de Sigilo Adequadamente Fundamentada — Ato Praticado em Substituição a anterior Quebra de Sigilo que havia sido decretada sem qualquer fundamentação — possibilidade — existência simultânea de procedimentos penais em curso, instaurados contra o impetrante — circunstância que não impede a instauração da pertinente investigação parlamentar sobre fatos conexos aos eventos delituosos — referência á suposta atuação de organizações criminosas no Estado do Acre, que seriam responsáveis pela prática de atos caracterizadores de uma temível macrodelinquência (tráfico de entorpecentes, lavagem de dinheiro, fraude, corrupção, eliminação física de pessoas, roubo de automóveis, caminhões e cargas) — alegação do impetrante de que inexistiria conexão entre os ilícitos penais e o objeto principal da investigação parlamentar — afirmação desprovida de liquidez — mandado de segurança indeferido. A quebra fundamentada do sigilo inclui-se na esfera de competência investigatória das Comissões Parlamentares de Inquérito. Precedente: MS 23.452-RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno).

dos investigados que as CPIs não dispunham de poder constitucional para decretar a suspensão do sigilo bancário.

Reconheceu o Supremo Tribunal Federal que o princípio aludido recai sobre as hipóteses de busca domiciliar, de interceptação telefônica e de decretação da prisão, conforme o artigo 5º, incisos XI, XII e LXI. Não ao tema de restrição de sigilo, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa disposição do artigo 58, parágrafo 3º da Constituição, assiste competência à Comissão Parlamentar de Inquérito para decretar, sempre em ato motivado, a abertura da vida econômica das pessoas. Em razão do exposto e em respeito às normas constitucionais, verifica-se a necessidade da existência de fundamentação⁵³ da decisão legislativa, no sentido de demonstrar a presença de indícios de autoria e materialidade de determinável infração penal para efeito de suspender o sigilo bancário protetor de alguma informação, dados pessoais ou documentos. Deverá ser demonstrada também a impossibilidade ou incompatibilidade de outra medida menos restritiva, destinada a alcançar o mesmo meio de prova pretendido com a ordem.

3.6 Comissões parlamentares de inquérito estaduais e municipais

A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, conforme preceitua o artigo 1º da Constituição. A forma federativa de Estado pressupõe a necessária autonomia político-administrativa de suas unidades.

⁵³ Embora a motivação tenha desaparecido do Direito Francês no século XIV, “foi um aresto do Conselho de Estado, de 28 de julho de 1834 (8.34.2.628), que considerou que a motivação era exigida não apenas por um texto da lei, mas porque sua ausência infringe as formas substanciais de qualquer decisão em matéria contenciosa. Trata-se de um desses princípios gerais do direito que, ao contrário de certas concepções do direito natural, resulta da prática e dos progressos do direito entre os povos civilizados”. Cf. PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*, p. 211-213.

São as unidades federadas Estados verdadeiros na medida em que atuam como sistema completo de poder, com legislação, governo e jurisdição própria, nada tolhendo o exercício das faculdades de organização e competência atribuídas pela Constituição Federal.⁵⁴

Os Estados podem dispor em suas Constituições sobre suas comissões parlamentares de inquérito, que poderão investigar os fatos incluídos na competência residual e constitucional fixada na Carta Política. Assim também os municípios poderão registrar em suas leis orgânicas, a possibilidade de criação e os respectivos trabalhos de suas comissões de inquérito.

Desde que observados os exatos termos da legislação estadual ou municipal, estes colegiados poderão inquirir servidores, requisitar serviços administrativos, informações e documentos aos governos de seus níveis, propor alterações legislativas, encaminhar documentos aos órgãos competentes para as providências, além de outras medidas pertinentes. Não poderão, entretanto, determinar medidas restritivas dos direitos e garantias individuais, em virtude da ausência de normas constitucionais e de leis elaboradas pela União expressas nesse sentido.

Fica evidente que falta às comissões legislativas municipais ou estaduais, no exercício de suas atividades investigatórias, autoridade para requisitar diretamente informações, dados e documentos protegidos pelo sigilo bancário.

Ademais, a Lei Complementar n^o 105/2001, em seu artigo 4^o *caput*, estabelece que as informações e documentos protegidos pelo sigilo bancário serão prestadas ao Poder Legislativo Federal. Os parágrafos deste artigo estabelecem normas de procedimento para a aprovação das ordens de suspensão do sigilo bancário junto aos plenários da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e de suas Comissões Parlamentares de Inquérito. Em nenhuma passagem a lei permite ao legislativo estadual ou municipal, no exercício de sua

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, p. 185.

atividade fiscalizadora, o acesso aos dados, informações e documentos protegidos pelo sigilo e pela privacidade.

Como adverte Ovídio Rocha Barros Sandoval, amparado em julgados do Supremo Tribunal Federal, o princípio da legalidade é base fundamental do Estado de Direito e o seu objeto é a liberdade dos homens e não o engrandecimento do Estado. Os Poderes do Estado só podem atuar dentro do campo delimitado para a lei e segundo seus ditames. Logo, inexistindo lei federal a respeito, impossível estender-se às Comissões Parlamentares de Inquérito estaduais ou municipais preceito aplicável, exclusivamente, às Comissões criadas no âmbito das duas Casas do Congresso Nacional.⁵⁵

Em sentido contrário, em mandado de segurança impetrado pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro contra a direção do Banco Central do Brasil, o Supremo Tribunal Federal concedeu ordem para que as informações protegidas pelo sigilo financeiro fossem apresentadas à comissão legislativa estadual.⁵⁶ Considerou o Tribunal Pleno, por maioria de votos, que o sistema constitucional conferiu às comissões estaduais de inquérito, das Assembléias Legislativas, os mesmos poderes das comissões do Congresso Nacional, em respeito ao sistema de controle recíproco dos poderes, respeitada a separação elementar.

De qualquer modo, o parágrafo 1º, do artigo 3º, da Lei Complementar 105/01, permite às comissões administrativas de inquérito dirigir requerimento ao Judiciário, com o objetivo de obter informações e documentos protegidos pelo sigilo bancário, independentemente da existência de processo em trâmite. Aliás, em matéria publicada registrou-se a autorização judicial favorável à comissão de inquérito municipal, instalada

⁵⁵ *CPI ao Pé da Letra*, p. 151.

⁵⁶ Ação Civil Originária do Estado do Rio de Janeiro, Relator Min. Joaquim Barbosa, julgada em 22.09.2004, pelo Tribunal Pleno, publicada no Diário da Justiça, de 11.11.2005, p. 05. “In” <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=sigilo+banc%Elrio&p=2&d=SJUR>, acesso em 23.10.2006.

junto a Câmara do Município de São Paulo, no sentido de obter acesso ao sigilo bancário de ex-prefeito.⁵⁷

A exemplo dos requisitos exigidos para a representação própria da fase de investigação criminal, mesmo que a comissão não tenha por objetivo direto a apuração de crimes, mas sim de ilícitos administrativos, este requerimento também deverá demonstrar a existência de indícios de infração penal e da materialidade do delito. Caso não o faça, tornar-se-á pouco provável que demonstre a relevância superior do bem defendido pela administração, em detrimento da invasão de privacidade do investigado.

Além disso, o pedido deverá indicar os contornos do objeto do sigilo bancário e o provável sucesso da medida para a obtenção de prova, bem como a impossibilidade ou incompatibilidade de outra medida menos restritiva de direitos para alcançar o mesmo meio de prova. Ao final, o pedido deverá indicar a espécie de medida restritiva do sigilo bancário pretendida e a sua pertinência com o processo administrativo. Registre-se por fim que esta espécie de comissão não possui atribuição legal para investigar crimes diretamente.

⁵⁷ Trecho da matéria: “O juiz autorizou a própria presidente da CPI, mediante requerimento, obter cópias autênticas dos documentos bancários, tributários e telefônicos. Para Porto Alves, “o inquérito parlamentar não pode transformar-se em instrumento de prepotência e nem converter-se em meio de transgressão ao regime da lei; os fins não justificam os meios”. Porto Alves mandou oficialiar ao Banco Central solicitando “extratos da movimentação das contas bancárias e aplicações, nacionais ou estrangeiras, existentes a qualquer título (proprietário, beneficiário, tomador, cedente, cessionário, intermediário, procurador, representante, etc, assim identificado por nome, número ou qualquer outra forma)”. Cf. www.estado.estadao.com.br/editorias/2001, terça-feira, 28.08.2001, Política, O Estado de São Paulo.

IV INSTRUÇÃO CRIMINAL E MEIOS DE PROVA SOB SIGILO BANCÁRIO

4.1 Noções sobre instrução criminal e o acesso ao segredo bancário

O acesso ao objeto do segredo financeiro durante a instrução criminal também deve ocorrer de acordo com o *due process of law*¹, observado o princípio da proporcionalidade. Este devido processo legal exige a existência de procedimentos legais, nos quais apenas determinadas autoridades poderão restringir a privacidade das pessoas.

Imprescindível, pois, analisar a legitimidade para requerer o acesso ao segredo bancário no decorrer da instrução criminal, a competência para determinar a medida restritiva, a finalidade da diligência e os possíveis meios de cooperação internacional com este mesmo objetivo.

Instrução criminal:

é a fase processual que se destina a recolher os elementos probatórios, diante dos quais o juiz julgará. Com efeito, se a sentença representa um silogismo, em que a premissa maior é a regra geral, a lei ou o Direito objetivo, e a menor o fato delituoso, compreende-se, como escreve J.Canuto Mendes de Almeida que 'o juiz deve ser instruído nas premissas maior e menor do silogismo a que se reduz sua função, isto é: a) no direito; e b) no fato.'²

Ao lado do conceito lato de instrução, existe, pois, um conceito estrito, que é o de instrução probatória. Esta se define como o conjunto de atos processuais que têm por objeto recolher as provas com que deve ser decidido o litígio.³ "Cumpre assinalar, porém, que, se a instrução probatória é a fase procedimental específica para a produção de provas, atos instrutórios já se praticam desde a fase postulatória da

¹ "No sistema jurídico norte-americano, depois de discrepâncias nas legislações estaduais e após a lei federal que restringiu o âmbito da obrigatoriedade do sigilo bancário, foi aprovada a *Right to Financial Privacy Act*, que dispõe que a prestação de informações por parte da instituição financeira somente pode ser dada em processos administrativos ou judiciais, quando os dados forem relevantes para solucionar o litígio. Com essa lei a quebra do sigilo bancário ganhou um caráter excepcional, somente podendo ocorrer desde que respeitado o devido processo legal." Cf. DELGADO, José Augusto. *O Sigilo Bancário...*, in Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n. 13, p. 20.

² NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*, p. 308.

³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. II, p. 249.

instância e até mesmo nos atos preparatórios da investigação policial ou de outra *informatio delicti* que tenha servido de base à acusação.⁴

Dispõe o artigo 156 do Código Processual Penal que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Em conjunto com o princípio da presunção de inocência, mais o artigo 386, II e IV, do Código de Processo Penal, deduz-se que à parte acusadora incumbe fornecer os necessários meios de prova para a demonstração da existência do *corpus delicti* e da autoria. Daí se segue que todos os elementos constitutivos do tipo devem ter sua existência provada, ficando o *onus probandi*, no caso, para a acusação.

Tendo em vista que os principais meios de prova protegidos pelo sigilo bancário são documentos, é de se destacar também os termos dos artigos 231 e 400 do mesmo código, os quais permitem às partes oferecer documentos em qualquer fase do processo.⁵

O Código de Processo Penal, ao tratar do procedimento comum ordinário, dentro do Livro II que trata dos Processos em Espécie, no capítulo I, do título I, artigos 394 a 405, empregou a expressão “da instrução criminal”. Entretanto, a fase probatória estende-se até a realização de eventuais diligências próprias da fase do artigo 499.

A atividade probatória :

representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.⁶

⁴ Idem, ibidem, p. 251.

⁵ As exceções constam dos artigos 406, parágrafo 2º e 475.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *As Nulidades no Processo Penal*, p. 119.

Em um passado não muito distante o sigilo bancário era um limite à própria atividade jurisdicional durante a instrução em processos penais. Veja-se como exemplo algumas notícias da situação portuguesa e italiana.

O desenvolvimento do sigilo bancário em Portugal abrange duas fases. Durante a primeira fase houve uma proteção total dos fatos ligados ao sigilo bancário, para garantir a recuperação da credibilidade e confiança no sistema bancário português. A segunda relaciona-se com a promulgação do Código de Processo Criminal (1989), quando foi reconhecido que, diante de certas circunstâncias, especialmente em procedimentos criminais, era necessário restringir determinados princípios legais pertinentes ao sigilo bancário, tendo em consideração a proteção de valores e interesses protegidos pela lei penal.⁷

Na Itália:

A disciplina do sigilo bancário no processo penal é inspirada em um princípio de fundo, segundo o qual o fim primário do processo de conhecimento de busca da verdade, prevalece e legitima o poder do magistrado a estender a instrução em relação ao interesse protegido pelo sigilo bancário. Nesta ótica se pode falar somente de uma margem residual de tutela do sigilo bancário.⁸

No Brasil também houve período em que o objeto do sigilo encontrava-se distante do conhecimento das autoridades públicas. Com o advento da Lei 4595/64, houve uma atenuação ao dever de reserva diante do texto permissivo do artigo 38, depois aumentou-se o poder das diversas autoridades com a Lei Complementar 105/2001.

No cenário internacional nas últimas décadas, vem tomando corpo um forte movimento, dirigido pelos Estados mais ricos, destinado a combater a ocultação e a dissimulação de capitais de origem ilícita. Um dos instrumentos eleitos para esse combate ao crime, foi a transformação da legislação sobre sigilo bancário dos diversos Estados

⁷ Tradução minha de “*the development of banking secrecy in Portugal has encompassed two phases. The first phase was one during which a full protection of facts connected to banking secrecy was guaranteed, under a policy which stresses the recovery of credibility and confidence in the Portuguese banking system. The second phase, connected with the promulgation of the Code of Criminal Proceedings (1989), where it was recognized that, under certain circumstances, it was necessary, specifically as to criminal proceedings, to consider a derogation of legal principles with reference to banking secrecy, taking into consideration the protection of values and interests preserved by the Penal Law.*” Cf. CAMPBELL, Dennis. *International Bank Secrecy*, p. 574.

⁸ MERZ, Sandro. *Il Capitali...*, p. 30. Tradução livre de: “*la disciplina del segreto bancario nel processo penale e, quindi, ispirata ad uno principio di fondo, secondo il quale il fine primario dell'accertamento della verità ha carattere prevalente e legittima la massima estensione dei poteri del magistrato penale anche in deroga agli interessi che il segreto bancario protegge. In quest'ottica si può parlare solo di un residuale margine di tutela del segreto bancario.*”

envolvidos, com o objetivo de permitir às autoridades um crescente conhecimento das operações financeiras.⁹ Seguindo esta linha, é comum hoje encontrar nas manchetes dos jornais brasileiros diversas notícias envolvendo contas bancárias de pessoas famosas.

O sigilo bancário que, antes, era visto como essencial para o desenvolvimento do sistema financeiro, agora, passa a ser encarado como uma proteção indevida aos ilícitos negócios internacionais relacionados ao tráfico de armas, drogas, evasão de divisas, etc. Sem esquecer destes dois aspectos importantes, é preciso ressaltar que o sigilo bancário serve ao propósito constitucional de proteger a privacidade dos cidadãos. Esta é a premissa básica, que deve servir de ponto de partida ao intérprete e ao aplicador do Direito. Por mais importantes que sejam os negócios mundiais que envolvem o sistema financeiro internacional, verifica-se que os seus valores oscilam conforme os seus interesses negociais.

Dentro desta linha, o respeito ao sigilo bancário, na qualidade de proteção de uma liberdade individual de resistir à devassa, deve ser compreendido como a regra básica, como um princípio deste subsistema do Direito. Somente em situações especiais, devidamente justificadas, observado o devido processo legal, será admissível a restrição ao sigilo.

Isto posto, há que se considerar também que o processo penal brasileiro filia-se ao sistema acusatório. Compreender a existência do sistema acusatório não equivale a defender a pureza deste sistema entre nós.

Ao propósito é comum discorrer em termos de uma contraposição entre ‘processo inquisitório e processo acusatório’. Mas o uso dessas expressões não raro se envolve em densa névoa conceptual, que se estende a muitas das menções habitualmente feitas à relação entre ‘processo acusatório’ e *adversary system*. Assim, v.g., há quem, nos Estados Unidos, enxergue *no accusatory system*, entendido como aquele que põe o ônus da prova no órgão governamental, uma ‘parte básica’ do *adversary system*, o qual, por sua vez, se inspira na idéia de que a competição entre as partes,

⁹ *Il Capitali: Segreto Bancario, Tutela del Depositi, Disciplina Fiscale e Valutaria in Italia e all'Estero*, p.15: Sandro Merz escreve que, “*se non esiste, nel nostro ordinamento (italiano), una norma giuridica che possa essere considerata la fonte positiva del segreto bancario, certi sono i numerosi riferimenti legislativi che, presupponendo l'esistenza del segreto, pongono una serie di limiti sia nei confronti della Pubblica Autorità, per ragioni di giustizia o per altre esigenze di pubblico interesse (lotta al riciclaggio del denaro proveniente da attività illecite e all' evasione fiscale), sia in relazione al fenomeno, sempre più sentito, delle cosiddette infomazione bancarie*”.

ambas empenhadas em vencer, conduz ao triunfo da verdade (*sporting theory of justice*). Da exaltação do papel das partes à depreciação do reservado ao juiz o passo é curto. Em semelhante perspectiva, não surpreende que às vezes se invoque entre nós o princípio acusatório para negar que entre os poderes do magistrado haja de figurar o consistente em tomar iniciativas probatórias¹⁰. Já outra opinião, de superlativa autoridade, estabelece distinção nítida entre processo acusatório e *adversary system*, à luz da qual se torna perfeitamente possível compatibilizar com o sistema acusatório a atribuição de poderes instrutórios ao órgão judicial, no curso do processo.^{11 12}

Seguindo ainda a norma constitucional de presunção ou estado de inocência, mais a disciplina processual sobre ônus da prova, tem-se que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Quando alguém formula uma pretensão faz afirmações diversas, traz os fundamentos dessas afirmações, que podem ser de fato ou de direito, ou, como disse Carnelutti, referentes ao fato ou sua eficácia jurídica. O ponto é então o fundamento da afirmação referente à pretensão. Ou, sendo a razão a afirmação da conformidade da pretensão ao Direito Objetivo, o ponto teria o fundamento da razão da pretensão. Contudo, não existe ponto somente na pretensão do autor. O réu em sua defesa também faz afirmações. Baseia tais afirmações em pontos, ou seja, em fundamentos de fato e de direito.¹³

Quando o ponto refere-se a fato, este deverá ser objeto de prova. Se este fato refere-se a movimento financeiro, especialmente bancário, deverá haver o devido processo para a procura e obtenção do respectivo meio de prova. No transcorrer do processo alguns sujeitos processuais terão legitimidade para requerer a medida judicial atenuadora da reserva bancária.

¹⁰ É o que, v.g., sustenta GERALDO PRADO, *Sistema acusatório*. Rio de Janeiro, 1999, p. 129.

¹¹ Nesse sentido, ADA PELLEGRINI GRINOVER, *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatorio*, comunicação ao XVI Congresso Mexicano de Direito Processual, agora in *A marcha do processo*. Rio de Janeiro, 2000, p. 77 e segs.

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência*. "In" Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal n° 4, out-nov 2000, p. 5-15.

¹³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade*, p. 56.

4.2 Legitimidade para requerer a restrição ao sigilo bancário

O procedimento probatório compreende três fases ou momentos distintos: a) proposição da prova; b) admissão da prova, e; c) produção da prova¹⁴. J. E. Carreira Alvim escreve que as partes têm interesse em que as suas alegações sejam tidas pelo juiz como verdadeiras e explica que a proposição é ato das partes.¹⁵

Como em processo penal o principal ônus¹⁶ da prova recai sobre o acusador, decorre um encargo maior em suas atividades de demonstração da culpa *latu sensu* do réu. Entre estas atividades inclui-se a pesquisa de meios de prova protegidos pelo sigilo bancário. Pesquisa esta que deve observar os requisitos legais. Este asserto não implica na desconsideração da legitimidade dos demais sujeitos processuais quanto a iniciativa do rito de procura de meios de prova.

4.2.1 Ministério Público

Ao Ministério Público caberá a iniciativa de requerer e propor meios de prova em requerimentos endereçados ao juiz da causa criminal. Este requerimento, deverá conter a presença de indícios de autoria e materialidade de determinável infração penal, a especificação do objeto do sigilo bancário, o provável sucesso da medida para a obtenção de

¹⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Vol. 2, p. 275. GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães, em *As Nulidades no Processo Penal*, p. 118, acrescentam um quarto momento, quanto às atividades processuais concernentes à prova: o da apreciação.

¹⁵ Teoria Geral do Processo, p. 271.

¹⁶ “O ônus probatório corresponde ao encargo que pesa sobre as partes, de ministrar provas sobre os fatos que constituem fundamento das pretensões deduzidas no processo. Ônus não é sinônimo de obrigação e ônus de provar não é o mesmo que obrigação de provar. Esta distinção foi posta em relevo por Goldschmidt, ao formular a *teoria do processo como situação jurídica*.” Cf. J. E. Carreira Alvim, *Teoria Geral...* p. 258.

meio de prova, a demonstração da necessidade daquela medida, traduzida pela impossibilidade ou incompatibilidade de outra medida menos restritiva de direitos para alcançar o mesmo meio de prova e o pedido de acesso ao objeto do sigilo bancário.

Este requerimento deverá ser elaborado por ocasião de pedido de diligências complementares, ao oferecer a denúncia e mesmo durante a instrução criminal, caso se faça necessário. Nele deverá ser evidenciada a exigência de acesso à determinadas ou determináveis operações e serviços financeiros dos investigados, bem como deverá ser demonstrada a inviabilidade de obtenção de provas sobre os mesmos fatos, por meio de outras diligências menos invasoras da esfera de privacidade das pessoas. Além disso, também deverá ser determinado o objeto da investigação no tempo, em relação a determinado lugar e quanto as pessoas envolvidas. Por último, deverá ser demonstrada a viabilidade de obtenção do meio de prova e a sua relevância para o mérito da causa, com o emprego da medida restritiva do direito de privacidade que se requer.¹⁷

4.2.2 Assistente

Prevista basicamente nos artigos 268 a 273 do Código de Processo Penal, a figura do assistente poderá intervir na ação penal pública, antes do trânsito em julgado, como auxiliar do Ministério Público. Assistente é o ofendido, o titular do bem jurídico lesado pelo delito. Também poderá ser assistente o representante legal da vítima ou, na sua falta, qualquer das pessoas mencionadas no artigo 31 do mesmo código.

¹⁷ A questão sobre a possibilidade de o Ministério Público requisitar diretamente documentos e informações protegidas pelo sigilo bancário foi enfrentada no capítulo anterior.

Conforme o artigo 271 do Código Processual, ao assistente será permitido propor meios de prova ¹⁸. Esta permissão legal lhe confere legitimidade para requerer ao juiz criminal qualquer uma das modalidades de acesso ao objeto do sigilo bancário. O requerimento a ser formulado e subscrito por advogado, deverá conter os mesmos requisitos autorizadores da restrição do sigilo bancário relacionados no item anterior sobre a legitimidade do Ministério Público.

A Lei 7492/86, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, estabelece em seu artigo 26, parágrafo único, que será admitida a assistência da Comissão de Valores Mobiliários — CVM, quando o crime tiver sido praticado no âmbito de atividade sujeita à disciplina e à fiscalização dessa autarquia, e do Banco Central do Brasil quando, fora daquela hipótese, houver sido cometido na órbita de atividade sujeita à sua disciplina e fiscalização. Assim, excepcionalmente, estes órgãos públicos poderão exercer as atividades de assistente e, como tal, poderão requerer as medidas restritivas aludidas ao juiz competente.

4.2.3 Querelante

Nas ações penais de iniciativa privada, esta será proposta por queixa do ofendido ou seu representante legal. Para o polo ativo da relação processual penal, estará legitimado o querelante. Os delitos próprios desta modalidade encontram-se, na maioria dos casos, abrangidos pelo novo conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, sujeitos portanto à transação penal prevista nos artigos 72 a 74 da Lei 9099/95. Em princípio, afigura-

¹⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*, p. 187: “Direitos outros ainda são outorgados ao ofendido - mesmo que não habilitado como assistente - , como o de requerer sequestro (art. 127), a hipoteca legal (art. 134). Ampla, como se vê, é a sua esfera de ação. A lei, entretanto, cuida que ela não se desenvolva isoladamente, pois determina de modo taxativo que, antes de se pronunciar acerca das provas por ele propostas, ouça o juiz o Ministério Público. Terá esta oportunidade, então, para apreciar o alcance, a eficácia etc daquelas”.

se extremamente difícil a configuração de situação real ensejadora de uma providência judicial tendente a restringir o direito de privacidade no curso de persecução penal desta espécie.

Registre-se a hipótese de ação penal privada subsidiária da pública, prevista no artigo 29 do Código Processual Penal, na qual o querelante substitui o Ministério Público durante a persecução de delitos mais graves. Nesta condição, eventual requerimento destinado a obter o acesso ao objeto do sigilo bancário, também deverá observar os requisitos propostos ao *parquet* neste trabalho.

Esta legitimidade para propor meio de prova, em especial aquele sob o véu da reserva bancária, em ação penal privada exclusiva ou subsidiária, decorrerá também do princípio constitucional da presunção de inocência e da distribuição expressa do *onus probandi* para a acusação, conforme a previsão específica da parte inicial, do artigo 156, do CPP.

4.2.4 Defesa

A atividade probatória :

representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.¹⁹

No processo, as partes, embora figurem em pólos opostos, situam-se no mesmo plano, com iguais direitos, ônus, obrigações e faculdades. E tuna consequência do princípio do contraditório. E o legislador procurou manter esse equilíbrio diante do juiz.²⁰

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*, p. 119.

²⁰ TOURINHO Fº, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, p. 13.

Caso a defesa tenha interesse em produzir alguma prova derivada do objeto do sigilo financeiro, deverá dirigir requerimento ao magistrado solicitando diligência neste sentido. Este requerimento deverá conter a especificação do objeto do sigilo bancário, o provável sucesso da medida e a sua pertinência para a produção de prova, a demonstração da necessidade daquela medida, traduzida pela impossibilidade ou incompatibilidade de outra medida menos restritiva de direitos para alcançar a mesma fonte de prova e o pedido de acesso ao objeto do sigilo bancário.

A medida restritiva da privacidade econômica poderá ser pleiteada por ocasião da defesa preliminar ou prévia, na fase do artigo 499 do CPP ou, excepcionalmente, durante as alegações finais.

Tendo em vista que as principais fontes de prova protegidas pelo sigilo bancário são documentos, é de se destacar também os termos dos artigos 231 e 400 do mesmo código, os quais permitem às partes oferecer documentos em qualquer fase do processo.²¹ Assim, caso o réu resolva abrir mão do seu direito ao sigilo bancário, poderá requerer a juntada aos autos de seus extratos de movimento bancário, de certificados de depósito, enfim de qualquer documento relacionado às suas operações financeiras protegidas pelo segredo legal.

4.3 Finalidade de acesso ao segredo bancário

Se a finalidade imediata de acesso ao segredo bancário contenta-se com a busca de fonte de prova, é de se ter presente que o futuro meio de prova poderá destinar-se a resolver diversas questões do processo, além de auxiliar o próprio julgamento de mérito.

²¹ As exceções constam dos artigos 406, parágrafo 2º, e 475.

O meio de prova deverá versar sobre o objeto da prova. “No geral, o objeto da prova são os fatos que servem de fundamento à ação e à defesa, ou seja, fatos sobre os quais versa a lide, mas, mesmo assim, nem todos dependem de prova.”²² Logo, podem ser objeto de prova os fatos que permitam a sustentação dos pontos das teses acusatória e defensiva, excluídos os denominados fatos impossíveis, impertinentes e os intuitivos.

Como qualquer outro meio de prova, os documentos bancários juntados aos autos poderão servir para compor um conjunto probatório destinado a fundamentar decisões interlocutórias e sentenças.

Os provimentos jurisdicionais poderão relacionar-se às medidas assecuratórias de sequestro, arresto e hipoteca legal, às decisões relacionadas às prisões processuais, às hipóteses de liberdade, ao julgamento da causa etc.

Registre-se que a idoneidade do meio de prova não se restringe ao fundamento probatório de tese acusatória. Como serve ao convencimento do julgador, o meio de prova também poderá ser útil para demonstrar, no todo ou em parte, a linha de defesa.

4.4 Meios de acesso ao sigilo bancário

No transcorrer do processo penal, diversos meios poderão ser empregados pelo magistrado para a revelação do objeto do sigilo bancário. Como a legislação omite os percalços e as minúcias para a intensa atividade de acesso ao objeto do sigilo bancário na Lei Complementar 105/2001 e na Lei 9034/95, há que considerar a sua natureza de restrição a direito fundamental, para permitir uma equilibrada interpretação e aplicação destas normas, conforme o princípio da proporcionalidade. A preocupação em otimizar os direitos e garantias

²² J. E. Carreira Alvim, *Teoria Geral do Processo*, p. 265.

constitucionais deve ser uma constante na atividade jurisdicional de interpretação e aplicação do direito.

A ordem judicial de restrição do sigilo bancário poderá consistir em: a) requisição de informações e documentos secretos, nos termos dos artigos 3º e 4º da Lei Complementar 105/2001; b) permissão aos órgãos de persecução para acesso aos dados e movimento bancário, conforme o artigo 2º, III, da Lei 9034/95, e; c) mandado de busca e apreensão a ser cumprido nas dependências das instituições financeiras, segundo os artigos 240 *usque* 250, do Código Processual Penal combinado com o artigo 150, parágrafo 4º, III, do Código Penal.

Por tratar-se de medida mais severa, para o deferimento da busca deverá ser demonstrada a sua necessidade imediata, diante do risco de comprometimento do objetivo do processo penal, ante a demora da diligência.

Há que se considerar ainda a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, prevista no parágrafo único, do artigo 1º, da Lei 9296/96. Durante a obtenção do conteúdo das mensagens, poderá surgir o registro de movimentações financeiras, pesquisa em extrato de contas-correntes, de outras aplicações, etc. Registre-se que, neste caso, o sigilo bancário — também identificado neste trabalho como objeto do sigilo — estará protegido também pelo sigilo das comunicações, fundado no artigo 5º, XII, da Constituição e na lei aludida.

A veracidade destes possíveis documentos eletrônicos, em princípio, dependerá da verificação da existência de certificados digitais de autenticidade, expedidos nos termos da Medida Provisória 2200-2, de 24.08.2001, que criou a Infra-Estrutura de Chaves Públicas — ICP.

Em seu artigo 10, consta que se consideram documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta medida

provisória. Consta ainda de seu parágrafo 1º, que as declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do artigo 131 do Código Civil. Por fim, prevê o parágrafo 2º que o disposto na aludida medida provisória não impede a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

Apesar da modernidade do assunto, o autor da redação do parágrafo 2º, preocupou-se em demasia com a segurança dos negócios jurídicos e se esqueceu que o Código de Processo Penal considera documento quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares desde 1941. Logo, o fato de as “partes” admitirem ou não a validade de um determinado documento, poderá ensejar relevância na esfera civil. Pelo princípio da liberdade dos meios de prova e do livre convencimento motivado do julgador, desde que venha a ser realizada a obtenção de documentos eletrônicos, com o emprego de métodos e equipamentos idôneos, não haverá proibição legal a este meio de prova. Naturalmente, as partes interessadas poderão ter acesso aos trabalhos de pesquisa, ao teor dos documentos eletrônicos e poderão lançar no processo suas dúvidas e questionamentos sobre técnica, método, equipamentos e procedimentos empregados nos trabalhos.

Apesar da concentração destas considerações neste item, o argumento refere-se igualmente aos trabalhos de investigação criminal, durante os respectivos inquéritos, conforme estudos no capítulo anterior.

4.4.1 Testemunho e sigilo bancário

Outro meio de prova capaz de gerar o acesso ao sigilo bancário durante a instrução criminal é o testemunho. A questão que se apresenta envolve a obrigação de empregado, diretor ou auditor de instituição financeira, de prestar depoimento em processo criminal, sobre fatos que sabe, em razão do exercício de sua atividade relacionada com o objeto do sigilo bancário.

Na Itália entende-se obrigatório o depoimento. A opinião prevalente defende que o bancário intimado a depor não pode invocar a proteção do sigilo prevista no Código italiano.²³ Sandro Merz informa que não seria admissível invocar os artigos 200 e 201 do Código Processual Penal italiano, os quais tratam do direito de abstenção de testemunhas em razão de sigilo profissional ou de dever de ofício quanto ao sigilo, por considerar que o sigilo bancário não pode ser subsumido a uma destas espécies de sigilo.

Consta do artigo 207 do CPP brasileiro que são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar sigilo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho. Hélio Tornaghi registra que a pessoa deverá guardar sigilo, quando assim determinar a lei, um regulamento profissional, as normas consuetudinárias ou em decorrência da própria natureza da função.²⁴

A Lei Complementar 105/2001, determina em seu artigo 10 que “as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados” e depois no artigo 10 tutela penalmente o sigilo financeiro, ao estabelecer a pena de reclusão e multa para quem, fora das hipóteses legais, quebrar esse mesmo sigilo.

²³ MERZ, Sandro. *Il Capitali...*, p. 27. Tradução livre de: “*L’opinione prevalente, ritiene che il banchiere chiamato a deporre non può invocare nessuno dei due articoli del Codice*”.

²⁴ *Curso de Processo Penal*, Vol. 1, p. 407.

Para compreender corretamente o assunto é importante destacar a diferença entre o objeto secreto e a sua proteção. Sobre o objeto secreto recai o véu protetor do sigilo. Dentro da relação jurídica em que nasce, o sigilo será um direito ou uma obrigação, a depender da perspectiva dos sujeitos desta relação. A instituição bancária tem o sigilo como uma obrigação, ao passo que o seu cliente, o titular do objeto-segredo, poderá exigir o sigilo como um direito. Assim, afirma-se que o titular do objeto-segredo, terá direito ao sigilo bancário contra todas as demais pessoas e autoridades, à exceção das hipóteses legais.

Como diversas outras pessoas têm o dever e a obrigação de respeitar o mesmo sigilo bancário, este dever ou obrigação de sigilo passa a ser denominado pela doutrina e jurisprudência acrescido de um adjetivo característico da categoria responsável pela reserva, pela proteção do segredo. Quando advogados, auditores particulares, gerentes, diretores tomam conhecimento do objeto do segredo bancário, em razão de suas funções ou profissões, passam a ter a obrigação de sigilo. E este sigilo é denominado profissional, ainda que se refira à proteção de um segredo bancário, de justiça, da área médica etc. Não obstante esta denominação diversa, permanece a mesma obrigação legal de respeito ao objeto-segredo.

As pessoas que, em razão de suas atividades profissionais, venham a tomar conhecimento de objeto secreto em poder dos bancos, deverão respeitar o sigilo. Caso sejam notificadas a testemunhar, deverão comparecer. Todavia, em relação a eventuais perguntas pertinentes ao segredo bancário, na fase de investigação ou na via processual, deverão invocar o dever de sigilo profissional ou mesmo o sigilo bancário. Ambos protegem o mesmo segredo e servirão para evitar as respostas e a configuração de crime de falso testemunho.

Hélio Tornaghi defende que o Código de Processo Penal tutela o sigilo profissional, quer a violação do segredo cause dano a outrem, quer não cause, pois considera irrelevante a existência de justa causa para a sua revelação.²⁵ Mesmo excluída a ilicitude

²⁵ *Curso de Processo Penal*, Vol. 1, p. 407.

criminal, ainda sim restaria o dever de sigilo, em respeito à ética exigida dos profissionais nas relações com seus clientes.

Fernando da Costa Tourinho Filho escreve que

só haverá a proibição (de depor), se houver um nexo causal, isto é, é preciso que a pessoa saiba do segredo em razão do ofício etc. Simples conhecimento decorrente de relação ocasional não gera a obrigação de guardá-lo.²⁶

Todavia, registre-se que este não é o caso, por exemplo, de um auditor fiscal, que toma conhecimento do segredo por dever de sua função. O objeto de proteção do artigo 207 é a relação de confiança que deve existir entre clientes e os mais diversos profissionais. Tanto é assim, que a parte final do texto abre a possibilidade de revelação em virtude da autorização do interessado.

A parte final do artigo 207 do CPP permite o testemunho revelador do segredo bancário, desde que autorizado pela parte interessada, *in casu*, o titular do direito ao sigilo bancário. E, mesmo assim, a testemunha ainda não terá o dever de depor. Poderá fazê-lo, caso queira, conforme a redação legal.

Trata-se de norma ditada por razões de conveniência e, até mesmo, de moralidade. A proteção ao segredo profissional, diz Tornaghi, decorre do interesse de todos, da necessidade que cada um tem de confiar e de estar seguro de que o segredo não será revelado.²⁷

Não obstante, caso imprescindível o testemunho para a formação do conjunto probatório, deverá a parte requerer ao juiz a restrição ao sigilo bancário, de modo que a testemunha possa depor sem incorrer em crime de violação de segredo.

²⁶ *Processo Penal*, Vol. 3, p. 272.

²⁷ TOURINHO F, Fernando da Costa. *Processo Penal*, Vol. 3, p. 271.

4.4.2 Prova Emprestada

A lei processual não disciplina a utilização de prova obtida em outro processo, motivo pelo qual o assunto depende de interpretação constitucional. Em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, exige-se que se trate do mesmo réu. A respeito, em Recurso Especial, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou:

Havendo indícios de que a produção de provas não foi realizada sob a presidência do juiz do processo, em ato do qual não participaram as partes, com patente inobservância do devido processo legal e do contraditório, a prova emprestada deve ser qualificada como ilícita, desprovida de qualquer eficácia, eivada de nulidade absoluta, insusceptível de ser sanada por força da preclusão.²⁸

Não obstante, vale dizer que o objeto do sigilo bancário em geral permanece registrado em livros ou em arquivos digitais das instituições financeiras, de modo que em cada processo, provavelmente haverá a possibilidade do juízo competente obter o acesso aos dados, documentos e informações necessárias, conforme o devido processo legal.

Mas, caso seja necessário obter a prova emprestada relacionada ao objeto do sigilo bancário, alguns cuidados deverão ser tomados. Por melhor que seja a intenção, não deverá a parte ou seu procurador providenciar cópias de autos em que exista prova protegida pelo sigilo bancário, para requerer a sua juntada em outro feito. Caso o faça, poderá praticar o crime de violação de sigilo previsto no artigo 10, da Lei Complementar 105/2001.

A parte interessada deverá expor suas razões ao juízo competente, oportunidade em que mencionará a existência de outro processo, em determinada vara e indicará a pertinência da prova a ser emprestada. Caberá então ao magistrado avaliar a necessidade de obtenção desse elemento de prova. Caso defira esse pedido e ocorra a juntada

²⁸ CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, Livro III, p. 1725. Julgado encontrável também na RT 743/589.

dos documentos protegidos pelo sigilo bancário, deverá determinar que o processo tramite em segredo de justiça.

4.4.3 Cooperação internacional e o objeto do sigilo bancário

O conhecimento do objeto do sigilo bancário não servirá apenas para compor o quadro probatório por ocasião de um provimento final. Poderá servir também para a prática de medidas assecuratórias, inclusive aquelas onudas de outros Estados, com os quais o Brasil mantenha tratado ou convenção internacional. Esta possibilidade encontra-se expressa no artigo 8º, da Lei 9613/98 e permite ao juiz determinar, por solicitação de autoridade estrangeira ²⁹ competente, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores oriundos de crimes relacionados em seu artigo 1º.

Esta norma encontra-se de acordo com o artigo 7º da Convenção de Viena, o qual trata da assistência judicial recíproca entre os Estados e estabelece que:

1) As partes prestarão, com base no disposto neste artigo, a mais ampla assistência judicial recíproca em investigações, processos e atuações judiciais referentes a delitos tipificados de conformidade com o parágrafo 1º, do artigo 3. 2) A assistência judicial recíproca que há de prestar-se com fulcro neste artigo, poderá ser solicitada para qualquer dos seguintes fins: a) receber testemunhos ou tomar declaração de pessoas; b) apresentar documentos judiciais; c) efetuar inspeções e buscas; d) examinar objetos e lugares; e) facilitar informações e elementos de prova; f) entregar originais ou cópias autênticas de documentos e expedientes relacionados com o caso, inclusive documentos financeiros, bancários, sociais e comerciais. ³⁰

²⁹ CERVINI, Raúl. *Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul*, p. 86 e 87. “Toda análise da cooperação penal no âmbito do Mercosul deve passar inexoravelmente por uma reflexão a respeito dos tratados já existentes — ou em processo de ratificação — em matéria de assistência penal entre os Estados-partes. Num plano multilateral, os países integrantes do mercado regional se encontram vinculados fundamentalmente pelas Convenções do Panamá sobre Precatórias, Cartas Rogatórias e Recepção de Provas no Estrangeiro, de 1975, que é, por exemplo, o instrumento básico através do qual os demais países membros do Mercosul conduzem o seu relacionamento de assistência penal com Paraguai. A isso deve somar-se, ultimamente, o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional de Las Leñas (27.06.1992); o Acordo de Recife, de 1993, para a aplicação de controles integrados de fronteira (Mercosur/CMC/Dec.5/93); o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal (Recomendação 2/96, de junho de 1996)”, entre outros.

³⁰ Aprobada por la Conferencia en su sexta sesión plenaria, celebrada el 19 de diciembre de 1988, Viena, Austria, cf. <http://www.cicad.oas.org/es/tratadoS/mj14.htm>. Tradução livre de: 1) *Las Partes se prestarán, a tenor de lo dispuesto en el presente artículo, la más amplia asistencia judicial recíproca en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.* 2). *La asistencia judicial recíproca que ha de presentarse con conformidad con el presente artículo podrá ser solicitada para cualquiera de los siguientes fines: a) recibir testimonios o tomar declaración a personas; b)*

Segundo o artigo 4º, do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul, as solicitações transmitidas por uma autoridade central com amparo no protocolo se basearão em pedidos de assistência de autoridades judiciais ou do Ministério Público do Estado requerente, encarregadas do julgamento ou investigação de delitos.

Quanto ao pedido de assistência promovido por autoridade judiciária encarregada de julgamento dúvida não há, visto que o judiciário é um poder consagrado em nossa Constituição e sistema processual. Apesar de haver argumentos razoáveis no sentido de o Ministério Público dirigir a investigação criminal, ainda consta na Constituição brasileira e no Código de Processo Penal que esta atividade é própria das autoridades policiais³¹. Logo, para que o Ministério Público possa provocar diretamente o pedido de assistência internacional no âmbito do Mercosul, há que se admitir uma interpretação ampliativa, no sentido de admitir a atividade investigatória do *parquet*.

Não obstante, em qualquer hipótese o pedido de assistência internacional exige um prévio procedimento investigatório ou um processo penal propriamente dito, que contenha os requisitos autorizadores do acesso ao sigilo bancário nos termos da legislação brasileira aludida.

Para a obtenção de documentos protegidos pelo sigilo bancário junto aos governos argentino, uruguaio e paraguaio, encontra aplicação no Capítulo III, do Protocolo,

presentar documentos judiciales; c) efectuar inspecciones e incautaciones; d) examinar objetos y lugares; e) facilitar información y elementos de prueba; f) entregar originales o copias auténticas de documentos y expedientes relacionados con el caso, inclusive documentación bancaria, financiera, social y comercial”.

³¹ No Recurso Extraordinário n.º 233.072-4, oriundo do Rio de Janeiro, tendo por relator o Ministro da Silveira, por maioria de votos, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que o Ministério Público não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos, nem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos. Ementa de acórdão publicada no DJ de 03.05.2002.

entre outras formas de assistência, a entrega de documentos nos termos dos artigos 15, b, segundo o qual :

por solicitação da autoridade competente do Estado requerente, a autoridade competente do Estado requerido poderá proporcionar cópias de documentos oficiais, registros ou informações não acessíveis ao público, nas mesmas condições pelas quais esses documentos se dispõem a suas próprias autoridades.

Ainda segundo o artigo 23, a autoridade competente (do Estado requerido) diligenciará a solicitação de cooperação no que se refere a inspeções e entrega de quaisquer objetos, compreendidos, entre outros, documentos ou antecedentes, se esta contiver informação que justifique a medida proposta. A respeito, Gabriel Adriasola, assevera que:

Em respeito a esta disposição, a informação resguardada pelo sigilo bancário permanecerá sujeita, no âmbito do Protocolo de São Luiz, a disciplina material e formal da lei do lugar, isto é, da lei do Estado requerido. No caso uruguaio, a solicitação recebida de outros países do Mercosul, deve observar os requisitos contidos no artigo 25, do Decreto Lei 15322. Esta disposição, reguladora do sigilo bancário é uma norma de polícia, que integra o conceito de ordem pública em Uruguay e requer provimento fundamentado da Justiça Criminal, para assim poder levantar o véu do segredo. O que significa isto no âmbito do Protocolo de São Luiz ? Significa, em primeiro lugar, que é o juiz uruguaio a autoridade competente para resolver sobre a rogatória de levantamento do sigilo bancário, porque é ao Poder Judiciário que a Autoridade Central deverá encaminhar a solicitação, ainda que por decreto recente do Poder Executivo Nacional, o juiz deva inicialmente requerer a assessoria prévia do Banco Central do Uruguay.³²

Caso o Poder Judiciário brasileiro receba documentos estrangeiros, nos quais conste informações e material protegido pelo sigilo bancário em outro Estado, deverá

³² *Enfoque Crítico del Secreto Bancario*, “in“ www.ibccrim.org.br/doutrinalInternacional/uruguai, acesso em 07.05.2002. Tradução livre de: “*en mérito a esta disposición, la información resguardada por el secreto bancario queda sujeta, en el ámbito del Protocolo de San Luis, a la regulación material y formal de la lex fori, esto es, de la ley del Estado requerido. En el caso uruguayo por lo tanto, la solicitud recibida por parte de otros países del Mercosur, debe observar los requisitos contenidos en el artículo 25 del Decreto Ley 15322. Esta disposición, reguladora del sigilo bancario y ya caracterizada como una norma de policía que integra el concepto de orden público en el Uruguay, requiere resolución fundada de la Justicia Criminal para así poder levantar el velo delo secreto. ¿ Qué significa esto en el ámbito de cooperación del Protocolo de San Luis ? Significa en primer lugar que es el juez uruguayo la autoridad competente para resolver sobre la rogatoria de levantamiento del secreto bancario, por lo que es al Poder Judicial a dónde la Autoridad Central debe derivar la solicitud, aún cuando por reciente Decreto del Poder ejecutivo Nacional, el juez debe preceptivamente requerir el asesoramiento previo del Banco Central del Uruguay*”.

determinar o sigilo do procedimento, bem como a sua tradução, nos termos do artigo 236 do CPP.³³

Um outro exemplo de cooperação internacional, relacionada ao sigilo bancário, pode ser oferecido:

A Confederação Suíça, com base no artigo 67 de sua Lei de Cooperação Judiciária em Matéria Penal, de 23 de março de 1981, e na reserva feita ao Artigo Segundo da Convenção Européia sobre Cooperação Judiciária, condicionou o fornecimento de informações sobre contas bancárias a termo de compromisso da autoridade judiciária rogante, no sentido de que os elementos obtidos só serão utilizados em processos referentes a infrações penais e nunca em feitos de natureza fiscal.³⁴

4.5 Questões incidentais

Dentro da dimensão processual, o problema da admissibilidade ou inadmissibilidade de provas gera uma questão³⁵ incidental, a ser resolvida pelo órgão jurisdicional.

A fórmula ‘incidente’ de antigo e freqüente uso na linguagem judicial resulta da abreviação de questão incidente: chamam-se incidentes todas as questões que caem (*incidunt*) entre a demanda e a decisão, no sentido de que devem ser resolvidas antes que se decida a lide; ...³⁶

³³ “Faz parte da tradição jurídica brasileira que os documentos em língua estrangeira só devem ser admitidos no processo quando acompanhados da respectiva tradução, bem como de sua legalização pelos cônsules brasileiros, reconhecidas as firmas destes na Secretaria do Ministério das Relações Exteriores” (TACRIM SP, HC, 4º C., Rel. Silva Franco, j. 03.03.77, RT 500/324. Cf. *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jur.*, Vol. 2, p. 1874.

³⁴ A pesquisa original em 21.02.2003 foi realizada na página da internet www.mj.gov.br/snj/cartas%20rogat%C3%B3rias.htm, do Ministério da Justiça. Em 01.05.2007, as mesmas informações foram encontradas no sítio eletrônico <http://www.mj.gov.br/drci/default.asp>, no qual consta uma série de informações sobre tratados e convênios sobre cooperação judiciária entre o Brasil e diversos outros Estados.

³⁵ “O ponto é o fundamento de uma afirmação referente ao mérito, ao processo ou à ação. Essa afirmação pode ser feita por qualquer um dos sujeitos da relação processual: juiz, autor e réu. Definido o ponto, é a partir dele que se enuncia a noção de questão. Carnelutti conceituou a questão como sendo o ponto duvidoso. Disse ainda que não é necessário para a existência de uma questão o dissenso entre as partes, admitindo que possa ser levantada de ofício pelo juiz.” Cf. FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade*, fl. 57.

³⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, Vol. II, p. 71.

As partes poderão levantar questões relacionadas ao procedimento de obtenção de meio de prova relacionado ao segredo bancário e em relação a autenticidade do próprio documento protegido pelo sigilo.

Para tanto, poderão aduzir a impertinência, a irrelevância ou a falsidade de documentos a obter ou obtidos, bem como a ilicitude ou nulidade dos atos processuais de acesso ao objeto do sigilo. O objetivo será o de evitar a obtenção ou a produção do meio de prova protegido pelo segredo bancário, quer seja pelo indeferimento da medida solicitada ou pelo desentranhamento das respectivas peças constantes dos autos, de modo que o meio de prova atacado não possa integrar o conjunto probatório apto a convencer o julgador.

Um bom exemplo é o do incidente de falsidade documental. Por ocasião da juntada de documentos ³⁷ protegidos pelo sigilo bancário aos autos, caberá ao juiz determinar ciência às partes, para que possam manifestar-se. Caso queiram argüir a falsidade, deverão fazê-lo por escrito e o respectivo procurador deverá possuir poderes especiais para tanto. O juiz também poderá, de ofício, proceder à verificação da falsidade.

Autuado em apartado o incidente e ouvidas as partes, poderá o juiz determinar a realização de diligências e exames periciais. Reconhecida a falsidade, caberá ao magistrado determinar o desentranhamento da prova considerada falsa e o seu envio ao Ministério Público.

Da decisão que reconhecer ou não a falsidade, caberá o recurso em sentido estrito, conforme a previsão do artigo 581, XVIII, do CPP. Qualquer que seja a decisão, segundo o artigo 148 do mesmo código, não fará coisa julgada em prejuízo de ulterior processo penal ou civil.

³⁷ Art. 232 do CPP: Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares. Par. único. A fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original.

Com o advento do documento eletrônico, previsto no artigo 10 da Medida Provisória 2200-2, de 24.08.2001, em trâmite no Congresso Nacional, a sistemática de avaliação da autenticidade deverá ser analisada pelos novos especialistas em informática.

A admissibilidade ou inadmissibilidade de determinado meio de prova no processo trata-se, portanto, de questão prévia,³⁸ visto que esta subordina as decisões judiciais futuras. Poderá ser caracterizada como prejudicial, a exemplo da questão sobre a falsidade documental ou como questão preliminar, posto que não será objeto de outro processo, ou seja, a questão preliminar não possui a autonomia necessária para a sua consideração como prejudicial. Como exemplo desta, cite-se o problema da nulidade do procedimento de obtenção de prova.

Além dos sujeitos processuais, também a instituição financeira poderá suscitar a questão prévia incidente, mesmo não sendo parte no processo em que se deu a autorização de acesso ao segredo bancário. Será necessário que o juiz a considere relevante, a ponto de decidir sobre.

Na Itália, Sandro Merz defende que:

O banco deve opor-se a requisição de informações quando, por qualquer razão, se deva considerar como não legítima ou não proveniente de sujeito legitimado, ou identifique um vício de forma ou de procedimento ou, enfim, ausente um pressuposto de fato sobre o qual o direito de acesso se funda.³⁹

Conforme o autor italiano, diversas são as possibilidades. A ausência do devido procedimento legal e da delimitação do âmbito de pesquisa do segredo bancário, a

³⁸ “As questões prejudiciais e as questões preliminares são espécies de questões prévias. São assim questões que influem sobre a resolução de outras e, por isso, devem ser decididas antes dessas. Subordinam logicamente a solução dessas outras questões, sendo estas denominadas de subordinadas, enquanto as prejudiciais e preliminares são chamadas de subordinantes”. Sobre a distinção entre elas, prossegue Antonio Scarance Femandes. “Melhor o critério que leva em conta a diversidade de influência da questão preliminar e da questão prejudicial sobre a questão subordinada. Serve ainda para explicar a natureza da relação de subordinação entre a questão prejudicial e a prejudicada. É proposto por Barbosa Moreira. Diz ele: ‘a solução de certa questão pode influenciar a de outra: a) tomando dispensável ou impossível a solução dessa outra; ou b) predeterminando o sentido em que a outra há de ser resolvida’ “. Cf. *Prejudicialidade*, p. 47-50.

³⁹ *I Capitali...*, p. 63. Tradução livre de: “*la banca deve opporsi alla richiesla di informazione quando, per qualsiasi ragione, si debba ritenere che non sia legittima, o non provenga dal soggetto legittimato, o sussiste un vizio di forma o di procedura o, infine, manchino i presupposti di fatto su cui il diritto di accesso si fonda*”.

incompetência da autoridade judiciária, a inexistência das informações e documentos em poder do banco, são algumas das hipóteses que exigirão uma manifestação cuidadosa da instituição financeira, de modo a obter a regularização de eventuais vícios e eventuais erros.

Ao juiz competirá conhecer e julgar estas questões no curso do processo. Aos inconformados restará a via da impugnação, conforme se verificará ao final do próximo capítulo.

4.6 Órgão jurisdicional competente

Uma vez determinada a competência do órgão jurisdicional para conhecimento e julgamento da infração penal conforme os diversos critérios legais, também estará determinada a competência ⁴⁰ para decidir sobre a presença dos requisitos ensejadores de acesso legal ao segredo bancário.

Nos tribunais superiores e no Estado de São Paulo, tratando-se de delito da competência originária do Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 2º, da Lei 8038/90, o relator, escolhido na forma regimental, será o juiz da instrução, ao qual competirá o conhecimento de requerimento de acesso ao segredo bancário no decorrer do processo.⁴¹

⁴⁰ MORAES, Maurício Zanoide. *Sigilo Financeiro, “in” Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 3015: “Compete à Justiça Federal o conhecimento de pedido de quebra de sigilo bancário, relacionado com suposto crime contra o Sistema Financeiro (Lei 7492/86, art. 26). STJ, 1ª Turma, RMS 8632/GO, Rel. Humberto Gomes de Barros, RSTJ 105/102”.

⁴¹ Conforme o Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Art. 201. Cada feito processado no Tribunal terá um relator, escolhido mediante sorteio, salvo nos casos de relator nato. Art. 202. O relator será o juiz preparador do feito, até ao julgamento, cabendo-lhe, além de determinar diligências, inclusive as instrutórias, necessárias ao julgamento dos recursos e das causas originárias: I - presidir todos os atos do processo, à exceção dos que reclamarem decisão colegiada; II - decidir as questões incidentes, cuja solução não for da competência de órgãos do Tribunal, do presidente da respectiva seção ou do Presidente da Corte; III - indeferir petição inicial de ações originárias, nos casos da lei, e decretar a perda da eficácia de medidas liminares; IV - negar seguimento a agravo de instrumento manifestamente inadmissível, XXIV - velar, nos processos criminais originários, pela regularidade das notificações, das intimações e de todas as providências para a realização da audiência de instrução e para a sessão de julgamento; XXV - praticar os demais atos que as leis processuais e este Regimento insenrem em sua competência.

A título de exemplo, registre-se que em caso de processo criminal tendo por réu uma das autoridades relacionadas nas letras “b” e “c”, do inciso I, do artigo 102, da Constituição, competente para a apreciação da restrição ao sigilo bancário será o Supremo Tribunal Federal. Por sua pertinência, segue parte de acórdão:

O Supremo Tribunal Federal, sendo o juiz natural dos membros do Congresso Nacional nos processos penais condenatórios, é o único órgão judiciário competente para ordenar, no que se refere à apuração de supostos crimes eleitorais atribuídos a parlamentares federais, toda e qualquer providência necessária à obtenção de dados probatórios essenciais à demonstração da alegada prática delituosa, inclusive a decretação da quebra do sigilo bancário dos congressistas.⁴²

Deverá o órgão jurisdicional apreciar a legitimidade para o requerimento e a sua oportunidade durante a fase instrutória. Como o requerimento destina-se a obter a ordem necessária à realização de diligências, as quais poderão gerar ou não a obtenção de meio de prova, sua elaboração não será cabível após o encerramento da instrução criminal. Após esta fase, em situações especiais, o juiz poderá converter o julgamento em diligência para suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade e poderá determinar o acesso ao sigilo bancário, conforme a possibilidade prevista no artigo 502 do CPP.

Durante a instrução criminal e antes de proferir a sentença, o juiz poderá determinar de ofício diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156 CPP). No artigo 234 do mesmo código, consta também que se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível⁴³. Entre os poderes instrutórios do magistrado encontra-se, igualmente, o de ordenar, de ofício, o acesso ao sigilo financeiro.

A prudência e a cautela que o devem nortear em todo ato jurisdicional mostrarão o momento dessa intervenção e ainda em que amplitude ela deve operar-se, para que

⁴² MORAES, Maurício Zanoide. *Sigilo Financeiro*, “in” *Leis Penais Especiais e sua...*, p 3008.

⁴³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade...*, p. 57: Nesta linha assevera que “Carnelutti conceituou a questão como sendo o ponto duvidoso. Disse ainda que não é necessário para a existência de uma questão o dissenso entre as partes, admitindo que possa ser levantada de ofício pelo juiz.”.

assim não desça o magistrado, ao terreno instrutório, como se fosse uma das partes em contenda. O juiz, segundo ensina Alcalá-Zamora, '*no debe intervenir mucho como buscador de pruebas para mantener-se por encima del litigio, sin prejuzgar su solución ni comprometer su imparcialidad*'. Só excepcionalmente, para '*suplir la deficiencia de la prueba ofrecida*' pelas partes, é que pode determinar, de ofício, diligências probatórias.⁴⁴

O projeto de lei 4205/2001 em trâmite no Congresso Nacional propõe alteração da disciplina sobre provas no Código de Processo Penal e sugere a seguinte redação para o artigo 156:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz:
I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
II - determinar, de ofício, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.⁴⁵

Verifica-se que além de manter os poderes instrutórios do magistrado com caráter suplementar, o legislador demonstra uma tendência em tornar explícita a adoção do princípio da proporcionalidade no campo das provas, durante a persecução penal.

Como qualquer outra decisão judicial, esta deverá ser devidamente fundamentada em respeito ao artigo 93, IX, da Constituição. Em sua motivação, o juiz demonstrará as razões fáticas e jurídicas que influenciaram o seu julgamento e apontará os requisitos pertinentes para a determinação da restrição ao sigilo bancário e a revelação do respectivo segredo financeiro.

Ao expedir a ordem, o magistrado deverá especificar as operações financeiras e o período que passarão ao conhecimento das autoridades. Mais. Caso permita o acompanhamento das operações futuras, deverá estabelecer um limite para o acesso e

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. II, p. 269.

⁴⁵ Pesquisa original no sítio eletrônico www.mj.gov.br/sal/processo%20penal/PL%204205-2001.pdf, feita em 23.10.2002. Em 01.05.2007, consta em <http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm>, que o projeto foi retirado de pauta.

acompanhamento por parte das autoridades policiais.⁴⁶ Em sendo necessária a prorrogação da medida, a autoridade policial deverá oferecer nova representação nesse sentido.

Tratando-se de simples requisição judicial de documentos ou de informações, estas deverão ser bem específicas quanto aos envolvidos, espécie de operações e período abrangido, de modo que as instituições bancárias possam atender corretamente a ordem, sem o risco de divulgar indevidamente dados e informações que não foram objeto da permissão judicial.

Registre-se também que no caso de deferimento da restrição ao sigilo, obrigatoriamente deverá ser determinado o trâmite processual em segredo de justiça, consoante a norma do artigo 792, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal.

Caso a autoridade judiciária não se convença da necessidade, adequação ou da importância da medida pleiteada, poderá indeferi-la ou determinar melhores esclarecimentos e a juntada de outros elementos de prova, para permitir nova apreciação.⁴⁷

4.7 Provimentos jurisdicionais relativos ao sigilo bancário

Além das considerações acerca do conteúdo das decisões judiciais constantes no capítulo anterior, afigura-se adequado discorrer brevemente sobre a natureza desses mesmos provimentos, seu caráter político, meios de sua impugnação e de seus eventuais efeitos, tendo em vista a prova relacionada ao sigilo bancário.

Despachos ou decisões meramente interlocutórias são as que decidem as questões controvertidas relativas à regularidade e à marcha do processo, sem pôr-lhe fim e

⁴⁶ Na Itália discute-se a possibilidade de delegação genérica da autoridade judiciária à autoridade policial, para permitir o acesso a documentos e informações em poder das instituições bancárias. O que permitiria superar o antigo limite de reserva de jurisdição, previsto no revogado CPP italiano de 1931. Cf. MERZ, Sandro. *Il Capitali...* p. 29.

⁴⁷ Os meios de impugnação destas possíveis decisões serão estudados no próximo capítulo.

sem ter possibilidade para isto. Elas diferem das interlocutórias mistas, porquanto estas têm força de definitiva. Segundo explica Ramalho, é 'interlocutória a sentença que decide a questão incidente ou emergente do processo. Se a decisão é somente relativa à ordem do processo, a sentença denomina-se interlocutória simples; e se de algum modo prejudica a questão principal, ou põe fim ao juízo e à instância... denomina-se mista.⁴⁸

As decisões que deferem ou indeferem as diligências de acesso ao segredo bancário, na fase de investigação ou de instrução, são interlocutórias simples. A decisão proferida ao final de questão incidente, que determina o desentranhamento de prova ilícita, terá o caráter de interlocutória mista não terminativa. Também será interlocutória mista não terminativa a decisão proferida ao final de incidente de falsidade documental. Conforme o artigo 800, II, do CPP, os juízes singulares darão suas decisões interlocutórias simples no prazo de cinco dias, contados da data do termo de conclusão.

Para aferir o grau de cognição dos dois primeiros exemplos de decisões interlocutórias simples, empregar-se-á a analogia permitida pelo artigo 3º do CPP, no estudo comparativo com procedimentos semelhantes do Direito Processual Civil. O procedimento de acesso ao segredo bancário é muito semelhante ao da ação civil de exibição de coisa em poder de outrem em que o requerente reputa sua ou tenha interesse em conhecer, prevista no artigo 844, I, do Código de Processo Civil. Similar também é o procedimento da ação para a exibição de livros de companhia, a pedido de acionistas que representem, pelo menos, cinco por cento do capital social, sempre que sejam apontados atos violadores da lei ou do estatuto, ou haja fundada suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer dos órgãos da companhia, nos termos do artigo 105 da Lei 6404/76, conhecida por Lei das Sociedades Anônimas.⁴⁹

Kazuo Watanabe escreve que nestes processos sumários não cautelares, a sumariedade da cognição abrange o próprio mérito da causa.

⁴⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos...*, Vol. II, p. 88.

⁴⁹ A Lei 10303, de 31 de outubro de 2001, alterou vários dispositivos da Lei 6404/76; não o artigo 105.

Entre a perfeição e a celeridade, o legislador procurou privilegiar esta última, mas em contrapartida deixou de conferir a autoridade de coisa julgada material ao conteúdo declaratório assentado em cognição sumária.⁵⁰

Logo, ao decidir sobre o deferimento ou indeferimento de acesso ao segredo bancário, o órgão jurisdicional deve realizar uma cognição sumária ou incompleta, considerando o grau de profundidade de seu conhecimento sobre o objeto. Em suas palavras:

Deve haver adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, à natureza do direito alegado, a espécie dos fatos afirmados, à natureza do provimento a ser concedido, enfim, à especificidade do caso concreto. Em razão da função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim a que se destina.⁵¹

Em respeito ao artigo 93, IX, da Constituição, a decisão a ser proferida por juiz competente, deverá ser devidamente fundamentada. Nesta motivação o magistrado exporá o seu convencimento acerca dos requisitos aludidos para o acesso ao objeto do sigilo bancário.

A importância da motivação das decisões judiciárias é considerada hoje essencial à boa administração da justiça. Como diz T. Sauvel, em um excelente artigo intitulado *Histoire du jugement motivé* : Motivar uma decisão é expressar-lhe as razões. E, desse modo, obrigar quem a toma a tê-las. E afastar toda arbitrariedade. Somente graças à motivação aquele que perdeu um processo sabe como e por quê. A motivação convida-o a compreender a sentença e não o deixa entregar-se por muito tempo ao amargo prazer de maldizer os juízes. Ela é que o ajuda a decidir se deve recorrer, ou, se for o caso, a dirigir-se à Cassação. Ela é que permite não colocar-se novamente em uma situação que faria nascer um segundo processo. Além do mais, a motivação dirige-se não apenas aos pleiteantes, mas a todos. Faz compreender o sentido e os limites das leis novas, o modo de combiná-las com as antigas. Fornece aos comentadores, aos estudiosos da jurisprudência, a possibilidade de comparar as sentenças entre si, de analisá-las, agrupá-las, criticá-las, de extrair delas lições em geral, também de preparar as soluções futuras.⁵²

Caso defira, mandará expedir o respectivo mandado, no qual deverá especificar as operações financeiras e o período que passarão ao conhecimento das autoridades. Mais. Caso permita o acompanhamento das operações futuras, deverá estabelecer

⁵⁰ Da Cognição no Processo Civil, p. 142.

⁵¹ *Op. cit.*, 128.

⁵² PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*, p. 210 e 211.

um limite para o acesso e acompanhamento por parte das autoridades policiais.⁵³ Em sendo necessária a prorrogação da medida, a autoridade policial deverá oferecer nova representação nesse sentido.

Tratando-se de simples requisição judicial de documentos ou de informações, estas deverão ser bem específicas quanto aos envolvidos, espécie de operações e período abrangido, de modo que as instituições bancárias possam atender corretamente a ordem, sem o risco de divulgar indevidamente dados e informações que não foram objeto da permissão judicial de acesso. Uma vez juntados aos autos do processo, em respeito ao contraditório, abrir-se-á vista dos autos para a correlata manifestação das partes.⁵⁴

Registre-se também que no caso de deferimento da restrição ao segredo, obrigatoriamente deverá ser determinado o sigilo do procedimento investigatório nos termos do artigo 20 do Código de Processo Penal, ou do processo, que passará a tramitar em segredo de justiça. Esta providência também servirá para impedir o traslado dos documentos e informações protegidos pelo sigilo para outros procedimentos. Caso, contrário, haveria o risco de violação indireta do segredo além das hipóteses legais.

Caso a autoridade judiciária não se convença da necessidade, adequação ou da importância da medida pleiteada, poderá indeferi-la ou determinar melhores esclarecimentos e a juntada de outros elementos de prova, para permitir nova apreciação. Quando se tratar de fase investigatória, integrante do nosso sistema processual acusatório, não se vislumbra a possibilidade de o magistrado determinar de ofício esta medida restritiva.

⁵³ Na Itália discute-se a possibilidade de delegação genérica da autoridade judiciária à autoridade policial, para permitir o acesso a documentos e informações em poder das instituições bancárias. O que permitiria superar o antigo limite de reserva de jurisdição, previsto no revogado CPP italiano de 1931. Cf. MERZ, Sandro. *I Capitali...*, p. 29.

⁵⁴ No Recurso Especial 256 164-DF, julgado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sendo relator o Ministro Fernando Gonçalves, por votação unânime, decidiu-se em 19.03.2002: “O art. 616 do CPP traduz uma faculdade do órgão julgador, diante da análise do conjunto probatório, determinar ou não que o feito seja baixado em diligência. Em consonância com o princípio da igualdade das partes e do contraditório, sempre que for carreado aos autos documento novo, relevante para a decisão, deve ser concedida à parte contrária, contra ou em face da qual foi produzida a prova, oportunidade de manifestação a respeito. DJU 15.04.2002, seção 1, p. 268. Cf. Revista Brasileira de Ciências Criminais n° 39, p. 335.

V. PROVA ILÍCITA POR VIOLAÇÃO AO SIGILO BANCÁRIO

5.1 Controle dos limites à busca da verdade

Depois das considerações sobre a obtenção lícita dos meios de prova relacionados ao objeto do sigilo, é inafastável o registro do modelo nacional de inadmissibilidade de provas ilícitas. Antes, porém, vale ressaltar a razão de ser desta proibição.

A partir do momento em que os governos assumiram o controle absoluto do *jus puniendi*, passando a detentores do monopólio da reação penal, surgiu o problema dos limites dessa atividade em relação aos súditos. Trata-se de antiga tensão entre as forças do poder instituído e o povo. Influem nesse campo os valores, a cultura, as circunstâncias econômicas e políticas, o ordenamento jurídico etc. A História demonstra que, quanto maior for o sucesso do poder totalitário, menor será a amplitude das liberdades públicas, razão pela qual os movimentos humanitários, quando podem, lutam pela maior quantidade possível de direitos e garantias das pessoas a fim de equilibrar as aludidas relações.

De outro lado, infere-se que, quanto maior for o sucesso do regime democrático, em que o governo se afigura um legítimo representante popular, com suas políticas e ações voltadas ao bem comum, num ambiente de respeito às liberdades públicas, menor será o grau de preocupação com estas garantias, razão pela qual as pessoas não podem esquecer-se dos perigos do retomo totalitário, principalmente nesta América Latina marcada por tantas rupturas políticas e econômicas.

Em diversos momentos da história,¹ representantes de governos agiram de forma violenta e arbitrária durante os procedimentos de obtenção de prova, causando mortes, traumas e seqüelas em investigados e réus e em seus familiares. Preocupado com os excessos próprios da instabilidade política brasileira, o legislador constituinte de 1988 aprovou o artigo 5º, com setenta e sete incisos e dois parágrafos contendo direitos e garantias pessoais.

Além de apontar a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos de nossa república e apontar como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a Constituição estabeleceu especificamente no inciso LVI, do artigo 5º que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Neste sentido, além de outras restrições de ordem técnica ou lógica, o ordenamento jurídico proibiu as provas ilícitas

². Aliás esta preocupação não é nova. José Frederico Marques já ensinava que:

limitações várias, decorrentes dos princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana, impedem que para a procura da verdade lance-se mão de meios condenáveis e iníquos de investigação e prova, além de outros fundados em superstições, credices ou práticas não mais consagradas pela ciência processual.³

Esta proibição encontra sentido na necessidade real de os agentes da persecução desenvolverem seus trabalhos dentro de uma linha de referência legal, pois a partir do momento que afastam-se deste padrão correm o risco de perder os valores da sociedade em que vivem e trabalham. Nesse sentido, age bem o legislador em limitar os procedimentos de obtenção de prova, a exemplo dos códigos estrangeiros.

¹ A história mundial é pródiga em exemplos de excessos e abusos das autoridades públicas. Os movimentos ligados ao Direito Natural, às Declarações de Direitos, ao Constitucionalismo e outros representaram apenas uma das expressões de luta contra os abusos dos governantes do mundo ocidental. Os primeiros ordenamentos jurídicos do Brasil foram importados da Europa. Nas Ordenações Filipinas já se previa, em seu Livro V, Título CXXXIII, os Tormentos, ou seja, a possibilidade de tortura contra as pessoas que não ocupavam posições consideradas relevantes naquela sociedade, durante o equivalente processo penal da época. Cf. ORDENAÇÕES FILIPINAS: LIVROS IV e V. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, p. 1308 e 1309.

² Em 18.06.1992, constou em “*el auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español — considerado paradigma de la postura jurisprudencial sobre la prueba ilícita — ‘no se puede obtener la verdad real a cualquier precio. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad’*”: cf. SÁNCHEZ, Nicolás Martí. *La Llamada Prueba Ilícita y sus Consecuencias Procesales*. “In “: Rev. Actualidad Penal, Madrid: La Ley Actualidad, n° 07, p. 148.

³ *Elemento de Direito Processual Penal*, Vol. II, p. 271.

O Código de Processo Penal italiano prevê a vedação de prova em seu artigo 190, 2, com a seguinte redação: “salvo as provas vedadas e as manifestamente protelatórias, o juiz deve prover, sem demora, à sua produção”.⁴

Manuel da Costa Andrade informa que a proibição de prova ilícita em Portugal consta no artigo 32, nº 6, da Constituição:

São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.⁵

Na Espanha não há um dispositivo constitucional expresso que vede a admissão no processo de uma prova obtida mediante violação de direitos fundamentais. A matéria encontra-se expressa no inciso 2º, nº 1, do artigo 11 da Lei Orgânica 6/1985 do Poder Judicial, que dispõe: “não surtirão efeito as provas obtidas, direta ou indiretamente, violando os direitos e liberdades fundamentais”.⁶

Assim, o Tribunal Constitucional espanhol rechaça a prova ilícita devido à posição preferente dos direitos fundamentais no ordenamento e de sua condição de invioláveis, conforme o exemplo a seguir da sentença nº 55/1982, de 26 de julho, em que se destaca sobre tais provas “a importância de cuidar das garantias de sua admissão no processo”.⁷

⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e..., p. 33. Tradução livre de: ““*Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti*””.

⁵ Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, p. 12-13.

⁶ Tradução livre de: “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

⁷ Tradução livre de: “*la importancia de cuidar... las garantías de su aportación*”.. SÁNCHEZ, Nicolás Martí. *La Llamada Prueba Ilícita y sus Consecuencias Procesales*. “In “: Rev. Actualidad Penal, Madrid: La Ley Actualidad, nº 07, p. 148 e 150.

O artigo 244.3 do Código Processual Penal alemão, ao cuidar da prática das provas, determina que “um pedido de provas deve ser indeferido se a prática das mesmas é inadmissível”.⁸

Ao tratar deste assunto, entra-se no terreno dos limites à liberdade de pesquisa da verdade relacionada à notícia da infração penal. Limita-se, por exemplo, a busca da verdade aos fatos admissíveis, pertinentes e relevantes, ao mesmo tempo em que se excluem os inadmissíveis, impertinentes, irrelevantes, intuitivos e impossíveis de provar. Na Itália, Francesco Carnelutti aduz que existe um momento próprio para a inspeção das provas que devem constituir-se, designado por “recepção das provas”.

Já que tal inspeção não se pode fazer no ato da decisão, compreende-se que constitui uma fase muito importante da instrução. A recepção das provas pode referir-se ou à prova direta ou à indireta, à prova histórica ou à crítica, à prova pessoal ou à real. Os tipos de recepção que a lei construiu são fundamentalmente três e concernem à prova testemunhal, à prova documental e à prova direta ou crítica, pessoal ou real.⁹

Ao tratar da ordenança de recepção, prossegue Carnelutti:

Uma prova não deve ser aceita senão quando seja admissível e relevante (arts. 178 e 187): é admissível, se nenhuma regra de prova legal estatui sua ineficácia; é relevante se o fato que a prova está destinada a estabelecer constitui uma razão da decisão. Uma prova inadmissível ou irrelevante não deve ser aceita porque ocasionaria, sem utilidade alguma, um estorvo para o processo.¹⁰

Uma outra ordem de considerações também leva à necessidade de se colocarem limites ao direito à prova: o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes. Por isso é que o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal Militar, em regras consideradas de superposição e aplicáveis a todo e qualquer processo, consideram inadmissíveis meios de prova moralmente ilegítimos (art.332 do CPC) e que atentem contra a moral e a segurança individual ou coletiva (art. 295 do CPPM).¹¹

Registre-se que o aspecto moral deve ser considerado por exigência normativa, portanto legal.

⁸ Tradução livre de: “*una petición de pruebas debe ser rechazada si la práctica de las mismas es inadmisibile* “. ENCINAS, Emilio Eiranova (Coord.). Código Penal Alemán StGB e Código Procesal Penal Alemán StPO, p. 317.

⁹ *Instituições do Processo Civil*, Vol. II, tradução de Adrián Sotero de Witt Batista, p. 95 e 96.

¹⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 97.

¹¹ GRINOVER, Ada Pelegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *As Nulidades no Processo Penal*, p. 128.

Dentro destes limites, destaca-se a vedação de provas.

Neste plano, a atividade jurisdicional de controle das atividades de persecução, além de seu caráter jurídico, representa importante componente político-social, na medida em que serve de parâmetro para os responsáveis pelas atividades de investigação, as quais estão diretamente relacionadas ao sistema criminal de controle social. Mas o magistrado não está só nesta atividade. A acusação e a defesa têm amplo espaço e liberdade para levantar os problemas pertinentes à vedação de prova durante o processo e contam com diversos instrumentos jurídicos para tanto. Fica patente que a atividade investigatória e instrutória submete-se ao controle de todos os sujeitos processuais.

5.2 Vedação de prova: prova ilegítima e prova ilícita

A Prova é vedada sempre que for contrária em sentido absoluto ou relativo, a uma específica norma legal, ou a um princípio do direito positivo.¹²

No campo das proibições da prova, a tônica é dada pela natureza processual ou substancial da vedação: a proibição tem natureza exclusivamente processual quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; tem, pelo contrário, natureza substancial quando, embora servindo imediatamente também a interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo.¹³

A inobservância das formas dos atos processuais, caracterizadora da prova ilegítima, redundará em nulidade, que por sua vez pode ser considerada como o vício em si e como a própria sanção prevista na lei processual. Vale dizer, o próprio direito processual penal encarrega-se de estabelecer limites à atividade probatória e de persecução como um todo.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*, 2a ed., p. 96.

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *As Nulidades no Processo Penal*, p. 131.

Com apoio em terminologia de Nuvolone, adotada por Ada Pellegrini Grinover, pode-se afirmar que a prova é vedada em sentido absoluto quando o direito proíbe em qualquer caso sua produção. Haverá prova vedada em sentido relativo quando, embora admitido o meio de prova, condiciona-se a sua legitimidade à observância de determinadas formalidades. A violação de uma vedação será sempre ilegal, mas a violação de uma proibição de natureza substancial toma o ato ilícito, enquanto a violação de impedimento de ordem processual faz com que o ato seja ilegítimo. Com estas considerações, pode-se dizer que será ilegal a prova toda vez que houver violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material.¹⁴

São de três ordens as medidas de que dispõe o Estado para impor a observância dos princípios jurídicos em geral: a) a medidas preventivas; b) sanções de caráter repressivo, penal ou não; c) negação de eficácia jurídica. A eficácia dos atos do processo depende, em princípio, de sua celebração segundo os cânones da lei (sistema da legalidade formal). A consequência natural da inobservância da forma estabelecida é que o ato fique privado dos efeitos que ordinariamente haveria de ter.¹⁵

O processo exige uma atividade típica¹⁶ composta de atos, cujos traços essenciais são definidos pelo legislador, pois é a forma que permite a existência do ato processual, fazendo-o incidir sobre o mundo real pelos efeitos jurídicos que produz.

Ensina José Frederico Marques que a nulidade é uma sanção que, no processo penal, atinge a instância ou o ato processual que não estejam de acordo com as condições de validade impostas pelo Direito objetivo¹⁷. Magalhães de Noronha completa esse entendimento, com citação de Florian:

em linguagem corrente, a palavra nulidade emprega-se com duplo significado: umas vezes para indicar o motivo que torna o ato imperfeito, outras, para exprimir a consequência que deriva da imperfeição do ato ou sua invalidade jurídica.¹⁸

Ocorre que somente na hipótese de cominação expressa poderá ser retirada eficácia jurídica à prova produzida em contrariedade às normas do Código de Processo Penal. E certo que o elenco taxativo dos vícios que invalidam o processo ou qualquer de seus atos (englobando casos de inexistência, nulidade absoluta e nulidade relativa) é complementado

¹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p.78.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*, 2a ed., p. 153 e 154.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pelegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*, p. 17.

¹⁷ *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. II, p. 364.

¹⁸ *Curso de Direito Processual Penal*, p. 438.

pela fórmula genérica do artigo 564, IV, o qual estabelece que a nulidade ocorrerá também “por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”.

Mas, neste ponto, indaga Ada Pellegrini Grinover:

na hipótese de o juiz admitir admitir *contra legem* a produção da prova vedada, ou de prova que não se revista das formalidades legais (como no caso de busca sem mandado ou do interrogatório sem as cautelas previstas na lei), poderá fazer-se o enquadramento na nulidade prevista no item IV do art. 564 e do art. 500 dos códigos processuais ?

E a mesma autora responde:

Ainda que se pretenda entender a hipótese do item IV dos artigos 564 e 500 do Código de Processo Penal e do Código de Processo Penal Militar em sentido mais amplo, verifica-se de qualquer modo, que se trataria sempre de nulidade relativa, sujeita às sanatórias processuais. Com efeito, para assim concluir basta observar o disposto no art. 572, II do Código de Processo Penal.¹⁹

E pelo princípio da finalidade, a nulidade relativa será considerada sanada, desde que o ato tenha atingido o seu fim.

Pelo sistema de nulidades do Código de Processo Penal, no exemplo dado, o legislador não estabeleceu a invalidade da apreensão ou a inadmissibilidade da prova. Pune-se com a lei material o autor de uma apreensão ilegal, mas não se repudia as provas que representam o seu compêndio.

É, em última análise, a teoria do *male captum bene retentum*, afirmada frequentemente pela jurisprudência brasileira. E nem assim poderia deixar de ser, em face do ordenamento processual, porque: a) não existe nulidade coniinada para o ato processual de admissão da prova vedada, que retire eficácia jurídica à prova produzida *contra legem*.²⁰

Além das dificuldades próprias do estudo e aplicação das nulidades, registre-se que no plano das provas ilícitas a dificuldade é ainda maior, devido a ausência de consenso e identificação do conteúdo e abrangência da ilicitude, suficiente para tornar inadmissível a prova.

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*, 2a ed., p. 157.

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e...*, p. 159.

Claro é que se todos os ilícitos materiais também configurassem ‘prova ilegítima’, ou seja, meio processualmente inadmissível, fulminando-o de nulidade, o problema que vamos enfrentar não se colocaria. Em um ordenamento processual que determinasse a inadmissibilidade, a nulidade ou a inutilizabilidade de toda e qualquer prova, obtida através de violação de normas materiais ou princípios gerais do direito, tudo seria resolvido à luz da norma processual.²¹

Esta ponderação, pertinente durante o regime constitucional anterior, encontrou seu respaldo explícito no inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição de 1988. Entretanto, nem por isso o assunto deixou de ser complexo. Algumas informações sobre o tema em outros ordenamentos, permitem reforçar a constatação, segundo a qual este assunto ainda se encontra sujeito a muitas discussões, controvérsias e mudanças de rumo.

De um modo geral, a jurisprudência da Suprema Corte Americana considera ilegalmente obtida a prova quando ocorrer violação às Emendas Constitucionais IV, V, VI e XIV, que tratam, em síntese, respectivamente: do direito do povo à segurança de suas pessoas, casas, papéis e pertences contra registros, arrestos e sequestros ‘desarrazoados’: da necessidade de acusação formalizada, das garantias da coisa julgada, do *habeas corpus*, do *nemo tenetur se detegere* e do *due process of law*; do direito a um julgamento rápido e público perante juiz imparcial e natural; e da liberdade dos Estados de reformarem suas leis procedimentais, vinculada ao respeito, no fundo e na forma, à garantia do devido processo legal. As regras acima expostas referem-se, basicamente, aos casos em que a violação foi levada a efeito por funcionários da polícia, pois se sustenta que a IV Emenda só limita a ação governamental.²²

As garantias constitucionais do *Due Process* nos EUA se refletem de maneira direta, nos procedimentos probatórios, seja em relação às partes, seja em relação a testemunhas e peritos, a tal ponto que dão causa a anular-se todo o processo, por vício insanável. A verdade produzida através de qualquer abuso, em violação das normas constitucionais, por mais convincente que seja, no que se refere a prova dos fatos, da autoria e da culpabilidade, não só é desconsiderada, como é causa de nulidade de tudo que existe nos autos. Portanto, *The Law of Evidence* nunca seria um mero capítulo do Direito Processual, mas, sim, é ele um direito de hierarquia superior, que controla a própria existência deste, pois lhe regula as condições de existência e conformidade com a norma superior constitucional.²³

Quanto à legitimidade para requerer a exclusão da prova obtida ilegalmente, cabente apenas à vítima do ilícito, por força da Regra n° 41 e das Regras Federais de Processo Criminal, caracteriza-se com esta tendência mais uma limitação, porque a exclusão da prova depende da coincidência entre o sujeito da relação jurídico-processual e o ofendido em seu direito à intimidade, ou seja, entre o titular do direito constitucionalmente violado e a parte processualmente interessada na inadmissibilidade ou na exclusão das provas. Assim, a prova ilícita pode ser produzida contra o réu, se o ato de obtenção incidiu sobre os direitos constitucionalmente garantidos de outro sujeito.²⁴

²¹ Idem, ibidem, p. 98 e 99.

²² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas...*, p. 50.

²³ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law...*, p. 137.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*, 2a ed., p. 126.

Estas informações demonstram que o sistema jurídico norte-americano destaca os seus mais importantes valores, para protegê-los mesmo durante a importante tarefa de perseguição penal. Outro aspecto que dá o tom da dificuldade do assunto, é a perspectiva jurisdicional assimétrica que repudia apenas as provas ilícitas produzidas por agentes públicos e tolera os excessos particulares em situações similares. E não é só. A limitação quanto à prova, na hipótese de não haver coincidência entre o sujeito processual e aquela pessoa que sofreu a invasão de sua intimidade, mais uma vez demonstra a incoerência dentro do sistema estadunidense, quando o assunto é a admissibilidade de prova ilícita.

Dentro do contexto, em seu livro “Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”, Manuel da Costa Andrade, inicia o Capítulo 1 com o sugestivo título “Descontinuidades e Assimetrias da Lei e Desencontros da Doutrina e da Jurisprudência”, com o seguinte item: “complexidade e insegurança”.

Vale registrar parte de sua preocupação:

Nada mais arriscado e de resultados mais comprometidos à partida do que a tarefa, aparentemente pouco ambiciosa, de ensaiar referenciar um conceito de *proibição de prova* ajustado ao novo direito processual penal português. Isto a almejar um conceito dotado quer de legitimidade teórica (recortado na sua compreensão e extensão e emergindo como operador epistemológico adequado à fenomenologia das singulares proibições de prova) quer da indispensável pertinência dogmática (síntese categorial de interpretação e enquadramento sistemático das normas positivas e tópico de referência normativa, aberto à centrifugidade e à surpresa dos problemas). Ao assumir a já assinalada fragmentaridade, a ordem jurídica positiva comete à doutrina e à jurisprudência as indispensáveis categorizações e sistematização dogmáticas. O que, longe de reduzir a complexidade, redundo pelo contrário, no seu aumento. Pois, não se encontra zona da vida jurídica onde os caminhos da doutrina e jurisprudência se mostrem mais desencontrados e varridos pela controvérsia.²⁵

Seguindo uma tendência norte-americana e tedesca de resolver a questão da inadmissibilidade das provas ilícitas no âmbito constitucional, em 1988, no Brasil, o tema ganhou novos contornos decorrentes dos termos proibitivos do inciso LVI, do artigo 5º da Constituição que, apesar de sua aparência categórica, vem suscitando importantes questões.

²⁵ V. p. 19.

Apesar da dificuldade não ser exclusivamente nacional, a doutrina e a jurisprudência deverão procurar estabelecer o significado de prova ilícita para, então, sugerir os seus contornos, os seus limites dentro da casuística brasileira. Até lá, muito tempo será necessário para identificar em quais circunstâncias e condições, esta ilicitude será suficiente para acarretar a inadmissibilidade de obtenção e valoração da prova decorrente da violação ou da restrição do sigilo bancário nos procedimentos de persecução.

Em linha de partida desta difícil tarefa, elege-se por diretriz, como dado constante a ser considerado na interpretação, o equilíbrio entre os valores consagrados em nossa ordem constitucional. Neste particular, o direito de privacidade será contrastado principalmente com a defesa da sociedade e dos bens protegidos pela norma penal.

Ao mesmo tempo em que não se pode compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, também não se pode mais conceber em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender a intimidade.²⁶

Após discorrer sobre alguns aspectos genéricos da prova em capítulos anteriores, há que se indagar e deter-se sobre o significado do ilícito, da ilicitude.

Desde já registre-se que a noção de ilícito varia conforme a concepção de Direito, visto que é compreendida como mero pressuposto de uma sanção prevista na legislação ou como violação do próprio Direito.

Pela doutrina de Hans Kelsen²⁷, a restrição do conceito de Direito à norma, implica na automática restrição do conceito de ilicitude, pois :

se o Direito é uma ordem estatuidora de atos de coerção, então a proposição jurídica que descreve o Direito toma a forma da afirmação segundo a qual, sob certas condições ou pressupostos pela ordem jurídica determinados, deve executar-se um ato de coação, pela mesma ordem jurídica especificado. Atos de coerção são atos a executar mesmo contra a vontade de quem por eles é atingido. As sanções no

²⁶ FERNANDES, Antonio Scarance, *Processo Penal Constitucional*, p. 78.

²⁷ Cf. KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., p. 121 a 123: “Não é uma qualquer qualidade imanente e também não é qualquer relação com uma norma metajurídica, natural ou divina, isto é, qualquer ligação com um mundo transcendente ao Direito positivo, que faz com que uma determinada conduta humana tenha de valer como ilícito ou delito — mas única e exclusivamente o fato de ela ser tomada, pela ordem jurídica positiva, pressuposto de um ato de coerção, isto é, de uma sanção.

sentido específico desta palavra aparecem — no domínio das ordens jurídicas estaduais — sob duas formas diferentes: como pena (no sentido estrito da palavra) e como execução (execução forçada).

Luiz Regis Prado cita o alemão Hans Welzel para registrar que a ilicitude ou a antijuridicidade:

é a violação da ordem jurídica em seu conjunto, mediante a realização do tipo. Assim, a realização de toda ação prevista em um tipo de injusto de ação dolosa ou culposa será antijurídica, enquanto não concorrer uma causa de justificação.²⁸

Ao estabelecer a distinção entre a ilicitude e o injusto o autor oferece suas dimensões:

a ilicitude é uma relação de oposição da conduta do autor com a norma jurídica. É um predicado, uma qualidade, um estímulo de determinadas formas de ação-omissão. O injusto, por sua vez, é a própria ação valorada como ilícita. Tem cunho substantivo, quer dizer, algo substancial. O conceito de injusto engloba a ação típica e ilícita. Tão-somente o injusto é mensurável, em qualidade e quantidade (ex. homicídio). O injusto penal é específico (como o injusto civil), ao passo que a ilicitude é unitária, diz respeito ao ordenamento jurídico como um todo.²⁹

Com o emprego de um destes entendimentos identifica-se o ilícito. Contudo, este âmbito ainda é muito extenso, pois nem todo ato ilícito será suficiente para qualificar uma prova de ilícita. O fato de um policial estacionar uma viatura em local proibido, sem motivo relevante, gera um ilícito. Ocorre que, apenas por esta razão, não tem sentido apontar como ilícita a subsequente apreensão de produto relacionado a crime.

Para que um ilícito possa contaminar o procedimento de obtenção de futuras provas, este ilícito deverá causar um ataque a bem jurídico de uma pessoa determinada ou determinável. Mas não basta o aspecto material deste nexos causal. Este ataque deve representar, ao menos, parte da estratégia de busca da prova. Uma coisa é a tortura psicológica, com o emprego de violência verbal, que tem por objetivo a obtenção de prova. Outra é o fato de um agente público, por outra razão qualquer, discutir e xingar um

²⁸ Curso de Direito Penal Brasileiro, p. 240.

²⁹ Idem, ibidem, p. 242.

investigado ao final das diligências, logo após a obtenção de meio de prova. Este último exemplo, apesar de ser reprovável e ilícito, não será suficiente para tornar ilícita uma prova, devido a ausência do nexo de causalidade.

Mais. É preciso verificar caso a caso a preponderância das causas de obtenção de elementos de prova. Se a obtenção de uma prova derivar de um ilícito integrante da conduta voluntária de trabalho policial investigativo, haverá a ilicitude e a consequente inadmissibilidade deverá ser considerada. Ao contrário, se outras causas lícitas e independentes concorreram com o ilícito e foram a causa suficiente de êxito na obtenção do meio de prova, não deverá a prova ser considerada ilícita.

É possível considerar o exemplo de diligências em cumprimento a mandado judicial de busca a determinados registros bancários. Enquanto um policial tenta obter, mediante o emprego de ameaças, a informação sobre o material procurado, outros prosseguem as atividades e realizam a apreensão almejada. Este ilícito, apesar de atacar um bem jurídico pessoal do próprio investigado e de integrar em parte a estratégia de investigação, não foi suficiente por si para gerar o nexo de causalidade, do qual resultou o sucesso de obtenção da prova. A causa maior do sucesso de obtenção dessas provas foi lícita, pois decorreu de regular ordem judicial de busca e do trabalho sereno dos demais policiais.

Neste ponto, importará considerar principalmente o ataque contra o bem jurídico privacidade, durante investigações e atividades de obtenção de prova, para efeito de caracterizar a prova ilícita, inadmissível no processo penal. Seguindo Grinover, Scarance e Magalhães, considerar-se-á “prova ilícita” uma espécie do gênero prova vedada,³⁰ que considera a prova ilegítima a outra espécie.

³⁰ Adalberto José Q.T.de Camargo Aranha emprega a expressão “prova proibida” como sinônimo de prova vedada. “*In Da Prova no Processo Penal*, p. 41. Luiz Francisco Torquato Avolio segue o gênero prova vedada por influência de Ada Pellegrini Grinover, cf. *Provas Ilícitas: Interceptação Telefônicas e Gravações Clandestinas*, p. 38. Em Portugal, Manual da Costa Andrade também emprega o termo prova proibida, conforme o título de seu livro *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*.

Então, prova ilícita será aquela colhida “infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade”³¹. E acrescente-se o direito à vida privada diante da previsão constitucional que trata dessas duas figuras.³²

Na Lei Complementar 105/2001, consta o artigo 10, segundo o qual a quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta lei, constitui crime. Já o parágrafo 3º, do artigo 1º, da mesma lei, estabelece textualmente as hipóteses em que não há a violação do dever de sigilo. Além destas hipóteses, a violação do sigilo bancário pode ser caracterizada como ilícita, por meio de duas condutas básicas: a) ação de violação, equivalente a quebra ilegal do sigilo bancário, e; b) ação de divulgação indevida que, ilicitamente, revela o objeto protegido pelo sigilo bancário ou o emprega indevidamente.

A ação de ataque ao sigilo procura vulnerá-lo de forma a atingir o objeto de sua proteção. Este objeto é constituído pelos dados pessoais, informações econômicas e financeiras e documentos que registram estas condições e encontram-se em poder dos bancos e instituições financeiras equivalentes, como as caixas e as cooperativas de crédito. Para a caracterização do ataque ilícito não será necessária a divulgação ou o emprego irregular do objeto, bastará o seu conhecimento decorrente da violação ilegal. Afora as expressas hipóteses previstas em lei, nas quais o acesso ao segredo bancário é permitido, nas demais haverá invasão ilícita.

A possibilidade de acesso legal foi exposta parcialmente neste trabalho, cujo objeto cinge-se à persecução penal. A ilícita divulgação ou o emprego indevido do objeto do sigilo bancário pode decorrer de seu conhecimento ilícito ou lícito.

³¹ *As Nulidades no Processo Penal*, p. 131.

³² Julio Fabbrini Mirabete registra que a súmula nº 49, das “Mesas de Processo Penal”, da Faculdade de Direito da USP estabelece: “São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringirem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, mesmo sem cominação legal expressa. “*In*” *Processo Penal*, p. 260.

Traçadas algumas linhas sobre as provas ilícita e ilegítima, alguns exemplos servirão para ilustrar as assertivas lançadas. Um de prova ilegítima. É o caso do juiz que, durante uma audiência, desrespeita o artigo 207 do CPP e obriga uma testemunha a depor sobre fato protegido pelo sigredo bancário. Poderá o magistrado entender que a lei lhe permite restringir o sigilo, inclusive nesta hipótese. Ocorre que a legislação não estabeleceu esta possibilidade de acesso ao sigredo bancário, entre aquelas consideradas admissíveis.

Se o legislador andou bem, ou se foi incoerente, este é um outro problema. Acontece que a legislação permitiu a requisição de informações e documentos, o acesso aos mesmos documentos e informações, etc, porém, manteve a proibição constante no artigo 207 do CPP³³. Assim, caracteriza-se a nulidade prevista no artigo 564, IV, do mesmo código, que refere-se a omissão de elemento essencial do ato. Neste caso, o essencial no ato de depoimento é o respeito ao direito da testemunha recusar-se a depor sobre fato secreto, que é do seu conhecimento, em razão da profissão que exerce.

Prova ilícita haverá se, durante a atividade investigatória de obtenção de prova, vier a ser violado bem jurídico, com o objetivo de acesso ou de divulgação do sigredo financeiro, sendo esta a causa da obtenção do meio de prova. Tal foi a situação em que o Ministério Público requisitou diretamente às instituições bancárias informações e documentos de contas particulares. Outra possibilidade, refere-se a busca desacompanhada de mandado judicial dentro de residência, ou no interior de área fechada ao público de estabelecimento, em que venha a ocorrer a apreensão de extratos bancários.

Atente-se, contudo, para o fato de que este meio de prova será ilícito, não os documentos e informações equivalentes que encontrem-se em poder da instituição bancária. Então, diante da presença dos requisitos ensejadores do acesso ao sigredo bancário, poderá o órgão jurisdicional requisitar informações e documentos guardados junto aos bancos para a

³³ Este assunto foi tratado com maior atenção, na parte final do capítulo anterior.

lícita obtenção de meio de prova, ainda que equivalente àquele anteriormente considerado prova ilícita.

5.3 Inadmissibilidade da prova ilícita

Considerando que as atividades processuais concernentes à prova desdobram-se em quatro momentos, afirma-se que as provas são: a) propostas (indicadas ou requeridas); b) admitidas (quando o juiz se manifesta sobre sua admissibilidade); c) produzidas (introduzidas no processo); e d) apreciadas (valoradas pelo juiz).³⁴

Do exposto, ressalta que o controle da ilicitude no processo penal ocorre na fase de investigação em que as provas são propostas nos procedimentos policiais e durante o processo penal. Daí que as autoridades responsáveis pela investigação deverão pautar seus trabalhos relacionados a restrição do sigilo bancário, nos termos dos procedimentos e requisitos descritos nos capítulos anteriores.

Como fiscal da lei, incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição e promover as medidas necessárias à sua garantia³⁵. No desempenho de seu papel, caberá igualmente ao defensor a verificação da pertinência e relevância da prova que se pretende produzir, os meios empregados, as alegações de nulidades e de ilicitude das provas. As partes incumbirá ainda a iniciativa quanto às diversas ações de impugnação.

³⁴ *As Nulidades no Processo Penal*, p.113.

³⁵ Artigos 127, *caput*, e 129, II, da Constituição.

Aos órgãos jurisdicionais também competirá o difícil controle preventivo e repressivo da ilicitude das provas, a ser analisado caso a caso.

Antonio Scarance Fernandes enfatiza que:

o grande problema consiste em saber se devem ser admitidas no processo as provas ilícitas quando, no ordenamento processual, inexistente norma que declare a sua inadmissibilidade. Formaram-se, com pequenas variantes, quatro correntes fundamentais:

1ª) a prova ilícita é admitida quando não houver impedimento na própria lei processual, punindo-se quem produziu a prova pelo crime eventualmente cometido (Cordero, Tornaghi, Mendonça Lima);

2ª) o ordenamento jurídico é uma unidade e, assim, não é possível consentir que uma prova ilícita, vedada pela Constituição ou por lei substancial, possa ser aceita no âmbito processual (Nuvolone, Frederico Marques, Fragoso, Pestana de Aguiar);

3ª) é inadmissível a prova obtida mediante violação de norma de conteúdo constitucional porque será inconstitucional (Cappelletti, Vigoriti, Comoglio);

4ª) admite-se a produção de prova obtida em violação de norma constitucional em situações excepcionais quando, no caso, objetivava-se proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita da prova e também constitucionalmente protegidos (Baur, Barbosa Moreira, Renato Maciel, Hermano Duval, Camargo Aranha, Moniz Aragão).³⁶

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães

Gomes Filho registram que em diversos países, inicialmente tolerava-se a prova ilícita quando pertinente e relevante, admitindo-se a punição ao agente responsável pelo ato ilícito. Hoje é francamente dominante o entendimento, de que a prova ilícita deve ser banida do processo por mais relevante que possa ser considerada.³⁷

Em voto proferido em *Habeas Corpus*, acolhido por unanimidade pela 1ª

Turma do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence consignou:

[...]

9. Não ameaçarei a Turma com considerações acadêmicas, malgrado a temática do caso pudesse provocá-las, para quem, como eu, a ela atribui excepcional relevância na efetivação de valores constitucionais eminentes do Estado de Direito Democrático.

10. Ninguém aqui desconhece a decepção, ainda insepulta, entre as duas posturas básicas acerca da admissibilidade no processo das provas ilícitas - como tais consideradas as que obtidas com violação de direitos fundamentais.

11. A primeira - por séculos predominante - fiel à velha máxima *male captum bene retentum*: ao juiz só caberia decidir da existência, ou não, do crime e não, de como lhe chegaram - lícita ou ilicitamente - as provas do fato.

12. Se ilicitamente obtidas, que se aplicassem ao responsável pela ilicitude as sanções civis, administrativas ou penais cabíveis.

³⁶ *Processo Penal Constitucional*, p. 79.

³⁷ *As Nulidades no Processo Penal*, p. 133-134.

13. De outro lado, os que - desde as decisões pioneiras da Suprema Corte dos Estados Unidos - partem da unidade da ordem jurídica e da necessidade de impor contenção eficaz à tentação da violência de todos os organismos policiais e negam se possam admitir no processo provas obtidas por meios tão ou mais criminosos que os delitos a reprimir

[...]

25. Certo, a Constituição reservou a determinados crimes particular severidade repressiva (art 5º XLII, XLIII e XLIV).

26. Mas, como observa Magalhães Gomes Filho, por sua natureza, as restrições que estabelecem são taxativas: delas, não se podem inferir, portanto, exceções a garantia constitucional - qual, a da vedação da prova ilícita -, estabelecida sem limitações em função da gravidade do crime investigado.

27. De resto, graduar a vedação da admissibilidade e valoração da prova ilícita, segundo a gravidade da imputação, constituiria instituir a sistemática violação de outra garantia constitucional - a presunção de inocência - em relação a quantos fossem acusados ou meramente suspeitos da prática de determinados crimes.

28. Abstraio-me, por conseguinte, no caso, de qualquer consideração da extrema gravidade dos delitos, da participação nos quais é suspeito o paciente, pois delas não pode resultar emprestar-se menor peso a vedação constitucional da prova ilícita.³⁸

O processo penal brasileiro não possui um momento específico, como na hipótese do despacho saneador do processo civil, para a decisão do magistrado quanto à admissão de provas. As exceções da fase do artigo 499 e do procedimento da antiga Lei 6368/76, confirmam a regra contida no artigo 400 do CPP, que permite às partes oferecer documentos em qualquer fase do processo.

Ao judiciário caberá a lenta e difícil tarefa de estabelecer os limites da inadmissibilidade das provas ilícitas, fato que ensejará o aumento de sua importância política, em decorrência da repercussão social de suas decisões.

5.4 Prova ilícita por derivação

A doutrina *fruit of the poisonous tree*, ou simplesmente *fruit doctrine*, segundo Tourinho, adotada nos Estados Unidos desde 1914 para os Tribunais Federais, e nos Estados, por imperativo constitucional desde 1961, apresentou sua maior repercussão no caso

³⁸ PERTENCE, Sepúlveda. *Admissibilidade de Habeas Corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal*. Disponível na internet: <http://www.ibccrim.com.br>, acesso em 29.11.2001.

Silverthorne Lumber Co. v United States, 251 US 385 (1920), quando a Corte decidiu que o Estado não podia intimar uma pessoa a entregar documentos cuja existência fora descoberta pela polícia por meio de uma prisão ilegal.³⁹

Quando os órgãos de persecução obtém por meios ilícitos provas destinadas ao processo penal, o texto constitucional declara a sua inadmissibilidade. Ocorre que, em algumas situações é possível a produção lícita de uma prova em razão de elementos, informações ou dados colhidos antes de maneira ou modo ilícito. Nesta hipótese haverá um vínculo entre a primeira prova ilícita e a segunda produzida licitamente, visto que a anterior foi causa de existência da última. Segundo a doutrina norte-americana trata-se da prova ilícita por derivação ou de prova ilícita derivada, lá denominada “*fruits of the poisonous tree*”.

A par da importância deste entendimento jurisprudencial criado, principalmente, para o controle da atividade policial, diversos autores mostraram-se preocupados com a sua extensão e aplicação.

Em Portugal Manuel da Costa Andrade registrou que:

a consciência das dificuldades mais se agudizará à medida que se for generalizando o consenso em torno de vias necessariamente compromissórias de solução. Que não poderão pedir-se à transposição, sem mais, da clássica *fruits of the poisonous tree doctrine* americana, que propende para a maximização do alcance da proibição de valoração, por via de regra extensiva também ao meio de prova secundário. Mas que não devem igualmente aproximar-se do extremo oposto da negação de todo e qualquer *Fernwirkung* em nome do receio, enfatizado, por exemplo, por Baumann, de que ‘a menor habilidade do policial que procede ao primeiro interrogatório ou a corrupção de uma qualquer autoridade judiciária venha a determinar a paralização de todo o processo’. Tudo, pelo contrário, parece sugerir soluções diferenciadas, ditadas, desde logo, pelo significado relativo da lei processual concretamente violada. A aproximação do problema do *efeito-à-distância* terá, noutros termos, de fazer-se a partir da ponderação, entre outros, de tópicos como a perigosidade do ‘veneno’, a importância do ‘fruto’ no contexto global da prova e a vinculação normativo do fruto à ‘árvore envenenada’.⁴⁰

Segundo José Carlos Barbosa Moreira,

³⁹ *Manual de Processo Penal*, p. 374.

⁴⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições ...*, p. 62-63.

a reputar-se absoluta a proibição, segundo entendimento rigoroso do dispositivo⁴¹, teríamos lançado a barra mais longe que o paradigma norte-americano, já que nos Estados Unidos, como oportunamente se registrou, a jurisprudência submete a certas atenuações a *exclusionary rule*. Não haveria sequer lugar para a aplicação do chamado princípio da proporcionalidade, que sugere um balanceamento dos valores em jogo na espécie a ser decidida.⁴²

O mesmo autor assinala a ousadia hermenêutica da Suprema Corte estadunidense que, por mais de uma vez, ultrapassou os limites da interpretação para, efetivamente, legislar. Em seu entendimento, o desenvolvimento do *substantive due process* abriu à Corte o exame da razoabilidade das leis e o resultado pode ser resumido na palavra garantismo ou hipergarantismo.

Note-se, a tal propósito, o empenho com que a literatura processual penal norte-americana dos últimos tempos, ao lado de exposições sistemáticas do ordenamento, oferece manuais cujo objetivo essencial parece consistir em aconselhar os advogados criminais sobre o modo mais conveniente de invocar a jurisprudência a fim de evitar ou dificultar a condenação dos clientes [..]⁴³

No Brasil, escreve Antonio Scarance Fernandes:

uma posição muito rigorosa nesse sentido não se mostrou inteiramente adequada. Já se aventou a hipótese de pessoas ligadas a organização criminosa, até mesmo policiais, poderem forjar uma prova ilícita para, com isso, impedir o sucesso de investigação em andamento. Dessa forma, tudo o que viesse a ser depois obtido seria considerado ilícito. Ademais, encontra-se no direito comparado limitações à teoria dos frutos da árvore envenenada, tais como as limitações da *independent source* e da *inevitable discovery*, excepcionando-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outras for tênue, de modo a não se colocarem as primárias e secundárias numa relação de estrita causa e efeito, ou quando as provas derivadas da ilícita poderiam ser descobertas de outra contaminadas e delas não decorrentes, integram o conjunto probatório as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outras for tênue, de modo a não se colocarem as primárias e secundárias numa relação de estrita causa e efeito, ou quando as provas derivadas da ilícita poderiam ser descobertas de outra maneira.⁴⁴

⁴¹ Para o qual parece inclinar-se, por exemplo, GOMES F^o, Antonio Magalhães, *Direito à prova no processo penal*. São Paulo, 1997, pp. 105/6.

⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência*. “In” Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal n^o 4, Porto Alegre: Síntese, out-nov 2000, p. 5-15. Vide ao propósito BARBOSA MOREIRA, “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”, in *Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo, 1997, pp. 107 e segs., espec. pp. 112 e segs.

⁴³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência*. “In” Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal n^o 4, Porto Alegre: Síntese, out-nov 2000, p. 5-15.

⁴⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, p. 83-84.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal vem aplicando a doutrina aludida em diversos julgados.⁴⁵ De outro lado,

a prova ilícita, caracterizada pela violação de sigilo bancário sem autorização judicial, não sendo a única mencionada na denúncia, não compromete a validade das demais provas que por ela não contaminadas e delas não decorrentes, integram o conjunto probatório.⁴⁶

5.5 Admissibilidade da prova ilícita

No ordenamento anglo-saxão a ilegalidade cometida é considerada secundária para o processo, porque a admissibilidade da prova é tradicionalmente resolvida à luz de sua relevância.

Assim sendo, na mera ilicitude dos atos que levam a obter uma prova real não se vê uma suficiente razão de *public policy*, idônea a configurar uma correspondente *exclusionary rule*, prevalecendo, pelo contrário, o interesse oposto, pelo qual deve ser removido todo e qualquer obstáculo meramente formal ao processo.”⁴⁷ “O sistema tradicional supra descrito vigora ainda mais rigidamente em outros países da *common law*. Assim, no Canadá, nos casos criminais, prevalece o princípio de que a prova é ‘admissível desde que relevante’.”⁴⁸

Como no Brasil a Constituição estabelece a inadmissibilidade das provas ilícitas, esta consideração não poderá ser desprezada. Caberá apenas discutir eventuais limites para esta vedação.

Não raro, situações há em que uma determinada prova é obtida, aparentemente, de maneira ilícita. Imagine-se, v.g., a gravação clandestina de conversa por telefone, realizada por um dos interlocutores. Estes dados dão a noção de invasão da

⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 263: “HC 69912-0 DIU de 25.03.94, p. 6012; HC 73351 SP, de 09.05.96; 1-IC 72588 PB de 12.06.96.

⁴⁶ STF, RHC 74807-4, 2ª T., Rel. Maurício Corrêa, j. 22.04.97, DJU 20.06.97, RT 744/510, “in” *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, Vol. 2, p. 1677.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*, 2ª ed., p. 116 e 117.

⁴⁸ Idem, ibidem, p. 119.

privacidade daquele que falava, sem saber que suas palavras eram captadas por aparelho gravador. Todavia, aquele que grava pode ser a vítima de uma extorsão. Ao gravar as exigências ilícitas estará amparado por uma causa excludente de ilicitude. A presença da justificativa não permitirá a configuração do ilícito e, portanto, o meio de prova, consistente no conteúdo da gravação, será lícito.

Nas hipóteses de existência das excludentes de antijuridicidade, em geral, não haverá uma questão de admissibilidade de prova ilícita, mas sim a admissibilidade de uma prova legal. A jurisprudência alemã admite certas exceções à proibição de produção de provas ilícitas, exemplificando com a legítima defesa e com a tutela de interesses superiores conforme o princípio da proporcionalidade.⁴⁹

Outro ponto pertinente a registrar, no dizer de Grinover, Scarance e Magalhães, é a aceitação praticamente unânime da prova ilícita em benefício do réu⁵⁰, com fundamento na aplicação do princípio da proporcionalidade.⁵¹

Ada Pellegrini Grinover defende que

a mitigação do rigor da admissibilidade das provas ilícitas ser feita através da análise da própria norma material violada: se se tratar de infringência a norma que não seja de natureza constitucional, o ilícito será irrelevante, para fins processuais; mas sempre que a violação se der com relação aos direitos fundamentais e a suas garantias, não haverá como invocar-se o princípio da proporcionalidade.⁵²

Aqui concentra-se uma das grandes polêmicas atuais. O princípio da proporcionalidade aplica-se apenas em benefício do investigado, ou poderá ser empregado também em favor da sociedade? No decorrer deste trabalho defendeu-se a aplicação do princípio da proporcionalidade no sentido de limitar as atividades de governo, especialmente

⁴⁹ Idem, ibidem, p. 137.

⁵⁰ “De fato, a tendência da doutrina pátria é a de acolher essa teoria, para favorecer o acusado (a chamada prova ilícita *pro reo*), em face do princípio do *favor rei*, admitindo sejam utilizadas no processo penal as provas ilícitamente colhidas, desde que em benefício da defesa” (Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da USP). Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 34.

⁵¹ *As Nulidades no Processo Penal*, p. 135.

⁵² *Liberdades Públicas e Processo Penal*, 2a ed., p. 151.

no tocante ao problema da invasão da privacidade das pessoas. Além desta hipótese, constatou-se a tranquila aceitação de sua aplicação em defesa dos acusados em geral.

Diante deste paradoxo, pergunta-se: por qual razão admite-se a aplicação do princípio em algumas hipóteses e luta-se contra o seu emprego em outras? O princípio da proporcionalidade possui um elemento material, capaz de determinar a sua aplicação em favor desta ou daquela opção?

Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano rechaça a aplicação do princípio da proporcionalidade em benefício da sociedade, por considerar que a sua função consiste em assegurar a eficácia dos direitos individuais e em dar proteção aos interesses particulares. Desenvolve seu raciocínio baseado nos antecedentes históricos sobre a Teoria dos Valores - em seu entendimento - aplicável como conteúdo material na resolução das questões abrangidas pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido restrito.

Mesmo que em uma primeira leitura, se pode considerar o princípio da proporcionalidade em sentido estrito como um princípio de caráter formal, do qual não cabe deduzir os conteúdos de ponderação, o modo de efetuar a mediação dos interesses enfrentados, os critérios para resolver os conflitos, sua inclusão dentro do Direito Processual Penal e seu estudo segundo a perspectiva das normas constitucionais, permite aproximar-se de seu **fundamento material**⁵³, dotá-lo de um conteúdo (que estaria conformado pelo conjunto de valores e interesses constitucionalmente protegidos que entram em jogo), estabelecer os critérios de mediação e advertir quais são os valores preferentes (assim, em seu exemplo, o direito de liberdade, valor superior do ordenamento jurídico).

Com o afastamento da concepção formal do princípio e de seu entendimento como mera cláusula neutra se evita, por outra parte, cair no princípio inquisitivo, segundo o

⁵³ *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, 226 e 227

qual importantes interesses do Estado poderiam justificar a adoção de medidas legalmente inadmissíveis. Isto poderia assinalar um “papel pervertido” ao princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito encerra em seu entender, em definitivo, critérios materiais e sua função consiste em assegurar a eficácia dos direitos individuais e em dar proteção aos interesses particulares, mediante a técnica da ponderação de valores e o equilíbrio dos interesses em jogo no caso concreto.⁵⁴

Seguir este entendimento sem ressalvas, como uma regra absoluta, significa estabelecer um rígido limite à liberdade dos meios de prova. Esta linha possui o mérito de facilitar ao intérprete o encontro dos limites ora discutidos. Permite, portanto, determinar previamente, com maior clareza, as áreas de licitude e ilicitude da prova. Assim, bastará ao julgador identificar o nexo de causalidade entre o ilícito e a prova obtida, para considerá-la inadmissível no processo. Esta posição influenciará ainda o aumento do controle das atividades de investigação e de instrução, que deverão desenvolver-se dentro dos limites objetivos definitivos.

Mas também é importante compreender que, se a determinação de critérios objetivos (defesa dos direitos individuais) para a aplicação do princípio da proporcionalidade aumenta a sua segurança jurídica, por outro lado estreita o espaço para a equidade, para a busca da justiça e diminui a responsabilidade do julgador. Este problema é antigo e o Direito o reconhece. Prova disso, são as diversas construções criadas para superar o exagerado apego à segurança jurídica, sem o que, as flagrantes injustiças teriam espaço garantido. É o caso da

⁵⁴ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas, *Proporcionalidad...*, p. 228, também cita Radbruch, que deu um passo de uma filosofia formal dos valores a outra material, continuando assim a obra de Lask: “Disto se deduz que a construção do princípio se assenta sobre a Teoria dos Valores e, portanto, resulta imprescindível considerá-la agora. A Teoria dos Valores surgiu na República Federal da Alemanha em razão da II Guerra Mundial e entre seus efeitos mais importantes, consta a superação do positivismo como um protesto contra as atrocidades do regime nacional-socialista. Seus antecedentes encontram-se na doutrina jusfilosófica da primeira metade do século XX. Particularmente influente em seus antecedentes foi a Teoria do Direito Justo (*richtiges Recht*), formulada por Stammler em 1911, o qual parte da concepção de Direito como ciência final, como “*um modo de pensar enlazante entre medios y fines que exige rectitud.*”

possibilidade de ações rescisórias ou de revisão criminal, das teorias da Imprevisão e da Desconsideração da Personalidade Jurídica, entre outras.

O estabelecimento de linhas fixas, imutáveis, permite aos atores sociais desenvolver uma série de táticas com o claro propósito de contornar os limites impostos pelos critérios objetivos. A responsabilidade exclusiva da pessoa jurídica, *v.g.*, é um critério legal objetivo que, além de seus nobres propósitos, também permitiu a muitos administradores inescrupulosos a prática de incontáveis artifícios e embustes. A mesma norma que permitiu a segurança jurídica de um lado, acabou permitindo a criação de artificialismos, que só puderam ser vencidos com a desconsideração da mesma personalidade jurídica. Não é por outra razão que, na América do Norte, os tribunais passaram a aplicar, com maiores cuidados, a teoria dos frutos da árvore envenenada.

A defesa cega da inaplicabilidade da ponderação em benefício da sociedade, em alguns casos poderá contribuir para decisões judiciais repugnantes à consciência coletiva.

É preciso defender a inadmissibilidade da prova ilícita como uma regra básica, geral, que deve prevalecer dentro da ordem natural dos acontecimentos. Neste sentido, este dogma constitucional atenderá aos fins para os quais foi estabelecido: a defesa dos direitos individuais das pessoas e, por conseguinte da sociedade como um todo.

Ter a inadmissibilidade como algo intocável, permitirá a desconsideração contínua de importantíssimas provas, o que acabará por ensejar julgamentos injustos. Como as decisões judiciais contém uma carga política e didática, que serve para orientar os mais diversos atores sociais, chegará o momento em que ficará patente a impotência do Judiciário diante de graves conflitos.

Não é possível determinar isto em períodos de tempo, visto que a realidade é imprevisível, mas é óbvia esta seqüência. Quanto maior for a incapacidade de solução dos conflitos dentro do processo, maior será o estímulo à prática da autotutela, do exercício

arbitrário das próprias razões. Esta tendência estimulará o descrédito popular contra o Judiciário e, portanto, acabará por significar uma corrosão à eficácia dos direitos e garantias individuais, que é uma das razões de existência deste poder.

É necessário cuidado na defesa de certos direitos, pois a dinâmica social não pode ser desconsiderada e menosprezada. A pura e simples admissão de um conteúdo material em benefício das pessoas, como elemento do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, não significa a resolução do problema. Há que se pensar na neutralidade do princípio da proporcionalidade, como uma noção de equilíbrio, que é tão necessário para a vida em sociedade.

5.6 Conteúdo neutro do princípio da proporcionalidade em sentido estrito

Alguns autores defendem que nem toda consideração de infração extraída das normas sobre a obtenção de provas conduzem à sua inadmissibilidade no processo penal.

Deverão ser critérios de justiça e proporcionalidade os que, em ponderação de interesses, decidirão se a informação obtida poderá ser admitida como prova válida em um tribunal. A proporcionalidade, critério inseparável ao valor justiça, deverá em todo caso exigir uma correlação entre a viabilidade da medida, sua duração e as circunstâncias do caso particular, especialmente a natureza do delito que se pretende combater mediante vigilância, sua gravidade e a própria transcendência social do mesmo, assim como deve avaliar-se a possibilidade de descobrir o presumido delito por outros meios que possam causar menos traumas individuais e sociais.⁵⁵

Segundo Antonio Scarance Fernandes,

⁵⁵ Tradução livre de: “*Deberán ser criterios de justicia y proporcionalidad los que, tras la ponderación de intereses, decidan si la información obtenida puede ser presentada como prueba válida ante un tribunal. La proporcionalidad, criterio indisolublemente unido al valor justicia, deberá en todo caso exigir una correlación entre la viabilidad de la medida, su duración y las circunstancias del caso particular, especialmente la naturaleza de delito que se pretende combatir mediante la vigilancia, su gravedad y la propia trascendencia social del mismo, así como debe evaluarse la posibilidad de descubrir el presunto delito por otros medios que puedan resultar menos traumáticos individual y socialmente considerados.*” VICENTE Y GUERRERO. *El Derecho a la Privacidad frente al uso Justificado de los Sistemas de Vigilancia*, “in” Revista Derechos Y Libertades nº 6, Madrid, p. 519.

vai tomando corpo entre nós a aceitação da teoria da proporcionalidade, visando-se a evitar a aplicação muito rígida do inciso LVI, do artigo 5º, quando a ofensa a determinada vedação constitucional é feita para proteção de valor maior também garantido pela Constituição.⁵⁶

Apesar do aspecto dessas palavras, há outros argumentos técnicos a se considerar como o estudo de precedência entre princípios, diante de determinadas circunstâncias.

5.7 Relação de precedência condicionada entre princípios

Por sua generalidade, a inadmissibilidade da prova ilícita pode ser considerada um princípio constitucional. Seguindo Dworkin e Alexy, J.J. Gomes Canotilho defende que regras e princípios são espécies de normas.

Convém distinguir entre princípios hermenêuticos e princípios jurídicos. Os princípios hermenêuticos desempenham uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito. Não é destes princípios que tratamos aqui. Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida; a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o

⁵⁶ *Processo Penal Constitucional*, p. 80-81: São apontados exemplos reais que mostram a necessidade de se admitir critério de proporcionalidade. Em determinado caso, para impedir fuga de presos considerados perigosos de estabelecimento penitenciário, violou-se a correspondência desses presos, descobrindo-se que, no plano de fuga, constava o seqüestro de um juiz de direito quando todos estariam reunidos em audiência em determinada comarca do Estado de São Paulo. Como a violação de correspondência é vedada pela Constituição Federal, a aplicação rigorosa da norma constitucional impediria que pudessem ser usadas como prova as cartas interceptadas, pois, sendo obtidas por meio ilícito consistente em afronta à referida vedação constitucional, não seriam admitidas em eventual processo criminal. (...) São ocorrências como estas que impulsionam a doutrina e a jurisprudência a admitir exceções à regra constitucional quando, no caso, outro valor fundamental mereça ser protegido, valor que, por si, se apresenta mais relevante do que o bem violado com a prova ilícita.”

seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos.⁵⁷

Toda colisão entre princípios pode expressar-se como uma colisão entre valores e vice-versa. Princípios e valores são, portanto, o mesmo, contemplado em um caso sob um aspecto deontológico, e em outro caso sob um aspecto axiológico. Isto mostra com claridade que o problema das relações de prioridade entre princípios se corresponde com o problema de uma hierarquia dos valores.⁵⁸

Robert Alexy aduz que os princípios, enquanto *mandatos de optimización*, exigem uma realização a mais completa possível, em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas. A referência às possibilidades fáticas leva aos conhecidos princípios de adequação e necessidade. A referência as possibilidades jurídicas implica uma lei de ponderação que pode ser formulada como segue: quanto mais alto seja o grau de não cumprimento ou de menosprezo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro. A lei de ponderação não formula outra coisa que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Com isto, diz, que o princípio de proporcionalidade, com seus três princípios parciais já mencionados, se segue logicamente do carácter principal das normas e estas daquele. Isto não é só interessante para um exame teórico-estrutural. Significa que uma teoria dos princípios conduz a estruturas de argumentação racional, o que não vale para um simples catálogo de *topoi*. Apesar desta contribuição à racionalidade prática que não há como “infravalorar”, é, sem embargo, também clara a urgência com que a teoria dos princípios

⁵⁷ GOMES CAINOTILHO, J.J.. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1087.

⁵⁸ *Derecho y Razón Práctica*, p. 14: Robert Alexy realça a importância dos valores ao tratar da teoria dos princípios, do ponto de vista de seu rendimento. Nessa linha, argumenta que para descobrir o quão forte pode ser uma teoria dos princípios, há que fixar-se na semelhança que têm os princípios com o que se denomina “valor”. Em lugar de dizer que o princípio de liberdade de imprensa colisiona com o de segurança pública, esclarece que poderia dizer-se que existe uma colisão entre o valor da liberdade de imprensa e o de segurança pública.

necessita de um complemento através de uma teoria da argumentação jurídica de maior alcance, afirma o autor.⁵⁹

O facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir fenômenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um compromisso entre vários actores sociais, transportadores de ideias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagónicos ou contraditórios. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma ‘lógica do tudo ou nada, antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu ‘peso’ e as circunstâncias do caso.⁶⁰

Suzana de Toledo Barros aponta a relação de precedência condicionada desenvolvida por Robert Alexy, como um critério a ser considerado para resolver eventual conflito entre princípios. Por sua clareza, vale transcrever parte do texto:

imagine-se dois princípios opostos (direito à intimidade e direito à liberdade de informação) representados por **P1** e **P2**, os quais tomados em sentido absoluto, conduzem a juízos concretos de dever ser reciprocamente contraditórios. Sob o enfoque de P1, uma conduta poderia ser proibida, enquanto, se analisada à luz de P2, estaria permitida. Designando **p** como símbolo de precedência e **c** como de condições sob as quais um princípio precede a outro, estabelece-se quatro possibilidades teóricas genéricas para a solução do caso:

a) P1pP2; b) P2pP1; c) (P1pP2)c; d) (P2pP1)c.

As primeiras hipóteses “a” e “b”, relações de precedência incondicionadas, haveriam de ser excluídas, porque não há regra constitucional que permita afirmar-se, antecipadamente, dever um direito sobrepor-se a outro, quando ambos são fundamentais. Restariam as alternativas “c” e “d” ou seja, duas relações de precedência condicionadas. Na escolha entre elas, utilizar-se-ia a metáfora do peso. Sendo certo, porém, que os interesses em jogo não são quantificáveis, caberia perguntar ao que corresponde a idéia dos pesos. Robert Alexy esclarece que o peso decorre do estudo do caso concreto, na aplicação do direito. O princípio P1 tem, em um caso concreto, por exemplo, um peso maior que o princípio oposto P2, quando existirem razões suficientes para que P1 preceda P2, sob as condições c dadas no caso concreto.

Assim, se o princípio **P1**, sob as circunstâncias **c**, precede ao princípio **P2** - fórmula: (P1 p P2)c - e se de **P1**, sob as circunstâncias de **c**, resulta na consequência **R**, então vale uma regra que tem em **c** o suposto de fato e em **R** a consequência jurídica: **c** → **R**. Esta regra, um dos fundamentos da teoria dos princípios, é chamada de **lei de colisão**.⁶¹

⁵⁹ *Op.cit.*, p. 16

⁶⁰ GOMES CANOTILHO, J. J.. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1107 e 1108.

⁶¹ *O Princípio da Proporcionalidade...*, p. 172 e 173.

O fato de a aplicação da lei de colisão guiar-se por valores, apesar de retirá-lo a absoluta exatidão em um caso individual, permite a sua futura comparação em casos - senão iguais - ao menos semelhantes. Pela comparação dos casos julgados, sistema próprio da *common law*, possibilitam-se analogias e o desenvolvimento de costumes que, aos poucos, vão formando pautas de valoração de bens diante de casos concretos, tipificando muitas das situações de colisões de direitos, de maneira a não se poder generalizar acerca de uma constante flutuação de resultados de ponderações em face de uma grande liberdade do julgador.

Tratando-se de provas ilícitas, como se viu, tem-se basicamente a norma constitucional, extremamente genérica, a ponto de poder ser considerada apenas um princípio: o da inadmissibilidade da prova ilícita no processo.

Robert Alexy prossegue: “o critério de distinção mais frequentemente citado é o da generalidade. Segundo o qual, os princípios são normas de um Grau de generalidade relativamente alto e as regras, normas de um Grau relativamente baixo”.⁶² Depois, acrescenta dois critérios de distinção entre princípios e regras, propostos por Dworkin:

O primeiro estabelece que as regras são aplicadas em forma de tudo ou nada, porém, os princípios não. Se ocorre um fato previsto em regra, existem somente duas possibilidades. Ou a regra é válida e então devem aceitar-se as suas conseqüências jurídicas, ou não é válida e, então não deve ser considerada para efeito de decisão. De outro lado os princípios, ainda quando aplicáveis ao mesmo caso, não determinam necessariamente a decisão, pois somente proporcionam razões que defendem uma ou outra decisão.⁶³

⁶² *Derecho y Razón Práctica*, p. 09. No mesmo sentido Eduardo J. Couture reconhece que o princípio “constitui a revelação de uma posição de caráter geral, assumida ao longo de um conjunto consistente de soluções particulares”. “*In*” *Interpretação das Leis Processuais*, p. 44.

⁶³ Tradução livre de: “*El primero dice que las reglas son aplicables en la forma todo-o-nada, pero en cambio los principios no. Si se da el supuesto de hecho de una regla, existen sólo dos posibilidades. O la regla es válida, y entonces deben aceptarse las consecuencias jurídicas, o no es válida, y entonces no cuenta para nada en la decisión. En cambio los principios, aun cuando según su formulación sean aplicables al caso, no determinan necesariamente la decisión, sino que solamente proporcionan razones que hablan en favor de una u otra decisión.*” *Derecho y Razón Práctica*, p. 10.

O segundo argumento, vinculado com o anterior, considera que os princípios têm uma dimensão que as regras não exibem, é dizer, uma dimensão de peso (*dimension of weight*) que se mostra nas colisões entre princípios. Se da colisão de dois princípios, se dá um valor decisório ao princípio de peso relativamente maior, isto não significa que seja invalidado o princípio de peso considerado inferior.⁶⁴

Considerar a inadmissibilidade da prova ilícita como um princípio e admitir a índole constitucional do princípio da proporcionalidade, permite temperar o rigor, aparentemente absoluto, do teor do inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição e aumenta a responsabilidade política e social dos operadores do direito, máxime dos magistrados, na medida em que estes princípios dependem suas interpretações das situações concretas.⁶⁵

Sem esquecer a noção de princípios proposta por Robert Alexy, impõe-se relembrar a natureza axiológica do ato interpretativo e a sua condicionalidade histórica, pois, segundo Miguel Reale, “onde há uma norma de direito, há sempre um problema axiológico pressuposto ao intérprete”.⁶⁶ Dessa asserção, prossegue, resultam quatro conclusões: a) toda norma, por ser sempre representação de um valor e objeto de volição, jamais pode deixar de ser interpretada, não podendo haver norma que dispense interpretação; b) toda interpretação jurídica é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada na proposição normativa; c) toda interpretação se acha condicionada por um complexo de situações fáticas, a começar cronologicamente por aquela que havia condicionado originariamente a objetivação

⁶⁴ *Derecho y Razón Práctica*, p. 10.

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pelegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Gomes, *As Nulidades...*, p. 140: “Pensamos que, nesses casos (admissibilidade da prova ilícita que beneficie a defesa, eventual adoção do princípio da proporcionalidade e vícios da prova regular derivada da ilicitamente obtida), a Constituição brasileira não afasta radicalmente nenhuma tendência; e isto porque, como já dito, os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de sua convivência, que exige a interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais”.

⁶⁶ *O Direito como Experiência*, p. 250.

da norma; d) toda interpretação tem como pressuposto o caráter necessariamente lógico da proposição normativa, não obstante possa ter sido o resultado de fatores alógicos.⁶⁷

No cerne desta questão há igualmente aspectos culturais e políticos, que envolvem valores relacionados à liberdade, à dignidade das pessoas diante dos poderes de governo.

Nenhum estudo processual será suficientemente lúcido e apto a conduzir a resultados condizentes com as exigências da vida contemporânea, enquanto se mantiver na visão interna do processo, como sistema fechado e auto-suficiente. O significado político do processo como sistema aberto, voltado à preservação dos valores postos pela sociedade e afirmados pelo Estado, exige que ele seja examinado também a partir de uma perspectiva externa; exige uma tomada de consciência desse universo axiológico a tutelar e da maneira como o próprio Estado define a sua função e atitude perante tais valores. Nenhuma teoria processual pode dispensar, hoje, o exame da bondade das soluções propostas e a eficácia do próprio sistema processual em face dos objetivos preestabelecidos e da missão que precisa desempenhar na mecânica da vida em sociedade”.⁶⁸

Discute-se pois, no fundo, o regime político desta nação. E o regime político, no dizer da Constituição é o democrático e de Direito. Por buscar ser assim, os governos e seus poderes encontram respaldo na legitimação popular obtida nas urnas e nos sistemas de controle entre os diversos segmentos do poder instituído, justamente para tentar trabalhar em benefício do bem comum.⁶⁹

Enquanto existir um regime considerado democrático e de Direito no Brasil — apesar das incontáveis definições dos termos — haverá legitimidade para a defesa da sociedade, com o emprego dos instrumentos processuais previstos na constituição.⁷⁰

⁶⁷ Idem, ibidem, p. 251.

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 83.

⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*, p. 16: “O problema nevrálgico do processo penal é o das relações entre o Estado e o indivíduo, devendo encontrar-se em sua esfera a solução do conflito entre as exigências comunitárias da repressão do crime e a proteção da esfera de liberdades fundamentais.

⁷⁰ “Esses postulados conduzem ao alvitre metodológico de afastar a ciência processual dos conceitos e parâmetros privatistas que tradicionalmente a influenciam, ao mesmo tempo em que ela reafirma sua filiação às matrizes político-institucionais da ordem estatal. Em toda ciência, a adequação do método escolhido é medida pela capacidade que tenha de conduzir a resultados consentâneos com os propósitos *preestabelecidos* -, sendo inegável nas ciências jurídicas a excelência do método teleológico (afastado o rigor formal do raciocínio inerente às ciências exatas)”. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade...*, p. 83.

Os tribunais — e mesmo o Supremo Tribunal Federal — não são apenas guardiões das liberdades clássicas. Sua responsabilidade vai além. Alcança os mais extensos efeitos sociais que suas decisões podem gerar, ainda que isso não seja facilmente perceptível.

5.8 Prova ilícita no projeto de reforma do Código de Processo Penal

Tramita atualmente pelo Congresso Nacional o projeto de lei 4205/2001,⁷¹ com o objetivo de alterar a redação de alguns artigos do Código de Processo Penal, em especial aqueles relacionados a prova. Na sugestão da nova redação do artigo 157, encontra-se uma proposta um pouco mais detalhada sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas, com o seguinte texto:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.

§ 2º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório.

§ 3º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença.⁷²

A proposta de redação é um avanço e segue a tendência alemã e norte-americana de resolver o problema da ilicitude das provas e sua inadmissibilidade no âmbito constitucional, visto que estabelece uma delimitação para as hipóteses de violação a princípios ou normas constitucionais. Não teria sentido que qualquer afronta à lei pudesse inutilizar um meio de prova. A exigência de respeito aos princípios constitucionais outorga ao poder

⁷¹ Acesso em 22.04.2007. Outras informações sobre o projeto podem ser obtidas no sítio eletrônico: http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_list_a.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=2001&Numero=4205&sigla=PL.

⁷² Conforme pesquisa original em 15.09.2003, na página da internet www.mj.gov.br/sal/processo/penaIPL/204205-2001.pdf.

judiciário o grande encargo jurídico e social de interpretar e determinar o alcance, o limite, a abrangência e o teor do espírito constitucional.

O parágrafo primeiro oferece uma razoável orientação ao magistrado, na medida em que limita a proibição da prova derivada da ilícita àquelas situações, nas quais seria impossível obter a segunda prova, senão por intermédio da primeira ilegal.

A idéia do arquivamento sigiloso em cartório da prova ilícita, impedirá o desaparecimento de documentos e informações importantes, que poderiam ser empregados em grau de recurso ou mesmo em ações revisionais.

Completa o dispositivo a proibição de valoração, dirigida ao magistrado que tomou conhecimento da prova ilícita. No atual modelo processual penal não vige o princípio da identidade física do juiz. Esta regra permitirá um maior grau de isenção e imparcialidade do julgador.

5.9 Meios de impugnação das decisões relacionadas ao sigilo bancário

Os recursos e as ações de impugnação distinguem-se pela verificação da instauração de uma nova relação processual, cujo objeto é a decisão judicial que se quer fazer rever. Não basta a identificação da existência de trânsito em julgado para a distinção, visto que as ações de impugnação, como o *habeas corpus*, podem ser ajuizadas no transcorrer de processo que contenha a decisão judicial guerreada.⁷³

Serão considerados, a seguir, alguns desses meios de impugnação aptos a suscitar o reexame das decisões de admissibilidade ou inadmissibilidade dos meios de prova protegidos pelo sigilo financeiro. A correição parcial é destinada com exclusividade para as

⁷³ GRINOVER, Ada Pelegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Recursos no Processo Penal*, p. 30.

decisões judiciais, ao passo que o mandado de segurança e o *habeas corpus*, além de servir para a impugnação dos provimentos jurisdicionais, também poderão ser empregados para o reexame das decisões legislativas ou de outras autoridades, relacionadas à restrição do sigilo bancário.

5.9.1 Correição parcial

O artigo 581 do CPP não relaciona entre as hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito, o deferimento ou indeferimento de diligências de conhecimento do objeto do sigilo bancário ou sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade de meio de prova no processo.⁷⁴ Por tratar-se de decisões interlocutórias simples, não será possível o seu imediato reexame em grau de recurso durante o trâmite processual em primeira instância. A parte interessada, poderá, então, deixar para consignar o seu inconformismo por ocasião de eventual recurso de apelação de sentença desfavorável.

Todavia, caracterizado eventual erro ou abuso do juiz em relação ao procedimento de obtenção de meio de prova protegido pelo sigilo, poderá ser interposta a correição parcial.⁷⁵ “O erro consiste em equívoco na interpretação da lei ou na apreciação do fato. O abuso é o excesso ou a prática consciente da ilegalidade”.⁷⁶

É discutível o cabimento da correição parcial em alguns exemplos, visto que o mesmo fato pode ensejar a possibilidade de impetração de mandado de segurança ou de *habeas corpus*, a depender da condição do interessado. A título de ilustração, será cabível

⁷⁴ A exceção fica por conta do inciso XVIII, que trata da decisão sobre incidente de falsidade documental.

⁷⁵ “Nasceu essa estranha figura em leis locais de organização judiciária, sob a forma de providência administrativo-disciplinar destinada a corrigir erros que tumultuam o processo. Ela se estende, igualmente, ao processo penal, embora de forma menos intensa e mais rara que no processo civil”. “In “: MARQUES, José Frederico. *Elementos...*, p. 297.

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Recursos no Processo Penal*, p., 258.

também a correição parcial, ao menos, quando ocorrer nos autos cerceamento quanto a produção de provas à cargo da acusação ou da defesa e deferimento de ofício de acesso ao segredo bancário durante a fase de investigação.

Foi a correição parcial adotada por quase todos os Estados, nas leis de organização judiciária ou nos regimentos internos dos tribunais, conservando a denominação inicial de 'correição parcial', ou adotando a que lhe sucedeu: 'reclamação'. No Estado de São Paulo, é mencionada pela primeira vez no art. 25, do Decreto-lei nº 14235, de 16.10.1944, com o nome de correição parcial. Foi mantida na Lei 8040, de 13.12.1963, e, depois, no Código Judiciário do Estado de São Paulo (Dec.Lei Complementar nº 3, de 27.08.1969), bem como na Resolução nº 1, de 29.12.1971, do Tribunal de Justiça. Persiste até hoje. Também a Lei 5010/66, que organizou a Justiça Federal, previu a correição parcial, no artigo 60, I logo depois alterado pelo art. 1º, do Dec.-lei nº 253, de 28.02.1967.⁷⁷

5.9.2 *Habeas Corpus*⁷⁸

O que significa a expressão *habeas corpus*? O inglês René David responde:

são, originalmente, duas palavras que constavam na fórmula do *writ* - escritas em latim - , pelo qual o soberano ordenava que uma pessoa, em certo processo, comparecesse e se explicasse na justiça. 'Tu deténs injustamente um de nossos súditos, X [...], dizia essa fórmula: liberta-o, ou, então, vem explicar perante meus juízes por que causa tu o detiveste e, nesse caso, traz esse indivíduo contigo (*habeas corpus*) à audiência para a qual tu estás citado.' E um procedimento antigo que foi gradativamente adaptado e aperfeiçoado, para se ter nele um meio de garantir eficazmente a liberdade. O paradoxo é que o procedimento de *habeas corpus* tinha, em sua origem, outro objeto. Não visava garantir a liberdade dos cidadãos, mas sim reforçar a autoridade real diante dos senhores. Vinculado à 'prerrogativa real', o procedimento de *habeas corpus* não poderia jamais ser instaurado contra medidas de detenção decretadas em nome do rei, por mais arbitrárias que essas medidas pudessem ser.⁷⁹

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Recursos no Processo Penal*, p. 254-255.

⁷⁸ A respeito: GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Recursos no Processo Penal*. 2ª ed., São Paulo: RT, p. 339-388, 1998; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 4º Vol., 9ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 411-452; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 8ª ed., São Paulo: Atlas, p. 708-731; FRANCO, Alberto Silva. *Habeas Corpus*. "In": Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Volume 1, Livro II, Título 1, p. 351-778, São Paulo: RT, 1999.

⁷⁹ *O Direito Inglês*, p. 77.

Ultrapassados séculos e distâncias, hoje, para evitar os abusos e ilegalidades dos trabalhos investigatórios e instrutórios, a Constituição estabelece em seu artigo 5º, inciso LXVIII, que conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

José Frederico Marques registra que

o *writ* constitucional pode ter, como *causa finalis*, o desfazimento de situação lesiva ou de perigo para o direito de locomoção: nessa hipótese, a tutela impetrada dos órgãos investidos da função jurisdicional terá a natureza de decisão constitutiva, pois a ordem de *habeas corpus*, quando concedido, desconstitui a situação criada pela coação ilegal ou abuso de poder, a fim de assegurar a liberdade de ir e vir, lesada ou ameaçada.⁸⁰

Hoje é o meio mais empregado para evitar a devassa.

Em voto proferido nos autos de HC 80949-RJ, em 30.10.2001, que foi acolhido por unanimidade pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Sepúlveda Pertence considerou admissível o *writ* para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade. Segue parte do texto:

1. Preliminarmente, tenho o *habeas corpus*, como admissível, em tese, para impugnar a inserção da prova ilícita em procedimento penal e postular o seu desentranhamento.
2. Decidiu-o esta Turma, não faz muito, para ordenar - afastando preliminar acolhida no Tribunal a quo - o conhecimento de impetração dirigida contra decreto judicial de quebra de sigilo bancário de indiciado, que se tachava de ilegal - cf. HC 79191, 1ª T, 04.05.99, Pertence, RTJ 171/258: [...]
3. Na fundamentação do acórdão - depois de recordar precedentes do Tribunal na demarcação, nem sempre fácil dos âmbitos do *habeas corpus* e do mandado de segurança - diferenciei o caso daquele do qual, por votação majoritária, não conhecera o Plenário, porque impetrado contra requisição por CPI de registros telefônicos (HC 75232, 07.05 .97, red. ac. Maurício, Inf. STF 70): [...]
4. Posteriormente, o Plenário não teve dúvidas em conhecer de *habeas corpus* contra despacho do relator de processo penal originário de competência do Tribunal, que decretara a quebra do sigilo bancario do denunciado (HC 80100, Pl, Gallotti, 24.05 .00, DJ 08.09.00).⁸¹

⁸⁰ *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. IV, p. 357.

⁸¹ PERTENCE, Sepúlveda. Admissibilidade de *Habeas Corpus* para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal. Disponível na internet: www.ibccrim.com.br, acesso em 29.11.2001.

A obtenção de prova por meio de procedimento ilícito ensejará a impetração de *habeas corpus* para exigir o seu desentranhamento dos autos e o trancamento do inquérito policial ou do processo penal, quando o caso.

Para obter o trancamento de inquérito policial ou de processo penal ⁸² deverá ser demonstrada a ilicitude das provas que possam estabelecer a materialidade do delito e a sua autoria, de forma plena. Na hipótese de haver nos autos, prova da materialidade ou da autoria obtida licitamente, sem contaminação de vício em sua origem, já não será o caso de trancamento da persecução penal.

Em outro julgado nos autos de *Habeas Corpus*, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região registrou que o Supremo Tribunal Federal já afirmou a admissibilidade do *habeas corpus* para impugnar decisão que decreta a quebra de sigilo bancário (HC 79191 SP e HC 81294 SC) ⁸³. Segue parte do texto, por sua casuística atual e pertinência com o objeto deste trabalho:

O Ministério Público Federal, no procedimento investigatório nº 2001.50.000238-8, após autorização judicial, identificou todos os contribuintes do Espírito Santo que, apesar de se haverem declarado isentos do imposto de renda, movimentaram quantias superiores a dois milhões de reais no exercício de 1998. Determinou, então, a instauração de inquérito policial contra cada um desses contribuintes, bem como a quebra de seus sigilos bancários, inclusive o do ora paciente, que impetrou, *habeas corpus* pretendendo trancar a corrente apuração. O impetrante sustenta (i) que a prova-base do inquérito seria ilegítima, pois as informações da CPMF só poderiam ser usadas após advento da Lei 10.174-01, vedada a retroação da lei para atingir a dos anteriores à data de sua edição, (ii) que os valores da CPMF refletiriam apenas a movimentação bancária, não guardando relação alguma com a renda do titular da conta corrente, (iii) que a decisão que autorizou a quebra do sigilo seria contrária a outra do mesmo Juízo, a qual, em mandado de segurança, havia deferido liminar para suspender os efeitos do procedimento administrativo fiscal instaurado contra o paciente, e (iv) que inexistiria crime contra a ordem tributária, por não se haver apurado a quantia sonogada. A Lei 10.174-01 alterou o art. 11, § 3º, da Lei 9.311-96, para admitir a utilização das informações fiscais de que disponha a Receita Federal -o que, até então, não era permitido -sem que isso autorize a conclusão de que os dados concernentes a fatos anteriores estão acobertados de forma absoluta, como bem concluiu o Juiz Federal Substituto José Eduardo do Nascimento: “Poderia

⁸² Antonio Scarance Fernandes oferece bons exemplos dessa possibilidade à p. 85 do livro *Processo Penal Constitucional*.

⁸³ *Habeas Corpus* 2001.02.01.046658-7 (DJU 05.03.02, Seção 2, p. 197, j. 06.02.02). Origem Primeira Vara Federal de Vitória (200150010073115), procedimento investigatório nº 2001.50.000238-8, “in” www.ibccrim.org.br, acesso em 16.06.2002, em Jurisprudência Ementada.

ser negada a interceptação telefônica com base na Lei 9296/96 pelo tão só fato de o crime haver sido praticado antes de sua entrada em vigor? Creio que não, pois não possui o indivíduo direito adquirido contra os meios de investigação que vierem a ser estabelecidos pela legislação, desde que não afetem a relação de direito material (crime e tributo). [...] Ora, o conteúdo específico do princípio da irretroatividade é impedir que o Estado sancione condutas que ao seu tempo eram lícitas; não impedir que o Estado possa elaborar técnicas cada vez mais eficazes no combate à criminalidade que também é cada vez mais refinada”. Se, por um lado, não existe relação direta entre renda e movimentação financeira, por outro, ha, no caso concreto, evidente desproporção entre os valores movimentados e a situação tributária declarada ao fisco, a justificar que, entre o direito à privacidade e o direito que assiste a toda a sociedade de ver efetivamente desenvolvidas as atividades constitucionalmente cometidas ao Estado, sempre prejudicadas pelas freqüentes lesões ao erário, prevaleça este último. Além disso, os dados sobre a CPMF sequer foram prestados diretamente pela Receita Federal, como autoriza a Lei 10.174, mas sim obtidos com base em decisão judicial da 5ª Vara Federal de Vitória que deferiu requerimento do Ministério Público nos autos do procedimento investigatório nº 2001.50.000238-8. A liminar obtida pelo paciente em mandado de segurança determina a suspensão tão-somente do procedimento administrativo fiscal instaurado pela Receita Federal, não interferindo, portando, no inquérito policial calcado em informações da CPMF colhidas com amparo em autorização judicial anterior à impetração do writ, nem obstando a quebra de sigilo bancário posteriormente deferida, no curso do inquérito, por nova ordem judicial.⁸⁴

Como o *mandamus* destina-se a tutelar a liberdade ambulatorial, será considerado paciente, para efeito de identificação da legitimidade para o seu ajuizamento, apenas o investigado ou o réu que pretenda evitar a devassa de suas operações financeiras ou a exclusão de um determinado meio de prova dos autos. Caso o acusador ou o assistente de acusação tenham indeferidos os seus pedidos de acesso ao sigilo bancário, poderão impetrar mandado de segurança.

5.9.3 Mandado de Segurança⁸⁵

Em respeito aos termos dos incisos LXIX e LXX, do artigo 5º, da Constituição conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não

⁸⁴ *Habeas Corpus* 2001.02.01.046658-7 (DJU 05.03.02, Seção 2, p. 197, j. 06.02.02). Origem: Primeira Vara Federal de Vitória (200150010073115), procedimento investigatório no 2001.50.000238-8, “in” www.ibccrim.org.br, 16.06.2002, domingo, Jurisprudência Ementada.

⁸⁵ Sobre mandado de segurança contra ato jurisdicional, veja-se GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Recursos no Processo Penal*, p. 389-420. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública*. São Paulo: RT.

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.

O mandado de segurança consubstancia remédio de natureza constitucional destinado a proteger direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo de poder emanado de autoridade pública. Se o ordenamento jurídico constitucional somente autoriza a quebra judicial de sigilo bancário desde que justificada a necessidade da medida para fins de investigação criminal, tem interesse de agir a instituição bancária que, ao reputar ilegal a ordem, pretende ver reconhecido perante o Poder Judiciário seu direito líquido e certo de não prestar as informações bancárias solicitadas.⁸⁶

A competência para o seu conhecimento e julgamento será da autoridade judiciária competente para julgar os atos da autoridade apontada como coatora. Como a atividade da Administração Tributária da União poderá ensejar, além da constituição do crédito tributário, a identificação de eventuais crimes contra a ordem tributária, registre-se que muitos contribuintes vêm lançando mão de mandado de segurança, para evitar o conhecimento de suas movimentações financeiras.⁸⁷ Assim, indiretamente, procuram evitar a *notitia criminis* e a instauração do correspondente procedimento criminal.

Identificados os requisitos cautelares, tanto em *habeas corpus* quanto em mandado de segurança poderá haver o pedido de concessão de liminar tendente a revogar a decisão judicial discutida.

⁸⁶ MORAES, Maurício Zanoide. *Sigilo Financeiro*, “in” *Leis Penais Especiais e sua...*, p. 3087: STJ, 6a Turma, RMS 9918 PR, Rel. Vicente Leal, DJU 30.10.2000.

⁸⁷ Em julgado da 17ª Vara Cível Federal em São Paulo, deferiu-se mandado de segurança para sobrestar procedimento de fiscalização da Receita Federal. Segue parte final da decisão: “...não pode a Administração, baseando-se tão somente em norma legal e, sem qualquer razoabilidade, exigir ou obter junto a terceiros informações que, de regra, deveriam obter junto ao próprio contribuinte. Até porque, além de afronta ao direito acima expresso, dita informação pode implicar na criminalização, fator a propiciar o direito inserto no artigo 5º, inciso LXIII do Texto... É exclusiva a competência do Judiciário para decretar a quebra do sigilo a fim de tomar transparentes os movimentos bancários, sendo vedado o procedimento unilateral por parte de autoridade administrativa.” (*In Pesquisas Tributárias - Direitos Fundamentais do Contribuinte*, Coordenador Ives Gandra da Silva Marfins, Editoras Centro de Extensão Universitária e RT, 2000, p. 312)”. Cf. Mandado de Segurança nº 2001.61.00.017770 7, impetrado Delegado da Receita Federal em Santo André – SP, “in” www.uol.com.br, Revista Eletrônica Consultor Jurídico, de 07 de agosto de 2001, acesso em 23.08.2001.

5.10 Efeitos da inadmissibilidade de prova ilícita protegida pelo sigilo bancário

Ao considerar inadmissíveis as provas ilícitas, a Constituição está a proibir a sua produção e a sua valoração no processo. Essencial neste ponto é a verificação do caráter ético e legal da prova produzida com o trabalho de obtenção de informações e documentos sobre serviços financeiros, protegidos pelo sigilo legal e constitucional.

Para diversos atos processuais, exige a lei um mínimo de prova sobre autoria e materialidade da infração penal. Tal é o caso do recebimento da acusação, de concessão de medidas cautelares e outras. Nesse sentido, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça não aceitou denúncia oferecida pelo Ministério Público, porquanto embasada em documentos protegidos pelo sigilo bancário, os quais foram obtidos sem a necessária ordem judicial.⁸⁸

A Quinta Turma do mesmo Tribunal determinou o trancamento de ação penal, com base no mesmo entendimento:

Considera-se ilícita a prova obtida em decorrência da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, ensejando o trancamento da ação penal, cuja denúncia foi nela exclusivamente baseada. O sigilo fiscal não se equipara ao sigilo bancário nem o absorve.⁸⁹

Interessante solução foi preconizada em aresto proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo por relator o Ministro Francisco Rezek: “A quebra do sigilo bancário - não observado o disposto no artigo 38, parágrafo 1º, da Lei 4595/64 - não

⁸⁸ MORAES, Maurício Zanóide. *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 3076: HC 9838 SP, Rel. Vicente Leal, JSTJ 16/403 e RSTJ 133/525. “No caso sob apreciação, os autos revelam a presença de prova ilícita recolhida pelo Ministério Público mediante a quebra de sigilo bancário do paciente sem a prévia autorização judiciária. E, como já assinalado, a denúncia invocou a relação dos cheques nominativos para reconhecer a violação ao art. 1º, I, do Decreto 201/67. Dessa assertiva chega-se à inarredável conclusão de que a denúncia, porque oferecida com suporte em prova ilícita, encontra-se desprovida de vitalidade jurídica, justificando o trancamento da possível ação penal a ser instaurada. Isto posto, concedo a ordem de *habeas corpus* para decretar a invalidade da denúncia oferecida contra o paciente e contra os demais co-réus”.

⁸⁹ Idem, ibidem, p. 3076: HC 7618 RS, Rel. Gilson Dipp, RJ 258/142 e Bol. IBCCrim 77/342, DJU 17.02.1999.

se traduz em prova ilícita se o réu, corroborando as informações prestadas pela instituição bancária, utiliza-as para sustentar sua defesa”.⁹⁰

5.10.1 Proibição de produção, de juntada e o desentranhamento

Assim como devem ser analisados os requisitos legais expostos nos capítulos antecedentes para o lícito acesso ao objeto do sigilo bancário, ao contrário, a ausência ou irregularidade dos mesmos importará na proibição de busca do respectivo meio de prova protegido pela reserva bancária. Conforme exposto, esta determinação deverá ser respeitada por todos os interessados e envolvidos no assunto, sob pena de responsabilidade.

Como os controles podem falhar, haverá a possibilidade de encontrar nos autos provas produzidas de forma ilícita, como na hipótese de inobservância do devido processo legal em sua obtenção. Caso não seja cabível o trancamento do inquérito policial ou da ação penal, por tratar-se de pequena parte ilícita de um conjunto probatório extenso e legal, será o caso de proibir a juntada dos documentos e informações ou mesmo o seu desentranhamento.

Esta providência visa evitar a influência da parte ilícita do quadro probatório, no resultado de um futuro julgamento.

Em outro julgado o Supremo Tribunal Federal decidiu que,

a prova ilícita, caracterizada pela violação de sigilo bancário sem autorização judicial, não sendo a única mencionada na denúncia, não compromete a validade das demais provas que por ela não contaminadas e delas não decorrentes, integram o conjunto probatório⁹¹.

⁹⁰ MORAES, Maurício Zanóide de. *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 3078: HC 74197 RS, RT 743/548.

⁹¹ CINTRA J°, Dyrceu Aguiar D. *Titulo VIII: Prova*. “In “: Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Vol. 2, p. 1677: “STF, RHC 748074, 2ª Turma, Relator Min. Maurício Corrêa, j. 22.04.97, DJU 20.06.97, RT 744/510.”.

Portanto,

não estando a denúncia respaldada exclusivamente em provas obtidas por meios ilícitos, que devem ser desentranhadas dos autos, não há por que declarar-se a sua inépcia porquanto remanesce prova lícita e autônoma, não contaminada pelo vício de inconstitucionalidade.⁹²

No mesmo sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Admitem-se, em juízo, todos os meios de prova, salvo as obtidas por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI). As provas ilícitas, porque proibidas, não podem ser consideradas. Cumpre desentranhá-las dos autos”.⁹³

Em outro voto proferido nos autos de HC 80949-RJ, em 30.10.2001, que foi acolhido por unanimidade pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Sepúlveda Pertence considerou admissível o *writ* para determinar o desentranhamento de provas ilícitas dos autos de processo penal. Segue parte do texto, por sua pertinência:

5. Ora, se cabe o *habeas corpus* para impedir por ilicitude a realização da prova ordenada, no curso do processo como no do inquérito, dispense-me da demonstração de sua admissibilidade - quiçá com maior razão - para questionar a licitude da prova já realizada e pleitear o seu desentranhamento.

6. Recentemente, aliás, a Turma - malgrado não me acompanhasse o voto que trancava o processo por inextricavelmente baseada a denúncia em provas oriundas de busca e apreensão ilegal - concedeu parcialmente a ordem para determinar fossem elas retiradas dos autos do processo (HC 80420, 1ª T, 28.06.01, Ellen Gracie, Lnf. STF 234).

7. Recordo, aliás, Magalhães Gomes F⁰, que a solução tem expressa previsão legal no art. 375 C. Pr. Pen. Militar, que - depois de prescrever a inadmissibilidade em juízo da “correspondência particular, interceptada ou obtida por meios criminosos” - ordena seja ela “desentranhada dos autos, se tiver sido junta”: e dispositivo que se pode estender por analogia a todo e qualquer registro documental de prova ilícita.

8. Conheço do *habeas corpus*.⁹⁴

Uma vez determinado o desentranhamento devido a caracterização da prova como ilícita, qual será o destino do material? Poderá ser devolvido à parte ou será eliminado? E se, em grau de recurso, o tribunal considerar a prova lícita ou necessitar do documento para verificar melhor a sua licitude? O projeto de lei, que trata da reforma pontual do Código de

⁹² Idem, ibidem, p. 1712.

⁹³ STJ, Resp. 143520 (97/0056024-4) e RMS 8559, 6ª T., Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 12.06.98, DJU 03.08.98, p. 328. “In “Código de Processo Penal e sua ..., Vol. 2, p. 1711.

⁹⁴ Acesso em página da internet em 29 de outubro de 2006, “in” http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?PROCESSO=80949&CLASSE=HC&cod_classe=349&ORI GEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M&EMENTA=2053.

Processo Penal, preve o arquivo sigiloso em cartório da prova desentranhada ⁹⁵. Assim, caso ocorra a mudança de opinião em segunda instância sobre a sua ilicitude, o meio de prova poderá retornar aos autos e compor o quadro probatório.

5.10.2 Proibição de valoração

A proibição de valoração da prova ilícita é uma consequência inevitável decorrente da ordem constitucional, constante do inciso XVI, do artigo 5º. A doutrina internacional emprega a expressão “proibição de prova” para referir-se a dois momentos distintos de inadmissibilidade: o de obtenção da prova e o de valoração da prova.

As provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por esta tidas como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente *não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas...* Daí sua total ineficácia. Por isso, em grau de recurso, o tribunal deverá desconsiderar as provas ilícitas que tiverem sido irregularmente admitidas e levadas em consideração pela sentença. ⁹⁶

Os espanhóis, entre outras, empregam as expressões “*aportación*” para designar a obtenção e “*valoración*” para a valoração por ocasião do julgamento. Consta expressamente do art. 11, nº 1, inciso segundo, da Lei Orgânica *del Poder Judicial* espanhol que “não surtirão efeito as provas obtidas, direta ou indiretamente, com violação dos direitos e liberdades fundamentais”. ⁹⁷

Em outro exemplo, Guido Fernando Silva Soares assevera que

⁹⁵ O projeto de lei 4205/2001, retirado da pauta de votação da Câmara dos Deputados desde 2005, propõe nova redação para o artigo 157 do CPP. Importa aqui a redação de seu § 2º: “Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório”.

⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *As Nulidades no Processo Penal*, p. 141.

⁹⁷ Tradução livre de: “*no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”. SANCHEZ, Nicolás Marti. *La Llamada Prueba Ilícita y sus Consecuencias Procesales*. “In”: Rev. Actualidad Penal, Madrid: La Ley Actualidad, nº 07, p. 150.

em matéria de processo penal, têm sido considerados direitos fundamentais, conforme as definições da Corte Suprema dos EUA, portanto através de *federal case laws*, os seguintes: a) proteção contra buscas e apreensões irrazoáveis, com o direito de excluir da apreciação do Judiciário (perante o *judge*, o *Grand Jury* e o *Jury*) qualquer prova obtida por tais meios.⁹⁸

Vale transcrever por sua pertinência parte de julgado proferido pelo antigo Tribunal de Alçada Criminal paulista, atual Tribunal de Justiça:

[...]
prova clandestina obtida somente é admissível, para fins penais, se autorizada judicialmente, ‘nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer’, segundo preceitua o inc. XII do art. 5º da CF. Nessas condições, não é hábil para condenar o apelante o extrato bancário de sua conta obtido pela própria empresa que se disse lesada, nem a confissão extrajudicial do empregado, admitindo a apropriação de valores da empresa, imputação de resto negada pelo próprio réu em juízo.⁹⁹

A licitude de obtenção de elementos de provas foi objeto de estudos no segundo capítulo deste trabalho, de modo que a sua observação e respeito permitirá a valoração dos meios colhidos e o seu desrespeito importará em sua proibição.

⁹⁸ *Common Law*: Introdução ao Direito dos EUA, p. 127: (Mapp v. Ohio 367 US 643 — 1961), é a denominada *unreasonable search and seizure rule*.

⁹⁹ TACRIM SP, Ap. 10a Câ., Rel. José Santana, j. 02.06.93, Bol. Ibccrim 04/95, “in” *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, Vol. 2, p. 1677. O antigo TACRIM, Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, foi extinto por lei estadual e passou a integrar a estrutura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

CONCLUSÕES

O sigilo bancário é uma espécie do gênero sigilo financeiro e como tal representa o constitucional direito de privacidade das pessoas. Isto implica em que o sigilo não é apenas obrigação ou direito das instituições bancárias e financeiras. Será obrigação da instituição financeira dentro da relação jurídica, da qual o cliente será o titular do direito ao sigilo bancário.

Mesmo que a sua preservação ou desconsideração possa ser invocada em favor da estabilidade do sistema financeiro, o sigilo deverá ser considerado pela ótica principal da dignidade humana, indispensável ao livre desenvolvimento da personalidade.

A finalidade do sigilo é a proteção de um objeto: o segredo bancário. Todavia, não se trata de reserva inexpugnável. No Brasil o sigilo bancário já foi tratado como um direito quase absoluto. A organização e o desenvolvimento do Judiciário como poder real, a influência da política internacional de combate a dissimulação de bens e capitais e a preocupação tributária dos governos permitiram modificações legislativas propiciadoras da flexibilização dessa proteção, de modo que hoje muitas são as hipóteses legais de sua restrição.

A Lei Complementar 105/2001 foi redigida de modo a quase ignorar o direito do titular ao sigilo financeiro. Suas normas disciplinam o sigilo como simples ativo e dever das instituições financeiras e das entidades de defesa de crédito. Criou extraordinários poderes de polícia para a Administração Tributária da União, que agora poderá afastá-lo independentemente de apreciação judicial.

Este tratamento diminui sensivelmente o âmbito de inviolabilidade do direito constitucional de privacidade das pessoas e praticamente aniquila o segredo de sua esfera econômica, de modo que pode significar uma perigosa opção política de supremacia dos interesses públicos primários e secundários sobre a vida privada.

É sempre necessário cuidado para não permitir o incontrolável aumento de poder de governo, pois a História é pródiga em exemplos de obcecado avanço de intervenção na vida particular econômica. Há um risco de avanço ao totalitarismo, que tem como uma de suas características o desmesurado aumento da importância de governo e a eliminação da esfera privada, inclusive pela eliminação dos limites dessas esferas.

No exercício do controle social os governos dispõem de diversos órgãos de fiscalização e de persecução penal, os quais necessitam de acesso ao objeto do sigilo bancário, com o propósito de verificação e identificação de condutas ilícitas. O aumento da função fiscalizadora do Banco Central do Brasil e a criação do COAF, Conselho de Controle de Atividades Financeiras, demonstram a sintonia brasileira com os Estados dominantes no âmbito internacional e esclarecem a tendência mundial de aumento da restrição sobre a privacidade das atividades econômicas.

Além destas, avultam as atividades governamentais de persecução, em suas fases de investigação e processo. Ao procurar elementos de prova protegidos pelo sigilo bancário, a atividade persecutória deverá lançar mão de instrumental em consonância com o devido processo legal e o princípio da proporcionalidade.

Em suas diversas modalidades, os instrumentos legais ensejarão o acesso, o conhecimento, o acompanhamento e a apreensão de documentos e informações bancárias. Esta diversidade de atos e atividades ostentam a natureza processual de busca e se desenvolvem mediante o confronto entre o o interesse público de conhecimento do segredo bancário e o de privacidade.

Ante a ausência de algumas regras sobre os complexos trabalhos de persecução nesta seara sigilosa e diante do quadro de tensão entre princípios em conflito, abre-se espaço para a aplicação do princípio da proibição de excesso, tendo em vista a

adequação e a necessidade da medida restritiva, bem como a ponderação entre os valores em cotejo, no caso em concreto.

Estas linhas de raciocínio implicam na necessidade de estabelecer os seguintes requisitos para o lícito acesso ao segredo bancário e financeiro: existência de procedimento legal, sigiloso, instaurado por autoridade investida de atribuição investigativa ou de competência processual. Este procedimento deverá conter uma representação ou requerimento que demonstre: a) a presença de indícios de autoria e materialidade de determinável infração penal; b) a determinação do objeto de proteção do sigilo bancário que se quer conhecer; c) o provável sucesso da medida para a obtenção de meio de prova; d) a impossibilidade ou incompatibilidade de outra medida menos restritiva de direitos para alcançar o mesmo meio de prova, e; e) a determinação da medida instrumental de acesso ao segredo bancário, devidamente fundamentada pela autoridade.

Expostas as exigências legais para a restrição ao sigilo bancário, abre-se ensejo para o controle dos limites à busca do conhecimento do segredo financeiro dentro do processo penal. A vedação de provas é assunto complexo e difícil, porém necessário.

O sistema de nulidades do Código de Processo Penal e o princípio constitucional de inadmissibilidade de provas ilícitas oferecem diversas oportunidades de controle sobre os atos e procedimentos desenvolvidos na busca do objeto do sigilo bancário.

Dificuldade também oferece a questão da extensão do conceito de ilicitude, apta a gerar a inadmissibilidade de determinada prova. A idéia de ilícito como o reverso do lícito, obriga o intérprete a discutir o próprio conceito de Direito, fato que ainda gera tormentosas discussões doutrinárias no Brasil e no exterior.

Neste trabalho o teor do inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição é tido como um princípio dentro de um sistema constitucional aberto, ou seja, como um mandado de otimização e não apenas como uma regra. Assim, a vedação da prova ilícita no processo

penal, mesmo sendo uma norma geral, não importará em uma regra de proibição absoluta, pois admitirá em situações excepcionais a ponderação própria do princípio da proporcionalidade, a ser empregado com parcimônia pelo judiciário na busca de equilíbrio, no exercício governamental de controle social.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Carlos Henrique. *Os Sigilos Bancário e Fiscal na Cobrança da Dívida Ativa*. “In “: Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética n^o 30, p. 14-20.
- ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 5^a ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- ADRIASOLA, Gabriel. *Enfoque Crítico del Secreto Bancario*. “In” www.ibccrim.org.br, acesso em 07.05.2002.
- ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. 2^a ed., tradução de Manuel Atienza. Cidade do México: Fontamara, 1998.
- ALMEIDA JR., João Mendes. *O Processo Criminal Brasileiro*. 4^a ed., Volumes I e II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- _____. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 2^a ed., São Paulo; Saraiva, 1987.
- BARROS, Luiz de Moraes. *ICM e Sigilo Bancário*. “In “: Revista Balancete Mensal, São Paulo: n^o 15, v. 2, p. 06, 1975.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 2^a ed., Brasília: Brasilia Jurídica, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hipóteses de Quebra de Sigilo Bancário*. “In “: II Ciclo de Estudos de Direito Econômico, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, p. 27-30, 1994.
- BELLINETTI, Luiz Fernando. *Limitações Legais ao Sigilo Bancário*. “In “: Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n^o 18, p. 141-161, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, 10^a ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10^a ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- CAMPBELL, Dennis. *International Bank Secrecy*. Londres: Sweet & Maxwell, 1992.
- CANO, Delfina Dubón. *El Secreto Bancario em Mexico*. Artigo sem data, encontrável na biblioteca da Federação Brasileira de Bancos, em São Paulo.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3^a ed.,

Coimbra: Almedina, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Volumes I, II e III. Tradução da 5ª edição italiana feita por Adrián Sotero de Witt Batista.

Campinas: Servanda, 1999.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CERVINI, Raul. *Estructura de la obligacion de reportar las operaciones sospechosas en el ambito internacional y en la formulacion uruguaya*. “In”: www.direitocriminal.com.br, acesso em 05.04.2001.

CERVINI, Raúl e GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação Telefônica*. São Paulo: RT, 1997.

CERVINI, Raúl e TAVARES, Juarez. *Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: RT, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 1 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, Livro III: Processo em Geral. Vol. 2. São Paulo: RT, 1999.

CÓDIGO COMERCIAL BRASILEIRO. São Paulo: Saraiva, 1985.

COMISSÃO INTERAMERICANA PARA O CONTROLE DO ABUSO DE DROGAS: CICAD. “In” www.cicad.org, 25.01.2002.

CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS. *Relatório de Atividades 2000*. “In” www.fazenda.gov.br/coaf/portugues/sobrecoaf, 01.01.2002.

CORREA, Teresa Aguado. *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa, 1999.

CORREIA, João Conde. *Qual o Significado de Abusiva Intromissão na Vida Privada, no Domicílio, na Correspondência e nas Telecomunicações?*. “In”: Revista do Ministério Público, Lisboa: Ministério Público, nº 79, p. 45-67, 1999.

COSTA, Adroaldo Mesquita da. *Poder de Polícia e Sigilo Bancário e Profissional*. “In” : Rev. de Direito Público, São Paulo: RT nº 03, p.153-154, 1968.

COSTA Jº, Paulo José da. *O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1995.

COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das Leis Processuais*. 4ª ed., tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

COVELLO, Sergio Carlos. *O Sigilo Bancário*. 2ª ed., São Paulo: Leud, 2001.

CUELLAR SERRANO, Nicolas Gonzalez. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en*

el Proceso Penal. Madri: Editorial Colex, 1990.

DAVID, René. *O Direito Inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo:

Martins Fontes, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19^a ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

DANTAS, Fernando. *Guerra ao Paraíso Fiscal*. “In” : Revista Balanço Financeiro, São Paulo: n^o 108, p. 32-37, 1989.

DELGADO, José Augusto. *O Sigilo Bancário no Ordenamento Juri’dico Brasileiro*. “In”: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo: RT, n^o 13, p. 13-52, 2001.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Procesos Penales de Europa*. Tradução de Pablo Morenilla Allard. Madri: Edijus, 2000.

DERTOUZOS, Michael. *O Que Será: Como o Novo Mundo da Informação Transformará Nossas Vidas*. Tradução de Celso Nogueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 8^a ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 4^a ed., São Paulo: Saraiva, 1998.
_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 10 Volume, 11^a ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

ENCINAS, E. Eiranova (Coord.). *Código Penal Alemán StGB: Código Procesal Penal Alemán StPO*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

FEDER, João. *A Fiscalização do Dinheiro Público e o Sigilo Bancário*. “In”: Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, n^o 308, p. 51-58, out.-dez. 1989.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Prejudicialidade: Conceito, Natureza Jurídica e Espécies de Prejudiciais*. São Paulo: RT, 1988.

FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Nulidades no Processo Penal*. 6^a ed., São Paulo: RT, 1999.

_____. *Recursos no Processo Penal*. 2^a ed., São Paulo: RT, 1998.

FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES F^o, Antonio Magalhães, GOMES, Luiz Flávio e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9099, de 26.09.1995*. 3^a ed., São Paulo: RT, 1999.

FERREIRA F⁰, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1990.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1975.

FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (Coord.). *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*. Vol. 2, São Paulo: RT, 1999.

_____. *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. Vol. 2, 7ª ed., São Paulo: RT, 2001.

FREGADOLLI, Luciana. *O Direito à Intimidade*. “In”: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: RT, n^o 19, p. 196-246, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A Violação do Princípio da Proporcionalidade pela Lei 9296/96*. “In “: Boletim IBCCrim 45, São Paulo: IBCCrim, p. 14, agosto de 1996.

GOMES, Luiz Flávio e PIO VESAN, Flávia (Org.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 6ª ed., São Paulo: RT, 1999.

_____. *Recursos no Processo Penal*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9099, de 26.09.1995*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Por uma Teoria Fundamental da Constituição: Enfoque Fenomenológico*. <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>, acesso em 30.04.2007.

HAGSTROM, Carlos Alberto. *Sigilo Bancário: Novas Questões*. “In” : Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo: n^o 105, p. 43-52, 1997.

_____. *O Sigilo Bancário e o Poder Público*. “In “: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo: n^o 79, p. 34-62, 1990.

HARO, Ricardo. *Derecho a la Libertad de Información y Derecho a la Privacidad a la Honda en la Doctrina, Normativa y Jurisprudencia de Argentina*. “In “: Revista do Curso de Mestrado em Direito, Araçatuba: Faculdades Integradas Toledo, n^o 01, ano 1, 2000.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: RT, 2000.

JANCZESKI, Armando. *Limitações à Obrigatoriedade de Prestar Informações Ao Fisco*. “In “: Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo: RT n^o 35, p. 99-102, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado, 6^a. ed., São Paulo: Marfins Fontes, 1999.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo; Companhia das Letras, 1989.

LIMBORCO, Lauro. *O MNI: Manual de Normas e Instruções do Banco Central*. “In” : Revista dos Tribunais, São Paulo: RT n^o 570, p. 15-20, 1983.

MACHADO, Agapito. *CPMF, Emenda Constitucional n^o 12/96 e Lei 9311/96: Inconstitucionalidade*. “In “: Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, n^o 30, p. 07-13, 1998.

MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. *A Inexistência de Sigilo Bancário Frente ao Poder-Dever de Investigação das Autoridades Fiscais*. “In” : Revista de Direito Tributário, São Paulo: n^o 76, p. 147-158, 1999.

MALHEIROS, Sylvia Helena Steiner. *O Ministério Público e a Tutela da Intimidade na Investigação Criminal*. “In “: Justiça e Democracia, São Paulo: n^o 2, p. 229, 1996.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Quatro Volumes, Campinas: Bookseller, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sigilo Bancário em Matéria Fiscal*. “In “: Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo: RT, ti^o 12, p. 66-76, 1995.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Questões Criminais Controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MÉLEGA, Luiz. *Operações Financeiras, Sigilo Bancário e Resolução BCB n^o 1946, de 29.07.1992*. “In “: Revista LTr, São Paulo: LTr Editora, ti^o 69, p. 433-436, 1992.

_____. *Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF: Portaria MF n^o 106, de 15.05.1997 e Sigilo Bancário*. “In “: Revista LTr, São Paulo: LTr ti^o 62, p. 421-424, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sigilo Bancário, Direito de Autodeterminação sobre Informações e Princípio da Proporcionalidade*. “In “: Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo: IOB n^o 24, p. 436-438, 1992.

MERZ, Sandro. *Il Capitali: Segreto Bancario, Tutela del Depositati, Disciplina Fiscale e Valutaria in Italia e All 'Esterio*. Itália: Cedam, 1995.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. II Volume, 11ª ed. São Paulo: RT, 1984.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Maurício Zanóide de. *Uma Inconstitucionalidade Anunciada*. “In”: Boletim IBCCRIM, São Paulo: IBCCRIM, nº 100, março de 2001.

_____. *Sigilo Financeiro*. “In”: *Leis Penais Especiais e Sua Interpretação Jurisprudencial*. 2º vol., 7ª ed., São Paulo: RT, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência*. “In” Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal nº 4, Porto Alegre: Síntese, out-nov, p. 5-15, 2000.

MOSSIN, Herácito A. . *Sigilo Bancário e Interceptação Telefônica*. “In”: Revista Jurídica, Porto Alegre: nº 221, p. 56-63, 1996.

MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *A Protecção da Vida Privada e a Constituição*. “In “: Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Universidade de Coimbra, Volume LXXVI, p. 154-204, 2000.

MULLIGAN, Leroy Ray. *Os Valores Constitucionais e os Limites ao Segredo Bancário*. Tradução de Marcelo Caetano Guazzelli Pemuchin. “In” www.direitocriminal.com.br, acesso em 03.02.2001.

NAVARRETE, Antonio Maria Lorca. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1988.

NAVARRO, Maria Del Carmen Figueroa. *El Conflicto Intimidad-Información: Un Análisis Jurisprudencial*. “In “: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid: Ministerio de Justicia, Tomo XLIX, Fascículo III, p. 943- 977.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 25ª ed., atualizada por Adalberto José Q.T.de Camargo Aranha, São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA, Régis de. *Aspectos Constitucionais do Sigilo Bancário*. “In “: Revista de Direito Mercantil, São Paulo: RT, nº 99, p. 98-104, 1995.

ORDENAÇÕES FILIPINAS: LIVROS IV e V. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

PARENTONI, Leonardo Netto. *A regulamentação Legal do Documento Eletrônico no Brasil*. “In” <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7154>, acesso em 20.09.2006.

PAULA, Ideval Inácio de. *O Sigilo Bancário sob o Aspecto Constitucional: Direitos e Garantias Individuais; Limitação ao Direito Individual*. “In” Revista Jurídica, Porto Alegre: nº 272, p. 29-34, 2000.

PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. *Lavagem de Capitais: Qualificações e Pressões Internacionais Indevidas*. “In” www.direitocriminal.com.br, de 02.02.2001.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. *Algumas Considerações sobre a CPMF e o Sigilo Bancário*. “In” *Revista LTr*, São Paulo: LTr n^o 811, p.4.57-459, 1996.

_____. *Proposta de Emenda à Constituição Federal n^o 175/95: Quebra do Sigilo Bancário*. “In” *Revista LTr*, São Paulo : LTr n^o 33, p. 267-270, 1997.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Tradução de Virgínia K.Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERRICONE, Sheila e BARBOSA, Darli. *A Lei de Lavagem de Dinheiro e suas Implicações às Instituições Financeiras*. “In” *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n^o 763, p. 433-455, 1999.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: RT, 1987.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da Busca e da Apreensão no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1999.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 2^a ed., São Paulo: RT, 2000.

Bem Jurídico-Penal e Constituição. 2^a ed., São Paulo: RT, 1997.

QUEIROZ, Cid Heráclito de. *O Sigilo Bancário*. “In” *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, n^o 329, p. 4 1-54, 1995.

REALE, Miguel. *O Direito Como Experiência*. 2^a ed., São Paulo: Saraiva, 1992. *Lições Preliminares de Direito*. 24a ed., São Paulo: Saraiva, 1999. *Fontes e Modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Debates sobre o Tema Sigilo Bancário*. “In” *1^o Ciclo de Estudos de Direito Econômico*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, p. 163-171, 1993.

REALE JUNIOR, Miguel. *A Inconstitucionalidade da Quebra de Sigilo Bancário Estabelecido pelas Leis Complementares 104/2001 e 105 2001*. “In” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n^o 39, p. 251-263, 2002.

REVISTA SÍNTESE DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. Ementário Geral. Porto Alegre: Síntese, n^o 06, fev-mar 2001.

ROSAS, Roberto. *Sigilo Bancário: Exame Pericial em Livros; Limitação*. “In” *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT n^o 17, p. 111-112, 1971.

SÁNCHEZ, Nicolás Martí. *La Llamada Prueba Ilícita y sus Consecuencias Procesales*. “In” *Revista Actualidad Penal*, Madrid: La Ley Actualidad, n^o 07, p. 141-162, fevereiro de 1998.

SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. *CPI ao Pé da Letra*. Campinas: Millennium, 2001.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (Org.). *Biodireito: Ciência da Vida, os Novos Desafios*. São Paulo: RT, 2001.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da e GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2000.

SILVEIRA, Eustáquio. *Crimes de Lavagem de Bens, Direitos e Valores: Processo e Procedimento*. "In" : Revista Jurídica, Porto Alegre: n° 255, p. 22-26, 1999.

SIQUEIRA, Francisco José de. *Instituições Financeiras: Regimes Especiais no Direito Brasileiro*. "In" : Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo: RT, n° 12, p. 45-71, 2001.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: RT, 1999.

SOUSA, António Francisco de. *Actuação Policial e Princípio da Proporcionalidade*. "In" : Revista do Ministério Público, Portugal: n° 76, p. 41-50, 1998.

SOUZA, Hamilton Dias de. *Sigilo Bancário e o Direito à Liberdade*. "In" : Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, n° 51, p. 60-66, 1999.

STUMM, Raquel Denisc. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUANNES, Adauto. *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*. São Paulo: RT, 1999.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Notícias*. "In" www.stj.gov.br, 07.05.2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Jurisprudência*. "In" www.stf.gov.br, 08.05.2002.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. São Paulo: RT, 1993.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. Volume 1, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TORRES, Sergio Gabriel. *Nulidades em el Proceso Penal*. 3ª ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

TOURINHO F^o, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 9ª ed., quatro volumes, São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993.

VANNI, Adriano Salles e MOYANO, Helios Nogués. *Sigilo Bancário*. “In”: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n° 19, 1997.

VEIGA, Vasco Soares da. *Direito Bancário*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1997.

VICENTE Y GUERRERO, Guillermo. *El Derecho a la Privacidad frente al uso Justificado de los Sistemas de Vigilancia*. “In “: Revista Derechos y Libertades, Madrid: Universidad Carlos III, n° 06, p. 517-545, 1998.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *O Sigilo Bancário e o Fisco*. São Paulo: Cadernos IBCB 3, 1988.

VIDIGAL, Geraldo Facó. *Hipóteses de Quebra de Sigilo Bancário*. “In “: II Ciclo de Estudos de Direito Econômico, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, p. 31-42, 1994.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989.

WALD, Arnoldo. *O Sigilo Bancário no Projeto de Lei Complementar de Reforma do Sistema Financeiro e na Lei Complementar n° 70*. “In”: Revista Ajuris, Porto Alegre: n° 56, p. 14-34, 1992.

_____. *Da Evolução Legislativa e Jurisprudencial do Direito Brasileiro em Matéria de Sigilo Bancário*. “In “: Revista de Direito Mercantil, São Paulo: RT, n° 94, p. 97-102, 1994.

_____. *Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais*. “In “: Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo: RT, n° 22, p. 15-31, 1998.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)