

X

JULIANA GARCIA BELLOQUE

SIGILO BANCÁRIO

Análise crítica da LC 105/2001

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Belloque, Juliana Garcia

Sigilo bancário : análise crítica da LC 105/2001 / Juliana Garcia Belloque. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Bibliografia.
ISBN 85-203-2447-9

1. Sigilo bancário – Leis e legislação – Brasil I. Título.

03-4280

CDU-34:336.719.2(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Sigilo bancário : Direito financeiro 34:336.719.2(81)

EDITORAL  REVISTA DOS TRIBUNAIS

3.3.2.4 Apuração legislativa

Da mesma forma que a antiga Lei 4.595/1964, a LC 105/2001 autoriza o fornecimento de informações financeiras sigilosas à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e às Comissões Parlamentares de Inquérito neles instauradas, para a instrução dos procedimentos típicos de suas competências constitucionais, desde que previamente aprovada a requisição pelos plenários das casas parlamentares, ou de suas respectivas comissões.¹³

Mais uma vez, operou-se expressa restrição do poder de requisição das informações à esfera federal, o que não se compagina com a estrutura federativa do Estado brasileiro.

3.3.2.5 Investigação criminal

A quebra de sigilo financeiro para fins de instrução processual penal, decretada pela autoridade judiciária competente, é regrada pela leitura conjunta dos arts. 1.º, § 4.º, e 3.º da LC 105/2001.

Diferentemente da regulamentação dada à interceptação das comunicações telefônicas, telemáticas e informáticas, que proíbe a adoção da medida na apuração de crimes apenados no máximo com detenção,¹⁴ não há qualquer restrição desta espécie no que toca à quebra de sigilo financeiro.

Esta pode ser decretada “quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito (leia-se, ilícito penal), em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial”, segundo dispõe o indigitado art. 1.º, § 4.º.

O rol de crimes trazido pela disposição legal é meramente exemplificativo, havendo a ressalva de que a quebra de sigilo deve ser utilizada especialmente para a apuração das infrações ali enumeradas. São elencados os crimes de terrorismo; tráfico ilícito de entorpecentes; contrabando, tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; extorsão mediante seqüestro; contra o sistema financeiro nacional, a Administração Pública, a ordem tributária e a previdência social; lavagem de dinheiro; e, por fim, todos aqueles praticados por organizações criminosas. Alguns são marcados por sua gravidade, outros pela estreita conexão com a utilização dos serviços disponibilizados pelas instituições financeiras, o que significa que o legislador não se esqueceu por completo do critério da

¹³ Para o adequado aprofundamento do tema, v. item 4.4.

¹⁴ Cf. art. 2.º, III, da Lei 9.296/1996.

proporcionalidade, reitor da restrição de direitos fundamentais,¹⁵ apesar de não o ter abraçado da forma devida. Para tanto, o rol deveria ser taxativo; pois, em se tratando de compressão do sigilo financeiro, da lei exigem-se preceitos inequívocos e precisos, que descrevam as específicas e excepcionais situações de cabimento da medida restritiva, as quais não poderiam ser elásticas pelo intérprete.

O segredo de justiça dos inquéritos, ou processos, em que toma posto a medida foi mantido pelo art. 3.º da lei em comento, de modo que o acesso aos autos permaneça restrito às partes, que não poderão fazer uso das informações para fins estranhos à causa penal.

3.3.2.6 Investigação fiscal

A LC 105/2001 estruturou, a um só tempo, dois modelos bastante diversos de quebra de sigilo financeiro para fins de apuração, pela Receita, de infrações tributárias.

Em um deles, com sede no art. 6.º da Lei, as autoridades fiscais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – neste ponto foi abandonado o privilégio à esfera federal – “somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”.

Nota-se que – a despeito da falta de legitimidade de que padece a administração tributária, dentro do sistema de separação de poderes do Estado Constitucional de Direito brasileiro, para a assunção da atribuição ora desenhada, correspondente à grave restrição do direito fundamental à intimidade¹⁶ – neste primeiro modelo ao menos traçou o legislador requisitos mínimos de validade para a adoção da quebra de sigilo financeiro no âmbito administrativo.

A norma exige, como pressuposto da medida, a prévia existência de procedimento para a apuração de infração tributária, do que se pode depreender que já existem nos autos de investigação indícios da prática de ilícito fiscal, pois a instauração deste procedimento – que exige ordem específica da Secre-

¹⁵ Sobre critério da proporcionalidade, v. item 3.5.1.

¹⁶ A abordagem completa do tema é feita no próximo capítulo.

taria da Receita Federal – denominada Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) – deve seguir a forma regulamentada pelo Dec. 3.724/2001.

O art. 2.º, § 3.º, do decreto em análise apenas dispensa o MPF nos casos de *flagrante constatação* de contrabando, descaminho ou qualquer outra prática de infração à legislação tributária, em que a demora na instauração do procedimento possa resultar em subtração da prova.

Além disso, impõe-se à autoridade administrativa competente o juízo de indispensabilidade da quebra de sigilo financeiro, ou seja, anteriormente à adoção da medida, a administração tributária deve procurar efetuar a apuração do ilícito de outras formas menos gravosas à esfera de liberdade individual do contribuinte. O tratamento descrito aponta a escolha por um critério de razoabilidade na suplantação do sigilo, que só terá cabimento quando estritamente necessário e adequado ao caso concreto.

O outro modelo de quebra de sigilo financeiro para fins de fiscalização tributária edificado pela LC 105/2001 desconsidera todas as regras da razoabilidade, criando um sistema automático de repasse de informações, no qual o sigilo financeiro não passa de um direito fundamental moribundo.

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

Assim, de acordo com o exclusivo talante do Presidente da República, podem ser fixadas referências puramente objetivas, relativas a períodos e valores, que ditarão o repasse indiscriminado e automático de todas as informações financeiras acobertadas pelo direito ao sigilo, sem cogitar-se da existência de indícios da prática de qualquer infração tributária.¹⁷

(17) A recente demonstração dada pela edição do Dec. 4.489, de 28.11.2002, que determinou a transferência automática de todas as informações referentes a operações financeiras que superassem, no período de um mês, R\$ 5.000,00, no caso de pessoas físicas, e R\$ 10.000,00, no caso de pessoas jurídicas, representou uma trágica confirmação das assertivas aqui expostas. É certo que, diante da indignação vociferada pela comunidade jurídica, o subsequente Dec. 4.545, de 26.12.2002, fez recuar, por ora, o modelo de devassa almejado pela Receita, limitando-o ao repasse dos dados da CPMF. Todavia, na forma como está elaborada a LC 105/2001, um momento político mais oportuno pode significar nova ruína completa do direito ao sigilo financeiro, em razão do que se apresenta como imperiosa a declaração de inconstitucionalidade do art. 5.º da lei, entre outros, pelo STF.

Neste sentido, confirma o § 4.º do aludido artigo: “Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de 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 a adequada apuração dos fatos” (g. n.).

A inteligência do preceito é cristalina, os indícios da prática de ilícito, eventualmente detectados, serão resultado, e não causa, da quebra de sigilo financeiro. Não existem sequer fatos concretos a serem apurados quando da primeira transmissão dos dados sigilosos à administração tributária.

Promove-se verdadeira inversão do padrão constitucional de restrição a um direito fundamental. Da exceção fundamentada, passa-se a regra totalmente independente de qualquer motivação; no lugar da quebra de sigilo financeiro visando à comprovação de indícios previamente demonstrados, assume a devassa indiscriminada a procura destes indícios.¹⁸

Não há apuração, mas permanente vigilância. E, sem justa causa, não há exercício de poder, mas arbítrio.¹⁹

(18) Neste sentido, v. Miguel Reale Júnior, A inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário estabelecido pelas Leis Complementares 104/2001 e 105/2001, RBCC, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 258 e 259, jul.-set. 2002. Nesta última se lê: “Sem indícios da ocorrência de infração tributária, sai a Receita Federal, por meio de violação de direitos, à cata de elementos que sustentem a imaginária possibilidade de sonegação fiscal, em flagrante afronta aos incisos X e XII do art. 5.º da Carta Constitucional de 1988”. V., outrossim, Maurício Zanoide de Moraes, que opina: “O legislador infraconstitucional, ao autorizar de maneira abstrata, ampla e sem prévio controle jurisdicional as hipóteses não configuradoras de violação ao sigilo financeiro, transformou a exceção (quebra do sigilo) em regra, subvertendo a ordem constitucional. O legislador complementar fez o que até mesmo ao legislador constituinte está vedado” (*Sigilo financeiro...*, p. 2.991).

(19) Esta acintosa inconstitucionalidade foi ressaltada na petição inicial da ADIn 2397-7/DF, promovida pela Confederação Nacional da Indústria, contra a LC 105/2001, na qual se lê: “É mister ressaltar que o conteúdo do art. 5.º, *caput*, acompanhado dos seus §§ 1.º, 2.º e 4.º da LC 105/2001, não autoriza à Administração Pública invadir a base de dados, informações e operações financeiras das pessoas, mas muito pior, promove *por si só* e de forma geral, rotineira, ininterrupta e irrestrita, a quebra automática do sigilo destes dados e informações, determinando às instituições financeiras que, independentemente de indícios, suspeitas ou qualquer outro fundamento, forneçam, periodicamente, o registro de todas as operações efetuadas pelos usuários de seus serviços.

A consumação da violação à garantia da privacidade não se vincula, pois, a um ato executado *a posteriori* conseqüente de mero permissivo legal. *In casu*, o pró-

Ademais, é importante notar que o indigitado art. 5.º, em seu § 3.º, conferiu injustificada proteção aos entes da Administração Indireta da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, expressamente determinando que as informações concernentes às operações financeiras por eles efetuadas não podem ser transferidas à Receita Federal nos moldes acima expostos. Conquanto o dispositivo legal em apreço mereça todas as críticas ora tecidas, enquanto em vigor o seu sistema de restrição do direito fundamental ao sigilo financeiro, atingindo todas as pessoas físicas e jurídicas que se utilizam dos serviços das instituições financeiras, o tratamento diferenciado concedido aos entes da Administração Indireta apresenta-se afrontosamente inconstitucional. Além da gritante violação ao princípio da isonomia, já que não há legítimo fundamento para a norma de exceção, sofrem sério abalo os princípios da moralidade e da publicidade, reitores da atuação da Administração Pública, dispostos no art. 37 da Constituição da República de 1988.²⁰

3.4 Justa causa para a decretação da quebra de sigilo financeiro

Contrariamente ao sistema acima exposto, trazido pela LC 105/2001, a autoridade competente à decretação da quebra de sigilo financeiro, deve examinar, caso a caso,²¹ a existência de justa causa à adoção da medida, pois consistente esta em ato de coação processual, que somente deve pre-

prio dispositivo legal ordena o descortino imediato da integralidade dos dados de todas as pessoas". Vale mencionar que a Confederação Nacional do Comércio e o Partido Social Liberal também ajuizaram Ações Diretas de Inconstitucionalidade, contra dispositivos da LC 105/2001, números 2386-1-DF e 2390-0-DF, respectivamente.

(20) Entoa Maurício Zanoide de Moraes: "exatamente aquelas pessoas públicas que mais teriam o dever – constitucional, reafirme-se – de demonstrar transparência e lisura fiscal e contábil são exatamente aquelas não sujeitas às mesmas verificações que os demais cidadãos que, aliás, são os que pagam os impostos". Crônica de uma inconstitucionalidade anunciada (análise crítica da LC 105, de 10.01.2001, que institui as hipóteses de quebra do sigilo financeiro) (*BolIBCCrim*, ano 9, n. 100, p. 3, mar. 2001).

(21) Cf. assevera Maria Thereza Rocha de Assis Moura: "A análise, em cada caso, da injustiça ou justiça da razão determinante da coação, a fim de considerar legal ou não o constrangimento, a violência, deve ser feita pelo julgador, mas sempre a partir do conceito de 'justa causa'" (*Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*, São Paulo, RT, 2001, p. 172).

valecer quando presente causa legítima que a fundamente, em consonância com a ordem jurídica.²²

Assim, além da ordem emanada do órgão competente servir à obtenção da prova em um específico processo, ou procedimento preparatório da ação penal, atingindo sujeitos individuados, em situações concretamente consideradas,²³ ela não pode prescindir do exame apurado da existência de legítimo fundamento à sua concretização.

A jurisprudência, apesar de reconhecer, em uníssono, a necessidade de demonstração da justa causa quando da decretação da quebra de sigilo financeiro, não atingiu um consenso acerca de sua definição, sendo encontrada uma grande variação de expressões, desde "fortes ou veementes indícios de crime, em tese, ou de sua autoria",²⁴ até, "fundadas razões", ou "causa provável",²⁵ passando por outras como "fundados elementos de suspeita que se apoiem em indícios idôneos, reveladores de possível autoria de prática delituosa",²⁶ "elementos mínimos de prova quanto à autoria

(22) V. Maria Thereza Assis Moura: *Justa causa...*, principalmente p. 172 e 173. Tratando da justa causa para o ato de coação processual pessoal, o que pode ser transposto para a quebra de sigilo financeiro, José Frederico Marques enuncia: "Os atos de coação pessoal estão submetidos a regime de estrita vinculação legal e jurídica, tanto que a pessoa a eles submetida pode lançar mão do recurso de *habeas corpus*, desde que ilegal ou *contra jus* a restrição imposta a seu direito de liberdade". Desenvolvendo o conceito de justa causa, o autor explicita: "Essa expressão permite um controle da coação pessoal, até mesmo em face de princípios gerais de direito que possam completar os casos omissos e as lacunas da lei, porquanto justa causa significa causa segundo o Direito, causa lícita ou causa que a ordem jurídica prevê" (*Elementos de direito processual penal*, 2 ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari, Campinas, Millennium, 2000, vol. 1, p. 179).

(23) Assim salientou o Min. Ilmar Galvão, no MS 21.729-4-DF (DJ 19.10.2001): "Cabe a providência ao Poder Judiciário, cuja decisão, como já se viu, ainda assim, além de fundamentada e respaldada pelo devido processo legal, deverá contemplar caso específico, não podendo consistir numa ordem indiscriminada ou de efeitos permanentes, havendo, ainda, de ser justificada por evidente interesse público, ameaçado não por um perigo duvidoso e remoto, mas por um perigo evidente e atual".

(24) TRF 2ª Reg. – 3ª T – HC 95.02.22528-7-RJ. V. Maurício Zanoide de Moraes, *Sigilo financeiro...*, p. 2.994.

(25) Ambas utilizadas no voto do Min. Celso de Mello, no MS 21.729-4-DF (DJ 19.10.2001).

(26) STF – TP – AgRg/Inq 897-5-DF. V., Maurício Zanoide de Moraes: *Sigilo financeiro...*, p. 2.995.

de eventual delito",²⁷ ou, simplesmente, "indícios da prática de ato delituoso".²⁸

Certo é que são necessários indícios que apontem a prática de uma infração penal pelo titular das informações sigilosas afetadas pela decisão. O fato indiciário,²⁹ que autoriza um juízo de probabilidade ou verossimilhança, não se identifica com a mera suspeita³⁰ ou com a conjectura sem apoio em elementos fáticos concretos. Estes últimos, que se afastam do campo da probabilidade, aproximando-se mais da mera possibilidade, não são suficientes à decretação da quebra de sigilo financeiro.³¹

Todavia, não há que se exigir elementos de prova da materialidade da infração penal para a decretação da quebra, já que – na maioria dos casos – apenas os documentos enviados pela instituição financeira poderão trazê-los aos autos.

Portanto, haverá justa causa à decretação da quebra de sigilo financeiro quando presentes indícios acerca da materialidade da infração penal e de sua autoria.

Em consonância com o exposto, a coação processual em epígrafe não pode ser determinada quando ainda não instaurado o inquérito destinado à

(27) STJ – 6.ª T. – RMS 10.475-MT. V., Maurício Zanoide de Moraes, *Sigilo financeiro...*, p. 2.996.

(28) STJ – Corte Especial – ARInq. 205-Ap. V., Maurício Zanoide de Moraes, *Sigilo financeiro...*, p. 2.999.

(29) No conceito de Hélio Tornagui, indício "é o fato provado que por sua ligação com o fato probando autoriza a concluir algo sobre esse" (*Curso de processo penal*, 7. ed., São Paulo, Saraiva, 1990, vol. 1, p. 452). Maria Thereza Assis Moura, por seu turno, sem deixar de concordar com o citado autor, completa: "indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de raciocínio indutivo-dedutivo" (*A prova por indícios no processo penal*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 38).

(30) Consoante expõe Maria Thereza Assis Moura, a suspeita identifica-se com o "movimento duvidoso da mente em direção a uma opinião. É uma desconfiança, suposição, perplexidade, uma simples hipótese. Consiste em olhar buscando algo ou pensando algo, porém, intimamente, e sem qualquer base objetiva" (*A prova por indícios...*, p. 52).

(31) Neste sentido, Miguel Reale Jr, que fala em "elementos mínimos de prova", ou "indícios veementes de que o fato determinado tenha efetivamente sucedido" (*A inconstitucionalidade da quebra...*, p. 254).

apuração da conduta criminosa a ser provada. Ainda outros atos de investigação devem precedê-la, não só para que deles resultem os indícios necessários à sua adoção, como também para que possa ser feito, pela autoridade competente, o juízo sobre a indispensabilidade da medida à colheita da prova. Como é possível saber se a quebra de sigilo financeiro consiste em medida necessária, imprescindível ao sucesso da persecução penal, se não foram previamente esgotados os meios ordinários de investigação, menos gravosos aos direitos fundamentais?

Ademais, a transferência das informações financeiras deve abranger o lapso temporal estritamente necessário para a apuração dos fatos pertinentes à infração penal objeto da específica investigação que ensejou a quebra do sigilo. Não é lícito aproveitar-se a autoridade judiciária da oportunidade de para devassar completamente a intimidade do suposto autor da conduta criminosa, na tentativa de conhecer outros crimes por ele eventualmente praticados.

3.5. Devido processo legal

Já restou assentado, à exaustão, que o sigilo financeiro é um direito individual não absoluto, como, de resto, o são todos os direitos subjetivos de nosso ordenamento jurídico, independentemente de sua hierarquia na pirâmide normativa.³²

A premissa indispensável à sua limitação, em situações específicas e excepcionais, atendido o princípio da reserva legal, não pode ser outra que a necessária prevalência de interesse público relevante.³³ Não obstante, o

(32) V., principalmente, item 1.8.

(33) O Supremo Tribunal Federal consolidou tal entendimento, conforme larga enumeração de arestos feita pelo Min. Maurício Corrêa, no julgamento do MS 21.729-4-DF, de 05.10.1995 (*DJ* 19.10.2001). Acentua o Ministro que o requerimento da quebra de sigilo financeiro deve ser feito "perante o órgão competente do Poder Judiciário para que este decida, em cada caso, sobre ser a hipótese, ou não, de sobreposição do interesse público ao privado e, em caso positivo, sobre os limites da quebra do sigilo". Na mesma sessão do pleno da Excelsa Corte, referindo-se à intimidade e ao sigilo de dados pessoais, assentou o Min. Celso de Mello: "O direito à inviolabilidade dessa franquia individual – que constitui um dos núcleos básicos em que se desenvolve, em nosso país, o regime das liberdades públicas – ostenta, no entanto, caráter meramente relativo. Não assume e nem se reveste de natureza absoluta. Cede, por isso mesmo, e sempre em caráter excepcional, às exigências impostas pela preponderância axiológica e jurídico-social

interesse público; certamente presente na apuração da prática de infrações penais, não é condição suficiente à licitude da medida restritiva de direito fundamental. Mister o preenchimento de um feixe confluyente de requisitos, sempre operantes quando das ingerências estatais na esfera de liberdade do indivíduo.

Como medida de coação processual penal, incidente sobre o direito à intimidade, relevante desdobramento da liberdade individual, a quebra de sigilo financeiro deve obedecer a uma série complementar de regras integrantes da garantia do devido processo legal,³⁴ erigida a direito fundamental, pelo art. 5.º, LIV, da Constituição da República de 1988.

Eduardo Couture refere-se ao devido processo legal como a imposição de que “nadie puede ser privado de las garantías esenciales que la Constitución establece, mediante un simple procedimiento, ni por un trámite administrativo cualquiera que prive del derecho a defenderse y a disponer de la garantía que constituye el poder judicial para todos los ciudadanos. Se necesita, no ya un procedimiento, sino un proceso. El proceso no es un fin sino un medio; pero es el medio insuperable de la justicia misma. Privar de las garantías de la defensa en juicio equivale, virtualmente, a privar del derecho”.³⁵

do interesse público”. Ainda, ressalta o Min. Ilmar Galvão que “toda pretensão à quebra do sigilo bancário – salvo a exceção prevista no art. 58, § 3.º, da Constituição, relativa às Comissões Parlamentares de Inquérito, que têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais – haverá de passar pelo crivo do Poder Judiciário, incumbindo a este verificar, observadas as cautelas do devido processo legal e do direito à ampla defesa, se está ela apoiada em motivo revestido da relevância necessária a justificá-la”.

(34) Frisa Rogério Lauria Tucci: “a pessoa física integrante da coletividade não pode ser privada de sua liberdade, ou de outros bens a ela correlatos, sem o ‘devido processo penal’” (g. n. em itálico) (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 71). Especificamente no tema da quebra de sigilo financeiro, apontam a exigência da observância do devido processo legal Arnoldo Wald, *O sigilo bancário no projeto...*, 1992, p. 206-207; Juarez Tavares, *A violação ao sigilo bancário...*, 1993, p. 108; Sérgio Carlos Covello e Silvânio Covas, *A ilegitimidade do Ministério Público para requisitar diretamente informações sigilosas às instituições financeiras*, RDB, São Paulo, ano 2, n. 5, 9, p. 151, mai.-ago. 1999.

(35) Casos de derecho procesal constitucional: 7. Inconstitucionalidad por privación de la garantía del debido proceso, *Estudios de derecho procesal civil*, t. 1: La Constitución y el proceso civil, 3. ed., Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 194.

Assim, o deferimento da quebra de sigilo financeiro deve emanar da autoridade judiciária constitucionalmente competente, mediante decisão adequadamente fundamentada.

A motivação desempenha relevante função, consubstanciando-se em verdadeira garantia³⁶ tanto no plano político³⁷ como no processual,³⁸ que assegura, principalmente, o caráter cognoscitivo das decisões judiciais, a imparcialidade do magistrado e a observância da legalidade.

É justamente a explanação dos motivos da decisão de quebra do sigilo financeiro que possibilitará o controle sobre a efetiva análise da existência de justa causa à adoção da medida, a qual deve proceder o magistrado, no caso concreto.

Portanto, a motivação não pode ser lacunosa, apenas referindo-se ao dispositivo de lei que possibilita a quebra do sigilo. Assim acentua Miguel Reale Júnior: “A fundamentação não significa dar apenas razões em função das quais se impõe a quebra da inviolabilidade, mas sim justificar, concretamente, a legitimidade desta violação excepcional, diante de elementos efetivos sinalizadores da ocorrência de fato determinado, a ser apurado, necessariamente, por meio do acesso aos dados bancários”.

Além disso, no procedimento em que se adota a medida deve ser assegurado o exercício da ampla defesa, o que impede, em absoluto, a extensão

(36) Luigi Ferrajoli caracteriza a motivação como garantia de segundo grau, ou garantia das garantias, porque assegura a efetivação das demais garantias processuais integrantes do devido processo legal (*Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 4. ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez et alli, Madrid, Trotta, 2000, p. 622).

(37) Consoante assevera Antonio Magalhães Gomes Filho, “nos regimes democráticos a legitimação dos membros do Judiciário – que não resulta da forma de investidura no cargo – só pode derivar do modo pelo qual é exercida a sua função. (...) Como uma espécie de prestação de contas desse modo de atuar, a motivação das decisões judiciais adquire uma conotação que transcende o âmbito próprio do processo para situar-se, portanto, no plano mais elevado da política, caracterizando-se como o instrumento mais adequado ao controle sobre a forma pela qual se exerce a função jurisdicional” (*Processo e garantias: motivação das decisões penais*, Tese (Titularidade em Direito Processual Penal), São Paulo, Universidade de São Paulo, 2000, p. 79).

(38) Neste âmbito, ensina Magalhães Gomes Filho, a motivação atende a “certas necessidades de racionalização e eficiência da atividade jurisdicional” (*Processo e garantias...*, p. 96).

(39) *A inconstitucionalidade da quebra...*, p. 254.

dos efeitos do sigilo dos autos ao investigado e a seu defensor, já que a informação sobre o resultado da quebra do sigilo financeiro, com acesso a todos os documentos anexados, é requisito indispensável à elaboração da estratégia defensiva.

Certo é que a publicidade da persecução penal em que houve a quebra do sigilo será restrita, para a proteção da intimidade do titular das informações financeiras transferidas, conforme determina a própria Constituição, por força de seu art. 5º, LX. No entanto, é inaceitável que uma norma elaborada para a tutela dos direitos da parte envolvida no processo seja utilizada para prejudicá-la, impossibilitando a sua defesa.

A publicidade dos atos processuais atende a duas finalidades: possibilita a ampla defesa e serve à transparência da justiça. Para que seja ampla ou geral, ela deve possibilitar acessibilidade aos autos e às audiências a todos os jurisdicionados. Apresenta-se restrita, entretanto, nas situações em que a tutela do interesse público ou do direito à intimidade exigirem sigilo, caso em que este acesso é permitido somente às partes e seus advogados, sem o que se inviabiliza o desenvolvimento de um procedimento concordante com as regras do devido processo legal.

3.5.1 O critério da proporcionalidade na restrição de direitos fundamentais

Sem prejuízo das garantias processuais formais que integram a cláusula do devido processo legal, consoante a evolução de sua abrangência,⁴⁰ hodiernamente, esta ostenta também acepção substancial.⁴¹

⁽⁴⁰⁾ Para a evolução histórica da cláusula do devido processo legal – apontando como seu primeiro antecedente, na Inglaterra, o art. 39 da Carta Magna de 1215 e o Estatuto de Eduardo III, de 1354, que já traz em seu texto a expressão *due process of law* –, Ada Pellegrini Grinover, *A garantia constitucional do direito de ação e sua relevância no processo civil*, São Paulo, RT, 1972, p. 25. V., também, Paulo Fernando Silveira, que assinala a origem da garantia já nos reinados de Henrique I e II (1100-1135 e 1154-1189, respectivamente), mas reconhece que sua positivação jurídica ocorreu somente com a edição da Magna Carta (*Devido processo legal: due process of law*, 3. ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 235 e 417).

⁽⁴¹⁾ Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci explanam que a cláusula do devido processo legal impõe, conjuntamente, a elaboração regular da lei, que deve ser razoável, justa e constitucional (*substantive due process of law*), a aplicação judi-

O *substantive due process of law* teve berço nos Estados Unidos da América, na segunda metade do século XIX, quando os tribunais, seguidos pela Suprema Corte, passaram a proceder à análise de conteúdo das leis, em relação aos pressupostos de justiça e razoabilidade, norteadores da função legislativa, sempre de olhos postos nas liberdades fundamentais garantidas pela Constituição.⁴²

Destarte, compõe a essência da cláusula do devido processo legal a necessidade de controle sobre o poder governamental de limitação dos direitos fundamentais.⁴³

A assunção deste papel pelo Poder Judiciário transforma-o em verdadeiro poder político, incumbido das relevantes tarefas de interpretação dos valores constitucionais, preservação da democracia republicana e garantia dos direitos fundamentais.

Para a efetivação deste controle, desenvolveu-se um critério a ser obedecido pelo legislador infraconstitucional quando da edição de leis restritivas da liberdade, da propriedade e de todos os direitos fundamentais que se afigurem como seus desdobramentos, denominado critério da proporcionalidade.⁴⁴

cial da lei através do processo (*judicial process*) e a assecuração, no processo, da paridade de armas entre as partes (*Constituição de 1988 e processo*, p. 15-16).

⁽⁴²⁾ Paulo Fernando Silveira desenvolve um completo estudo sobre a origem do devido processo legal substantivo nos Estados Unidos da América, referindo-se a julgamento do Tribunal de Nova Iorque, NY v. Wynehamer, de 1856, e ao voto do Chief Justice Taney, no julgamento da Suprema Corte americana, Dred Scott v. Sandford, de 1857 (*Devido processo legal*, p. 417-419).

⁽⁴³⁾ Conforme já reconheceu a Excelsa Corte brasileira, no seguinte voto do Min. Celso de Mello, “revela-se de inteira pertinência a invocação doutrinária da cláusula do *substantive due process of law* – já consagrada e reconhecida, em diversas decisões proferidas por este Supremo Tribunal Federal, como instrumento de expressiva limitação constitucional ao próprio poder do Estado –, para efeito de submeter o processo de *disclosure* às exigências de seriedade e razoabilidade”. Novamente, MS 21.729-4-DF (DJ 19.10.2001).

⁽⁴⁴⁾ Conforme Suzana de Toledo Barros, o postulado da proporcionalidade, denominado alhures como princípio da razoabilidade (Estados Unidos), ou princípio da proibição de excesso (Alemanha), surge das teorias jusnaturalistas de controle do excesso de poder. Seu desenvolvimento deu-se primeiramente na doutrina administrativista francesa e alemã, permeando, posteriormente, todos os ramos do Direito (*O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Editora, 2000, p. 35).

Trata-se de regra imanente de nosso texto constitucional, cuja sede pode ser extraída da própria natureza do Estado Democrático de Direito,⁴⁵ do conteúdo dos direitos fundamentais, e – nomeadamente – do princípio do devido processo legal.⁴⁶

O critério da proporcionalidade coloca-se a serviço da efetivação da justiça material no caso concreto, dirigindo-se, num primeiro plano, ao legislador, na elaboração das hipóteses legais abstratas de restrição de direitos fundamentais, e – posteriormente – ao magistrado, na aplicação da lei aos fatos que constituem o objeto da demanda judicial.

É imprescindível à satisfação da regra de convivência harmônica dos princípios constitucionais, a qual, sempre que possível, deve prevalecer na solução aos aparentes conflitos exibidos nas causas penais e extrapenais. Assim, o critério representa instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, cuja restrição deve obedecer ao princípio da reserva legal proporcional.⁴⁷

⁽⁴⁵⁾ Neste sentido, Ribeiro Lopes: “o princípio da proporcionalidade é uma exigência substancial do Estado de Direito no sentido de exercício moderado de seu poder”. E, ainda, “o Estado de Direito pressupõe a defesa de direitos humanos e aí é possível dizer que o princípio da proporcionalidade está indissolavelmente ligado à vigência formal e material de um Estado de Direito” (O princípio da proporcionalidade no direito penal econômico. In: Roberto Podval (org.), *Temas de direito penal econômico*, São Paulo, RT, 2000, p. 281 e 304). Posição convergente é esboçada por Nelson Nery Junior, que traz apoio da doutrina alemã (Proibição da prova ilícita – novas tendências do direito (CF, art. 5.º, LVI). In: Alexandre de Moraes (org.), *Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos*, São Paulo, Atlas, 1999, p. 235).

⁽⁴⁶⁾ Consoante o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, respaldado na jurisprudência do STF, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 68-83. No mesmo sentido, Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade*..., p. 17.

⁽⁴⁷⁾ Assim acentua Gilmar Ferreira Mendes: “A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (*reserva legal*), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utili-

A sua aplicação consiste na ponderação dos interesses que aparentemente se contrapõem, com a finalidade de determinar qual deve prevalecer no caso concreto.

Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano⁴⁸ foi quem, com maior completude, estruturou o sistema de aplicação do critério da proporcionalidade no processo penal, estudando todas as garantias que devem estar presentes para a sua efetivação.

O autor analisa os pressupostos para a admissibilidade das medidas restritivas e os seus requisitos extrínsecos e intrínsecos, dentro da perspectiva da proporcionalidade.

Como pressupostos apresentam-se a legalidade e a justificação teleológica.

A exigência de anterior previsão legal que expressamente autorize a restrição de direito fundamental é característica inerente ao Estado de Direito, cujo traço essencial é a sujeição do exercício de poder à norma formal e materialmente constitucional. O dispositivo legal deve trazer situações claras, facilmente inteligíveis ao intérprete e mesmo ao leigo, e – da melhor forma possível – precisas, ou, ao menos, precisáveis de acordo com critérios predeterminados pelo ordenamento. Neste contexto, não há lugar para interpretações extensivas no sentido de ampliação das investidas estatais contra os direitos subjetivos garantidos.

Por outro lado, consoante o pressuposto material de justificação teleológica, a restrição dos direitos fundamentais deve servir a legítimos interesses do Poder Público, refletores da concretização dos altos valores da comunidade, ou seja, daqueles eleitos pelo constituinte. Ferramenta deste juízo é a tábua de valores disposta na Constituição, valores estes que devem permear todo o desenvolvimento da vida em sociedade, na qual o Estado insere-se apenas como um instrumento, e não como um fim em si mesmo.

Os requisitos extrínsecos, por seu turno, são a judicialidade e a motivação.

zados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)” (*Direitos fundamentais*..., p. 39).

⁽⁴⁸⁾ Na obra *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990.

DNA - ... cada shais mad
... abarcad

O primeiro, de caráter subjetivo, ou seja, relativo ao sujeito atuante do critério da proporcionalidade, deriva da competência constitucionalmente definida dos órgãos judiciais para a garantia dos direitos fundamentais, o que implica na conclusão de que alguns direitos subjetivos especialmente tutelados pelo ordenamento jurídico apenas podem sofrer restrição mediante prévia autorização fundamentada do juiz competente.⁴⁹

Já a motivação representa condição de validade da própria atividade jurisdicional, o que expressa com forte clareza o art. 93, IX, da Constituição da República de 1988, que impõe a sanção de nulidade a todas as decisões judiciais carentes de fundamentação.

Por fim, no campo dos requisitos intrínsecos, os quais constituem propriamente o mérito da proporcionalidade, aparecem a *idoneidade*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*.

A idoneidade ou adequação encaminha à indagação de se o meio escolhido é apto à obtenção do resultado pretendido, o qual deve apresentar-se evidente para a obediência do pressuposto da justificação teleológica acima aludido. Trata-se da adequação dos meios aos fins.

A análise acerca da idoneidade da quebra do sigilo financeiro será feita no momento do juízo de pertinência da prova documental que se pretende obter em relação aos fatos investigados.

O requisito de necessidade, de outra parte, exige que a medida restritiva ostente caráter indispensável à proteção do relevante interesse social que demanda a sua efetivação. Portanto, havendo medida menos gravosa ao direito restringido, que se apresente igualmente apta à obtenção dos mesmos resultados, não há que se cogitar da aplicação daquela que onere mais agressivamente o livre exercício dos direitos fundamentais.

A medida de coação processual nasce, portanto, enquanto instrumento subsidiário da persecução penal, cujo cabimento depende do prévio esgotamento dos ordinários meios de prova que se apresentem como menos gravosos.

⁴⁹ Gonzalez-Cuellar Serrano explica que esse requisito se impõe porque a intervenção judicial é a única que oferece as garantias de imparcialidade, independência e regularidade procedimental, tendo a Sentença 199/1987, do Tribunal Constitucional Espanhol, reconhecido que a garantia de judicialidade compõe o conteúdo essencial dos direitos fundamentais que protege (*Proporcionalidad y derechos fundamentales...* p. 111). Este tópico será tratado com a extensão adequada no capítulo seguinte.

Na jurisprudência brasileira, enfileiram-se diversos arestos que salientam este específico aspecto indicativo da razoabilidade da quebra de sigilo financeiro no caso concreto.⁵⁰

Por fim, a verificação da proporcionalidade em sentido estrito consiste na sede própria do sopesamento de valores. Tem lugar a ponderação sobre a precedência dos interesses em conflito, decidindo-se qual deve prevalecer e qual merece parcial sacrifício.

Desta feita, depreende-se que a decretação da quebra de sigilo não pode converter-se em mecanismo de indiscriminada e automática devassa da esfera íntima conservada pelo sigilo financeiro. A valoração acerca da proporcionalidade da medida deve ser feita caso a caso, em cada requerimento, no qual deve vir demonstrada.

Outro não é o comando dos Tratados do Direito Internacional dos Direitos Humanos quando exigem o requisito de necessidade para a limitação do direito à intimidade, o que sobressai no art. 8.º da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem — *in verbis*: “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. Não pode haver ingerência de autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja *necessária* para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros” (g. n.).

No mesmo sentido, já assentou entendimento a Excelsa Corte brasileira, entendo que “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 que justifiquem, a partir de um critério essencialmente apoiado na prevalência do interesse público, a necessidade da revelação dos dados pertinentes às operações financeiras ativas e passivas resultantes da atividade desenvolvida pelas instituições bancárias”.⁵¹

⁵⁰ Assevera-se que “referida medida, por sua excepcionalidade, só deve ser admitida em último caso, quando não for possível, pelos meios investigatórios ordinários, chegar-se à elucidação dos fatos investigados (princípio da razoabilidade)” (TRF 4.ª Reg. — MS 1999.01.043640-2-SC — 2000). Outrossim, TACRIM/SP — MS 313.548-2 — 1998; TRF 3.ª Reg. — Ag 97.03.014928-6-SP; TRF 4.ª Reg. — Cor. Parc. 1999.01.047169-4-RS — 1999, dentre outros colacionados por Maurício Zanoide de Moraes, *Sigilo financeiro...* p. 3.003-3.005.

⁵¹ MS 21.729-4-DF, de 05.10.1995 (DJ 19.10.2001), voto do Min. Celso de Mello.

Outra não é a escoreita solução em um Estado Constitucional e Democrático de Direito; cuja Carta Política inauguradora erigiu coeso sistema de direitos e garantias fundamentais.

3.5.2 A teoria alemã dos "limites dos limites" na restrição dos direitos fundamentais

Consoante a teoria alemã dos "limites dos limites", na análise substancial das leis restritivas de direitos fundamentais, o intérprete guia-se por um feixe de elementos que, uma vez obedecidos com completude, assinalam a constitucionalidade da limitação ao gozo das liberdades públicas eleita pelo legislador.

O primeiro deles é o critério de proporcionalidade acima examinado, seguido pela generalidade da norma – em respeito ao princípio constitucional da isonomia, que veda discriminações arbitrárias –, pela clareza e determinação do comando normativo, de modo a tornar facilmente cognoscíveis os propósitos e os contornos da intenção legislativa e, por fim, pelo princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, segundo o qual os direitos garantidos constitucionalmente possuem uma extensão mínima sobre a ordem jurídica, um raio de produção de efeitos, inamovível mesmo pelo poder constituinte reformador, cuja transposição significaria a própria extinção do direito.⁵²

A teoria encontra respaldo na expressa disposição do art. 18.º da Constituição portuguesa, que ostenta a rubrica *força jurídica*: "2. a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; 3. as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais".

Da mesma forma, o art. 19 da Constituição alemã, intitulado "Restrição aos direitos fundamentais; respeito à sua essência e garantia do devido processo legal", determina: "1. quando, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental for restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei será aplicada de maneira geral e não apenas para um caso particular. Além dis-

(52) Descrevem a teoria alemã dos "limites dos limites" Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais...*, p. 34; e J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 4. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 440.

so, a lei deverá especificar o direito fundamental afetado e o artigo que o prevê; 2. em hipótese nenhuma um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência".

Não há preço semelhante na Constituição brasileira. Todavia, extrai-se este sistema do efeito vinculante dos direitos fundamentais⁵³ – ditado pelo art. 5.º, § 1.º, de seu texto –, o qual confere aplicação imediata a todas as normas que os definem, significando que há uma mínima e inafastável produção de efeitos na ordem jurídica, gerada por cada direito fundamental previsto.

Sob o enfoque da teoria dos "limites dos limites" na restrição dos direitos fundamentais, as hipóteses de quebra de sigilo financeiro determinadas pela lei não podem representar a diminuição do alcance mínimo do direito à intimidade. O seu núcleo essencial atribui o caráter de excepcionalidade a esta medida de coação, merecendo rejeição os modelos nos quais o sigilo é afastado mediante critérios genéricos e indiscriminados, como aquele edificado pelo art. 5.º da LC 105/2001, que substitui a análise individualizada da justa causa à determinação da quebra pelo emprego do automatismo, operando-se a transferência periódica das informações concernentes a toda uma categoria de usuários dos serviços das instituições financeiras.⁵⁴

(53) Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais...*, p. 35.

(54) V. item 3.3.2.6.