

DIREITO PENAL EMPRESARIAL

Coordenadora

HELOISA ESTELLITA SALOMÃO

Autores

ANDREAS EISELE

ANDRÉ LUIS CALLEGARI

ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO

CLÉMERSON MERLIN CLÉVE

FELIPE AMODEO

HELOISA ESTELLITA SALOMÃO

HUGO DE BRITO MACHADO

JOSÉ CARLOS TÓRTIMA

LUIZ FLÁVIO GOMES

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA

MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES

PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES

ROGÉRIO MARCOLINI

SÉRGIO ROSENTHAL

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

SOLOM SEHN

SYLVIA HELENA DE FIGUEIREDO STEINER

DIALÉTICA

São Paulo - 2001

Crimes Fiscais e Sigilo Bancário: Pressupostos e Limites Constitucionais

CLEMERSON MERLIN CLÈVE

SOLON SEHN

1. A Importância do Estudo do Sigilo Bancário no Direito Penal Empresarial

É extremamente importante, em um estudo coletivo sobre *Direito Penal Empresarial*, a investigação do regime jurídico do sigilo bancário na Constituição Federal de 1988. Afinal, nos últimos anos, tem sido freqüente o debate acerca da possibilidade e dos limites da quebra dessa garantia constitucional no Direito brasileiro. Diversas são as propostas tendentes a flexibilizá-la. A devassa das contas correntes e operações bancárias em geral tem sido apontada, por muitos, como a solução milagrosa para os problemas da sonegação fiscal e do crime organizado no país.

Não deixa de ter razão Roberto Campos, ao lamentar que "(...) nunca se legislou tanto, tão apressadamente, nunca se invadiu tanto os direitos individuais, nunca ficou tão irremediavelmente confusa a noção de respeito às garantias jurídicas, nunca instituições antes respeitadas se tornaram instrumento de ativismo ideológico, demagogia e estrelismo. (...) Os ativistas (e, pior ainda, os bem-intencionados) tentam passar leis sobre tudo, acabando até com a moderada garantia representada pela autorização do juiz, acabando com a privacidade e com a defesa contra a eventual opressão da burocracia a serviço das autoridades de plantão a pretexto de diminuir a sonegação fiscal, a lavagem de dinheiro para a droga, e por aí fora".¹

Na mídia, por outro lado, tem se criado uma falsa idéia de que o sigilo bancário, no Brasil, seria inviolável, quando, na verdade, a Constituição permite (aliás, exige) a sua quebra nos casos em que haja indícios da prática de algum delito. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a garantia constitucional é relativa. Tem exigido, porém (e aí talvez esteja o incômodo), alguns requisitos básicos, tais como a existência de elementos mínimos de

¹ *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 29.

prova da autoria e da materialidade, capazes de fazer emergir uma fundada suspeita sobre a pessoa investigada, assim como a demonstração da pertinência entre aquilo que se pretende esclarecer, as informações bancárias e o objeto das investigações em curso.

Na verdade, como ressaltou Arnold Wald, "(...) na maioria dos casos, as críticas feitas ao sigilo bancário têm sido de caráter demagógico, pois, em todas as legislações, já há atualmente mecanismos adequados para evitar que o sistema bancário seja utilizado para praticar fraudes. Efetivamente já se verificou que, quando se quer realmente combater as fraudes, não é o sigilo bancário um obstáculo real, de tal modo que, mesmo nos países nos quais o sigilo é considerado condição de sobrevivência da economia local, como ocorre na Suíça, onde a matéria chegou a ser objeto de plebiscito, é possível bloquear recursos tanto de ex-chefes de Estado e de Ministros como de traficantes de droga".²

Por isso, ao contrário do que se verifica atualmente, salvo raras exceções, o estudo desse importante tema de Direito Constitucional não deve ser conduzido, como observou Miguel Reale, "pela desmedida paixão da 'verdade tributária a qualquer custo', fruto de uma generalizada presunção de má-fé".³ O ponto de partida, sempre, deverá ser o texto constitucional vigente: a Constituição da República Federativa do Brasil, atual, individual e concretamente considerada.⁴

2. O Sentido da Tutela Constitucional do Sigilo Bancário

A mais antiga referência ao sigilo bancário, segundo Nelson Abrão, pode ser encontrada no Código de Hamurabi, da Babilônia. No Direito Romano, o livro secreto do banqueiro somente poderia ser exigido em juízo, nos litígios envolvendo o próprio cliente.⁵ Por outro lado, no Direito pátrio, esse dever de sigilo remonta ao Alvará de 16 de dezembro de 1756, do Reino Português.⁶

² O sigilo bancário no projeto de lei complementar nº 70. In: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: RT, nº 1, pp. 196-197.

³ REALE, Miguel. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 127.

⁴ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Sel. e Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 4.

⁵ ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. São Paulo: Saraiva, 200, p. 52.

⁶ VIDIGAL, Geraldo. *O sigilo bancário e o fisco*. IBCB. *Apud TÁCITO*. Cato. Sigilo bancário. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar-FGV, nº 188, p. 376.

O sigilo bancário, no início, era identificado como um dever acessório à boa-fé contratual. Porém, aos poucos, logo se percebeu que se tratava de um mecanismo fundamental na tutela da confiança nas instituições de crédito, indispensável ao próprio funcionamento da atividade bancária. O êxito de um empreendimento dessa natureza estava diretamente ligado, numa relação de dependência, à reputação de discrição de seus dirigentes.⁷

Como destaca Arnold Wald, "a doutrina lembra que, historicamente, o sigilo bancário tornou-se uma condição *sine qua non* da própria existência dos bancos e do exercício de suas funções, sendo uma instituição secular que criou, inicialmente um direito costumeiro, mas profundamente integrado na sociedade civil, um verdadeiro direito adquirido, para o cliente (*Wohlerworbenes Recht*), como, lembram os autores alemães, sendo sua existência indispensável para a manutenção e o desenvolvimento do sistema bancário. Chegou-se até a afirmar que o sigilo bancário constitui 'as pilstras do crédito e a garantia de uma economia sadia'".⁸

Paralelamente, notou-se também que o sigilo bancário representava um importante papel na proteção da intimidade e da vida privada da clientela. Relevância, esta, que se tornou cada vez mais crescente, com o desenvolvimento dessa atividade comercial. O dever de sigilo que, num primeiro momento, garantia uma certa discrição apenas quanto à disponibilidade de capitais e bens materiais de uns poucos, com a popularização da atividade bancária e a intensificação das operações dessa natureza, também passou a garantir a inviolabilidade de praticamente toda vida privada e dos negócios jurídicos dos correntistas.⁹

Na sociedade de consumo contemporânea, os dados dos cartões de crédito e dos extratos bancários podem revelar informações das mais constrangedoras, tais como as lojas, hotéis e restaurantes frequentados, o tipo de roupas, as viagens realizadas, a opção sexual,

⁷ CORDEIRO, Antônio Meneses. *Direito bancário*: relatório. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 147-149.

⁸ WALD, op. cit., p. 199.

⁹ CORDEIRO, op. cit., p. 153. BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 384 e ss. TÁCITO, op. cit., p. 376 e ss. SOUZA, Hamilton Dias de. *Sigilo bancário e o direito à liberdade*. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, nº 30, pp. 139 e ss.

a religião, enfim, informações estritamente pessoais e absolutamente excluídas do domínio público. Não é por outra razão, aliás, que, segundo Celso Bastos, "hoje, praticamente, a vida do homem pode ser escrita a partir de seu talão de cheques e, nas sociedades mais avançadas, dos cartões de crédito e magnéticos".¹⁰

O sigilo bancário, portanto, constitui uma modalidade de sigilo profissional da mais alta relevância, não só em razão de sua importância para o êxito da atividade bancária, mas, principalmente, porque garante a inviolabilidade de uma parcela significativa da intimidade e da vida privada dos correntistas. É precisamente em razão disso que não há como lhe negar *status de direito fundamental*, ainda mais num sistema jurídico em que a Constituição expressamente garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada (art. 5º, X) e do sigilo profissional (art. 5º, XIV).

Ademais, não bastassem os incisos X e XIV, a Constituição, em preceito bastante polêmico, dispõe que "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".

Muito se tem discutido acerca do alcance da expressão "no último caso". A doutrina não é pacífica. Todavia, parece ter razão a corrente segundo a qual a exceção compreenderia o sigilo "de dados e das comunicações telefônicas". O texto procurou tratar da matéria em dois blocos: o primeiro referente ao "sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas" e o segundo, ao sigilo "de dados e das comunicações telefônicas", separando-os mediante vírgula.¹¹ Caso pretendesse excepcionar apenas as comunicações telefônicas, a redação do inciso teria sido outra: *é inviolável o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo último caso...*

De qualquer modo, a interpretação do preceito jamais poderá ficar adstrita à mera exegese gramatical. O inciso XII, do art. 5º, da Constituição Federal, não oferece tutela a toda e qualquer espécie de

¹⁰ BASTOS, *op. cit.*, p. 386.

¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, nº 1, pp. 81-82.

dados. Um "dado" nada mais é do que uma informação representativa de um fato. Por isso, a Constituição não pretendeu tutelar o "dado" em si, mas sim o fato do mundo real a que este se refere ou representa. Portanto, somente os fatos que em razão de algum outro preceito constitucional ou que digam respeito a um direito fundamental encontram amparo no referido sigilo. Não fosse assim, até mesmo os dados de interesse coletivo ou geral seriam invioláveis, e o inciso XXXIII, do art. 5º, segundo o qual todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, perderia completamente o sentido.

Por outro lado, ao contrário do que se tem entendido, o sigilo de dados parece não se restringir à proteção da ação comunicativa, sem alcançar os dados comunicados. Não faria sentido proteger a ação comunicativa e negar tutela ao dado comunicado, quando, na verdade, este constitui a razão de ser do próprio preceito. Trata-se de uma interpretação que, além de diferenciar algo que, no texto constitucional, encontra-se disciplinado de maneira uniforme, diminui o âmbito da proteção constitucional, desautorizadamente. Afinal, onde a Constituição não diferencia, não é dado ao intérprete fazê-lo, sobretudo quando de tal tarefa resulte uma interpretação mais restritiva aos direitos fundamentais.

Ademais, como tem ensinado Carlos Maximiliano, "a Constituição não destrói a si própria. Em outros termos, o poder que ela confere com a mão direita, não retira, em seguida, com a esquerda. Conclui-se deste postulado não poder a garantia individual, a competência, a faculdade ou a proibição, encerrada num dispositivo, ser anulada praticamente por outro; não procede a exegese incompatível com o espírito do estatuto, nem com a índole do regime".¹²

Pela mesma razão, também não faz sentido limitar o alcance da tutela constitucional aos dados informatizados. Note-se, como ressaltou Miguel Reale, "para prevenir interpretações maliciosas, que o texto constitucional se refere a *dados* de maneira autônoma, ou seja, a *dados de qualquer espécie*, e não apenas a dados de comunicação telefônicas ou telegráficas...".¹³

¹² *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, pp. 133-134.

¹³ REALE, *op. cit.*, p. 124.

Desse modo, pode-se dizer que é perfeitamente admissível no texto constitucional vigente a quebra do sigilo bancário; sempre, porém, com autorização judicial, para fins probatórios em investigação criminal ou instrução processual penal. Além disso, como se trata de um direito fundamental, exige-se a observância do princípio do devido processo legal em sentido formal e material, sob pena de inconstitucionalidade, o que se aplica tanto às restrições operadas pelo legislador, quanto àquelas decorrentes da ponderação de princípios em colisão nos casos concretos, como, aliás, vem decidindo reiteradamente o Supremo Tribunal Federal.

3. Limitações Decorrentes do Princípio da Proibição de Excesso

O estudo do princípio da proibição de excesso, também conhecido como "princípio da proporcionalidade", "da razoabilidade", "da avaliação de interesses", entre outras denominações, é bastante intrincado. A doutrina costuma apontar duas origens para o seu desenvolvimento: uma no direito constitucional norte-americano e outra no direito constitucional europeu continental, sobretudo, o alemão. Todavia, em ambos, apesar de certas peculiaridades, o princípio acabou tendo uma configuração bastante semelhante, o que talvez seja decorrente de uma influência mútua entre os sistemas.¹⁴

No Direito Alemão, entende-se que, por imposição do princípio da proporcionalidade, as restrições aos direitos fundamentais devem observar os seguintes postulados: (i) princípio da conformidade ou da adequação dos meios; (ii) princípio da exigibilidade ou da necessidade; (iii) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro tem por finalidade controlar a *relação de adequação medida-fim*, ou seja, se o meio empregado pela lei ou pelo ato do poder público é adequado ou apto ao alcance do fim por ele objetivado. O segundo subprincípio, o da exigibilidade ou da necessidade, conhecido, também, como princípio da *menor ingerência possível*, visa preservar os direitos dos cidadãos impondo que a intervenção não exceda os limites necessários ao fim que objetiva. A exigência, no caso, desdobra-se nos postulados da *necessidade material* (o

meio deve ser o que menos prejudique os direitos fundamentais), *exigibilidade espacial* (a abrangência da intervenção deve ser limitada), *exigibilidade temporal* (o tempo de intervenção, também, deve ser limitado) e *exigibilidade pessoal* (a intervenção deve se limitar à pessoa ou às pessoas à que se dirigem e que terão seus interesses prejudicados).¹⁵

Dentro desse critério, segundo Canotilho, não se deve discutir a *necessidade absoluta* (a necessidade da adoção da medida), mas sim, a *necessidade relativa*, "ou seja, como é que o legislador poderia ter adotado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos".¹⁶ Por outro lado, o terceiro critério (proporcionalidade em sentido estrito) impõe a análise da relação *custo-benefício* da medida, ou seja, verificar se "o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à 'carga coactiva' da mesma".¹⁷ Trata-se de "uma

¹⁵ Sobre o tema, já são muitas as obras em língua portuguesa ou espanhola. Cfr.: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. CANAS, Vitalino. O princípio da proibição do excesso na constituição: arqueologia e aplicações. In: MIRANDA, Jorge (Org). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976*, v. 1. Coimbra: Coimbra, s. d.. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1991. VITAL MOREIRA. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1989. COMELLA, Victor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. DANTAS, Santiago. Igualdade perante a lei e due process of law (Contribuição ao estudo da limitação constitucional do poder legislativo). *Revista Forense*, 116:357, abril/1948. DWORCKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Fabris, 1996. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da interpretação especificamente constitucional. In: *Revista de Informação Legislativa*. Ano 32, nº 128, outubro/dezembro de 1995. LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes: el "devido proceso" como garantía inominada en la Constitución Argentina*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

¹⁶ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 383.

¹⁷ *Ibid.*, *idem*.

¹⁴ Sobre as origens do princípio em questão, cfr. BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 367 e ss.

questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim".¹⁸

Exigências semelhantes decorrem do princípio da razoabilidade do direito constitucional norte-americano. Com efeito, muito embora os juízes daquele país tenham buscado evitar uma definição que encerrasse possíveis variações, preferindo preservá-lo como uma garantia genérica de liberdade individual, o princípio da razoabilidade ou do devido processo legal em sentido material tem sido interpretado segundo a chamada regra do equilíbrio conveniente (*balance of convenience rule*). Em razão disso, tem-se exigido o equilíbrio entre as vantagens sociais do ato estatal restritivo de direitos fundamentais e os encargos dele resultantes, assim como a adequação entre o meio empregado e a finalidade pretendida. Ao mesmo tempo, o ato deve revelar-se adequado aos princípios filosóficos, políticos, sociais e religiosos da vida em sociedade e do povo dos Estados Unidos da América.¹⁹

Como *standard* destinado à tutela da liberdade, são quase infinitas as hipóteses de sua aplicação. Em algumas matérias, no entanto, a Jurisprudência norte-americana vem se pacificando. Em se tratando de poder de polícia, por exemplo, Francisco Linares observa que "ese poder, para ser razonable y como tal válido: a) debe ejercerse con un interes público; b) el objeto de la legislación debe ser lícito; c) no debe destruir los derechos fundamentales del individuo ('reglamentar no es destruir'); d) la finalidad de la ley debe ser sincera y no oculta (legislación indirecta)".²⁰

O certo é que tanto o princípio da razoabilidade ou do devido processo legal em sentido material, de matriz norte-americana, quanto o princípio da proporcionalidade, de origem continental, impõem limites comuns às medidas restritivas dos direitos fundamentais. Em ambos, a validade de tais restrições é dependente da análise de sua *adequação lógica, necessidade e proporcionalidade*.

Pois bem, fixadas as premissas, resta claro que quebra do sigilo bancário, enquanto medida restritiva de um direito fundamental, somente poderá ser deferida caso reste demonstrada a presença dos requisitos de limitação do excesso. Portanto, primeiramente, é preciso avaliar em que medida a quebra do sigilo bancário será apta ao

¹⁸ *Ibid.*, p. 384.

¹⁹ LINARES, *op. cit.*, pp. 26 e ss.

²⁰ *Ibid.*, p. 39.

atingimento do fim pretendido (*adequação meio-fim*), ou se o resultado da restrição é proporcional a sua carga coativa (*proporcionalidade em sentido estrito*). Por fim, a medida somente deverá ser empregada em situações-limites, como *ultima ratio* no procedimento investigatório (*exigibilidade ou necessidade*). O princípio da proporcionalidade impede sua ordinarização. O sigilo continua sendo a regra.²¹

Como ressaltou Paulo Bonavides, por imposição do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, "de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão".²² Afinal, se o que justifica a restrição é a existência de um direito fundamental colidente (e igualmente relevante), desde que se trate de uma medida igualmente eficaz, aquele que sofre a restrição tem direito à menor desvantagem possível.

Ao mesmo tempo, em se tratando de restrições legais ao sigilo bancário, por imposição do princípio da menor ingerência possível, deve-se verificar não só a possibilidade de uma restrição menos gravosa e igualmente eficaz, como também (e principalmente) se o ordenamento jurídico já não possui um meio com tais características.

No Estado de Direito, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, "ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público", porque "o *plus*, o excesso acaso existente não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual".²³

Porém, não basta a observância do princípio da proibição de excesso. A Constituição exige mais; exige o respeito ao princípio do devido processo legal em sentido formal.

4. A Necessária Observância do Princípio do Devido Processo Legal

A Constituição estabelece que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* (art. 5º, LIV). Além

²¹ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 383.

²² BONAVIDES, *op. cit.*, p. 361.

²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 68.

disso, garante a todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV). Sendo assim, para a quebra do sigilo bancário, é requisito imprescindível a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Do contrário, as provas obtidas e as diligências realizadas serão nulas de pleno direito. Como ressaltou Miguel Reale:

“Não nos deixemos, portanto, levar pela desmedida paixão da ‘verdade tributária a qualquer custo’, fruto de uma generalizada presunção de má-fé, quanto até aos acusados dos crimes mais hediondos se asseguram os usuais instrumentos de prévia defesa, obedecendo-se às salvaguardas constitucionais do devido processo legal e do contraditório. Dir-se-á que, em se tratando de mero pedido de informação ou de simples requisição de documentos, o *due process of law* (em boa hora recebido pelo Direito Constitucional pátrio) seja dispensável.

Em primeiro lugar, o mandamento da Lei Maior não contempla essa exceção, aliás absurda, porquanto o que se deve levar em conta é o possível conteúdo da informação e da requisição, que podem até envolver direitos personalíssimos.”²⁴

Pode-se dizer, inclusive, que, em razão do princípio da presunção de inocência e do impacto negativo que a quebra do sigilo bancário produz na imagem do investigado, somente em circunstâncias excepcionais a providência deve ser deferida *in alidita altera pars*. Os valores envolvidos não autorizam decisões precipitadas. Não se pode presumir que todos os indiciados sejam culpados e, por tal razão, não teriam interesse em colaborar. Antes de presumir, deve-se constatar (e provar) o desinteresse em cooperar no esclarecimento dos fatos, pois ninguém é culpado, ninguém é infrator, sem que antes reste demonstrado, efetivamente, o contrário.

Na verdade, conhecendo-se o impacto negativo, na sociedade e na opinião pública, que a notícia da quebra do sigilo bancário exerce sobre a honra de uma pessoa, deve-se presumir, até constatação (efetiva) em contrário, que os envolvidos terão interesse em fornecer espontaneamente as informações fiscais e bancárias solicitadas. Não se

²⁴ REALE, *op. cit.*, p. 127.

sabe como, mas, sobretudo nos casos de maior impacto social, a imprensa sempre é a primeira a saber da quebra do sigilo, antes mesmo do próprio investigado.

Trata-se, como ressaltou Nelson Abrão, de “uma modalidade que ganhou espaço e teve conotação adjetivada pela quebra do sigilo em segundo grau, ou simplesmente a quebra da quebra, ou seja, quando uma comissão processante ou determinada autoridade administrativa consegue junto à instituição financeira o dado solicitado, ato contínuo divulga à imprensa aquele aspecto, expondo pessoas e pondo em risco toda a efetividade da aplicação legal”.²⁵

Infelizmente, têm sido cada vez mais frequentes decisões baseadas na falsa (e também inconstitucional) presunção de que dificilmente seria possível contar com a colaboração dos investigados ou de que estes não seriam obrigados a fornecer provas documentais que possam incriminá-los, ou mesmo argumentos no sentido de que não se pode oportunizar aos investigados a ciência e manifestação prévia acerca do pedido, pois estes poderiam alterar os fatos e prejudicar as investigações. Nada mais infundado! Ora, a menos que se insista a possibilidade de investigação de crimes e fatos futuros, a hipótese é evidentemente impossível. Afinal, como os fatos supostamente ilícitos sempre ocorrem antes da investigação, a quebra do sigilo bancário serve apenas para demonstrar fatos passados. Logo, os extratos bancários que teriam alguma utilidade nesse mister seriam os daquele período, que, por sua vez, não podem mais ser modificados ou alterados pelo indiciado.

Por outro lado, considerando que a Constituição autoriza apenas a quebra do sigilo para fins probatórios em investigação ou processo criminal é possível elencar um segundo grupo de requisitos. Como ocorre, aliás, com qualquer espécie de prova, aquele que a requer deve comprovar que o fato cuja demonstração depende da quebra do sigilo é *pertinente* (diz respeito à causa), *relevante* (pode influir na decisão), *controverso* (não tenha sido confessado ou admitido por ambas as partes), *possível* (o impossível não precisa ser provado, mas o improvável, sim), *não-notório* (não seja do conhecimento de todos) ou *descoberto de presunção legal de existência ou veracidade*.²⁶

²⁵ ABRÃO, *op. cit.*, p. 72.

²⁶ A respeito dos requisitos da prova, cfr. CINTRA, A. C. de Araújo, *et alii*. *Teoria geral do processo*. São Paulo, 1997, pp. 355-356.

Por fim, à luz do art. 93, IX, convém lembrar que a decisão precisa ser fundamentada, sob pena de nulidade.²⁷ Somente diante de uma decisão adequadamente motivada é que as partes podem conhecer os fundamentos de fato e de direito com base nos quais seus direitos fundamentais são restringidos, aferindo a correlação lógica entre os eventos e situações de fato dadas por existentes e os dispositivos legais pertinentes, pleiteando, se for o caso, a reforma da decisão através do recurso cabível.

Moacyr Amaral Santos, citado em artigo de Miguel Reale intitulado "A motivação, requisito essencial da sentença", ensina que a fundamentação das decisões judiciais é *ato de ordem pública*:

"Traduz-se a sentença num *ato de justiça*, da qual devem ser convencidas não somente as partes, como também a opinião pública. Portanto, aquelas e esta precisam conhecer dos *motivos* da decisão, sem os quais não terão elementos para convencer-se do seu acerto. Nesse sentido diz-se que a motivação da sentença redunha de exigência de ordem pública."²⁸

Motivar, segundo Miguel Reale, "significa antes a *enunciação dos fundamentos* em que se baseia a decisão, constituindo, desse modo, um *ato transpessoal que emerge do vivo cotejo das questões de fato e de direito*. (...) É somente assim que se alcança o momento final *decisório*, aparentemente simples ato de vontade, mas, na realidade, um ato que representa o momento culminante de um processo de conhecimento e de aferição valorativa, a um só tempo epistemológica e axiológica, no qual o 'querer' do magistrado se identifica com os ditames da lei".²⁹

²⁷ Como lembra Celso Antônio Bandeira de Mello, "o fundamento constitucional da obrigatoriedade de motivar está - como se esclarece de seguida - implícito tanto no art. 1º, inciso II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado, quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do 'porquê' das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só tem que se conformar às que forem ajustadas às leis." (*Op. cit.*, p. 69).

²⁸ In: *Questões de Direito Público*, *op. cit.*, p. 156.

²⁹ REALE, *op. cit.*, p. 158.

Não bastam remissões vazias à máxima da *supremacia do interesse público sobre o particular*. Embora não haja dúvidas de que o *interesse privado* cede em *face do interesse público*, este deve ser adequada e satisfatoriamente demonstrado. *Interesse público* não é uma palavra mágica que, quando invocada, tem o condão de afastar direitos e prerrogativas fundamentais, como tão bem ressaltou Geraldo Ataliba. Constituem, isto sim, conceitos jurídicos indeterminados, demonstrados no caso concreto sempre com base em provas inequívocas.

Segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sintetizada no voto do Ministro Celso de Mello, no julgamento do Agravo Regimental nº 897-5/DF:

"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 fundamentos elementos de suspeita que se apoiem em indícios idôneos, reveladores de possível autoria de prática delituosa por parte daquele que sofre a investigação penal reativada pelo Estado.

A relevância do direito ao sigilo bancário - que traduz, na concreção do seu alcance, uma das projeções realizadoras do direito à intimidade - impõe, por isso mesmo, cautela e prudência ao Poder Judiciário na determinação da ruptura da esfera de privacidade individual, que o ordenamento jurídico, em norma de salvaguarda, pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional (CF, art. 5º, X)."³⁰

5. A Quebra do Sigilo Bancário por Autoridades Administrativas e em Procedimento de Natureza Não-Penal: Considerações sobre a Lei Complementar nº 105, de 2001

A Constituição, como se sabe, é um diploma normativo fundado em bases políticas, em compromissos e conquistas de correntes de pensamento, muitas vezes, opostas. Isso faz com que, num primeiro momento, sejam vislumbradas normas constitucionais aparentemente contraditórias. Trata-se, segundo a moderna doutrina do Direito Constitucional, de *colisões de direitos fundamentais*, que

³⁰ AgRg em Inq. 897-5/DF. T. Pleno. Rel. Franciscano Rezak. In: RT nº 715:550.

decorrer de sua natureza principiológica e reclamam, para sua resolução, uma ponderação dos valores e bens constitucionais em jogo.

Ao contrário das regras, os princípios, como constatou Ronald Dworkin, não estabelecem as condições necessárias à sua aplicação, apenas enunciam uma razão direcionada, sem exigir uma decisão em particular. Muitas vezes, por outro lado, é comum que outros princípios apontem a uma direção contrária. Por isso, a aplicação de um ou de outro dependerá do peso relativo ou importância de cada um no caso concreto.³¹ Na verdade, segundo Robert Alexy, os princípios constituem mandatos de otimização, isto é, "puedem ser cumpridos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas".³²

Assim, em tese, o sigilo bancário, como direito fundamental que é, pode perfeitamente sofrer uma ponderação, a fim de evitar o sacrifício total de um direito fundamental de igual relevância. Tudo dependerá das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.³³ De qualquer modo, desde já, a texto constitucional impõe um limite: a quebra do sigilo bancário sempre será dependente de autorização judicial e, ainda assim, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII).

Será, desse modo, inconstitucional a lei que autorize a quebra do sigilo bancário pela autoridade administrativa e em procedimentos de natureza não-penal. Portanto, por mais que o princípio da unidade da Constituição imponha a ponderação dos princípios constitucionais, existem certos limites que são simplesmente intransponíveis, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.

Como ressaltou Canotilho, o princípio da concordância prática ou da harmonização, ao mesmo tempo em que impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito, não pode ser aplicado isoladamente. Igualmente relevante é o princípio da conformidade funcional, pelo qual "o órgão encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido (Ehmke)".³⁴ Portanto, é preciso reiterar: será inconstitu-

³¹ *Op. cit.*, pp. 76 e ss.

³² *Op. cit.*, p. 86.

³³ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 228.

³⁴ *Ibid.*, *idem*.

cional a norma que preveja a quebra do sigilo bancário pela autoridade administrativa e em procedimento de natureza não-penal.

Justamente por isso, são inconstitucionais os dispositivos da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, especialmente o § 4º, do art. 5º e art. 6º, que facultam à autoridade fiscal a quebra do sigilo bancário, sem prévia autorização judicial.

A Constituição Federal não permite que os dados das movimentações bancárias dos cidadãos, que, como se viu, podem revelar fatos da intimidade e da vida privada dos correntistas, sejam devassados sem a prévia autorização judicial. Tamaña é a importância do bem jurídico tutelado que não há retórica hermenêutica capaz de justificar a constitucionalidade de sua quebra por decisão da autoridade administrativa. Por mais que as autoridades fiscais tenham o dever de fiscalizar, por mais que o § 1º, do art. 145, da Constituição, faculte-lhes a identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas dos contribuintes, isso deve se dar, como inclusive já prevê o artigo, *respeitados os direitos individuais*, um dos quais é o sigilo bancário, ou melhor, o direito de cada indivíduo se opor à quebra de seu sigilo sem prévia autorização judicial.

Quanto ao art. 5º, caput, § 1º, § 2º, § 3º e § 5º, entende-se que não há qualquer inconstitucionalidade, pois a autoridade fiscal terá acesso apenas a *informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados*. Basta lembrar que a Constituição, em seu art. 5º XII, não tutela o dado em si, que é uma simples informação representativa de um fato. Tutela, isto sim, os fatos do mundo real a que este se refere, vale dizer, alcança apenas os fatos que digam respeito a um direito fundamental do correntista, como a intimidade ou a vida privada. Assim, na medida em que as informações limitam-se aos valores globais das operações, há total preservação da esfera íntima do correntista.

Pela mesma razão, entende-se que também não é inconstitucional o § 2º, do art. 11, da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, quando determina, ao dispor sobre a CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras), que *as instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestarão à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identi-*

cretos, como, aliás, vem decidindo reiteradamente o Supremo Tribunal Federal.

(iii) São inconstitucionais o § 4º, do art. 5º, e o art. 6º, da Lei Complementar nº 105, de 2001, porque permitem à autoridade fiscal a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial. Por outro lado, não há incompatibilidade com o texto constitucional o acesso aos valores globais das operações bancárias, conforme previsto no art. 5º, *caput*, § 1º § 2º, § 3º e § 5º, dessa mesma legislação complementar, e no § 2º, do art. 11, da Lei nº 9.311, de 1996.

Gestão Fraudulenta - Crime contra o Sistema Financeiro Nacional (Art. 4º da Lei 7.492/86)



FELIPE AMODEO
Advogado Criminal no Rio de Janeiro.