

REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro

125

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XLI (Nova Série)
janeiro-março/2002

 **MALHEIROS
EDITORES**

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLI — n. 125 — janeiro-março de 2002

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,

RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de

MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 3078-7205

Fax: (011) 3168-5495

Assinaturas e comercialização:

CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE

LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 289-0811

Fax: (011) 251-3756

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros

Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Composição: *scripta*

SUMÁRIO

DOCTRINA

LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE NA PRÁTICA CONTRATUAL BRASILEIRA — PERMITE-SE NO BRASIL A RACIONALIZAÇÃO DOS RISCOS DO NEGÓCIO EMPRESARIAL? — NILSON LAUTENSCHLEGER JR.	7
---	---

ATUALIDADES

AS CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO E OS LIMITES LEGAIS DOS JUROS — JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA	25
A EMPRESA: NOVO INSTITUTO JURÍDICO — JORGE LOBO	29
A RECEPÇÃO DO "DROP DOWN" NO DIREITO BRASILEIRO — HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA E ZANON DE PAULA BARROS	41
A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O NOVO CÓDIGO CIVIL — FERNANDO NETTO BOITEUX	48
O CONTRATO DE "JOINT VENTURE" NA MATÉRIA ANTITRUSTE — JOSÉ CARLOS DA SILVA NOGUEIRA	58
A PRIVACIDADE E OS SIGILOS TELEFÔNICO, PROFISSIONAL E BANCÁRIO — LEANDRO BITTENCOURT ADIERS	62
O NOVO MERCADO E AS PRÁTICAS DIFERENCIADAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA: EXAME DE LEGALIDADE FRENTE AOS PODERES DAS BOLSAS DE VALORES — EDUARDO ALFRED TALEB BOULOS E FERNANDO SZTERLING	96
RESPONSABILIDADE DOS SIGNATÁRIOS DE ACORDO DE VOTO NO REGIME DA LEI N. 10.303/01 — FELIPE DE FREITAS RAMOS	114

ESPAÇO DISCENTE

A SPE — SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO — LEONARDO GUIMARÃES	129
---	-----

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA**ACIONISTA CONTROLADOR – IMPEDIMENTO AO DIREITO DE VOTO**

— ERASMO VALLADÃO A. E NOVAES FRANÇA 139

DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

— ZANON DE PAULA BARROS 173

PARECERES**IMPUTAÇÃO DE DECLARAÇÃO FALSA (§ 3º, ART. 23 DA LEI 4.131/62)
E DA VEDAÇÃO À COMPENSAÇÃO PRIVADA DE CRÉDITOS
(ART. 10 DO DECRETO-LEI 9.025/46)**

— SÉRGIO I. ESKENAZI PERNIDJI e MÔNICA CASTRO DE MELLO BITY 185

COLABORAM NESTE NÚMERO

EDUARDO ALFRED TALEB BOULOS
Advogado em São Paulo

ERASMO VALLADÃO A. E NOVAES FRANÇA
Professor-Doutor de Direito Comercial da
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo

FELIPE DE FREITAS RAMOS
Advogado no Rio de Janeiro

FERNANDO NETTO BOITEUX
Doutor em Direito Comercial pela Univer-
sidade de São Paulo. Professor-Doutor de
Direito Comercial da Fundação Armando
Álvares Penteadó – FAAP

FERNANDO SZTERLING
Advogado em São Paulo

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA
Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo.
Professor de Direito Comercial nos Cursos
de Graduação e Pós-Graduação da USP e
da FAAP. Consultor Jurídico de Empresas

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA
Professor de Direito Comercial da PUC/RJ.
Advogado

JORGE LOBO
Livre-Docente em Direito Comercial pela
UERJ. Advogado

JOSÉ CARLOS DA SILVA NOGUEIRA
Mestre em Direito Econômico Internacio-
nal pela Universidade de San Francisco,
Califórnia. Advogado

MÔNICA CASTRO DE MELLO BITY
Advogada no Rio de Janeiro

SÉRGIO I. ESKENAZI PERNIDJI
Advogado no Rio de Janeiro

LEANDRO BITTENCOURT ADIERS
Advogado no Rio Grande do Sul

LEONARDO GUIMARÃES
Mestrando em Direito Comercial na Facul-
dade de Direito da UFMG. Advogado

NILSON LAUTENSCHLEGER JR.
Mestre em Direito Comercial pela Ludwig-
Maximilians-Universität München, Alema-
nha. Doutorando na mesma Universidade.
Advogado em São Paulo

ZANON DE PAULA BARROS
Advogado em São Paulo

A PRIVACIDADE E OS SIGILOS TELEFÔNICO, PROFISSIONAL E BANCÁRIO

LEANDRO BITTENCOURT ADIERS

Introdução. O sigilo telefônico. O sigilo profissional. O sigilo bancário. Reserva legal impeditiva do controle do cidadão. Quebra de sigilo bancário e telefônico através de CPIS. Recurso apropriado para opor-se à quebra de sigilo bancário. Conclusões. Bibliografia.

Introdução

1. A época contemporânea tem por tônica a perplexidade. A intensidade e frequência dos pontos de ruptura com os paradigmas que constituíam-se em norte de segurança, em seu sentido de mediana previsibilidade vêm sendo portadoras de evidente inquietação no ambiente social e jurídico. O âmbito tecnológico vem tornando viáveis possibilidades inéditas de armazenagem de dados e informações, facilitando seu acesso, pesquisa, cruzamento e verificação de dados e, com isso, tornando possível não apenas uma maior fiscalização sobre os indivíduos, mas também um crescente monitoramento. Supera-se perigosamente o conceito de vigilância para chegar-se ao extremo impensável e insuportável da total intromissão e controle.

2. O mundo de relação, pautado no anonimato do mercado e numa cada vez maior interdependência, traz à tona a necessidade inexorável de regular os intercâmbios.¹ Neste

1. Conforme assentou o STF, através de acórdão relatado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence: "A convivência entre a proteção da privacidade e os chamados arquivos de consumo, mantidos pelo próprio fornecedor de crédito ou integrados em

contexto, a eficácia de direitos relativiza-se, fazendo-se necessária criteriosa, razoável²

bancos de dados, tornou-se um imperativo da economia da sociedade de massas: de viabilizá-la cuidou o CDC, segundo o molde das legislações mais avançadas: ao sistema instituído pelo Código de Defesa do Consumidor para prevenir ou reprimir abusos dos arquivos de consumo, não se submetem-se as informações sobre os protestos lavrados, uma vez obtidas na forma prevista no edito impugnado e integradas aos bancos de dados das entidades credenciadas à certidão diária de que se cuida; é o bastante para tornar duvidosa a densidade jurídica do apelo da arguição à garantia da privacidade, que há de harmonizar-se à existência de bancos de dados pessoais, cuja realidade a própria Constituição reconhece (art. 5º, LXXII, *in fine*) e entre os quais os arquivos de consumo são um dado inextirpável da economia fundada nas relações massificadas de crédito" (ADIn 1.790-5-DF, Pleno do STF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 23.4.1998).

2. "O princípio da razoabilidade é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha. O princípio, com certeza, não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento" (Luís Ro-

e proporcional³ ponderação no sentido de preservar-lhes o conteúdo, sem, todavia, afastar a consciência de que os direitos destinam-se a uma operatividade, cujas fronteiras devem ser cuidadosamente fixadas. Sua flexibilização, todavia, deve dar-se, sempre, *pro libertatis*.

3. Dentro de um sistema, a norma têm função estruturadora, vinculante e mantenedora (sustentadora/reprodutora). Assim, torna-se essencial entender que o sistema jurídico deriva da organização social, e esta surge como pré-requisito à necessidade humana de ordem e segurança, ambiente sem o qual inexistente paz, antecedente necessário ao desenvolvimento individual. A origem e o destinatário da organização social é o indivíduo. A natureza intrínseca do ser humano é a liberdade, e seu fim último, a rea-

berto Barroso, "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro", *Revista Diálogo Jurídico* 6/25).

3. O Professor Fábio Konder Comparato, ao dissertar acerca do princípio da proporcionalidade, citando Hartmunt Maurer, ensina que as medidas restritivas das liberdades, devem ser substancialmente apropriadas, ou seja, proporcionais aos fins visados. O jurista informa que na doutrina administrativa alemã foram explicitados três critérios cumulativos para o reconhecimento da proporcionalidade no exercício do poder: a) "a medida somente é *apropriada*, quando ela pode, em regra, alcançar o resultado visado"; b) "a medida apropriada somente é *necessária*, quando não existe outro meio adequado à disposição, o qual seja menos prejudicial aos atingidos e à coletividade em geral"; c) "a medida necessária somente é *proporcional* quando não tenha nenhuma outra relação com o resultado visado" (Fábio Konder Comparato, *Direito Público, Estudos e Pareceres*, pp. 113-114). Gilmar Ferreira Mendes refere que um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito). O pressuposto da adequação (*geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que *nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos* (Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 68).

lização de seus legítimos potenciais e aspirações, com autonomia moral, intelectual, política e econômica.

4. As relações pautam-se nos direitos, manifestando-se em face às necessidades e contingências humanas. Também o direito é criação humana e, tal qual seu criador, a criatura é imperfeita, parcial, mutável e finita, sujeita a todo tipo de agressão e passível de tornar-se instrumento dos mais odiosos desígnios. Sendo produto, o direito não dissocia-se do produtor, o que torna impossível analisar e compreender o direito sem análise histórica, social, econômica, sociológica e filosófica. O direito é reflexo do homem, o qual é, de modo sincrônico, seu produtor e objeto.

5. Não desconhecendo que o homem é um animal político e lobo de seu semelhante, e que a lei consiste no único instrumento apto a proteger os administrados do arbítrio dos governantes e condicionar a eficácia de seus desejos, convém que as leis sejam estudadas com algum cuidado e desconfiança, uma vez que as piores idéias e os mais inconfessáveis desejos normalmente nos são apresentados na embalagem das melhores intenções.

6. A própria Constituição e, por vezes, as liberdades públicas, garantias individuais e coletivas, são apontadas como entraves a uma administração e fiscalização eficazes, surgindo todo o tipo de discurso no sentido de sua reforma, supressão ou flexibilização. Aquelas balizas são condicionantes do exercício da autoridade, ou seja: esta deve ser exercida em estrito respeito àquelas, sob pena de abuso de poder, desvio de finalidade, tornando-se ilegítima e abusiva, violadora da lógica estrutural do sistema, do qual a coletividade é titular. Neste contexto, conforme exprime Rui Barbosa,⁴ "o cidadão que se ergue, propugnando contra o poder delirante, a liberdade extorquida, não representa uma vocação de

4. Citado por Andrei Koerner, "*Habeas corpus*". *Prática Judicial e Controle Social no Brasil (1841-1920)*, p. 177.

seu egoísmo: exerce verdadeira magistratura”.

7. A compreensão dos direitos e garantias individuais e coletivos, não de uma forma simplória e reducionista, que os aponta como privilégio de alguns, mas sim como patrimônio coletivo,⁵ é a mais adequada à formação de uma cidadania livre, consciente e plural, bem como de uma classe governante efetivamente vinculada ao interesse público, não através de um exercício de poder fulcrado na pessoa e na vontade do administrador, mas sim através da implementação de competências, estruturadas estas, bem como seus meios e fins, na letra da lei.

8. Neste diapasão, o chamado *princípio da legalidade*,⁶ constitucionalmente

5. “A liberdade não entra no patrimônio particular, como as coisas que estão no comércio, que se dão, trocam, vendem ou compram: é um verdadeiro condomínio social; todos o desfrutam, sem que ninguém o possa alienar (...). Solicitando (...) esse *habeas corpus*, eu propugno, na liberdade dos ofendidos, a minha própria liberdade; não patrocino um interesse privado, a sorte dos clientes: advogo a minha própria causa, a causa da sociedade, lesada no seu tesouro coletivo, a causa impessoal do direito supremo, representado na impessoalidade do remédio judicial” (Rui Barbosa, 1958, citado por Andrei Koerner, ob. cit., p. 177).

6. “Por princípio ou objetivo fundamental, entende-se o critério ou a diretriz basilar do sistema jurídico, que se traduz numa disposição hierarquicamente superior, do ponto de vista axiológico, em relação às normas e aos próprios valores, sendo as mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete quando se defrontar com antinomias jurídicas. (...) a própria Constituição cuida de estabelecer princípios fundamentais, entre os quais avultando o da dignidade da pessoa humana e o da inviolabilidade do direito à igualdade. Devem as normas, entendidas como preceitos menos amplos e axiologicamente inferiores, harmonizar-se com tais princípios conformadores. (...) à base deste conceito de sistema jurídico, crê-se na possibilidade de melhor compreender a exigência teleológica e operacional do princípio hierárquico da supremacia da Constituição, assim como na existência de princípios e objetivos, em face dos quais, em caso de incompatibilidades internas — devem as normas infraconstitucionais guardar a função instrumental, tendo em vista a realização finalística da Constituição” (Juarez Freitas, *Estudos de Direito Administrativo*, pp. 18-19).

positivado,⁷ para a administração pública, tem o significado de vinculação à letra da lei, que condiciona todos seus procedimentos, os sucessivos desencadeamento de atos e seus reflexos. Conforme ensina o Professor Fábio Comparato, “o princípio da legalidade, no âmbito do direito administrativo, foi desdobrado pela doutrina germânica, desde Otto Mayer, na dupla idéia de supremacia da lei (*Vorrang des Gesetzes*) e de reserva de lei (*Vorbestand des Gesetzes*). (...) Em toda relação administrativa, a liberdade de ação do administrador acha-se vinculada: (...) não pela vontade do administrador estatal, mas pelo disposto em lei. A discricionariedade decisória ou estipulativa do administrador público somente existe, quando e onde a lei assim o determina. Daí porque não se admite nunca a interpretação analógica da lei administrativa nem, *a fortiori*, criação normativa pela Administração Pública, fora dos casos especificamente autorizados por lei”.⁸ Para o legislador, a legalidade impõe obediência hierárquica aos limites materiais e formais estabelecidos na própria Constituição Federal, bem como a persecução dos objetivos traçados nas normas programáticas.

9. O Professor Calmon de Passos, quanto à construção e legitimação do direito, ensina: “(...) o direito, enquanto produto do pensamento e decisão (julgamen-

7. “Embora surgidos como direito de defesa, com a principal preocupação de conferir espaços de liberdade individual ao abrigo da ingerência pública (estatal), os direitos fundamentais passaram a adquirir uma notável *projeção positiva*, reclamando uma ação — sobremodo do Poder Público mas também dos entes privados — que proporcione a satisfação das necessidades e a realização dos valores estipulados. Trata-se de proporcionar condições e estímulos para o desfrute de direitos fundamentais, não apenas garantias contra violações ou reparações compensatórias” (Walter Claudius Rothemburg, “Direitos fundamentais e suas características, tópico sobre a projeção positiva dos direitos fundamentais”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 30/152).

8. Fábio Konder Comparato, tópico sobre o Princípio da Legalidade no Direito Administrativo, em parecer sobre *Contrato Administrativo*, ob. cit., pp. 226-227.

to), é sempre linguagem, texto, proposição descritiva ou proposição prescritiva, extremamente vulnerável e impotente. Esse, entretanto, é o material com que trabalhamos nós, os juristas, e representa tudo quanto se coloca no espaço de nossa percepção e se faz operável por nós. Mas percebemos, por igual, que esses textos, proposições e prescrições são o resultado de todo um processo que os precedeu e foi determinante para a definição de seu conteúdo, o qual, em si mesmo e enquanto texto, de nenhum poder de determinação se revestiu, antes foram decisivamente determinados pelo processo de sua produção que, este sim, foi preeminente e determinante. Discipliná-lo é o que se faz imperioso para se lograr o produto desejado".⁹

10. Partindo-se da premissa de que, sem partes, não existe o todo e que, portanto, o indivíduo é o elemento estruturante da sociedade, bem como que sua dignidade (da qual a liberdade é elemento indissociável) é elemento nuclear do ordenamento jurídico, fincado na Constituição Federal, sendo esta, também, elemento vincu-

9. "(...) antes de o produto condicionar o processo, é o processo que condiciona o produto. A nível macro, a norma jurídica de caráter geral é algo determinado pelo processo de sua produção, um processo de natureza política. É esse processo que reclama rigorosa disciplina, em todos os seus aspectos — agentes, organização e procedimentos — sob pena de se privilegiar o arbítrio dos decisores. Não há como se dissociar o direito obtido como produto da organização política da sociedade que o produz e do processo político mediante o qual as reduções de complexidade se efetivam nesse primeiro momento, macropolítico e macroeconômico. Nem para aí o processo de produção do direito, pois ele prossegue numa segunda etapa, aquela que, a nível micro, deve editar a norma regulamentadora de um conflito precisamente delimitado em termos de pessoas, de tempo, de lugar e de circunstâncias. Também aqui, como ali, antes de o produto condicionar o processo, é o processo que condiciona o produto. E também aqui não podemos dissociar o produto do processo de sua produção, que reclama, como antes, rigorosa disciplina, em todos os seus aspectos — agentes, organização e procedimentos — sob pena de privilegiar o arbítrio dos decisores" (J. J. Calmon de Passos, "Instrumentalidade do processo e devido processo legal", *Revista Diálogo Jurídico* 1, v. 1).

lante, orientador, direcionador e limitador da atividade estatal, em todas suas esferas, vamos abordar aspectos interessantes relacionados com sigilo telefônico, profissional e bancário em contato com as garantias constitucionais de privacidade e intimidade, contraditório, presunção de inocência e vedação da prova ilícita, buscando fornecer uma visão panorâmica e integrada destes assuntos, bem como de sua interpretação e tratamento nos tribunais superiores.

O sigilo telefônico

11. Os incs. X e XII do art. 5º da CF/1988, dispõem, respectivamente: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (...)" e "é inviolável o sigilo de 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 de processo penal".

12. O Pleno do STF, julgando o *habeas corpus*¹⁰ 96912-RS, em 16.12.1993, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, definiu, por maioria, que a interceptação telefônica necessitava regulação infraconstitucional ainda inexistente. Ilícita esta prova, contaminava as demais, oriundas *direta ou indiretamente* de informações através dela obti-

10. "Prova ilícita. Escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, 'nas hipóteses e na forma' por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; (...) a ilicitude da interceptação telefônica — a falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la — contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, de informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente" (HCS 96912-RS, Pleno do STF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 16.12.1993, *DJU* 25.3.1994, por maioria).

das. O mesmo STF, no *habeas corpus*¹¹ julgado em 12.6.1996, relator o Ministro Maurício Correa, repisou que o dispositivo constitucional autorizador da violação do sigilo das comunicações telefônicas não era *self-enforcing*, necessitando ser regulamentado via lei ordinária, sendo, até então, ilícitas as provas obtidas por esta via, mesmo através de autorização judicial.

13. Nula aquela prova, foi definido que a nulidade estendia-se às demais provas que

11. "*Habeas corpus*. Crime qualificado de exploração de prestígio (CP, art. 357, parágrafo único). Conjunto probatório fundado, exclusivamente, de interceptação telefônica, por ordem judicial, porém, para apurar outros fatos (tráfico de entorpecentes): violação do art. 5º, XII, da Constituição. 1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI); b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. 2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes: tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélidas do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. *Habeas corpus* conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5" (HC 72588-PB, Pleno do STF, rel. Ministro Maurício Correa, j. 12.6.1996, DJU 2.8.2000, por maioria, vencidos os Mins. Carlos Velloso, Octávio Gallotti, Sydney Sanchez, Néri da Silveira e Moreira Alves. Resultado: Deferido. Paciente: Paulstein Aureliano de Almeida. Coator: STJ).

decorriam *exclusivamente* dela. No julgamento do *habeas corpus*¹² 74599-SP, em 3.12.1996, a 1ª Turma do STF, através de voto do Ministro Ilmar Galvão, assentou que, não tendo sido a irregular interceptação telefônica a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, somente vindo a corroborar as demais provas licitamente obtidas, não cabia anular a decisão condenatória proferida. A validade da condenação, portanto, derivava do nível de conexão e interdependência entre as provas coligidas.

14. Já editada a Lei 9.296/1996, o STJ, por maioria, no julgamento do *habeas corpus* 10243-RJ,¹³ em 19.12.2000, relator

12. "*Habeas corpus*. Prova ilícita. Escuta telefônica *Fruits of the poisonous tree*. Não-acolhimento. Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica — prova tida por ilícita até a edição da Lei 9.296, de 24.7.1996, e que contaminava as demais provas que dela se originavam — não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras licitamente obtidas pela equipe de investigação policial. *Habeas corpus* indeferido" (HC 74599-SP, 1º T. do STF, rel. Ministro Ilmar Galvão, j. 3.12.1996, DJU 7.2.1997, unânime. Paciente: Durvalino Lima Vale. Coator: TJSP).

No mesmo sentido: "*Habeas corpus*. Acusação vazada em flagrante de delito viabilizado exclusivamente por meio de operação de escuta telefônica, mediante autorização judicial. Prova ilícita. Ausência de legislação regulamentadora. Art. 5º, XII, da Constituição Federal. *Fruits of the poisonous tree*. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica — à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la — contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. *Habeas corpus* concedido" (HC 73351-SP, 1º T. do STF, rel. Ministro Ilmar Galvão, j. 9.5.1996, DJU 19.3.1999, por maioria. Paciente: José Pereira da Rosa. Coator: TJSP).

13. "*Habeas corpus*. Processual penal. Conexão. Continência. Foro privilegiado. Ausente prer-

para o acórdão o Ministro Félix Fischer, definiu que a interceptação de comunicação telefônica somente pode ser autorizada pelo juiz competente para apreciar a ação principal, sendo nula a autorização dada por juiz incompetente. Idêntica solução é a adotada no STF,¹⁴ que fixou também que o decreto de nulidade não atinge as demais provas derivadas do inquérito policial, que não revestem-se de caráter decisório e são autônomas.¹⁵ Por maioria, através de voto do Ministro Francisco Rezek, o STF con-

rogativa de função. I — Inexistindo prerrogativa de função é da competência do juiz de primeiro grau o processamento e julgamento do feito. II — O juiz competente para a ação principal é quem deve autorizar ou não a interceptação das comunicações telefônicas. III — Considera-se nula a autorização judicial para interceptação telefônica concedida por juiz incompetente. *Writ* deferido, para que se declare a competência do juízo de primeiro grau para processamento e julgamento do feito e anular os atos até então praticados pelo juízo incompetente" (HC 10243-RJ, 5º T. do STJ, rel. Ministro Edson Vidigal, rel. p/acórdão Ministro Félix Fischer, j. 19.12.2000, DJ 23.4.2001, p. 164, por maioria).

14. "Recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que declarou a nulidade do processo criminal, *ab initio*, inclusive da denúncia, por incompetência da Justiça Federal. 3. Atos investigatórios mantidos, a serem apreciados pela Justiça Estadual. 4. Decerto, os atos investigatórios constantes do inquérito policial, da fase indiciária, não são nulos, *ut* art. 567 do CPP, porque não se revestem de caráter decisório, salvo aqueles de natureza constritiva de direito, que, possuindo essa índole, provêm de decisão judicial. 5. Recurso parcialmente provido para ampliar o deferimento do *habeas corpus* e considerar nula a decisão do juiz federal incompetente, quanto à autorização para a interceptação telefônica e quebra dos sigilos bancário e telefônico, sem prejuízo das demais provas constantes do inquérito policial que, autônomas, possam fundamentar a denúncia do Ministério Público Estadual" (RHC 80197-GO, 2º T. do STF, rel. Ministro Néri da Silveira, j. 8.8.2000, DJU 29.9.2000, unânime).

15. "(...) de minha parte, não iria além de conceder que a admissão da prova ilícita só não induz nulidade, quando irrelevante para seu objeto, ou, então, quando se pudesse afirmar seguramente que outras provas, colhidas independentemente da existência daquela proibida, bastariam à condenação" (HC 73.351-4-SP, voto do Ministro Ilmar Galvão em acórdão por ele relatado, j. 9.5.1996, DJ 19.3.1999).

cluiu também que o princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitória.¹⁶

15. O STJ consagrou a interpretação de que a gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores não consiste em interceptação telefônica, podendo servir como prova em processo penal.¹⁷ O STF

16. "Inquérito. Agravo regimental. Sigilo bancário. Quebra. Afronta ao art. 5º-X e XII da CF: inexistência. Investigação criminal. Contraditório. Não prevalece. I — A quebra do sigilo bancário não afronta o art. 5º-X e XII da Constituição Federal (precedente: Pet. 577). II — O princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitória (HHCC 55.447 e 69.372; RE 136.239, *inter alia*). Agravo regimental não provido" (AGRINQ 897-DF, Pleno do STF, rel. Ministro Francisco Rezek, j. 23.11.1994, DJ 24.3.1995, p. 6.806, por maioria).

17. "Processual. Gravação de conversa autorizada por um dos interlocutores. Controvérsia. 1. A jurisprudência desta Corte tem firmado o entendimento de que a gravação de conversa por um dos interlocutores não configura interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. 2. Para se verificar se houve a efetiva autorização ou não por parte do ora paciente, necessária seria a realização de dilação probatória, o que não se admite nesta via constitucional. 3. Não conheço do *habeas corpus*" (HC 14336-RJ, 5º T. do STJ, rel. Ministro Edson Vidigal, j. 28.11.2000, DJU 18.12.2000, unânime). "Penal. Processual. Gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores. Prova lícita. Princípio da proporcionalidade. *Habeas corpus*. Recurso. 1. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. 2. Pelo Princípio da proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade. 3. Precedentes do STF. 4. Recurso conhecido mas não provido" (RHC 7216-SP, 5º T. do STJ, rel. Ministro Edson Vidigal, j. 28.4.1998, DJ 25.5.1998, unânime).

"(...) Repórter que se identifica como terceiro. Gravação de conversa telefônica. Divulgação pela imprensa. Validade da prova. Não comprovação do efetivo prejuízo sofrido pelas partes ou por terceiros. (...) Este Superior Tribunal de Justiça vem prestigiando a tese de que a gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. Não há similitude entre os arrestos em confronto, pois o caso *sub judice* possui uma peculiaridade. O repórter se apresentou como uma outra pessoa (conhecida do interlocutor e opositor àquele ao qual pertencida outro co-réu). Dissídio não demonstrado. Recurso não conhecido" (REsp 214089-SP, 5º T. do STJ,

considera lícita a gravação de conversa telefônica efetuada por terceiro com a anuência de um dos interlocutores, quando caracterizar legítima defesa.¹⁸

Luiz Flávio Gomes¹⁹ critica a interpretação do STJ e distingue as *intercepções telefônicas* — regradadas pela Lei 9.296/1996 — das *gravações clandestinas*, carentes de regramento específico. Segundo o referido autor, as gravações clandestinas abrangem tanto a telefônica (quando se grava uma comunicação telefônica própria), quanto a ambiental (quando se grava uma conversação entre pessoas presentes, sem o conhecimento do interlocutor). A simples gravação não constitui crime, o qual materializa-se, porém, com a divulgação, nos termos do art. 153 do CP (considerando-se excluída a justa causa). Sendo o sigilo e a proteção à intimidade a regra, toda exceção deve ser veiculada através de lei, sob pena de nulidade das provas daí derivadas.²⁰ O mencionado jurista entende cabível

à utilização de tais gravações como prova em processo criminal apenas na hipótese *pro reo*, sendo imprestável para embasar juízo condenatório²¹ ou quebrar o princípio da presunção de inocência.

além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (CPP, art. 6º, V), se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação — *nemo tenetur se degetare* —, erigido em garantia fundamental pela Constituição — além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186, CPP — importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta de advertência — e de sua documentação formal — faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em 'conversa informal' gravada, clandestinamente ou não. IV — Escuta gravada de comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configuraria a gravação de conversa telefônica própria por um dos interlocutores — cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito — mas, sim, escuta de gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação: aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro de escuta clandestina — ainda quando livre o seu assentimento nela — em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo penal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. 9. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (*fruits of the poisonous tree*)" (HC 80.949-9-RJ, 1º T. do STF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 30.10.2001, DJ 14.12.2001).

21. Ampara-se em excerto de voto do Ministro Celso de Mello, citado por Alexandre de Moraes no *Boletim IBCCrim* 44/6.

rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, j. 16.3.2000, DJ 17.4.2000, RDTJ RJ 44/72, unânime).

18. "*Habeas corpus*. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excluída da antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta — a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime —, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). *Habeas corpus* indeferido" (HC 74678-SP, 1º T. do STF, rel. Ministro Moreira Alves, j. 10.6.1997, DJU 15.8.1997, unânime. Paciente: Luiz Marcos Klein. Impetrante: Miguel Reale Júnior e outros. Coator: STJ).

19. Luiz Flávio Gomes, "Gravações telefônicas: ilicitude e inadmissibilidade", *Revista CEJ* 5, mai.-ago./1998.

20. "III — Gravação clandestina de 'conversa informal' do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente — quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental — de constituir, dita 'conversa informal', na modalidade de 'interrogatório' sub-reptício, o qual,

16. Como o legislador constituinte inseriu entre os Direitos e Garantias Fundamentais da CF/1988 tanto a proteção à intimidade e à vida privada quanto a possibilidade de limitada flexibilização destes direitos para fins de relevante *persecutio criminis*, vê-se que, editada a competente lei regulamentadora do procedimento, este será considerado lícito — se conforme a Constituição e praticado dentro das regras estabelecidas —, uma vez que, conforme assentou o Pleno do STF, através de voto do Ministro Celso de Mello:²² “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitadas os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas — e considerado o substrato ético que as informa — permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros”.

17. Ada Pellegrini Grinover,²³ comentando o regime das interceptações telefônicas, entende que, apesar do caráter aparentemente absoluto da vedação probatória, há espaço para construções doutrinárias e jurisprudenciais, com especial relevo para o princípio da proporcionalidade²⁴ e da teo-

ria das provas ilícitas por derivação. Tal posição foi rechaçada no STF em acórdão relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence,²⁵ no qual ficou assentado: “Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinção quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade — à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira — para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação”.

18. O próprio legislador ordinário, ao estabelecer as hipóteses e a forma da interceptação telefônica, já norteou-se pela ponderação de interesses,²⁶ levando em conta a necessidade de, a par de permitir uma investigação criminal eficiente, também manter tutelados a liberdade de manifestação

direcionado e apropriado para o legislador, e não para o julgador, sob pena de validar a advertência de Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, no sentido de que isto pode abrir uma brecha no princípio da legalidade e atribuir ao princípio da proporcionalidade uma função deturpada, que, ao invés de favorecer os direitos fundamentais do cidadão, retira do princípio sua finalidade de limite de restrições, permitindo ao Estado, assim, encobrir atuações arbitrárias com argumentos pseudojurídicos (ob. cit.).

25. HC 80.949-9-RJ, 1ª T. do STF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 30.10.2001, DJ 14.12.2001.

26. Na técnica da ponderação de interesses, utiliza-se o princípio da proporcionalidade, somente justificando-se a medida interventiva na medida em que a) mostrar-se apta a garantir a existência do interesse contraposto; b) não houver solução menos gravosa e c) o benefício obtido com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagonico (Daniel Sarmento, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, p. 96). “(...) 2. Pelo princípio da proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade. 3. Precedentes do STF. 4. Recurso conhecido mas não provido” (RHC 7216-SP, 5ª T. do STJ, rel. Ministro Edson Vidigal, j. 28.4.1998, DJ 25.5.1998, unânime).

22. MS 23452-RJ, Pleno do STF, rel. Ministro Celso de Mello, j. 16.9.1999, DJU 12.5.2000, unânime.

23. Ada Pellegrini Grinover, “O regime brasileiro das interceptações telefônicas”, *Revista CEJ* 3, set.-dez./1997.

24. Luiz Flávio Gomes adverte que o princípio da proporcionalidade, na restrição de direitos, é

de pensamento e o segredo, como corolário do direito à intimidade. O voto do Ministro Sepúlveda Pertence²⁷ no *habeas corpus* 73351-4, julgado pelo Pleno do STF, traz importantes lições quanto à motivação e relevância da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, como segue:

“O caso é típico dos que põem em causa a discussão sobre a contaminação das provas derivadas da prova ilícita. A questão é dramática; não nasceu no Brasil, nem nasceu nesta sala. Ela preocupa, hoje, os constitucionalistas e processualistas de todo o mundo. A polêmica é dessas intermináveis. Ora predomina, seja nos EUA, na Alemanha ou em Portugal, uma orientação, ora outra. Na verdade, atrás de polêmica, está um dilema, que é o verdadeiro divisor de águas. O dilema está entre a crença nas garantias constitucionais e na necessidade de lhe dar efetividade, ou na crença de que às garantias constitucionais se devem sobrepor à perseguição a qualquer custo, da verdade real, posta como única finalidade do processo penal, em qualquer caso ou pelo menos, no tocante à criminalidade de maior gravidade. Não é à toa que os eminentes Ministros que denegam a ordem apelam todos à ‘verdade real’, como interesse prevalente. Alega-se que o texto da Constituição não cuida de provas derivadas. Mas, salvo engano meu, nenhum direito positivo o faz. Não obstante, a polêmica lavra em todo o mundo.

“A ilicitude da prova, no caso, não vem de irregularidade processual na sua colheita, mas da violação a uma garantia constitucional. Ora, impossibilitar a juntada de gravações da escuta proibida, mas possibilitar que seja ela a fonte de toda a prova colhida é simplesmente tornar coisa alguma a garantia do sigilo das comunicações. Continuo convencido da correção da assertiva da Suprema Corte americana, em *Nordone v. United*, de 1939, de que ‘to forbid the direct use of methods (...) but to put no

curb on their full indirect use only invite the very method demed inconsistent with ethical standards and destructive of personal liberty’.

“Nesse mesmo sentido, como testemunha Costa Andrade (*Sob as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, 1992, p. 175) o raciocínio da melhor doutrina germânica no rumo similar da aceitação do ‘efeito à distância’ (*Ferewirkung*) das proibições de prova. ‘A utilização das provas secundárias, argumenta-se nesta linha’ — segundo testemunho de Costa Andrade (ob. cit.) — permitiria ladear as proibições, minando a eficácia das normas e neutralizando o respectivo conteúdo de tutela. Não pode — sustenta, por exemplo, Otto — estabelecer-se nenhuma diferença entre a valoração duma declaração como declaração e a valoração dos conhecimentos resultantes da mesma declaração. Em sentido convergente e reportando-se concretamente às provas obtidas mediante tortura, enfatiza Hassemmer que a recusa do efeito à distância paralisaria e dissolveria ‘a força expressiva da proibição da tortura, tanto no plano cultural como jurídico’.

“No Brasil, Luiz Francisco Torquato Avolio, em monografia preciosa (*Provas Ilícitas*, Ed. RT, 1995, pp. 66 e ss.) — fundado em Trocker (*Processo Civile e Costituzione*, 1974, p. 631) — chega também à proscricção das ‘provas ilícitas por derivação’, sempre que a proibição da prova visar a proteção de valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade’.

“Não se trata, data vênia, a meu ver, de punir, pela absolvição, a violação da regra constitucional, mas sim de adotar a única interpretação capaz de dar garantia aos altos valores constitucionais subjacentes à proibição da prova ilícita, porque decorrente da interceptação telefônica sem autorização judicial. Aqui, de minha parte não admito transigência fácil. Sou dos que pensam, com Wolter (*apud* M. Costa Andrade, ob. cit., p. 38), que ‘em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não

27. *Habeas corpus* 73351-4-SP, Pleno do STF, rel. Ministro Ilmar Galvão, j. 9.5.1996, DJ 19.3.1999.

poderão ser chamados à ponderação os interesses por uma justiça penal eficaz. Quem o fizesse não tomaria a sério nem a inviolabilidade nem o processo penal vocacionado para a proteção dos direitos fundamentais. Pois, nas situações de criminalidade grave, uma tal ponderação de interesses redundaria sistematicamente na frustração da tutela dos direitos fundamentais'. Certo, a Constituição transigiu, no ponto, com os interesses da repressão penal, ao admitir que a lei estabeleça as hipóteses e a forma em que seria viável quebrar o sigilo da comunicações telefônicas: essa delicada ponderação confiada exclusivamente à lei, não pode, contudo, ser substituída pela discricção da autoridade policial, que ora se pretende receba a chancela do Supremo Tribunal."

19. O STF já teve oportunidade de deliberar no sentido de que a cláusula constitucional da reserva de jurisdição²⁸ incide

28. "(...) O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de 'poderes de investigação próprios das autoridades judiciais'. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição — que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) — traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. Doutrina. O princípio constitucional da reserva de jurisdição, embora reconhecido por cinco (5) Juizes do STF — Ministro Celso de Mello (relator), Ministro Marco Aurélio, Ministro Sepúlveda Pertence, Ministro Néri da Silveira e Ministro Carlos Velloso (Presidente) — não foi objeto de consideração por parte dos demais eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, que entenderam suficiente, para efeito de concessão do *writ* mandamental, a falta de motivação do ato impugnado" (MS 23452-RJ, Pleno do

sobre a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI), devendo ser determinadas *ab initio* pelo Poder Judiciário.

20. Veja-se que o art. 1º da Lei 9.296/1996 impõe que a escuta telefônica deve ser antecedida de autorização através do juiz competente (antecedente, e não homologatória da diligência²⁹); somente pode ser efetuada para o exercício de investigação policial ou investigação criminal, ficando sob o regime de segredo de justiça.

21. Atinente ao segredo, também foi objeto de decisão pelo Pleno do STF, no mesmo acórdão antes referido,³⁰ que o direito de acesso a dados reservados, como o sigilo bancário, fiscal e telefônico, torna a autoridade depositária destes dados, com o correlato dever de mantê-los em sigilo. A desobediência a este dever está sujeita às sanções previstas em lei. A divulgação reveste-se de excepcionalidade e condiciona-se a justa causa e a necessidade, como requisito essencial para que sejam tomadas as medidas judiciais cabíveis, no estrito interesse público e em atenção aos fins que

STF, rel. Ministro Celso de Mello, j. 16.9.1999, *DJU* 12.5.2000, unânime). "(...) O princípio constitucional da reserva de jurisdição — que incide sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e de decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI) — não se estende ao tema da quebra de sigilo, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, § 3º), assiste competência à Comissão Parlamentar de Inquérito, para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas. (...)" (MS 23639-DF, Pleno do STF, rel. Ministro Celso de Mello, j. 16.11.2000, *DJU* 16.2.2001, unânime. No mesmo sentido MS 23652-DF, Pleno do STF, rel. Ministro Celso de Mello, j. 22.11.2000, *DJU* 16.2.2001, unânime).

29. Ver Élio Wanderley de Siqueira Filho, "Aspectos relevantes da escuta telefônica", *Revista CEJ* 5, mai.-ago./1998.

30. MS 23452-RJ, Pleno do STF, rel. Ministro Celso de Mello, j. 16.9.1999, *DJU* 12.5.2000, unânime.

legitimaram a intervenção, tais como em relatório final de CPI, comunicações ao MP ou outros órgãos do Poder Público e, por extensão lógica, na denúncia e na sentença.

22. Para que seja deferida a interceptação telefônica, mostra-se essencial a demonstração de elementos dos quais deflua a suspeita de que determinado agente tenha concorrido na tentativa ou prática de ato delituoso. A lei contenta-se com indícios,³¹ desde que razoáveis, de autoria ou participação em infração penal, restringindo a utilização deste recurso aos crimes para os quais seja cominada pena privativa de liberdade. Reiterando a excepcionalidade da medida, mostra-se imprescindível que a providência — escuta telefônica — seja essencial para revelar a verdade material, sem que seja possível chegar ao mesmo resultado mediante outros expedientes.

23. Havendo via menos gravosa ao sacrifício de direitos, a autoridade policial deve lançar mão desta, evitando a via mais radical. Mais: impossível a utilização das informações obtidas através de escuta tele-

31. "O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) — ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política — não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV)" (MS 23452-RJ, Pleno do STF, rel. Ministro Celso de Mello, j. 16.9.1999, DJU 12.5.2000, unânime).

fônica para obter condenação por prática de crime distinto daquele que justificou a realização da diligência.

24. Há controvérsia na doutrina quanto à extensão do permissivo legal, havendo quem estenda sua abrangência, também, à interceptação de fluxos de informações através de sistemas de informática e telemática.³² Para outros, dando-se o fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática por intermédio de transferência de dados, sua inviolabilidade permaneceria, em decorrência do inc. XII do art. 5º da Constituição Federal possuir quatro elementos jurídicos: a) correspondência; b) comunicações telegráficas; c) dados e d) comunicações telefônicas. Nos itens a, b e c, a vedação seria absoluta e, quanto ao item d, relativa, passível de flexibilização mediante requisitos dispostos em lei específica.³³

25. Em amparo desta interpretação, José Henrique Barbosa Moreira Lima cita os seguintes doutrinadores: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho,³⁴ além de Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido R. Dinamarco,³⁵ e Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho,³⁶ dentre outros. O Supremo Tribunal Federal, através do Ministro Celso de Mello teceu distinções³⁷ em relação a acesso a dados/regis-

32. Ver Élio Wanderley de Siqueira Filho, "Aspectos relevantes da escuta telefônica", *Revista CEJ* 5, mai.-ago./1998. Tourinho Filho, *Processo Penal*, p. 234.

33. José Henrique Barbosa Moreira Lima Neto, "Da inviolabilidade de dados: inconstitucionalidade parcial da Lei 9.296/1996", *Revista CEJ* 5, mai.-ago./1998.

34. *As Nulidades no Processo Penal*, 4ª ed., p. 154, *apud* José Henrique Barbosa Moreira Lima Neto, *ob. cit.*

35. *Teoria Geral do Processo*, 12ª ed., p. 83, *apud* José Henrique Barbosa Moreira Lima Neto, *ob. cit.*

36. *O Processo Penal em face da Constituição*, pp. 28-29, *apud* José Henrique Barbosa Moreira Lima Neto, *ob. cit.*

37. "O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/regis-

tros telefônicos e violação das comunicações telefônicas.

O sigilo profissional

26. No que respeita ao segredo profissional, abrangendo conversas entre advogado e cliente, Élio Wanderley de Siqueira Filho³⁸ entende incabíveis intromissões, aproveitando lição do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Vicente Cernicchiaro, que segue transcrita: “Evidente, a interceptação não pode colher a conversa do indiciado, ou do réu, com seu advogado. Vou além. De qualquer forma pessoa que procure o profissional a fim de aconselhar-se porque praticara uma infração penal. Será contraditório o Estado obrigar o advogado a guardar segredo profissional e imiscuir-se na conversa e dela valer-se para punir o cliente. O Direito não admite contradição lógica. De outro lado, a prova colhida, conforme o procedimento mencionado, só pode ser utilizada na hipó-

gistas telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) — ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política — não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar” (MS 23452-RJ, Pleno do STF, rel. Ministro Celso de Mello, j. 16.9.1999, DJ 12.5.2000, p. 20, unânime). Em outro aresto, ainda com relação à situação concernente ao acesso da CPI aos registros telefônicos, o ilustre Ministro, citando Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (*Direito Civil Constitucional*, Cadernos 1, p. 249) e Tércio Sampaio Ferraz Júnior (*Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 1/85), explicita que “o inc. XII do art. 5º da Carta Política impede o acesso à própria ação comunicativa, mas não aos dados comunicados”, mesmo porque estes — os dados comunicados — “protegidos pela cláusula tutelar da intimidade, inscrita no inc. X do art. 5º da Constituição, não constituem limite absoluto à ação do Poder Público” (MS 23.452-1-RJ, Pleno do STF, rel. Ministro Celso de Mello, j. 16.9.1999, DJ 12.5.2000).

38. Élio Wanderley de Siqueira Filho, ob. cit.; também Ada P. Grinover, *Revista CEJ* 3, cit.

tese mencionada no requerimento de autorização judicial. Ou seja: imprestável para outro inquérito, ou outro processo. Se assim não for, a cautela da lei desmorona; ter-se-á a consagração do uso dos frutos da árvore envenenada! Haveria, sem dúvida, atalho para contornar as cautelas que se evidenciam na recente lei. (...) Entenda-se, porém, como interpretam os comentaristas portugueses: se houver sérios indícios de o defensor haver participado da atividade criminosa. Nesse caso, não atua como profissional, mas como qualquer outro delinquente. Conclusão, aliás, resultante de interpretação lógico-sistemática”.

27. A quebra de sigilo telefônico de advogado suspeito de prática de infração penal já foi objeto de precedente no STJ,³⁹ tendo o STF através do voto do Ministro Celso de Mello,⁴⁰ adotado as lições de Paulo Luiz Netto Lobo (*Comentários ao Estatuto da Advocacia*, 2ª ed., Brasília Jurídica, 1996, pp. 56-57) acerca do tema, como seguem:

“A inviolabilidade do advogado alcança seus meios de atuação profissional, tais como o seu escritório ou locais de trabalho, seus arquivos, seus dados, sua correspondência e suas comunicações. Todos esses meios estão alcançados tradicionalmente pela tutela do sigilo profissional. A ampla utilização da informática pelo advogado, com sua crescente miniaturização, faz estender a inviolabilidade aos dados e arquivos de computador, mantidos em seu local de trabalho ou que transporte consi-

39. “ROMS. Sigilo telefônico. Advogado. Quebra. I — Decisão judicial fundamentada, com apoio na Lei 9.296/1996, determinando a interceptação telefônica, não afronta a Constituição Federal. II — A proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas do advogado não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, especificamente, a fundada suspeita da prática da infração penal. Recurso desprovido” (ROMS 10857-SP, 5º T. do STJ, rel. Ministro Félix Fischer, j. 16.3.2000, DJ 2.5.2000).

40. MS 23.452-1-RJ, Pleno do STF, rel. Ministro Celso de Mello, j. 16.9.1999, DJ 12.5.2000.

go. O Estatuto refere-se a escritório e local de trabalho. Entende-se por local de trabalho qualquer um que o advogado costume utilizar para desenvolver seus trabalhos profissionais, incluindo a residência, quando for o caso. A atual revolução tecnológica aponta para a realização à distância de serviços ligados por redes de comunicação, sem o deslocamento físico das pessoas. Em qualquer circunstância, o sigilo profissional não pode ser violado. (...).

“Em nenhuma hipótese, pode haver interceptação telefônica do local de trabalho do advogado, mesmo autorizada pelo magistrado, por motivo de exercício profissional. A hipótese prevista no inc. XII, do art. 5º, da Constituição (ser admitida, por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal), aplica-se apenas à própria pessoa do advogado, por ilícitos penais por ele cometidos, mas nunca em razão de sua atividade profissional. A inviolabilidade dos meios de atuação profissional do advogado sofre uma importante exceção, que corresponde ao sentido da locução ‘limites da lei’ contida no art. 133, da Constituição; é a da busca e apreensão determinada por magistrado. Não pode o advogado reter documentos que lhe foram confiados para os subtrair às investigações judiciais, sob pena de proteger o delito e a impunidade. A apreensão deverá se ater, exclusivamente, às coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, como prevê o art. 240, § 1º, b, do Código de Processo Penal. A busca e apreensão não pode incluir correspondências recebidas pelo advogado, porque são confidências escritas, feitas ao abrigo da confiança e da tutela da intimidade, garantidas pela Constituição (art. 5º, XII), nem os demais documentos, arquivos e dados que não se vinculem à finalidade ilícita, objeto da busca (...).”

28. Atinente ao dever de sigilo dos auditores independentes, Nelson Eizirik⁴¹

situa a privacidade e o sigilo entre os direitos da personalidade. O autor cita René Ariel Dotti (*Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*, São Paulo, 1980, p. 23) para dizer que a proteção deferida pela ordem jurídica à intimidade e à vida privada abrange todos os aspectos que, por qualquer razão, não gostaríamos de ver cair no domínio público. Com amparo em Celso Ribeiro Bastos (“Sigilo bancário”, in *Estudos e Pareceres — Direito Público*, São Paulo, Ed. RT, 1993, p. 64), o jurista situa entre os componentes básicos da privacidade, mercedores de tutela jurídica: a) o físico (imagem, constituição etc.); b) o psíquico (caráter, anomalias etc.); c) o afetivo (sentimentos, afetos etc.); d) o vivencial (relações amorosas, profissionais, familiares etc.); e) o material (condições econômicas, nível de vida etc.).

29. De uma leitura conjugada dos incs. X, XII e XIV, c/c arts. 144 do CC, 363, IV do CPC, 197 do CTN e do item 1.6 da NBC-P-1.6, Normas de Auditoria baixadas pelo Conselho Federal de Contabilidade, que dispõe que “1.6.1 o auditor independente deve respeitar e assegurar o sigilo relativamente às informações obtidas durante o seu trabalho, não às divulgando, sob qualquer circunstância, para terceiros, sem autorização expressa da entidade auditada, salvo quando houver obrigação legal de fazê-lo. 1.6.2 o dever de manter o sigilo continua depois de terminados os compromissos contratuais”, conclui o autor que o auditor independente deve resguardar o sigilo sobre as informações confidenciais da entidade auditada, a que teve acesso em função de atividade profissional. Os papéis de trabalho do auditor são documentos pessoais, contendo informações e juízos provisórios, sem conteúdo oficial, não podendo ser requisitados pela CVM e nem ser utilizados como meio de prova em inquérito administrativo.

30. Encontra-se, também, aresto do STJ⁴² em que empresa de auditoria e con-

41. Nelson Eizirik, “Auditor independente. Sigilo profissional”, Parecer in *RDM* 112/137 e ss., out.-dez./1998.

42. RMS 9.612-SP, 4º T. do STJ, rel. Ministro César Asfor Rocha, j. 3.9.1998, in *Revista de Direi-*

tabilidade amparando-se no Código de Ética da categoria, no inc. IV do art. 363 do CPC, no art. 197 do CTN, no art. 144 do CC, no art. 207 do CPP e no art. 154 do CP, buscou e obteve, via mandado de segurança, suspensão de ordem que determinava a revelação de dados sigilosos de ex-cliente, cuja apresentação fora requerida por perito em processo judicial e deferida pelo juiz *a quo*. Segue a ementa: "Sigilo profissional resguardado. O sigilo profissional é exigência fundamental da vida social que deve ser respeitado como princípio de ordem pública, por isso mesmo que o Poder Judiciário não dispõe de força cogente para impor a sua revelação, salvo na hipótese de existir específica norma de lei formal autorizando a possibilidade de sua quebra, o que não se verifica na espécie. O interesse público do sigilo profissional decorre do fato de se constituir em um elemento essencial à existência e à dignidade de certas categorias, e à necessidade de se tutelar a confiança nelas depositadas, sem o que, seria inviável o desempenho de suas funções, bem como por se revelar em uma exigência da vida e da paz social. Hipótese em que se exige da recorrente — ela que tem notória especialização em serviços contábeis e de auditoria e não é parte na causa — a revelação de segredos profissionais obtidos quando anteriormente prestou serviços à ré da ação. Recurso provido, com a concessão da segurança".

O sigilo bancário

31. Carlos Henrique Abrão⁴³ vê o sigilo bancário como técnica de captação, através da qual o banqueiro (ou qualquer outro profissional do mercado financeiro), em benefício do cliente, obriga-se a não

divulgar fatos e atos concernentes às operações financeiras a cujo dados teve acesso em razão de exercício profissional. Roberto Quiroga Mosquera⁴⁴ situa a proteção ao sigilo bancário entre os Princípios Informadores do Mercado Financeiro e de Capitais, sendo expressão ao direito à privacidade constante dos incs. X e XII do art. 5º da CF/1988. Segundo o referido autor: "dados que dizem respeito aos valores depositados em contas correntes bancárias, tipos e formas de aplicações financeiras, rendimentos auferidos em operações bursáteis, etc., representam coisas íntimas daqueles que participam do mercado financeiro e de capitais. Tais dados não podem ser revelados sem que haja autorização legal para tanto, ou autorização expressa daquele que detém referido direito. Trata-se de direito personalíssimo, devendo manter-se em sigilo por aqueles que eventualmente o detêm (instituições financeiras, magistrados, auditores do Bacen, funcionários da CVM etc.), em razão de sua atividade profissional. O ocultamento dessas informações é atitude ética, moral e, em especial, atitude expressamente assegurada pelo Texto Magno".

32. Para Ives Gandra da Silva Martins,⁴⁵ o sigilo bancário ampara-se nos incs. X e XII do art. 5º da CF/1988, identificando-se com o sigilo de dados; afirma que, tendo a CF/1988 flexibilizado apenas a violação de comunicações telefônicas, nem mesmo a autoridade judiciária poderia determinar a violação daqueles dados. Todavia, interpretando-se possível a violação, deve dar-se apenas através de autorização judicial e, sendo garantia derivada de cláusula pétrea, não é possível modificá-la através de Lei Complementar, estendendo po-

to Bancário e do Mercado de Capitais 5/207, mai.-ago./1999, coord. Prof. Arnoldo Wald.

43. Carlos Henrique Abrão, "O sigilo bancário e as CPis, o Ministério Público, a Receita Federal e o Judiciário", in *Aspectos Atuais do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais*, p. 23.

44. Roberto Quiroga Mosquera, "Princípios informadores do mercado financeiro e de capitais", in *Aspectos Atuais do Mercado Financeiro e de Capitais*, p. 268.

45. Ives Gandra da Silva Martins, "Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001", in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 11/31-33, jan.-mar./2001.

deres ao Fisco⁴⁶ e/ou ao Ministério Público para tal ato.⁴⁷

33. Miguel Reale⁴⁸ disserta que, em sua concepção, o sigilo bancário legitima-se nas salvaguardas constitucionais da privacidade e do sigilo resultante do exercício profissional (art. 5º, X e XIV da CF). Leciona o renomado jurista: "Na realidade, uma conta bancária, qualquer que seja a sua modalidade, constitui uma projeção da personalidade do correntista que a constitui, valendo-se do serviço prestado pela instituição financeira. A sua designação como titular do depósito

46. "Em casos excepcionais e com obediência à lei, pode haver quebra do sigilo bancário, mas pelo Poder Judiciário, e não pelo Fisco, em processo administrativo" (REsp 115.063-DF, 1º T. do STJ, rel. Ministro Garcia Vieira, j. 17.4.1998, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 4, jan.-abr./1999).

47. Em resposta a consulta formulada pelo Secretário da Receita Federal, acerca de requisição de dados sigilosos por Tribunal de Contas, o mesmo autor reitera o caráter constitucional da inviolabilidade e sua imutabilidade, acrescentando que "toda Constituição democrática objetiva garantir os direitos das pessoas, em primeiro lugar, e regular de que forma o Estado servirá à sociedade por seus governantes, em segundo lugar, na conformação do Estado e do Governo explicitando os mecanismos de escolha e de controle dos governantes. Em outras palavras, as Constituições Democráticas são voltadas para o cidadão mais do que para o Governo, que deve, através do Estado, servi-lo. Esta é a razão pela qual houve por bem, o constituinte, colocar como normas imodificáveis, os direitos e garantias individuais, tornando tal elenco de princípios o mais fundamental de toda a Carta Máxima. Por esse prisma, há de se entender que as autoridades detentoras de informações dos cidadãos, sejam obrigadas a guardar sigilo sobre as mesmas, só podendo revelá-las para outros órgãos da Administração ou para o público, mediante autorização judicial. (...) É de se lembrar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal apenas permite quebra de sigilo de dados, se a informação requerida pelo Ministério Público disser respeito a dados de servidores da Administração Direta ou Indireta e nunca de cidadãos fora do Poder Público" (Ives Gandra da Silva Martins, "Sigilo de dados que devem as autoridades manter sob risco de responsabilização civil. Opinião legal", in *Questões de Direito Constitucional*, pp. 210-211).

48. Miguel Reale, "Poderes da Comissões Parlamentares de Inquérito", Parecer in *Questões de Direito Público*, pp. 111-112.

ou da aplicação diz bem do vínculo pessoal de domínio que surge como resultado de um ato de vontade: em se tratando, aliás, de um investimento, este traduz uma opção de livre iniciativa, outro valor pessoal que a Constituição vigente assegura em nada menos de dois artigos (o 1º e o de n. 170), sendo declarado um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito".

34. Na doutrina portuguesa, encontramos lição de Antônio Menezes Cordeiro⁴⁹ no sentido de que "Uma linha mais radical, quer por, do segredo bancário, ter uma idéia — francamente oposta à actual panorâmica da doutrina — contrária à sua aproximação dos direitos fundamentais, quer por uma aplicação isolada do princípio da tributação pelo lucro real, entende que os aludidos poderes limitam o segredo bancário. De modo algum: segundo o art. 34-3 do DL 367/1978, todos esses poderes só podem ser exercidos contra a vontade do contribuinte quando ordenado pela autoridade judicial competente em pedido fundamentado pelo respectivo funcionário da fiscalização tributária. (...) Finalmente: admitir que a Administração possa aceder, sem prévio controle judicial, a tudo quanto respeite aos cidadãos, sem o prévio consentimento destes — portanto: pela força — seria um extraordinário retrocesso na idéia de Estado de Direito e da separação dos poderes. Em suma: a defesa dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais requer, sempre, lei expressa e via jurisdicional, como modo de limitar certos direitos, entre os quais o sigilo bancário e o que ele representa". Augusto de Athayde⁵⁰ compartilha e repisa a lição supra, criticando a "voracidade fiscal" e seu falso apelo redistributivo e de justiça social. A firma incabível a suspensão do segredo bancário por mero ato administrativo e informa que o DL 5.132/1979, que outorgava poderes à Ins-

49. Antônio Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Bancário*, t. 1, pp. 322-323.

50. Augusto de Athayde e outros, *Curso de Direito Bancário*, v. 1, pp. 514-516.

peção Geral das Finanças para a suspensão da obrigação do sigredo foi declarado inconstitucional pelo Acórdão do Tribunal Constitucional 278/1995, ponderando, em defesa da privacidade constitucionalmente protegida, na sociedade moderna “uma conta bancária pode constituir uma verdadeira biografia em números”.

35. Esta conclusão encontra amparo na doutrina do professor Arnoldo Wald,⁵¹ que leciona: “com a revolução tecnológica, ao ‘papéis’ se transformaram em ‘dados’ geralmente armazenados em computadores ou fluindo através de impulsos eletrônicos, ensejando enormes conjuntos de informações a respeito das pessoas, numa época em que todos reconhecem que a informação é poder. A computadorização da sociedade exigiu uma maior proteção à privacidade, sob pena de colocar o indivíduo sob contínua fiscalização do governo, inclusive nos assuntos que são do exclusivo interesse da pessoa. Em diversos países, leis especiais de proteção contra o uso indevido de dados foram promulgadas e, no Brasil, a inviolabilidade dos dados individuais, qualquer que seja a sua origem, forma e finalidade, passou a merecer a proteção constitucional e, virtude da referência expressa que a eles passou o fazer o inc. XII do art. 5º, modificando, assim, a posição anterior da nossa legislação, na qual a indevassabilidade em relação a tais informações devia ser construída com base nos princípios gerais que asseguravam a liberdade individual, podendo até ensejar interpretações divergentes ou contraditórias”.

36. A necessária fiscalização do sistema bancário pelas autoridades pode e deve dar-se de forma compatibilizada com uma adequada política de sigilo e privacidade. O Bank for International Settlements divulgou o documento *Core Principles for Effective Banking Supervision*,⁵² elabora-

do pelo Basle Committee on Banking Supervision, entidade que congrega autoridades de supervisão bancária, estabelecido pelos presidentes dos Bancos Centrais dos países do G-10 e constituído por autoridades de supervisão bancária e bancos centrais da Bélgica, Canadá, França, Alemanha, Itália, Japão, Luxemburgo, Holanda, Suíça, Suécia, Reino Unido e Estados Unidos. Neste documento, relativamente à política de sigilo, consta ser necessário “um sistema de cooperação e compartilhamento de informações relevantes entre as várias agências oficiais, domésticas e estrangeiras, responsáveis pela segurança e pela solidez do sistema financeiro; essa cooperação deve se amparar em medidas para proteção da confidencialidade das informações, assegurando que elas sejam utilizadas exclusivamente para os fins relacionados com a supervisão das instituições” (p. 11). Ao tratar dos requisitos de informações de organizações bancárias, é reiterada a confidencialidade das informações de supervisão, ficando expresso que: “Embora os agentes de mercado devam ter acesso a informações corretas e oportunas, há certos tipos de informações sensíveis que devem ser preservadas como confidenciais pelos supervisores. Para que se desenvolva um relacionamento de mútua confiança, os bancos devem saber que tais informações sensíveis serão mantidas como confidenciais pelo supervisor bancário e por suas contrapartes em outros órgãos supervisores domésticos e estrangeiros” (p. 31). Em nota às *informações sensíveis*, fica explicitado que estas “incluem tipicamente informações relacionadas com contas de clientes individuais e problemas que os supervisores ajudam os bancos a solucionar”.

37. A proteção ao sigilo bancário não deve servir de escudo para a prática de crimes, sendo direito relativo e cedendo ante

51. Arnoldo Wald, *Caderno de Direito Tributário e de Finanças Públicas*, v. 1, p. 206.

52. *Princípios essenciais para uma supervisão bancária eficaz. Os princípios essenciais da*

Basileia. Comitê de Supervisão Bancária da Basileia, documento acessado no site do Banco Central do Brasil (bcb.gov.br).

relevante interesse público.⁵³ Inicialmente elencadas no art. 38 da Lei 4.494/1964 as hipóteses em que aquelas informações sigilosas podem ser reveladas a terceiros, foi dada elasticidade através da Lei Complementar 105. Tal como ocorre no caso do sigilo telefônico, aqui também a autoridade que quebra o sigilo bancário passa a ser depositária das informações, devendo manter segredo sobre os dados coligidos e utilizando-os apenas para os fins deferidos, na forma prevista em lei.⁵⁴

38. Nas palavras do Ministro Celso de Mello:⁵⁵ “O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas — e considerado o substrato ético que as informa — permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros”. Por estes motivos, “razões de relevante interesse público ou exigências deriva-

das do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição”.

39. Julgando questões referentes ao sigilo bancário envolvendo instituições financeiras, o STJ definiu que: a) “qualquer informação em poder de estabelecimentos bancários, mesmo que não descreva movimentação bancária, deve ser obtida através do Poder Judiciário”;⁵⁶ b) “não consubstancia crime de desobediência a negativa de atendimento a requisição do Ministério Público sobre assunto protegido por sigilo bancário”;⁵⁷ c) “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 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

53. O Ministro do STF Carlos Velloso definiu que o sigilo bancário protege interesses privados, sendo espécie do direito à privacidade, atendendo, também a uma finalidade de ordem pública, qual seja, de proteção ao sistema de crédito. Não é direito absoluto e deve ceder diante do interesse público, do interesse da justiça e do interesse social, sempre, contudo, na forma e com observância dos procedimentos previstos em lei. *RTJ* 148/366-378.

54. Veja-se, exemplificativamente, que a Lei 9.311/1996, art. 11, § 3º e a MP 2.037/2000, art. 47, referentes à CPMF, estabelecem que “a Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, vedada sua utilização para constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos”. *Apud* Luiz Carlos Sturzenegger, “A CPMF e a Medida Provisória 2.037”, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 10/212, out.-dez./2000. Agora, os dados da CPMF, antes vinculados a uma finalidade específica, passa a servir de indício de supostas irregularidades...

55. MS-23452-RJ, Pleno STF, rel. Ministro Celso de Mello, j. 16.9.1999, *DJ* 12.5.2000, p. 20, unânime.

56. RHC 5065-MG, 5º T. do STJ, rel. Ministro Edson Vidigal, j. 19.3.1996, *DJ* 29.9.1997, p. 48.228, *LEXSTJ* 102/233, fev./1998, unânime.

57. REsp 79026-DF, 6º T. do STJ, rel. Ministro Vicente Leal, j. 3.6.1997, *DJ* 3.5.1999, p. 182, unânime. Em outro aresto: “A criação de novas hipóteses de quebra de sigilo bancário, não previstas na Lei 4.595/1964, ou a forma de acesso a informações bancárias sigilosas, só pode ser fruto de lei complementar, não de lei ordinária, de que é espécie a Lei 8.626, de 12.2.1993, instituidora da Lei Orgânica do Ministério Público. Além disso, o art. 26, II, da referida Lei 8.265 contém autorização genérica que não afasta a exceção da proibição de violação de sigilo. O § 2º desse mesmo artigo define uma hipótese de responsabilidade de membro do MP, não de autorização de quebra de sigilo. O acesso a informações bancárias, coberto pelo sigilo, pode e deve ser obtido pelo MP através do Poder Judiciário” (*habeas corpus* 2.332-8-RJ, 5º T. do STJ, rel. Ministro Assis Toledo, j. 13.4.1994, *Revista Jurídica* 204/87, out./1994).

direito líquido e certo em não prestar as informações bancárias solicitadas".⁵⁸

40. "Nos Estados democráticos modernos, o poder dos governantes é limitado e os homens têm direitos contra o titular deste poder estatal. Dworkin entende que o homem tem o direito de desobedecer à lei sempre que ela represente uma invasão do Estado em face de seus direitos fundamentais. O direito de desobedecer a lei não é um direito autônomo, mas uma consequência desses direitos fundamentais contra o Estado. Negá-lo, seria negar a própria existência destes direitos."⁵⁹ Convergindo, o STF, homenageando as liberdades públicas, em *habeas corpus*⁶⁰ no qual figurava como coator o STJ, através do Ministro Maurício Corrêa assentou que "ninguém é obrigado a cumprir ordem ilegal, ou a ela se submeter, ainda que emanada de autoridade judicial. Mais: é dever de cidadania opor-se à ordem ilegal; caso contrário, nega-se o Estado de Direito".

41. Com relação a pedidos de quebra de sigilo requeridas pelo Fisco para fins de investigar saldos penhoráveis, o STJ invariavelmente nega os pedidos,⁶¹ dando a en-

58. ROMS 9918-PR, 6ª T. do STJ, Ministro Vicente Leal, j. 10.10.2000, DJ 30.10.2000, p. 196, por unanimidade, deram provimento ao recurso.

59. Márcio Monteiro Reis, "Moral e Direito", in *Teoria dos Direitos Fundamentais*, org. Ricardo Lobo Torres, p. 145.

60. *Habeas corpus* 73454-5-RJ, 2ª T. do STF, rel. Ministro Maurício Corrêa, j. 22.4.1996, DJU 7.6.1996, p. 19.827. Paciente: Humberto Churi David, Impetrante: João Costa Ribeiro Filho, Coator: STJ.

61. "Execução fiscal. Requisição judicial de quebra de sigilo bancário. Motivo relevante inexistente. Impossibilidade. Informações sobre movimentação bancária só devem ser expostas em casos de grande relevância para a prestação jurisdicional, consoante entendimento assentado na jurisprudência desta Colenda Corte. Agravo improvido" (AGREsp 251121-SP, 2ª T. do STJ, rel. Ministro Nancy Andrighi, j. 20.6.2000, DJ 26.3.2001, p. 415, unânime).

"As informações sobre a movimentação bancária do executado só devem ser expostas em casos de grande relevância para a prestação jurisdicional. In casu, a varredura dos contas em nome do executado, visando posterior penhora, não justifica a que-

tender que motivos meramente patrimoniais não ensejam a violação do direito. Definido, também, que, simples pedido ao Bacen, através do Judiciário, para identificação de agência bancária onde o executado possui conta corrente não implica quebra de sigilo bancário.⁶²

42. É conclusão assente que o Ministério Público não tem poderes para quebrar sigilo bancário de alguém sem autorização judicial;⁶³ seu deferimento exige indícios de

bra do sigilo bancário. Agravo improvido" (AgReg 225634-SP, 2ª T. do STJ, rel. Ministro Nancy Andriqui, j. 17.2.2000, DJ 20.3.2000, p. 67, unânime).

"Processual civil. Execução. Nomeação de bens à penhora. Recusa pelo credor. Deferimento de exibição de saldos bancários do devedor. Quebra do sigilo bancário. Impossibilidade. Precedentes. (...) I — Os elementos constantes nas declarações de bens e nos extratos bancários revestem-se de caráter sigiloso, não devendo ser o mesmo afastado se não em situações especiais em que se patenteie relevante interesse da administração da Justiça. Tal não se configura quando se trate apenas de localizar bens para serem penhorados. (...) IV — Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido" (REsp 192400-RJ, 3ª T. do STJ, rel. Ministro Waldemar Zveiter, j. 21.11.2000, DJ 5.2.2001, p. 99, unânime).

"As operações bancárias revestem-se de caráter sigiloso. Poderá a autoridade judiciária determinar seu levantamento se presente relevante motivo de ordem pública. Tal não se configura quando se trate apenas de pesquisa visando a encontrar bens suscetíveis de penhora" (REsp 207.504-PR (99/0021889-2), rel. Ministro Eduardo Ribeiro, j. 22.6.1999, DJ 185-E 27.9.1999, pp. 97-98. Do mesmo relator, no mesmo sentido: REsp 228.935-SE (1999/0079688-8), j. 3.12.1999, DJ 41-E 28.2.2000, p. 79; REsp 205.484-SE (99/0017509-3), j. 1.6.1999, DJ 156-E 16.8.1999, p. 70).

62. "Execução fiscal. Recurso especial. (...) Sigilo bancário. Citação do executado. Meio próprio. (...) 2. Simples pedido ao Bacen, através do Judiciário, de identificação da agência bancária onde o executado possui conta corrente não implica em quebra de sigilo bancário. 3. Este procedimento, porém, não substitui os meios adequados à localização do executado a fim de proceder-se a sua citação que deve anteceder a penhora. 4. Recurso especial não conhecido" (REsp 25029-SP, 2ª T. do STJ, rel. Ministro Peçanha Martins, j. 6.3.1995, DJ 5.6.1995, p. 16.648, por unanimidade, não conheceram do recurso).

63. "Constitucional. Ministério Público. Sigilo bancário: quebra. CF, art. 129, VIII, I — A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, do CF, não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autori-

autoria de delito⁶⁴ e a manutenção do sigilo deve constituir-se em óbice intransponível à apuração dos delitos investigados.⁶⁵ Exige-se seja feito o requerimento de quebra de sigilo bancário no curso de processo ou inquérito regularmente instaurado, não bastando mera representação criminal.⁶⁶

43. Para a autorização de quebra de sigilo, deve-se estar diante de relevante interesse público e fato configurador, ao me-

dade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a CF consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitima o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa. II — RE não conhecido" (RECR 215301-CE, 2º T. do STF, rel. Ministro Carlos Velloso, j. 13.4.1999, *DJ* 28.5.1999, p. 24, unânime).

64. "Constitucional. Penal. Processual penal. Sigilo bancário: quebra. Lei 4.595, de 1964, art. 38. I — Inexistentes os elementos de prova mínimos de autoria de delito, em inquérito regularmente instaurado, indefere-se o pedido de requisição de informações que implica quebra do sigilo bancário. Lei 4.595, de 1967, art. 38. II — Pedido indeferido, sem prejuízo de sua reiteração" (PETQO 577-DF, Pleno do STF, rel. Ministro Carlos Velloso, j. 25.3.1992, *DJ* 23.4.1993, p. 6.918, por maioria).

65. "Mandado de segurança. Quebra de sigilo bancário. Possibilidade. Venda de Títulos Públicos. O sigilo bancário não é um direito absoluto, podendo ser quebrado, em compatibilidade com as disposições constitucionais pertinentes, nas hipóteses em que sua manutenção crie óbice intransponível à apuração de delitos, não constituindo nestas hipóteses ilegalidade ou abuso do juízo competente. Recurso especial provido" (REsp 286697-MT, 1º T. do STJ, rel. Ministro Francisco Falcão, j. 20.2.2001, *DJ* 11.6.2001, p. 126, unânime).

66. "RMS. Administrativo. Penal. Sigilo bancário e fiscal. Quebra. I. O entendimento pretoriano se direciona no sentido de não ser o sigilo bancário absoluto, cedendo em face do interesse público. Sua quebra, no entanto, a par de prévia autorização judicial, exige sempre a presença de elementos mínimos de prova quanto à autoria de eventual delito e pressupõe a existência de processo ou inquérito regularmente instaurado. Simples representação criminal, carente de verificação da autenticidade de suas afirmações não se presta a amparar a quebra dos sigilos bancário e fiscal. 2. Recurso ordinário provido" (ROMS 10475-MT, 6º T. do STJ, rel. Ministro Fernando Gonçalves, j. 22.2.2000, *DJ* 20.3.2000, p. 124, *RSTJ* 134/547, por unanimidade).

nos em tese, de crime.⁶⁷ Incabível seu deferimento pela via administrativa, sem intervenção judicial e sem indícios de autoria de delito.⁶⁸

44. Há decisões entendendo ser imprescindível a demonstração da necessidade das informações solicitadas,⁶⁹ enquanto outras, embora ressaltem a necessidade de cuidados na violação da intimidade alheia,

67. "Penal. Processual penal. Pedido de preferência. Adiamento. Inclusão em pauta. Sigilo bancário. Quebra. Possibilidade. Mandado de segurança. Recurso. I. O julgamento, em sessão imediatamente seguinte à prevista, de recurso adiado independente de nova inclusão em pauta. 2. A garantia ao sigilo bancário não tem caráter absoluto, podendo ele ser quebrado, por decisão judicial, quando presente relevante interesse público e fato configurador, ao menos em tese, de crime. 3. Recurso a que se nega provimento" (ROMS 11008-PR, 5º T. do STJ, rel. Ministro Edson Vidigal, j. 14.12.1999, *DJ* 21.2.2000, p. 147, por unanimidade).

68. "Constitucional. Recurso ordinário em mandado de segurança. Quebra de sigilo bancário. Interesse público. Possibilidade em face de ordem de juiz competente. Art. 5º, X, XII e LV, da Carta Magna. Precedentes. I. Pacífica a orientação deste Egrégio Tribunal Superior no sentido de que o sigilo bancário não constitui direito absoluto, podendo ser desvendado diante de fundadas razões, ou da excepcionalidade do motivo, em medidas e procedimentos administrativos, com submissão a precedente autorização judicial. Constitui ilegalidade a sua quebra em processamento fiscal, deliberado ao alvitre de simples autorização administrativa (REsp 114741-DF, 1º T., rel. Ministro Milton Luiz Pereira, *DJ* de 18.12.1998, p. 291). 2. Inexiste afronta ao art. 5º, X, XII, LV, da Carta Magna, a decisão judicial que, fundada em indícios de autoria do delito, determina a quebra do sigilo bancário requisitada pela autoridade policial competente. 3. Precedentes do STJ. 4. Recurso improvido" (ROMS 8757-GO, 1º T. do STJ, rel. Ministro José Delgado, j. 25.5.1999, *DJ* 1.7.1999, p. 118, unânime).

69. "Sigilo bancário. Direito à privacidade do cidadão. Quebra do sigilo. Requisitos legais. Rigorosa observância. A ordem jurídica autoriza a quebra do sigilo bancário, em situações excepcionais. Implicando, entretanto, na restrição do direito à privacidade do cidadão, garantida pelo princípio constitucional, é imprescindível demonstrar a necessidade das informações solicitadas, com o estrito cumprimento das condições legais autorizadoras" (REsp 152455-SP, 2º T. do STJ, rel. Ministro Hélio Mosinann, j. 20.11.1997, *DJ* 15.12.1997, p. 66.371, *RSTJ* 104/235, por unanimidade, não conheceram do recurso).

ampliam sua utilização a assentar ser impossível exercitar, de início, um juízo de valor a respeito da utilidade do meio de prova pretendido, que somente se verifica rá no contexto das demais provas.⁷⁰

45. Também encontra-se de interpretação que estende a quebra de sigilo a situações de fiscalização, a fim de verificar a ocorrência de sonegação fiscal,⁷¹ bem como decisão no sentido de que princípio do contraditório não prevalece na fase inquisi-

70. "Direito Constitucional e Processual Penal. Pedido de quebra de sigilo bancário. Direito não absoluto à intimidade. Indícios de autoria. Verdade real. Deferimento. Juízo de valor sobre a prova pretendida. Recurso desprovido. I — É certo que a proteção ao sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade consagrado no art. 5º, X, da Constituição, direito esse que revela uma das garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado. Todavia, não substancia ele direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior. Sua relatividade, no entanto, deve guardar contornos na própria lei, sob pena de se abrir caminho para o descumprimento da garantia à intimidade constitucionalmente assegurada. II — Tendo o inquérito policial por escopo apurar a existência do fato delituoso, completa deve ser a investigação criminal, em prestígio ao princípio da verdade real ínsito ao direito processual penal. III — É impossível exercitar *ab initio*, um juízo de valor a respeito da utilidade do meio de prova pretendido, tendo em vista que ele pode ser válido ou não diante do contexto de todas as provas que efetivamente vierem a ser colhidas" (AGINQ 187-DF, Corte Especial do STJ, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21.8.1996, DJ 16.9.1996, p. 33.651, LEXSTJ 90/319, fev./1997, por unanimidade, negaram provimento ao agravo).

71. "Processo civil. Medida cautelar. Sigilo bancário. Fiscalização. Ausência dos pressupostos da fumaça do bom direito e do *periculum in mora*. 1. A quebra do sigilo bancário pela autoridade judicial, desde que assentada em decisão motivada e em harmonia com situações concretas, não caracteriza a fumaça do bom direito, pressuposto indispensável para, em caráter excepcional, conceder-se medida cautelar emprestando efeito suspensivo a recurso especial. 2. O sigilo bancário não é um direito de natureza absoluta. Há de ceder diante do interesse público caracterizado pela necessidade do Fisco em definir se há sonegação fiscal pela via de omissão de receitas. 3. Pedido cautelar improcedente" (MC 3060-PR, 1º T. do STJ, rel. Ministro José Delgado, j. 16.11.2000, DJ 12.3.2001, p. 91, por unanimidade).

tória.⁷² No caso de quebra de sigilo bancário encontrado envolvendo corrupção ativa,⁷³ a medida foi deferida para apurar a origem do dinheiro oferecido como propina (havia certeza quanto à existência de crime), enquanto a situação referente a crime contra o sistema financeiro nacional,⁷⁴ a medida foi deferida para apurar o crime de evasão de divisas e operação de câmbio não autorizada (a existência do crime também era certa).

46. No campo da licitude das provas,⁷⁵ "a denúncia oferecida exclusivamente com

72. "Inquérito. Agravo regimental. Sigilo bancário. Quebra. afronta ao art. 5º, X e XII da CF: inexistência Investigação criminal. Contraditório. Não prevalece. I — A quebra do sigilo bancário não afronta o art. 5º X e XII da Constituição Federal (precedente: Pet 577). II — O princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitória (HHCC 55.447 e 69.372; RE 136.239, *inter alia*). Agravo regimental não provido" (AGRINQ 897-DF, Pleno do STF, rel. Ministro Francisco Rezek, j. 23.11.1994, DJ 3.1995, p. 6.806, por maioria).

73. "(...) Não se encontra eivada de ilegalidade a quebra de sigilo bancário determinada pela autoridade judiciária competente, fundada na necessidade de se apurar a origem de dinheiro oferecido como propina em crime de corrupção ativa. Recurso ordinário desprovido" (ROMS 10097-DF, 6º T. do STJ, rel. Ministro Vicente Leal, j. 25.4.2000, DJ 15.5.2000, p. 202, RSTJ 136/545, por unanimidade).

74. "(...) Não se encontra eivada de ilegalidade a quebra de sigilo bancário determinada pela autoridade judiciária competente, fundada na necessidade de se apurar o crime de evasão de divisas e operação de câmbio não autorizada. Recurso ordinário desprovido" (ROMS 9880-PR, 6º T. do STJ, rel. Ministro Vicente Leal, j. 25.4.2000, DJ 15.5.2000, p. 202, por unanimidade).

75. "A cláusula constitucional do *due process of law* — que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público — tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impo-
postergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado" (Ministro Celso de Mello, voto no acórdão da ação penal 307-3-DF, Pleno do STF, j. 13.12.1994, DJ 13.10.1995, rel. Ministro Ilmar Galvão).

fundamento em provas obtidas por força de quebra de sigilo bancário, sem a prévia autorização judicial, é desprovida de vitalidade jurídica, porquanto baseado em prova ilícita. — Sendo a prova realizada sem a prévia autorização da autoridade judiciária competente, é desprovida de qualquer eficácia, eivada de nulidade absoluta e insusceptível de ser sanada por força da preclusão”.⁷⁶

47. O juízo de conexão e interdependência das provas é essencial para verificar a contaminação ou não da prova coligida,⁷⁷ bem como sua prestabilidade para amparar a denúncia e eventual juízo condenatório.⁷⁸

“(…) as provas ilícitas, porque proibidas, não podem ser consideradas” (RMS 8.559-SC, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 3.8.1978).

“A prova ilícita contraria o processo, o inquérito policial, o processo administrativo e a sindicância. A legalidade pode e deve ser analisada a qualquer momento” (HC 6.008-SC, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 23.6.1997).

76. *Habeas corpus* concedido: HC 9838-SP, 6º T. do STJ, rel. Ministro Vicente Leal, j. 29.3.2000, DJ 24.4.2000, p. 76, RSTJ 133/525, por maioria.

77. “Recurso de *habeas corpus* Crimes societários. Sonegação fiscal. Prova ilícita: violação de sigilo bancário. Coexistência de prova lícita e autônoma. Inépcia da denúncia: ausência de caracterização. 1. 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. 2. Cuidando-se de diligência acerca de emissão de ‘notas frias’, não se pode vedar à Receita Federal o exercício da fiscalização através do exame dos livros contábeis e fiscais da empresa que as emitiu, cabendo ao juiz natural do processo formar a sua convicção sobre se a hipótese comporta ou não conluio entre os titulares das empresas contratada e contratada, em detrimento do erário. 3. Não estando a denúncia respaldada exclusivamente em provas obtidas por meios ilícitos, que devem ser desentranhadas dos autos, não há porque declarar-se a sua inépcia porquanto remanesce prova lícita e autônoma, não contaminada pelo vício de inconstitucionalidade” (RHC 74807-MT, 2º T. do STF, rel. Ministro Maurício Correa, j. 22.4.1997, DJ 20.6.1997, p. 28.507, unânime).

78. “Recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que declarou a nulidade do processo criminal, *ab initio*, in-

Reserva legal impeditiva do controle do cidadão

48. No direito norte-americano, a Quarta Emenda⁷⁹ assegura a inviolabilidade das pessoas, suas residências e papéis contra investigações e apreensões “não razoáveis”, condicionando a legitimidade das ações restritivas a mandado judicial.

clusive da denúncia, por incompetência da Justiça Federal. 3. Ato investigatório mantido, a serem apreciados pela Justiça Estadual. 4. Decerto, os atos investigatórios constantes do inquérito policial, da fase indiciária, não são nulos, *ut art* 567 do CPP, porque não se revestem de caráter decisório, salvo aqueles de natureza constritiva de direito, que, possuindo essa índole, provêm de decisão judicial. 5. Recurso parcialmente provido para ampliar o deferimento do *habeas corpus* e considerar nula a decisão do Juiz Federal incompetente, quanto à autorização para a interceptação telefônica e quebra dos sigilos bancário e telefônico, sem prejuízo das demais provas constantes do inquérito policial que, autônomas, possam fundamentar a denúncia do Ministério Público Estadual” (RHC 80197-GO, 2º T. do STF, rel. Ministro Néri da Silveira, j. 8.8.2000, DJ 29.9.2000, p. 100, unânime).

79. “The Fourth Amendment provides that ‘[t]he right of the people to be secure in their persons, house, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated’. ‘At the very core’ of the Fourth Amendment ‘stands the right of a man to retreat into his own home and there be free from unreasonable governmental intrusion’. *Silverman v. United States*, 365 US 505, 511 (1961). With few exceptions, the question whether a warrantless search as a home is reasonable and hence constitutional must be answered n. See *Illinois v. Rodriguez*, 497 US 177, 181 (1990); *Payton v. New York*, 445 US 573, 586 (1980). (...) Technical trespass not necessary for Fourth Amendment violation; it suffices if there is ‘actual intrusion into a constitutionally protected area’ (*Silverman v. United States*, *supra*, at. 510-512). Visual surveillance was unquestionably lawful because ‘the eye cannot by the laws of England be guilty of a trespass’. *Boyd v. United States*, 116 US 616, 628 (1886) (quoting *Enlick v. Carrington*, 19 How. St. Tr. 1029, 95 Eng. Rep. 807 (KB 1765). We have since decoupled violation of the person’s Fourth Amendment rights from transpositional violation of his property, see *Rakas v. Illinois*, 439 US 128, 143 (1978), but the lawfulness of warrantless visual surveillance of a home has still been preserved. (...) Justice Scalia *Kyllo v. United States* 99-8508, argued February 20, 2001, decided June 11, 2001.”

49. Muito provavelmente, daquele positivo deriva a consagração da inviolabilidade do domicílio consagrada em nossa Constituição Federal. À época em que o dispositivo foi elaborado, todo e qualquer negócio ou dado encontrava-se registrado em papéis, guardados na intimidade da residência. E o que não está ao acesso do público, tem caráter privado. Conforme anotou o Prof. Arnoldo Wald, hoje os “papéis” transformaram-se em dados, trafegando em redes virtuais e armazenados em bancos de dados.

50. A questão é: a simples alteração no modo de documentar e armazenar as informações altera a sua natureza? Os bancos de dados, por deterem informações que não mais são documentadas em papel e guardadas na intimidade do lar, não passaram a ser, pela sua própria natureza e função, extensões do domicílio? E o acesso, investigação e violação destes dados, não necessitam, necessariamente, de autorização judicial? O controle da razoabilidade das medidas, da fundamentação das médias pretendidas, não constitui-se em reserva do Poder Judiciário independente e isento?

51. O debate acerca da Lei Complementar 105, que possibilita ao Fisco acesso direto às contas bancárias dos cidadãos acaba menosprezando dois fatores que, aparentemente secundários nesta discussão, talvez sejam os mais graves: a) a possibilidade de utilização dos dados da CPMF como forma indiscriminada de controle de toda e qualquer movimentação financeira e seu reconhecimento como indício suficiente para afastar a presunção de inocência e inverter o ônus da prova em processo que pode ter repercussões criminais e gerar penas privativas de liberdade, e b) o fato de que a “inovação” trazida pela Lei Complementar 105 não é nada mais nada menos do que a materialização dos poderes pretendidos pela ditadura militar em 1964, pretensão afastada com coragem e independência pelos magistrados da época, preservando o cidadão da ingerência e do controle do poder em seus atos particulares.

52. A questão que se apresenta é a da pretendida possibilidade de total controle de toda a movimentação financeira de todas as pessoas, sonho maior de qualquer ditador, curiosamente implementado apenas em nossa exemplar democracia. A Lei Complementar 105 revogou o art. 38 da Lei 4.595/1964. Esta lei, segundo o STF⁸⁰ declarou na ADIn 4, foi recepcionada pela CF/1988 com caráter de lei complementar, regulando o Sistema Financeiro Nacional até que o Congresso emita nova legislação, já tendo sido decretada sua mora pelo STF em vários mandados de injunção.

53. Assim, o governo, sem qualquer esforço político, mantém a situação de caos financeiro no país,⁸¹ no qual vigoram as

80. ADIn 4-7-DF, rel. Ministro Sydney Sanches, j. 7.3.1991, DJ 25.6.1993. Requerente: o Partido Democrático Trabalhista — PDT; Requerido: o Sr. Presidente da República. Votaram pela auto-aplicabilidade do § 3º do art. 192 da CF os Ministros Néri da Silveira, Paulo Brossard, Marco Aurélio Mello e Carlos Velloso, a corrente prevalente, contra a auto-aplicabilidade foi composta pelos Ministros Sydney Sanches, Moreira Alves, Aldir Passarinho, Octávio Gallotti, Célio Borja e Celso de Mello. Impedido o Ministro Sepúlveda Pertence.

81. O Ministro Marco Aurélio Mello, em recente voto vencido, expressou: “(...) trata-se de embate entre a usura e o Brasil. Não consegui mais resistir à força da minha consciência e passei, também nesta matéria, a votar de acordo com o convencimento pessoal. Em época de deflação, contamos com juros realmente excessivos”. O eminente Ministro critica a inércia do Legislativo ante os inúmeros mandados de injunção deferidos para regulamentar o dispositivo constitucional limitador dos juros, com eficácia meramente declaratória, e complementa: “Assim, a consequência foi única: de um lado, o § 3º do art. 192, no que limita os juros anuais a 12% ao ano, não tem aplicação imediata; de outro, em que pese a previsão sobre o mandado de injunção, aquele tomador de empréstimo — com juros extorsivos a conduzirem, fatalmente, à morte civil — não conta com meio hábil a tornar prevalente o direito assegurado constitucionalmente. O resultado dessa visão, distanciada dos interesses maiores do povo brasileiro, está aí mesmo, com o desemprego grassando, a economia paralisada, e o País partindo para situação inconcebível. Por isso, resolvi reexaminar a matéria e, mesmo correndo o risco de ser mal compreendido, tomar claro e preciso o meu entendimento sobre o que se contém na Carta da República. Dir-se-á que haverá, apenas, mais um voto vencido. A

maiores taxas de juros do mundo, sem o mínimo controle, mantendo o cidadão sacrificado ao jogo financeiro no qual lhe cabe o papel de perdedor. E, curiosamente, no talvez único dispositivo da vetusta lei em que o cidadão encontrava algum resguardo — através de democrática construção jurisprudencial —, e somente aí, o governo promove alterações, restringindo tais garantias, como que a invocar uma isonomia com as instituições financeiras no poder de achacar o cidadão brasileiro.

54. Em acórdão do TJRS,⁸² datado de 1992, o relator Desembargador Araken de

min, isso não importa, porquanto devo cumprir o dever assumido de tornar eficaz a Carta Política da República, honrando a toga que tenho sobre os ombros até que me falte entusiasmo para tanto e a deixe em definitivo. Vozes que calam são vozes coniventes, contribuindo para o que Barbara Tuchman aponta como "a marcha da insensatez". Destarte, até mesmo com algum lamento, porquanto silencie, ressaltando o entendimento pessoal, nesses últimos 8 anos, mas isso serve de alerta quanto a outras situações semelhantes, volto à posição primeira e o faço com a tranquilidade de estar combatendo o bom combate" (RE 230.548-8-RS, 2ª T. do STF, rel. Ministro Maurício Correa, j. 21.9.1998, DJ 8.9.2000).

82. "Passando à interpretação deste último dispositivo, não consigo, realmente, interpretá-lo no sentido preconizado pelo Fisco. Em primeiro lugar, rememore-se que os parágrafos anteriores do art. 38 permitem a quebra de sigilo por ordem judicial. E o aludido § 5º consigna a existência de 'processo' e de autoridade, sem quaisquer adjetivos funcionais. Ora, a interpretação sistemática conduz, necessariamente, a combinar o § 5º com o sistema do art. 38. Assim, só o órgão jurisdicional, as instâncias da parte, aí incluído o Fisco, pode romper o véu das instituições financeiras. Além da autoridade jurisdicional, sob a égide da atual Carta Política de 1988, também as Comissões Parlamentares de Inquérito ostentam idêntico poder. E mesmo a leitura rigorosa do § 5º do art. 38, empregando a paupérrima exegese literal, não deixa dúvidas, porque se utiliza o substantivo 'processo', a denotar a relação jurídica processual, sabido que, na órbita administrativa, o administrador, em geral, utiliza a palavra menos ambiciosa de 'procedimento', por exemplo, no art. 399, II, que menciona os 'procedimentos administrativos'; o art. 142 do CTN, ou, então, quando emprega 'processo', sempre adjetiva com 'administrativo' (v.g., no art. 2º, § 5º, VI, da Lei 6.830/1980). Foi o legislador de 1964, talvez, deliberadamente ambíguo, abrindo ensanclas à interpretação favorável do Fisco. De-

Assis, analisa o conteúdo do então vigente art. 38, § 5º da Lei 4.595/1964 que regravava o sigilo bancário até o advento da Lei Complementar 105 e seus derivados, concluindo o julgador que somente através do Poder Judiciário — autoridade competente —

certo a mesma, como se diz à fl. 114, poderia ter 'redação bastante diferente'. Mas atenho-me à redação vigente e, nela, não extraio a exegese defendida amiúde pelas autoridades fazendárias. Por outro lado, o advento do extenso catálogo de liberdades públicas constantes da Constituição Federal de 1988 altera o panorama infraconstitucional. Estou entre aqueles que se obrigam, dia a dia, a repensar as normas anteriores, a cotejá-las com a nova Carta Política, para verificar se, efetivamente, na letra e no espírito, foram recepcionadas pela Constituição. Ora, o direito de o Fisco vasculhar as contas bancárias de alguém, à procura mais do ilícito mesmo do que de sua prova (esclarecem as informações que 'tais elementos complementarão os dados necessários à perfeita averiguação do fato tributário', fl. 43), se mostra incompatível, à primeira vista, com a tutela da intimidade, da vida privada e da imagem do cidadão (art. 5º, da CF). (...) Parece que é esta a concepção do Fisco: todos são sonegadores, salvo prova em contrário. E, para comprovar que todos são sonegadores, também é lícito vasculhar a devassar as contas bancárias de todos os cidadãos, haja ou não indício prévio de existência de ilícito. Também é incompatível a devassa unilateral com o contraditório e o direito à defesa, previstos no art. 5º, LV, porquanto não se pode supor que o Banco altere os dados de suas fichas e disquetes, em convivência com o ilícito do contribuinte, e as medidas sem audiência da parte contrária só se admitem quando há risco de que do seu conhecimento poderá o réu ou requerido torná-la ineficaz. E, por fim, observo que, quando a Carta Política cuidou de romper o sigilo, conferiu tal poder, exclusivamente, ao órgão jurisdicional, como se infere do art. 5º, XII. Quer do ponto de vista infraconstitucional, quer da interpretação constitucional, portanto, que já deixo, Sr. Presidente, questionados para eventual recurso da parte, o comportamento do Fisco configura inominável abuso, contrário à ordem jurídica. Se o Fisco deseja obter prova de ilícitos tributários, que impliquem a quebra do sigilo bancário, se sujeitará, como todo e qualquer cidadão, a acudir ao órgão jurisdicional, mediante a demanda cabível, por exemplo, assecuração de prova, que deferirá ou não a medida. Comportamento diverso significará que o Fisco, no dealbar do novo século, segue os padrões ancestrais dos odiados agentes da Coroa portuguesa" (AC 592.080.493-POA, 1ª CCTJRS, rel. Des. Araken de Assis, j. 17.11.1992, acórdão compilado por Nelson Eizirik in *Instituições Financeiras e Mercado de Capitais*, v. II, pp. 1.692-1.693).

o Fisco poderia obter a quebra do sigilo bancário, em processo judicial — e não administrativo. Ainda que tal conclusão não derivasse do texto do art. 38 da Lei 4.595/1964, estaria implícita a regra no novel sistema constitucional implementado com a CF/1988.

55. Diga-se que a Lei 4.595 foi elaborada em plena ditadura militar e, mesmo naquele período de exceção, o Judiciário soube, com coragem e independência, preservar a intimidade e privacidade dos cidadãos diante do poder armado. Estranhamente, em plena “democracia”, tenta-se implementar o que a ditadura não conseguiu, reformando os dispositivos em que o Judiciário apoiava a defesa do cidadão: o “processo” necessário restou definido como “administrativo”, o mesmo dando-se com a “autoridade” competente. O direito/dever de sigilo desaparece e o procedimento execrado, num passe de mágica, torna-se legítimo, realizando o que até a ditadura militar teve pudores de explicitar!

56. Já tendo o Executivo, no período FHC, concentrado em suas próprias mãos o papel do Poder Legislativo, legislando indiscriminadamente através de MPs, agora avoca, também, o papel de magistrado, processando e julgando.⁸³ Já não precisa-

83. “As garantias constitucionais, em conjunto, se caracterizam como imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público (especialmente), limitativas de sua conduta, para assegurar a sua observância ou, no caso de inobservância, a reintegração do direito. (...) as garantias constitucionais gerais são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, visam impedir o arbítrio, com o que constituem, ao mesmo tempo, técnicas assecuratórias de eficácia das normas conferidoras dos direitos fundamentais. Tais são, por exemplo, a existência de Constituição rígida que declare os direitos fundamentais e suas garantias e estructure órgãos jurisdicionais dotados de independência e imparcialidade, com capacidade, de fato e de direito, para solucionar conflitos de interesses interindividuais e, especialmente, os que se manifestam entre o indivíduo e o Estado; nisso é que se revela o princípio da separação dos poderes como a matriz de todas as garantias dos direitos do homem” (José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7ª ed., p. 355).

mos mais dos poderes Legislativo e Judiciário, nem respeitar a divisão de competências e atribuições constitucionalmente estabelecidas, entaves à nossa pretensa modernidade.

57. A pretensão de invasão indiscriminada de contas bancárias, baseada em presunções arbitrárias e derivadas de dados gerados por uma “contribuição” execrável, aprovada para função específica e sob condição de sigilo,⁸⁴ e agora, novamente desvirtuada, em evidente abuso de poder e desvio de finalidade merece repúdio, pois “a *disclosure* das informações bancárias não pode servir de instrumento de devassa exploratória, isto é, não destinada à apuração de uma suspeita definida, mas, sim, à busca da descoberta de ilícitos insuspeitados” (STF, IP 901-6-DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 16.2.1995, DJU 23.2.1995, p. 3.506).

Quebra de sigilo bancário e telefônico através de CPIS

58. As CPIS tiveram delimitadas sua natureza e atribuições institucionais através do art. 58, § 3º, da CF/1988, que lhes conferiu “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”, restringindo-as apenas ao campo da indagação probatória, excluindo “quaisquer outras prerrogativas que se incluem, ordinariamente, na esfera de competência dos magistrados e Tribunais, inclusive aquelas que decorrem do poder geral de cautela conferido aos juízes, como o poder de decretar a indisponibilidade dos bens pertencentes a pessoas sujeitas à investigação parlamentar. (...) as

84. A Lei 9.311/1996, art. 11, § 3º e a Medida Provisória 2.037/2000, art. 47, referentes à CPMF, estabelecem que “a Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, vedada sua utilização para constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos” (*apud* Luiz Carlos Sturzenegger, “A CPMF e a Medida Provisória 2.037”, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 10/212, out.-dez.2000).

Comissões Parlamentares de Inquérito não podem formular acusações e nem punir delitos (*RDA 199/205*, rel. Ministro Paulo Brossard), nem desrespeitar o privilégio contra a auto-incriminação que assiste a qualquer indiciado ou testemunha (*RDA 196/197*, rel. Ministro Celso de Mello — HC 79.244-DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence), nem decretar a prisão de qualquer pessoa, exceto nas hipóteses de flagrância (*RDA 196/195*, rel. Ministro Celso de Mello — *RDA 199/205*, rel. Ministro Paulo Brossard)⁸⁵.

59. O STF já decidiu que as CPIS tem poderes para decretar quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico,⁸⁶ devendo ser

85. MS 23452-RJ, Pleno do STF, rel. Ministro Celso de Mello, j. 16.9.1999, *DJ* 12.5.2000, p. 20, unânime.

86. "O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) — ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política — não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV). As deliberações de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, à semelhança do que também ocorre com as decisões judiciais (*RTJ* 140/514), quando destituídas de motivação, mostram-se írritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal" (MS 23452-RJ, Pleno do STF, rel. Ministro Celso de Mello, j. 16.9.1999, *DJ* 12.5.2000, p. 20, unânime).

adequadamente fundamentada,⁸⁷ sob pena de nulidade,⁸⁸ passando a autoridade a ser depositária dos dados reservados e tendo o dever de mantê-los em sigilo, a não ser nos casos e na forma em que sua revelação

87. "A quebra fundamentada do sigilo inclui-se na esfera de competência investigatória das Comissões Parlamentares de Inquérito. 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. Precedente: MS 23.452-RJ, rel. Ministro Celso de Mello (Pleno); MS 23.652-DF, Pleno do STF, rel. Ministro Celso de Mello, j. 22.11.2000, *DJ* 16.2.2001, p. 92, unânime. 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" (MS 23466-DF, Pleno do STF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 4.5.2000, *DJ* 6.4.2001, p. 70, unânime). Na opinião do Professor Caio Tácito, a quebra do sigilo bancário importa em limitação à inviolabilidade da intimidade, da vida privada e de dados pessoais, direitos fundamentais garantidos nos incs. X e XII do art. 5º da CF. Segundo o autor "o princípio da inviolabilidade de dados sigilosos não admite que se possa presumir, ou preventivamente supor, conduta irregular não comprovada, ou sequer definida. A exceção ao dever de sigilo, admitida em tese, mediante ato regular do juiz ou do legislador, exige, para sua validade intrínseca, adequada fundamentação, que é requisito constitucional obrigatório para os atos de julgamento (Constituição, art. 93, n. IX)" (Caio Tácito, "As investigações parlamentares e o sigilo bancário", in *Temas de Direito Público, Estudos e Pareceres*, 3ª v., pp. 109-110)".

88. "Comissão Parlamentar de Inquérito. Quebra de sigilos bancário, fiscal e telefônico decretada sem nenhuma fundamentação. Mandado de segurança deferido, de acordo com os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal" (MS 23619-DF, Pleno do STF, rel. Ministro Octávio Gallotti, j. 4.5.2000, *DJ* 7.12.2000, p. 7, unânime).

mostra-se essencial à adoção das providências que a lei impõe.⁸⁹

60. Decidiu-se,⁹⁰ em acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello, que compete ao STF julgar, em sede originária, mandados de segurança e *habeas corpus* impetrados contra CPIs constituídas no Congresso Nacional ou no de qualquer de suas casas, e que o controle jurisdicional de abusos praticados por CPI não ofende o princípio da separação dos poderes.⁹¹

89. “Dever de preservação dos registros sigilosos. A Comissão Parlamentar de Inquérito, embora disponha, *ex propria auctoritate*, de competência para ter acesso a dados reservados, não pode, agindo arbitrariamente, conferir indevida publicidade a registros sobre os quais incide a cláusula de reserva derivada do sigilo bancário, do sigilo fiscal e do sigilo telefônico. Com a transmissão das informações pertinentes aos dados reservados, transmite-se à Comissão Parlamentar de Inquérito — enquanto depositária desses elementos informativos —, a nota de confidencialidade relativa aos registros sigilosos. Constitui conduta altamente censurável — com todas as consequências jurídicas (inclusive aquelas de ordem penal) que dela possam resultar — a transgressão, por qualquer membro de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, do dever jurídico de respeitar e de preservar o sigilo concernente aos dados a ela transmitidos. Havendo justa causa — e achando-se configurada a necessidade de revelar os dados sigilosos, seja no relatório final dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito (como razão justificadora da adoção de medidas a serem implementadas pelo Poder Público), seja para efeito das comunicações destinadas ao Ministério Público ou a outros órgãos do Poder Público, para os fins a que se refere o art. 58, § 3º, da Constituição, seja, ainda, por razões imperiosas ditadas pelo interesse social — a divulgação do segredo, precisamente porque legitimada pelos fins que a motivaram, não configurará situação de ilicitude, muito embora traduza providência revestida de absoluto grau de excepcionalidade” (MS 23452-RJ, Pleno do STF, rel. Ministro Celso de Mello, j. 16.9.1999, DJ 12.5.2000, p. 20, unânime).

90. MS 23452-RJ, Pleno do STF, rel. Ministro Celso de Mello, j. 16.9.1999, DJ 12.5.2000, p. 20, unânime.

91. O controle de poder constitui-se em exigência de ordem político-jurídica essencial ao regime democrático e nosso sistema constitucional consagrou o princípio da limitação dos poderes com o intuito de impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito de Estado e vedar a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos

61. Ensina o Ministro Celso de Mello⁹² que: “a essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. — O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República”.

Recurso apropriado para opor-se à quebra de sigilo bancário

62. A jurisprudência é harmônica quanto ao cabimento do mandado de segurança para manifestar oposição a determinações de quebra de sigilo bancário,⁹³ mos-

Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional, submetendo-os todos aos limites constitucionais e legais.

92. MS 23452-RJ, Pleno do STF, rel. Ministro Celso de Mello, j. 16.9.1999, DJ 12.5.2000, p. 20, unânime.

93. “RMS. Constitucional. Processual civil. Mandado de segurança. *Habeas corpus*. O mandado de segurança é ação constitucional para resguardar direito líquido e certo. Idôneo para o Judiciário

trando-se controvertida quanto à possibilidade de utilização da via do *habeas corpus*.⁹⁴ eis que tutelada através deste a liberdade de locomoção, e não direito líquido e certo, havendo decisões do STF⁹⁵ e do STJ⁹⁶ no sentido de sua admissibilidade

reconhecer, na espécie, e direito de não quebrar o sigilo bancário. Não se confunde, aí, com o *habeas corpus*, que visa a preservar o Direito de locomoção" (ROMS 2265-PB, 6º T. do STJ, rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 18.12.1992, DJ 12.4.1993, p. 6.084, por unanimidade, deram provimento ao recurso, para que o Tribunal de Justiça reteme o julgamento).

94. "Constitucional. Processual penal. *Habeas corpus*. Decisão que decreta a quebra do sigilo bancário. Direito de locomoção. Lesão. Inocorrência. O *habeas corpus* é remédio constitucional que tem por objetivo a proteção do direito de locomoção, não se prestando para afastar decisão que decreta a quebra do sigilo bancário. *Habeas corpus* denegado" (HC 8218-SP, 6º T. do STJ, rel. Ministro Vicente Leal, j. 4.2.1999, DJ 1.3.1999, p. 384, LEXSTJ 119/366, jul/1999, por unanimidade, denegaram o *habeas corpus*).

"Processual penal. *Habeas corpus*. Quebra de sigilo bancário. Via adequada. O *habeas corpus* visa a proteção que se restringe à liberdade de locomoção, não sendo a via adequada para obstaculizar a quebra irregular de sigilo bancário. Ordem não conhecida" (HC 6412-GO, 5º T. do STJ, rel. Ministro Cid Flaquer Scartezini, j. 10.3.1998, DJ 13.4.1998, p. 130, unânime).

95. "*Habeas corpus*. Admissibilidade. Decisão judicial que, no curso do inquérito policial, autoriza quebra de sigilo bancário. Se se trata de processo penal ou mesmo de inquérito policial, a jurisprudência do STF admite o *habeas corpus*, dado que de um ou outro possa advir condenação a pena privativa de liberdade, ainda que não iminente, cuja aplicação poderia vir a ser viciada pela ilegalidade contra o qual se volta a impetração da ordem. Nessa linha, não é de recusar a idoneidade do *habeas corpus*, seja contra o indeferimento de prova de interesse do réu ou indiciado, seja, o deferimento de prova ilícita ou o deferimento inválido de prova lícita: nessa última hipótese, enquadra-se o pedido de *habeas corpus* contra a decisão — alegadamente não fundamentada ou carente de justa causa — que autoriza a quebra do sigilo bancário do paciente. II — *Habeas corpus*: decisão equivocada do relator declaratória da incompetência do Tribunal, não gerando preclusão no processo de *habeas corpus*, pode nele ser retificada de ofício" (HC 79191-SP, 1º T. do STF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 4.5.1999, DJ 8.10.1999, p. 39, deferido em parte, unânime).

96. "*Habeas corpus*. Quebra de sigilo bancário. Admissibilidade. I. A idoneidade do *habeas*

quando a quebra de sigilo for determinada em processo penal ou inquérito policial de que possa advir pena privativa de liberdade. O uso do recurso extraordinário ou do especial, ou de ambos, dependerá da fundamentação da autorização, uma vez que o direito é resguardado em cláusula constitucional, enquanto as exceções estão previstas em legislação infraconstitucional.⁹⁷

Conclusões

63. O inc. LV do art. 5º da Constituição Federal expressa que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"; em complemento o inc. LVI expressa que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos", ao passo que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado

corpus como meio de afastar constrangimento decorrente da violação do sigilo bancário, desdobramento do direito à intimidade e à privacidade, que, por sua vez compreende-se no campo mais amplo do direito à liberdade, consoante autorizada doutrina, vem sendo admitida pela jurisprudência quando se tratar de processo penal ou inquérito policial. 2. Ordem concedida dada a carência de fundamentação do despacho impositivo da violação do sigilo bancário sem indicar elementos mínimos de prova quanto à autoria do delito" (HC 8317-PA, 6º T. do STJ, rel. Ministro Fernando Gonçalves, j. 28.3.2000, DJ 15.5.2000, p. 201, por unanimidade, concederam ordem de *habeas corpus* para declarar a insubsistência da decisão autorizativa da quebra do sigilo bancário do paciente).

97. "Constitucional. Sigilo bancário: quebra. Administradora de cartões de crédito. CF, art. 5º, X, I — Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege art. 5º, X, não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional. II — RE não conhecido" (RE 219780-PE, 2º T. do STF, rel. Ministro Carlos Velloso, j. 13.4.1999, DJ 10.9.1999, p. 23, unânime).

de sentença penal condenatória” — inc. LVII. Estes dispositivos consolidam princípios fundamentais do direito, dizendo respeito ao *direito de ampla defesa*,⁹⁸ à *inadmissibilidade de provas ilícitas*⁹⁹ e da *pre-*

98. Leciona Camargo Aranha: “o princípio constitucional do contraditório — *audiatur et altera pars* — exige que a prova somente tenha valia se produzida diante de quem suportará seus efeitos, com a possibilidade de contrariá-la por todos os meios admissíveis. Daí porque a prova emprestada somente poderá surtir efeito se originariamente colhida em processo entre as mesmas partes ou no qual figure como parte quem por ela será atingido. Em hipótese alguma, por violar o princípio constitucional do contraditório, gerará efeitos contra quem não tenha figurado como uma das partes no processo originário” (Adalberto José de Camargo Aranha, *Da Prova no Processo Penal*, 2ª ed., p. 188). Ensinamento compartilhado pelo Ministro Vicente Leal: “a prova emprestada é qualificada como prova ilícita, porque realizada com inobservância dos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal. E por isso mesmo, tal espécie de prova não se presta para embasar uma sentença penal condenatória, porque recolhida fora do espaço próprio, que é o sumário de culpa” (HC 14.274-PR, 6º T. do STJ, j. 3.5.2001, DJU 4.6.2001). José Rubens Costa demonstra o relevo que os limites formais exercem na proteção aos direitos fundamentais. Diz ele: “conhecida a expressão que afirma ser a forma o preço que cada cidadão paga por sua liberdade, ao passo que a redução das formas aumenta o arbítrio do órgão julgador. (...) O sistema de nulidades ou de vícios de nulidade não significa, em decorrência, simples proteção à forma, mas a consecução da liberdade das partes, o respeito ao contraditório, o exercício do direito de ação e de defesa, enfim, a garantia do tratamento igual e equidistante pelo Poder Judiciário” (José Rubens Costa, *Manual do Processo Civil*, v. II, pp. 290 e 301).

99. “A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica” (trecho do voto do Ministro Celso de Mello no acórdão da AP 307-3-DF, Pleno do STF, rel. Ministro Ilmar Galvão, j. 13.12.1994). O Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro já teve oportunidade de referir que “a prova ilícita contraria o processo, o inquérito policial, o processo administrativo e a sindicância. A legalidade pode e deve ser analisada a qualquer momento” (HC 6.008-SC, 6º T. do STJ, j. 10.12.1996, DJU 23.6.1997), bem como que “admitem-se, em juízo, todos os meios de prova, salvo as obtidas por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI).

sunção de inocência,¹⁰⁰ conquistas derivadas de incontestável evolução histórica¹⁰¹ e caracterizadoras de evidentes garantias fundamentais do homem, *inseparáveis da idéia de dignidade da pessoa humana, núcleo estruturante e inviolável* dos direitos fundamentais.

64. As regras antes aludidas encontram-se inseridas no título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, possuindo, consoante a doutrina constitucional, a natureza e finalidade de *proteção às liberdades individuais* e função de *limite de restrições*¹⁰² àquelas, com evidente projeção

As provas ilícitas, porque proibidas, não podem ser consideradas. Cumpre desentranhá-las dos autos” (recurso em MS 8.559-SC, 6º T. do STJ, j. 12.6.1998, DJU 3.8.1998). O Ministro Vicente Leal, ao seu turno, lembra que “a Carta Política de 1988 foi concebida num período de reconquista das franquias democráticas e, por isso, o Constituinte foi explícito na consagração dos princípios do *amplo direito de defesa*, do *devido processo legal*, do *contraditório* e da *inadmissibilidade da prova ilícita* (CF, art. 5º, LIV, LV e LVI)” (HC 9.838-SP, 6º T. do STJ, j. 29.3.2000, DJU 24.4.2000).

100. A inocência constitui-se em presunção legal, derivada de dispositivo constitucional. A culpa deve ser provada. Quem acusa têm o ônus de provar a culpa do acusado, ao passo que este não tem o dever de provar a sua inocência e, em caso de dúvida, é em favor do último que as presunções militam (Giovana Polo, “A inadmissibilidade da inversão do ônus da prova no processo penal”, *Revista Jurídica* 288/72-73).

101. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, asseverava que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado (...)” ao passo que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas consigna em seu art. XI que “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a culpabilidade tenha sido provada *de acordo com a lei*, em julgamento público, no qual tenham sido asseguradas todas as garantias à sua defesa”. No plano internacional, a presunção de inocência restou positivada, ainda, no art. 8º, § 2º, do Pacto de São José da Costa Rica (internalizado no Brasil através do Decreto Federal 678/1992) e no art. 14, § 2º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966. Ver Vladimir Aras, “Princípios do Processo Penal”, *Jusnavigandi* 52 (jusnavigandi.com.br).

102. Gilmar Mendes ensina que a CF/1988, ao abrigar tamanha extensão de direitos individuais,

positiva, e inegável *eficácia vinculativa*, tanto para o intérprete quanto para o administrador e o legislador.

65. O ordenamento jurídico consiste num sistema, hierarquicamente organizado e axiologicamente estruturado, cujo referencial máximo, no Estado Democrático de Direito, é a Constituição; seu conteúdo normativo e principiológico passa a *vincular o intérprete do direito* e exercer uma *eficácia conformadora* na sua atividade,¹⁰³ irradiando seus efeitos sobre todas as áreas e que interessam à ciência jurídica e passando a ser a harmonia com as normas constitucionais pré-requisito para a validade e eficácia das normas infraconstitucionais, bem como da legitimidade dos procedimentos nelas pautados, sejam em sede judicial, legislativa ou administrativa.¹⁰⁴

catalogando-os já no início do texto constitucional e conferindo-lhes eficácia imediata e reconhecendo-os como elementos integrantes da identidade e continuidade da CF — vedando sua supressão através de reforma constitucional —, demonstra a importância de lhes quis atribuir o legislador, vinculando diretamente os órgãos estatais e impondo-lhes estrita observância àqueles. “Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são direitos de defesa (*abwehrrechte*), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo não impedimento de prática de determinado ato, seja pela não intervenção em situações subjetivas ou pela não eliminação de posições jurídicas. Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público (*negative Kompetenzbestimmung*), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurada” (Gilmar Ferreira Mendes, “Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional”, *Revista Diálogo Jurídico* 10, jan./2002).

103. Veja-se, exemplificativamente: no campo tributário Roque Antonio Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 16ª ed.; no campo penal: Maurício Antônio Ribeiro Lopes, *Teoria Constitucional do Direito Penal*; no campo civil: Paulo Luiz Netto Lôbo, “Constitucionalização do Direito Civil”, *Jusnavigandi* 33 (jusnavigandi.com.br).

104. Segundo Fábio Medina Osório: “sustenta-se, em doutrina, a idéia de que não há diferenças substanciais entre normas penais e normas administrativas sancionadoras”, informando que esta é a tese majoritária na doutrina europeia, tendo sido o Tribunal Supremo espanhol o responsável pela elabora-

66. A intimidade e a privacidade constituem-se em explícitas garantias fundamentais (CF, art. 5º, X e XII), somente podendo sofrer restrições onde a Constituição Federal permite, de acordo com a lei, através de órgão competente e em processo que respeite os limites formais e materiais estabelecidos em conformidade com os ditames da Carta Política.¹⁰⁵

67. Diante da análise efetuada, a utilização do princípio da proporcionalidade pelo julgador encontra limite na verificação dos reflexos da prova ilícita no restante do processo criminal, a fim de que seja

ção da teria da unidade de ilícitos penais e administrativos (Fábio Medina Osório, *Direito Administrativo Sancionador*, pp. 102 e 106). É o que sustenta Luiz Roberto Barroso, amparado no magistério de Nelson Hungria: “o direito administrativo punitivo é apenas mais uma forma de manifestação do chamado poder punitivo do Estado. Sua diferenciação relativamente ao processo penal é apenas de grau ou, muitas vezes, mera opção legislativa” (Luiz Roberto Barroso, “A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei 9.873/1999”, *Revista Diálogo Jurídico* 4/14, v. 1, jul./2001, in [direito publico.com.br](http://direito.publico.com.br).) Por este motivo, o direito administrativo, em sua dimensão sancionatória, compartilha com o direito penal os mesmos princípios gerais de aplicação de suas normas, conclusão compartilhada pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, no sentido de que “a punição administrativa guarda evidente afinidade, estrutural e teleológica, com a sanção penal” (STJ, REsp 19.560-0-RJ, j. 15.9.1993, DJU 18.10.1993).

105. “Se quisermos identificar o que, na segunda metade do século XX, representou novidade no campo do direito processual, concluiremos por identificá-la na denominada *constitucionalização* do processo. Decorrente necessária, a meu sentir, dos ganhos democráticos obtidos em termos de cidadania, que se traduziram em mais significativa participação nas decisões políticas de um maior número de instituições e pessoas. A noção do devido processo legal, já anteriormente trabalhada pela doutrina, ganhou dimensão nova, revestindo-se do caráter mais abrangente de garantia do *devido processo constitucional*” (J. J. Calmon de Passos, “Instrumentalidade do processo e devido processo legal”, *Revista Diálogo Jurídico* 1, v. 1, in direitopublico.com.br). Em defesa da *leitura constitucionalizada* do processo administrativo, ver Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, *Processo Administrativo*; Egon Bockmann Moreira, *Processo Administrativo — Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*.

possível aferir o nível de conexão e interdependência da prova ilícita com as demais provas e, por consequência, a contaminação ou não daquelas com o vício da nulidade. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade não são passíveis de exercício, pelo julgador, para o fim de criar restrições ao direito de liberdade, mas sim para garanti-lo. O princípio da “busca da verdade real” merece ser lido como vinculação do julgador à realidade e não em ficções ou presunções legais incriminadoras.

68. Merece relevo a advertência de Luiz Flávio Gomes, no sentido de que deve ser evitado que contorne-se o princípio da legalidade e extraia-se efeitos punitivos de práticas efetuadas à margem de disposições legais específicas, legítimas, claras e preexistentes, em agressão a direitos e garantias individuais, “acobertando-se atuações arbitrárias com argumentos pseudo-jurídicos”.

69. Se há interesse público em coibir a criminalidade, não é menos evidente que há interesse público na observância da lei, pressuposto essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito, que encontra negação no arbítrio. E nosso Estado e seus agentes nem sempre primam pela faceta democrática, como pode-se ver da queda de braço das CPIs com o STF, tentando sobrepor-se ao controle jurisdicional.

70. Os argumentos políticos e passionais — nem sempre sinceros — sugerindo proveitos sociais e prevalência do interesse público legitimadores de medidas legislativas ou administrativas restritivas de liberdades — razões de Estado que colocam a prevalência dos hipotéticos objetivos (fins) como legitimadora das efetivas agressões aos direitos (meios) — merecem repulsa, conforme lição do STF.¹⁰⁶

106. “(...) razões de Estado não podem ser invocadas para justificar o descumprimento da Constituição. Esse fundamento, quando invocado para dar suporte a pretensões governamentais, além de mostrar-se inaceitável, revela-se incompatível com a própria essência de que se acha impregnada a noção de Estado Democrático de Direito, conforme tem reiteradamente proclamado a jurisprudência do Su-

71. Pertinente invocar a lembrança do jurista Miguel Reale,¹⁰⁷ quando refere que “foi judiciosamente ponderado pelo eminente Ministro Moreira Alves que jamais poderia deixar de ser considerada também de ordem pública a norma constitucional que preserva os direitos individuais caracterizadores do Estado de Direito”.

72. O sigilo bancário encontra-se abarcado nas cláusulas constitucionais de pri-

premo Tribunal Federal (AG 234.163-MA (AgRg), rel. Ministro Celso de Mello, v.g.). ‘Impõe-se advertir, por isso mesmo, com apoio em autorizado magistério doutrinário (Eduardo García de Enterría, *La Lucha contra las Inmunidades del Poder*, 3ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1983), que as razões de Estado — quando invocadas como argumento de sustentação da pretensão jurídica do Poder Público ou de qualquer outra instituição — representam expressão de um perigoso ensaio destinado a submeter, à vontade do Príncipe (situação que se mostra absolutamente intolerável), a autoridade hierárquico-normativa da própria Constituição da República, comprometendo, desse modo, a ideia de que o exercício do poder estatal, quando praticado sob a égide de um regime democrático, está permanentemente exposto ao controle social dos cidadãos e à fiscalização de ordem jurídico-constitucional dos magistrados e Tribunais’. ‘O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, teve o ensejo de repelir esse argumento de ordem política (RTJ 164/1.145-1.146, rel. Ministro Celso de Mello) por entender que a invocação das razões de Estado — além de deslegitimarem-se como fundamento idôneo de impugnação judicial — representaria, por efeito das gravíssimas consequências provocadas por seu eventual reconhecimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização’. ‘Motivos de ordem pública ou razões de Estado — que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ex parte principis, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade — não podem ser invocados para viabilizar o descumprimento da própria Constituição (...) (AG 244.578-RS, rel. Ministro Celso de Mello)’ (RE 226.855-7-RS, Pleno do STF, declaração de voto do Ministro Celso de Mello em acórdão relatado pelo Ministro Moreira Alves, j. 31.8.2000, DJU 13.10.2000).

107. “Atualização de valores contratuais”, in *Questões de Direito Privado*, p. 50.

vacidade e intimidade. Além do Poder Judiciário, guardião das liberdades públicas,¹⁰⁸ somente as CPIs, por expressa autorização da CF/1988, e mediante adequada fundamentação, podem ter acesso direto a dados bancários.¹⁰⁹ Prevendo a própria Constituição os órgãos competentes para tal ato,¹¹⁰ a criação de nova hipótese através de lei complementar viola os limites formais e materiais estabelecidos na CF/1988, sendo ineficaz,¹¹¹ também, em face

108. Veja-se, a respeito, interessante artigo de Luiz Flávio Gomes: "Crimes tributários e quebra do sigilo bancário", in *Direito Penal Empresarial*, coord. Heloísa Estellita Salomão. O autor lembra que o garantidor dos Direitos Fundamentais do cidadão é o Juiz, e não o Estado, sendo indispensável a intervenção judicial prévia à decretação da quebra de sigilo bancário (pp. 152-153).

109. "(...) O princípio constitucional da reserva de jurisdição — que incide sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e de decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI) — não se estende ao tema da quebra de sigilo, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, § 3º), assiste competência à Comissão Parlamentar de Inquérito, para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas. (...)” (MS 23639-DF, Pleno do STF, rel. Ministro Celso de Mello, j. 16.11.2000, DJU 16.2.2001, unânime). No mesmo sentido MS 23652-DF, Pleno do STF, rel. Ministro Celso de Mello, j. 22.11.2000, DJU 16.2.2001, unânime.

110. "A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da CF, não autoriza o 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 CF 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 de sigilo bancário de qualquer pessoa" (RE 215.301-0, 2º T. do STF, rel. Ministro Carlos Velloso, j. 13.4.1999, DJ 28.5.1999).

111. Ensina Carlos Maximiliano que "um preceito contrário ao estatuto supremo não necessita de exegese, porque não obriga a ninguém: é como se nunca tivesse existido. Cumpre inquirir se foi prolator da norma o poder competente (...); se a mesma era da alçada federal, estadual ou municipal; se constitui matéria de lei, ou de regulamento; se este se enquadra naquela, ou inova alguma coisa não autorizada implicitamente pelas câmaras; se o ato do Exe-

ao disposto no art. 60, § 4º, incs. III e IV. Aqueles atos, contratos e informações que não são de domínio e conhecimento do público, são, por exclusão óbvia, de domínio privado e, portanto, protegidos de devassas e intromissões. A idéia de sigilo liga-se mais ao "direito de liberdade" que ao simples direito de "propriedade".

73. Descabida a tese de que haverá mera transferência de dados para a Receita Federal, e não violação dos dados. Em relação aos dados privados, ou a Receita é terceiro, e, portanto, estranha àqueles dados cujo acesso pretende, ou é interessada e, assim sendo, evidentemente suspeita e impedida para julgar. Os bancos de dados, em função do progresso tecnológico, cumprem hoje a função outrora reservada à residência, de abrigar os papéis — hoje dados — referentes aos atos e negócios das pessoas. Em consequência, devem ser vistos como extensão da residência, lembrando-se que "in the sanctity of the home, all details are intimate details" (e.g., *United States v. Karo*, 468 US 705).

74. Acrescente-se que, intimado o cidadão em virtude da Receita ver "incompatibilidades" entre movimentação financeira apurada através de dados da CPMF e sua declaração de rendimentos (sem que haja relação direta entre movimentação financeira e renda), qual a defesa do cidadão? Revelar, perante órgão da administração, a origem e o destino de todas as verbas, vinculando terceiros estranhos ao processo e fornecendo informações quanto aos mesmos (que não são partes). E isto obviamente representa inversão do ônus da prova — inadmissível em face do processo administrativo-punitivo subordinar-se às

cutivo emana de delegação e se esta foi concedida em termos toleráveis pelo Código fundamental. Desde que o elaborador ultrapassou os limites das próprias atribuições, o juiz nada interpreta; nega eficiência ao texto, porque não se trata de disposições válidas. e, sim, de um excesso de poder, a que não se deve acatamento; *nullus major defectus quam defectus potestatis*" (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, pp. 42-43).

regras aplicáveis ao processo penal —, quebra da presunção de inocência mediante indício imprestável para tanto e invasão da privacidade, agredindo garantias fundamentais.

75. Em casos envolvendo advogados, que levantam alvarás em nome de clientes, efetuam pagamentos de custas e emolumentos e mantêm em suas contas bancárias valores pertencentes a terceiros para diversos fins, o atendimento de determinações da Receita Federal implica clara violação do sigilo profissional.

76. Numa época caracterizada pela desmaterialização da riqueza, onde mostrasse dificultada, por vezes, a verificação da própria materialidade de crimes, tais como os fiscais e financeiros, é compreensível o receio dos julgadores em manifestar conceitos taxativos e restritivos da utilização de medidas extremas, temendo inviabilizar a persecução criminal nestes casos. Necessário, porém, zelar para que as construções jurisprudenciais expressem a independência do Poder Judiciário e harmonizem-se com a teoria da necessária efetividade dos direitos e garantias individuais, evitando-se que, com base em conceitos e valorações subjetivos e abstratos, tais como interesse público e social e razoabilidade — que geralmente mascaram pretensões delirantes e absurdas e não permitem aos agentes uma noção prévia e clara das conseqüências de seu comportamento ou dos limites impostos à ação Estatal —, venha-se a construir uma teoria de exceções discricionárias, excepcionando a efetividade dos direitos e garantias individuais ante a regra da incerteza e do arbítrio.

77. Imperioso evitar-se ao máximo a flexibilização de conceitos e direitos sem que haja regras claras preestabelecidas, ou que dê-se elasticidade àquelas hipóteses e práticas para as quais o legislador fixou regras rígidas. Não é prudente e nem aconselhável sacrificar-se a segurança jurídica do cidadão comum perante um Estado onipotente e onipresente, que mostra mais interesse e eficiência no papel arrecadatório

do que na capacidade administrativa, frequentemente desrespeitando preceitos constitucionais consagradores dos direitos e garantias individuais e coletivos, além de utilizar-se do fantasma da criminalidade — bem nutrido pela corrupção, diga-se — para tentar impor ou justificar violências que ele mesmo comete contra os direitos dos cidadãos.

78. Talvez nunca o indivíduo tenha se encontrado em papel de tamanha fragilidade, diluído no mar despersonalizado da coletividade excluída dos rumos da própria vida. Como alerta Edgar Morin¹¹² “a crise dos fundamentos do conhecimento científico encontrou a crise dos fundamentos do conhecimento filosófico, ambas convergindo para a crise ontológica do Real, confrontando-nos com o ‘problema dos problemas (...)’, o da crise dos fundamentos do pensamento’ (Pierre Cornaire). O ser tornou-se silêncio ou perplexidade. Esgarça-se a lógica. A razão interroga-se, inquieta-se. O incerto fundamental esconde-se por trás de todas as certezas locais. Nada de base de certeza. Nada de verdade fundadora. A idéia de fundamento deve afundar com a idéia de última análise, de causa última, de explicação primeira. No lugar do fundamento perdido, não há vazio, mas um lamaçal sobre o qual se erguem os pilotis do saber científico; um ‘mar de lama semântico’ (*Magur-Schachter*) a partir do qual emerge o concebível. Nem a dúvida nem a relatividade nos são doravante passíveis de eliminação”.

79. A doutrina vem tentado estabelecer um núcleo mínimo inviolável nos direitos e garantias dos indivíduos. A jornada levou a uma investigação dos direitos humanos, às teorias da constituição, à estrutura básica da dignidade da pessoa humana. Num sistema positivo, porém, estamos a mercê de uma frágil e constantemente mutilada Constituição, que é apenas aquilo que o Supremo diz que ela é e, assim, ao

112. Edgar Morin “3. O conhecimento do conhecimento”, in *O Método*, pp. 25-26.

fim e ao cabo, apesar de todo o amor à técnica, ironicamente nos vemos apegados à religião, rezando para que o Supremo tenha luzes, inspiração e coragem para dizer que ela é instrumento de proteção das pessoas, e não de sua submissão, afirmando seu compromisso com a cidadania, e não com o “poder delirante” contra o qual alertou Rui Barbosa, jurista que merece nossas homenagens e cuja memória aqui se reverencia.

Bibliografia

- ABRÃO, Carlos Henrique. “O sigilo bancário e as CPIs, o Ministério Público, a Receita Federal e o Judiciário”. In *Aspectos Atuais do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais*. São Paulo: Dialética, 1999.
- ARANHA, Adalberto José de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1987.
- ARAS, Vladimir. “Princípios do Processo Penal”. *Jusnavigandi* 52, in jusnavigandi.com.br.
- ATHAYDE, Augusto de. *Curso de Direito Bancário*. v. I, Coimbra Editora, 1999.
- BACEN. *Princípios Essenciais para uma Supervisão Bancária Eficaz. Os Princípios Essenciais da Basileia. Comitê de Supervisão Bancária da Basileia*. Trad. e editoração eletrônica de Jorge R. Caldeira, dez./1997 e revista em fev./2000, documento acessado no site bcb.gov.br.
- BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro”. *Revista Diálogo Jurídico* 6, v. 1, Salvador: CAJ — Centro de Atualizações Jurídicas, set./2001, in direitopublico.com.br.
- . “A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei 9.873/1999”. *Revista Diálogo Jurídico* 4, v. 1, Salvador, jul./2001, in direitopublico.com.br.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Regime Constitucional do Controle de Preços no Mercado. Direito Público, Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- . *Contrato Administrativo. Direito Público, Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de Direito Bancário*. t. I, Almedina: Coimbra, 1998.
- COSTA, José Rubens. *Manual do Processo Civil*. v. II, São Paulo: Saraiva, 1995.
- EJZIRIK, Nelson. “Auditor independente. Sigilo profissional”. Parecer in *RDM* 112, São Paulo: Malheiros Editores, out.-dez./1998.
- . *Instituições Financeiras e Mercado de Capitais — Jurisprudência*. v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- FILHO, Élio Wanderley de Siqueira. “Aspectos relevantes da escuta telefônica”. *Revista CEJ* 5, Brasília: Conselho da Justiça Federal, mai.-ago./1998.
- FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio. “Gravações telefônicas: ilicitude e inadmissibilidade”. *Revista CEJ* 5, Brasília: Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, mai.-ago./1998.
- . “Crimes tributários e quebra do sigilo bancário”. In *Direito Penal Empresarial*. Coord. Heloisa Estellita Salomão. São Paulo: Dialética, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “O regime brasileiro das interceptações telefônicas”. *Revista CEJ* 3, Brasília: Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, set.-dez./1997.
- KOERNER, Andrei. *“Habeas corpus”, Prática Judicial e Controle Social no Brasil (1841-1920)*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1999.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001”. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 11, jan.-mar./2001.

- . “Sigilo de dados que devem as autoridades manter sob risco de responsabilização civil”. In *Questões de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
- . “Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional”. *Revista Diálogo Jurídico* 10, Salvador: CAJ — Centro de Atualização Jurídica, jan./2002, in direitopublico.com.br.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo — Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- MORIN, Edgar. “3. O conhecimento do conhecimento”. In *O Método*. Porto Alegre: Sulina, 1999.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga. “Princípios informadores do mercado financeiro e de capitais”. In *Aspectos Atuais do Mercado Financeiro e de Capitais*. São Paulo: Dialética, 1999.
- NETO, José Henrique Barbosa Moreira Lima. “Da inviolabilidade de dados: inconstitucionalidade parcial da Lei 9.296/1996”. *Revista CEJ* 5, Brasília: Conselho da Justiça Federal, mai.-ago./1998.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- PASSOS, J. J. Calmon de. “Instrumentalidade do processo e devido processo legal”. *Revista Diálogo Jurídico* 1, v. 1, in direitopublico.com.br.
- POLO, Giovana. “A inadmissibilidade da inversão do ônus da prova no processo penal”. *Revista Jurídica* 288, Sapucaia do Sul: Notadez.
- REALE, Miguel. “Poderes da Comissões Parlamentares de Inquérito”. Parecer in *Questões de Direito Público*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- . “Atualização de valores contratuais”. In *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- REIS, Márcio Monteiro. “Moral e Direito”. In *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ROTHERBURG, Walter Claudius. “Direitos fundamentais e suas características”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 30, São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./2000.
- SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7ª ed., São Paulo: Ed. RT, 1991.
- STURZENEGGER, Luiz Carlos. “A CPMF e a Medida Provisória 2.037”. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 10, São Paulo: Ed. RT, out.-dez./2000.
- TÁCITO, Caio. “As investigações parlamentares e o sigilo bancário”. In *Temas de Direito Público, Estudos e Pareceres*. 3ª v., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- WALD, Arnoldo. “O sigilo bancário no projeto de Lei Complementar 70”. In *Caderno de Direito Tributário e de Finanças Públicas*. v. 1, São Paulo: Ed. RT, 1992.