

Escritos de Direito e Processo Penal

em Homenagem ao Professor
Paulo Cláudio Tovo

Ada Pellegrini Grinover

Alexandre Wunderlich (organizador)

Amílton Bueno de Carvalho

Aramis Nassif

Aury Lopes Jr.

Damásio de Jesus

Fernando da Costa Tourinho Filho

Geraldo Prado

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

José Antonio Paganella Boschi

Lenio Luiz Streck

Luiz Flávio Gomes

Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin

Michela Andrade Costa

Plínio de Oliveira Corrêa

Salo de Carvalho

Tupinambá Pinto de Azevedo



ITEC

Grupo de Estudos
Prof. Paulo Cláudio Tovo

LUMEN JURIS

A Quebra do Sigilo Bancário e o Estado de Direito

Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin*

A recente Lei Complementar nº 105/01 tem causado relevantes inquietudes na comunidade jurídica nacional, e até internacional.¹ Ousamos propor, num esforço escusável de síntese, traçar um paralelo entre a aventada quebra do sigilo bancário sem a necessidade de ordem judicial e o Estado Democrático de Direito, o que, por certo, realça, ainda mais, as justificáveis preocupações dos estudiosos das Ciências Criminais.

Como é consabido, a aludida LC nº 105/01 afasta a necessidade de decisão judicial para a quebra do sigilo bancário, a qual poderá ser realizada por entes administrativos encarregados do exercício da pretensão triburária.

De início, impende salientar que, em um Estado Democrático de Direito, o indivíduo constitui a sua raiz antropológica. E no topo do sistema jurídico está a Constituição, a qual representa o receptáculo no qual estão salvaguardados os direitos fundamentais e as garantias dos cidadãos.

Esta concepção antropocêntrica de Estado está prevista expressamente na Constituição brasileira.²

Leciona J. J. Gomes Canotilho, neste particular:

*O Estado concebe-se hoje como Estado Constitucional Democrático, porque ele é conformado por uma lei fundamental escrita (= Constituição juridicamente constitutiva das estruturas básicas da Justiça), e pressupõe um modelo de legitimação tendencialmente reconduzível à legitimação democrática.*³

A partir do entendimento segundo o qual os direitos fundamentais do homem constituem a raiz antropológica essencial da legitimidade da Constituição e do poder político,⁴ de tal compreensão decorrem princípios

* Advogado. Especialista e Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS. Professor de Direito Penal e Processo Penal da PUC/RS.

1 Vide os inúmeros artigos publicados no site especializado direitocriminal.com.br.

2 Vide art. 1º, II, da Constituição Federal de 1988.

3 Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 43.

4 *Idem*, p. 19.

fundamentais que passam a orientar toda a relação do Estado com o indivíduo, nos mais diversos âmbitos, tanto interno, quanto internacional.

Precipuamente no que alude ao Direito Penal e ao Processo Penal, onde estão em jogo o *jus libertatis* do indivíduo, mais relevante e perceptível ainda é a noção de *limitação dos poderes públicos*, como se observa do seguinte paradigmático trecho do renomado jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli:

*No Direito Penal, onde o direito fundamental que está em jogo é a imunidade do cidadão frente a proibições e castigos arbitrários, esses conteúdos substanciais se concretizam na taxatividade das hipóteses de delito, que comporta de um lado na referência empírica aos três elementos constitutivos que encontram expressão nas garantias penais, e de outro, sua verificabilidade e refutabilidade nas formas expressadas pelas garantias processuais.*⁵

Em constituindo o Estado de Direito um *sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos em garantia dos direitos fundamentais*,⁶ e em sendo a Constituição o *topos* caracterizador de sua existência, é mister que se reafirme que o Direito Penal, bem como o Processo Penal, obrigatoriamente encontram nela o referencial, e só possuirão *legitimidade* caso os seus ordenamentos respeitarem, e, principalmente, efetivarem, os mandamentos constitucionais.⁷

A partir de tal referencial teórico, é possível a projeção no sistema jurídico-constitucional de uma série de princípios que não só servirão de *obstáculo* à intervenção do Estado na esfera de direitos do indivíduo, mas também *legitimarão* ou não o exercício dessa pretensão punitiva.

Daí decorre, dentre tantas outras incontáveis conjecturas sistêmicas, mais uma das razões pelas quais a discricionariedade do legislador encontra na Constituição – nas normas e nos princípios nela consagrados – uma inafastável limitação.⁸

5 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Afonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantanero Bandrés. Madri: Trotta, 1997, p. 857.

6 *Idem*, p. 859.

7 Ministra Luigi Ferrajoli que o que diferencia o Estado de Direito do Estado Absoluto é justamente o fato de que aquele é *limitado e condicionado* pela lei (inclusive e principalmente pela Constituição) [*ob. cit.*, p. 859].

8 Neste sentido, ver Raúl Cervini, "La Dirección Dogmática del Secreto Bancario en un Estado Democrático de Derecho", artigo publicado no site www.direitocriminal.com.br, em 17/1/2001.

Em sendo o indivíduo a raiz antropológica do Estado de Direito, por óbvio a sua liberdade (bem como todas as suas expressões, como a privacidade e a intimidade) deve ser tutelada, e assim proclamam a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), bem como as Constituições em geral. No caso brasileiro, tais bens jurídicos são expressamente tutelados pelas normas dos incisos XI e XII do art. 5º da Constituição de 1988.

Inequivocamente, o sigilo bancário integra o conceito de intimidade do cidadão,⁹ consoante posicionamento uníssono da doutrina. Cabe, então, enfrentar-se a indagação acerca da validade jurídica da norma que faculta a quebra do sigilo bancário diretamente por autoridade administrativa, sem a necessidade de ordem judicial. Parece-nos que a norma do inciso XXXV do art. 5º da Constituição brasileira constitui um dos mais sólidos pilares de uma sociedade democrática: o Poder Judiciário não só sempre poderá ser provocado para a apreciação de lesão ou ameaça a direito, como, por outro lado, desempenha o louvável mister de *guardião das garantias e dos direitos fundamentais* dos indivíduos no Estado de Direito.

Assim, é imperioso o reconhecimento da ilegitimidade da norma que afasta a necessidade da decisão judicial para a quebra do sigilo bancário do cidadão, ou seja, para a interferência do Estado no seu direito à intimidade. É preciso que se gize, ainda, que esta intervenção não constitui, apenas, uma questão de conveniência e/ou oportunidade dos entes que exercem a pretensão tributária. Não. É hipótese de interferência do Estado no âmbito dos direitos fundamentais e das garantias do cidadão – inclusive com o risco de dano irreparável – o que exige a participação do Judiciário, justamente para a apreciação da justa causa que autorize o levantamento do sigilo.

Além da deplorável intenção já consumada de afastamento do Poder Judiciário, no afã de retirar do caminho aquele obstáculo institucional que poderia inviabilizar a ânsia arrecadatória do Estado, uma outra questão conduz à conclusão de ser dita previsão legal deslegitimada: a quebra do sigilo bancário dar-se-ia sem o respeito ao contraditório, e isso como regra, sem que nem ao menos, em casos excepcionais, pudesse o Poder Judiciário deferir a confidencialidade do levantamento, com base em razoáveis e comprovados argumentos que o justificassem.

Deve-se advertir que no âmago do afastamento da decisão judicial como *conditio sine qua non* para o levantamento do sigilo bancário não está somente a constatação da inconstitucionalidade de tal previsão

(oriunda de sua ilegitimidade, frente à concepção de Estado de Direito). A dimensão da violação à ordem democrática é muito mais profunda.

Por ora, o Poder Judiciário é afastado em nome da pretensão tributária. Amanhã, poderá ser em nome do Rei, ou para atender aos seus desejos... A referida previsão legal é mais uma das tristes manifestações de um Direito Penal Simbólico, manejado e construído por tecnoburocratas que, de regra, não se preocuparam com as garantias individuais, porque não se confundem com os interesses que defendem arduamente.

Resta-nos a esperança de que o Poder Judiciário brasileiro venha a reconhecer e declarar a insofismável ilegitimidade de tal medida, evitando, com isso, a consolidação de tão abominável violência ao direito à intimidade do cidadão brasileiro, sem o devido e indispensável controle jurisdicional.