



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS -

UNIPAC

DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO

MESTRADO EM DIREITO

FERNANDA BARBOSA DOS SANTOS

**O DIREITO À INTIMIDADE E O SIGILO BANCÁRIO: A
RUPTURA DOS PARADIGMAS DA FORMALIDADE E A
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**JUIZ DE FORA/MG
2010**

UNIPAC

**FERNANDA BARBOSA DOS
SANTOS**

2010

FERNANDA BARBOSA DOS SANTOS

O DIREITO À INTIMIDADE E O SIGILO BANCÁRIO: A RUPTURA DOS PARADIGMAS DA FORMALIDADE E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria do Direito

Orientador: Professor Doutor Cleyson Mello

**JUIZ DE FORA/MG
2010
FERNANDA BARBOSA DOS SANTOS**

O DIREITO À INTIMIDADE E O SIGILO BANCÁRIO: A ruptura dos paradigmas da formalidade e a efetivação dos Direitos Fundamentais

Dissertação apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Cleyson Mello (Orientador)
Universidade Presidente Antonio Carlos - UNIPAC

Professor. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (Banca)
Universidade Presidente Antonio Carlos - UNIPAC

Professor Dr. Leonardo Augusto Marques Marinho (Convidado)
Universidade Federal de Minas Gerais/ PUC-MG

Aprovada em ____/____/_____

AGRADECIMENTOS

A amizade vista sob a ótica Aristotélica, é uma relação baseada na confiança e na estima. Decido parte para a realização direta dessa dissertação:

Aos professores do Curso de Pós-Graduação, pela segurança em tê-los nos amparando em nossas dúvidas, estando presentes no decorrer das atividades, sendo prestativos e atenciosos. Cada um deles com um modo-de-ser singular, com serenidade acadêmica invulgar e com entusiasmo e carisma invejáveis. Ressaltando: Prof. Dr. Lucas Abreu Barroso, Profa. Dra. Maria Fernanda Salcedo Repolês, Prof. Dr. Sebastião Trogo, Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes e Prof. Dr. José Luís Quadros de Magalhães;

Ao Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho, como Coordenador do Programa de Pós-Graduação, com sua determinação exemplar em construir um mestrado de qualidade. Como professor, cuja inteligência e cultura sempre me impressionaram; pelas ótimas aulas que proporcionaram um despertar para muitas reflexões; e, ser um exemplo para nos espelharmos por toda nossa trajetória acadêmica que está apenas iniciando.

Ao Prof. Dr. Cleyson Mello, por “aceitar” meu convite para ser o meu orientador, depositando confiança em minhas escolhas; pelas conversas tentando me focar com mais objetividade no tema e, principalmente, pela amizade, incentivo e oportunidades para a publicação de vários artigos científicos e crescimento profissional.

Muito obrigada!

“O problema do conhecimento científico deve ser colocado em termos de obstáculos”. E não se trata de obstáculos externos; “lentidões e disfunções aparecem [...] dentro mesmo do ato cognoscitivo”. A verdade é que “conhecemos contra um conhecimento anterior, destruindo conhecimentos malfeitos, superando aquilo que, dentro do próprio espírito, torna-se obstáculo para a espiritualização”. Exemplos de obstáculos epistemológicos são a experiência anterior – ou a presunção de possuir evidências incontestáveis –, a idéia de substância e a de vida (“A palavra vida é uma palavra mágica”). Tudo isso nos faz compreender que “acender à ciência quer dizer [...] rejuvenescer, quer dizer aceitar uma brusca mudança que deve contradizer um passado”.

(GASTON BACHELARD).

RESUMO

Objetiva-se facilitar a compreensão sobre a concretização dos direitos fundamentais, pressupõe o Direito positivo contendo uma estrutura aberta, quer pela vastidão da linguagem do Direito, quer pela possibilidade de conflito entre normas, quer pela falta de uma regra em que se possa apoiar uma decisão jurídica concreta, sobretudo, quando há conflito entre princípios. A dissertação reflete sobre a teoria garantista e o desrespeito aos direitos fundamentais, podendo transmutar-se em uma crise da democracia. Propõe-se buscar soluções dentro do próprio sistema jurídico, colocando-se como possibilidade de resposta à problemática do Direito e da razão jurídica. É primordial, a necessidade de se acoplar ao garantismo uma nova racionalidade, um discurso jurídico pragmático-retórico como ferramenta para a possibilidade de uma justificação argumentativa racional para a aplicação da lei que seja capaz de atender as diferenças constitutivas da nossa condição pós-moderna e romper os paradigmas da estrita formalidade processual. Neste cenário, o processo penal se demonstra carecedor de uma nova leitura constitucional, sob o prisma da roupagem humanista e democrática, apregoada pelos princípios constitucionais à ordem jurídica. A proposta de um novo processo penal democrático sugere uma nova concepção de validade jurídica pautada num contexto ético-moral, com ênfase na figura do juiz, a quem caberá fazer a aferição da lei ao caso concreto, contra a ótica positivista, na busca do chamado, "justo processo". Busca-se ver o Direito a partir do mundo da vida, utilizando como o fio condutor para a análise do caso prático, a questão da Quebra do Sigilo Bancário – Privacidade versus Interesse Público.

Palavras-chave: Processo Penal. Garantismo. Efetividade. Privacidade. Interesse público.

ABSTRACT

Our purpose is to more easily understand the fundamental rights concretization, assuming that Positive Law contains an open structure either by the breadth of the language of Law or the potential conflict of norms or a non-existing rule that could support a concrete judicial decision especially when in case of a conflict among principles. This dissertation reflects on the guaranteeist theory and the disrespect to fundamental rights, which may change into a democracy crisis. We try to find solutions within the judicial system itself as a possible answer to the Law-Judicial Reasoning issue. The need to link guaranteeism to a new rationality is crucial as well as having a pragmatic-rhetoric judicial discourse as a tool to enable a rational argumentative justification to apply such a law that could meet the constitutive differences of our post-modern condition and break the paradigms of strict procedural formality. In this scenario, criminal procedure is in need of a new constitutional reading from a humanist and democratic perspective claimed to legal order by constitutional principles. The proposal for a new democratic criminal procedure suggests a new conception for judicial validity based on an ethical-moral context emphasizing the figure of a judge who shall be responsible for adjusting the law to a concrete case against the positivistic viewpoint in search of the so-called “fair procedure”. We try to see Law from a real-life world perspective by using the Breach of Bank Confidentiality issue as the basis for a practical case analysis – Privacy *versus* Public Interest.

Key words: Criminal Proceedings. Guarantees. Effectiveness. Privacy. Public Interest.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
1.1 O marco teórico, a temática e a sua pertinência com a área de concentração/linha de pesquisa/projeto	13
2 EFETIVIDADE E GARANTIAS PROCESSUAIS: A HERMENÊUTICA A FAVOR DA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL	16
2.1 Breve Evolução – Do Pensamento Medieval ao Iluminismo	17
2.2 A Crise do Positivismo e os Novos Desafios do Pensamento Jurídico	18
2.3 Risco, medo e segurança: os discursos político-criminais e seus legitimadores	19
2.4 O Modelo Normativo e a Prática Operativa.....	25
2.5 O Modelo Garantista.....	28
2.6 Acepções do termo “garantismo”	30
2.6.1 A primeira acepção do termo "garantismo"	30
2.6.2 A segunda acepção do termo “garantismo”	30
2.6.3 A terceira acepção do termo “garantismo”	31
2.6.4 O Garantismo Penal Hiperbólico Monocular	32
2.7 Garantismo como Teoria Jurídica e Crítica do Direito.....	33
2.8 O Garantismo como base da Democracia Substancial	34
2.9 Garantismo e Positivismo jurídico	36
2.10 Garantismo, Mudança Jurídica e Democracia Direta.....	37
2.11 O Garantismo como Modelo Normativo de Direito	38
2.12 Separação entre Direito e Moral, Validade e Justiça.....	38
2.13 O Processo Penal Garantista.....	40
2.14 A Sistematização do Direito	42
3 O DIREITO À INTIMIDADE.....	46
3.1 Breves Comentários sobre a Conjectura dos Direitos Fundamentais no Panorama Atual ..	46
3.2 Conceito de Intimidade.....	50
3.3 O Direito à Intimidade e o Direito à Privacidade: O Direito à Intimidade como Espécie dos Direitos da Personalidade.....	55
3.4 Características.....	57
3.5 A Constitucionalização do Direito à Intimidade no Brasil.....	59
3.6 Propriedades do Direito à Intimidade.....	61
3.7 Limites do Direito à Intimidade.....	64
4 O SIGILO BANCÁRIO E O DIREITO À INTIMIDADE.....	66
4.1 Sigilo Bancário - Conceito	67
4.2 A Natureza Jurídica do Sigilo Bancário	69
4.3 Características básicas das garantias dos sigilos bancário e fiscal	71

4.4 O Sigilo Bancário sob o aspecto da ordem vigente e a Constituição Federal	72
4.4.1 O Sigilo e a Constituição Federal	74
4.5 O Princípio da Proporcionalidade - Conceito.....	77
4.6 A Ponderação de Valores	79
4.7 Limitações do Sigilo Bancário	81
4.8 Uma Proposta de Compatibilização	83
4.9 A Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).....	87
4.10 O problema do sigilo nas questões familiares: separações, divórcios, inventários e partilhas	90
4.11 Caso concreto	92
4.11.1 Mandado de Segurança – Autos nº 2001.61.02.006670-8.....	92
5 CONCLUSÃO.....	95
6 REFERÊNCIAS.....	100

1 INTRODUÇÃO

Está instaurada a dúvida. / A metódica dúvida epistemológica. / Neste mundo a terra não está no centro / nenhum saber é saber completo. / Seja bem-vinda era da razão. / Não há que se temer a revisão. / Nada que se diga ou que foi dito / merece estatuto de dogma irrestrito. / Cuidado com a verdade / que se pretende maior que a realidade, / pois, os fatos são os fatos / e fluem diante de nós / que estupefatos / assistimos ao espetáculo.

GALILEU GALILEI

Um sentimento vago de medo e de insegurança: eis uma das características mais marcantes da *sociedade plural*¹, que está obtendo respostas por parte do Estado pautadas na intervenção penal, sendo o maior instrumento para o enfrentamento do problema. O Direito Penal “novamente é visto como o único instrumento eficaz de psicologia político-social, como mecanismo de socialização e de civilização” (CALLEGARI, 2010, p. 9). Como conseqüência, desse contexto social apresentado, observa-se a expansão do seu âmbito de incidência.

As necessidades de controle da criminalidade, muito particularmente relacionada ao delito de lavagem de dinheiro – nesta era de *economia globalizada*² e conectada em tempo

¹ As teorias sobre a percepção de risco nas sociedades multiculturais têm crescido para apoiar várias análises elaboradas por diversos campos do conhecimento. Discutem-se atualmente os fenômenos da chamada segunda modernidade – pós-modernidade –, ou também como denominada por Ulrich Beck, a "modernidade reflexiva", onde consideramos que a partir de novos contextos reflexivos gerados pelos impactos da perspectiva do risco, novos padrões cognitivos estão se delineando para nortear tomadas de decisões, abrangendo desde as mais amplas no âmbito dos governos às mais cotidianas da vida dos indivíduos. Conforme Beck, “a gaiola de aço” da modernidade deixada por Weber, está se abrindo, pressionada por uma pluralidade de universalismos diferentes. Aponta, também, que a democracia transnacional deverá ter algumas mudanças fundamentais ocorridas na organização transnacional do crime e da violência. O sentimento de insegurança das comunidades advém da alta criminalidade e da complexidade social, gerando as denominadas sociedades de risco. BECK, Ulrich. CARONE, André. *O que é globalização?* São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 39.

² O espaço de atuação dessa nova criminalidade da globalização resta expandido para todo o planeta, uma vez que operações financeiras transnacionais são fáceis, seguras e comandadas à distância. O tempo, ao contrário, foi drasticamente encurtado, tendo em vista que o dinheiro pode circular e atravessar fronteiras virtualmente no momento em que emitido comando nesse sentido. Sendo indubitavelmente essas as condições concretas postas

real, e de virtual impossibilidade de que o capital escape ao sistema financeiro –, vêm fazendo com que, em vários países, “novas iniciativas legislativas sejam implementadas, facultando às Autoridades Públicas, diversos níveis de acesso e de controle sobre as operações bancárias” (Idem, 294).

O Brasil não é exceção nesse quadro e há, em nosso ordenamento, relevantes e recentes *normas legais nesse sentido*³. Diante de tal panorama legal, identifica-se a crise da efetividade do modelo do Estado Constitucional decorrente do desrespeito aos direitos fundamentais e a necessidade de uma nova racionalidade, que seja capaz de atender as diferenças constitutivas da nossa condição pós-moderna, um raciocínio tópico emancipador, ligado à Constituição que lhe confira *unidade*⁴, coerência e legitimidade democrática.

Daí a importância da teoria garantista para que seja feita uma releitura constitucional dos dispositivos jurídicos, propondo buscar soluções dentro do próprio ordenamento, colocando-se como possibilidade de resposta à problemática do Direito e da razão jurídica.

Neste sentido, a presente dissertação tem como objetivo apresentar os subsídios teóricos para, por meio das teorias pós-positivistas e argumentativas (ou nova retórica), possibilitar o enriquecimento da teoria do garantismo de Luigi FERRAJOLI⁵. Enfatiza compreender o problema do deslocamento das fronteiras do direito e avaliar, numa perspectiva dogmático-positiva, a necessidade de uma renovada interpretação do Ordenamento Jurídico, devido ao atual contexto social, com permanentes construções de referências, para romper os paradigmas da estrita formalidade e a busca da efetivação dos

por parte de órgãos do Estado, de acesso às informações bancárias, notadamente em relação ao enfrentamento à lavagem de dinheiro. Assim, a formação do mercado financeiro global alterou as condições fáticas da questão relativa à proteção ao sigilo bancário, reposicionando-as de forma a que, utilizando o mesmo parâmetro, impõe-se uma alteração no enunciado concreto resultante da interpretação da norma constitucional. CALABRICH, Bruno. *Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. [et al.]. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 311.

³ A lei nº 9.613/1988, que criou o Conselho de Controle das Atividades Financeiras (COAF), impõe uma sistemática de comunicação obrigatória de uma série de operações, além de facultar ao órgão central do sistema financeiro e ao novo órgão de “inteligência financeira” – o COAF – acesso imediato às operações individuais consideradas suspeitas. Já a Lei Complementar nº 105/2001 franqueou o acesso direto condicionado ao sigilo bancário pelas Autoridades Fazendárias e eximiu a atuação do COAF do conceito de quebra do sigilo. O Ministério Público, único legitimado para eventuais ações penais, e a Polícia permaneceram dependentes de prévia autorização judicial para lograr o acesso a tais dados, por requisição própria.

⁴ O princípio da unidade da Constituição – e do ordenamento sob a Constituição – impõe que a proteção à privacidade, na medida em que se entende estendida ao sigilo bancário, há de ser aplicada, da mesma forma e com todos os seus condicionamentos (reserva de jurisdição), a todos os casos em que limitada, contrastada ou invadida.

⁵ Serão fundamentais as ideias expostas por Ferrajoli na parte final da sua obra *Diritto e Ragione* (Direito e Razão), publicada em 1989 e traduzida para o espanhol em 1995, onde o autor define os traços de uma teoria geral do garantismo jurídico. Ressalta-se que Luigi Ferrajoli, na sua obra *Direito e Razão*, estabelece as bases conceituais e metodológicas do que foi chamado de garantismo penal, todavia os pressupostos estabelecidos na seara penal podem servir de subsídios para uma teoria geral do Direito. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal*. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006.

direitos fundamentais.

Na pesquisa fez-se uso do método de “abordagem dialético⁶, de procedimento monográfico e da técnica de pesquisa bibliográfica” (Idem, p. 21-27).

Ferrajoli desenvolveu uma teoria que não aborda especificamente a aplicação de normas. É primordial a necessidade de se acoplar um discurso jurídico consistente e necessário para a justificação das decisões judiciais. Desta forma, busca-se agregar aos valores garantistas a nova tendência posta, denominada Pós-Positivismo, através da instrumentalização conjunta dos mecanismos práticos-discursivos, hermenêuticos e teóricos, pautados pela busca efetiva da concretude dos dispositivos constitucionais, numa dinâmica articulada pela Teoria dos Direitos Fundamentais.

A importância da abordagem realizada neste trabalho consiste na utilização das teorias como ferramentas para a possibilidade de uma justificação argumentativa racional (através da hermenêutica) para a aplicação da lei válida (a validade sob a ótica garantista), como também, a condição das normas que estão materialmente de acordo com os preceitos constitucionais, em especial, com os direitos fundamentais.

Torna-se necessário na orientação de uma nova hermenêutica, deixar de lado hábitos retrógrados, de pensar o Direito, apresentados pela hermenêutica metodológica, a necessidade de reconhecer e eliminar os obstáculos que fomentam o nosso direito inautêntico, em muitos momentos, alienante. Tais hábitos e métodos restringem os horizontes do pensamento jurídico e “obstruem o desvelamento de um direito autêntico e revelador”⁷.

As garantias que a Constituição assegura ao acusado não são simplesmente postas como tutela de seus direitos individuais, mas são, antes de mais nada, garantias do justo processo, assegurando o interesse geral à regularidade do procedimento e à justiça das decisões. Assim, apenas sob o fundamento de um Estado Democrático de Direito, se pode pensar na reconstrução de um sistema integral de *política criminal*⁸ mais harmonizado com o sentido garantidor da liberdade que tanto se busca como forma de redução das potencialidades e do indivíduo – reedificação do Direito Penal através de uma operacionalização democrática.

⁶ O método de abordagem dialético tem sido abordado de forma diversificada. Em suas origens, entre os gregos, equivalia a “Diálogo”, no sentido de argumentação que distingue conceitos em determinada discussão. O raciocínio dialético fundamenta-se, contudo, a partir do pressuposto de que a contradição está na realidade, formulando o seu pensamento por meio da lógica do conflito. Pensa-se o fenômeno contendo a contradição que lhe é inerente e que determina mudança. GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 44 - 45.

⁷ MELLO, Cleyson de Moraes. *Revista Interdisciplinar de Direito de Valença* / Fundação Educacional D. André Arcoverde. Faculdade de Direito – ano 1, n.1 (maio 1998). Valença: Editora Valença, 1998, p.137.

⁸ A Política Criminal é que permite a conexão do sistema penal aos princípios básicos do Estado Democrático do Direito, aos valores constitucionais, ou seja, ao primeiro fundamento de racionalidade que se demanda em uma elaboração legislativa em sede penal.

Ao abordar toda a temática, vislumbra-se o estudo, em específico, do direito à *intimidade* e a questão do *sigilo bancário*, sendo analisadas as questões onde percebemos a “inoperância” dos princípios na averiguação dos casos concretos.

Diante dessa abordagem, devido às inovações em nosso ordenamento, perante o vigente *status* constitucional do sigilo bancário cabe-se delimitar a seguinte pergunta: é possível uma proposta de compatibilização entre o direito à *intimidade* e o *sigilo bancário* de forma a podermos criar uma flexibilização nos critérios para a sua quebra? A legislação atual sobre o *sigilo bancário* está respeitando o *direito à privacidade*, tal como parametrizado pelo Supremo Tribunal Federal?

Com o desenvolvimento dos estudos sobre os direitos fundamentais e sua “efetivação”⁹, o direito ao segredo passou a ser, sobretudo, uma garantia dada ao cidadão de não ter a sua vida devassada.

A fundamental intimidade é entendida como o âmbito de liberdade, necessário para o pleno desenvolvimento da personalidade, que deve ficar preservado de ingerências ilegítimas e que constitui o pressuposto necessário para o exercício de outros direitos e para a participação do indivíduo na sociedade.

Deve-se tratar da questão do sigilo como preceito fundamental, visto que na Constituição é definido como princípio-garantia, o que incluiria o *direito à intimidade* e a sua projeção caracterizada no *sigilo bancário*. Não se deve conceituá-lo a partir da norma ordinária, mas também, a partir da idéia de que se insere em uma das manifestações do princípio constitucional da preservação da intimidade (art. 5º, X). Assim, o sigilo é uma garantia constitucional da inviolabilidade e informações dos dados e informações inerentes ao cidadão, advindas do sistema bancário ou, *latu sensu*, originadas das relações do cliente (particular) com o Sistema Financeiro Nacional.

Por meio do binômio *eficiência* e *garantismo*, procura-se atingir um procedimento penal que, a um só tempo, faça atuar as normas do direito repressivo, necessárias à concretização do direito fundamental à segurança, e assegure ao imputado todos os mecanismos essenciais à defesa de sua liberdade.

A partir desse ponto, abandona-se a teoria formal para construir uma teoria

⁹ Quando se fala em efetividade podem ocorrer duas concepções: a primeira concepção trata da busca do fim por qualquer meio: para lograr um determinado fim inclusive a construção de imagens, ideologias, enfim, qualquer estratégia, e o especialista é um tecnocrata a serviço do fim desenhado, dentro do que pode ser chamado de eficientismo. A segunda concepção de efetividade é no sentido de contrastar os fins perseguidos com os objetivos cumpridos, de controle da racionalidade por meio do cumprimento de metas, onde o especialista determina os problemas e desenha as estratégias. Este segundo sentido de efetividade é o que deve ser buscado, diverso de um pragmatismo utilitarista que se impôs na legislação, dotada de fins políticos (CALLEGARI, op. cit., p. 132).

substancial, um repensar jurídico, na perspectiva de uma semântica, de uma sintática e, sobretudo, de uma pragmática dos princípios. Nesse processo de reconstrução do pensamento jurídico, procura-se através da interpretação, um léxico filosófico para uma melhor compreensão do texto, na busca de tratarmos a questão da *linguagem*¹⁰, não como um simples estágio descritivo, mas atingirmos um estágio explicativo. Constatou-se, desta forma, que a tarefa de aplicação da Constituição não se resume a um simples silogismo.

Diante a análise de tantas teorias como referências, busca-se, o ideal moderno de democracia, tendo em vista o anacronismo das concepções positivas do Direito, ou seja, o ideário de uma justiça sem consciência própria, na qual os euforismos são meros objetos que servem de instrumentos para interesses de poucos segmentos sociais (a minoria).

O discurso jurídico é mais que o discurso prescritivo (normatividade); dizer o contrário seria compactuar com o raciocínio positivista e legalista, entendido, este, como um reducionismo que acaba por integralizar a dinâmica jurídica ao universo normativo.

1.1 O marco teórico, a temática e a sua pertinência à área de concentração/linha de pesquisa/projeto

A dissertação apresenta como *marco teórico*, a teoria do garantismo – cujo marco fundamental é a obra *Direito e Razão* de Luigi Ferrajoli – visando propor soluções voltadas para o próprio sistema de garantias; como *marco filosófico*, o pós-positivismo, através da utilização da hermenêutica, como instrumento para o discurso jurídico, essencial, para a ruptura da tradição da razão apodítica cartesiana, remetendo-se ao pensamento renascentista, não técnico; e, como *marco histórico*, a Constituição de 1988, com a assunção dos princípios fundamentais.

¹⁰ Para interpretar, impõe-se descodificar os símbolos no seu uso: conhecer-lhes as regras de controle da denotação e conotação (semântica); de controle das combinações possíveis (sintática); e de controle das funções (pragmática). A linguagem não é só de palavras, não é só de símbolos do texto. Compreender é mais do que conhecer o significado das palavras usadas no discurso, eis que é canalizada com um todo e pressupõe em empenho total – intelectual, emocional, moral – por parte do sujeito. Abertura do “ser no mundo”. A linguagem constitui o horizonte do mundo, entendendo-se a compreensão e a tradição humana com esteio no fio condutor lingüístico. Tal visão tem a virtude de sair da metafísica, abrindo uma via para uma concretização adequada do direito, reforçada a credibilidade judicial. Assim, a clareza de um texto jurídico é condicionada pelas possibilidades de interpretação que ele apresenta. A necessidade de se interpretar apresenta-se como regra, e a eliminação de toda interpretação constitui uma situação excepcional e artificial. PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 142.

A área de concentração do Programa de Pós Graduação: “*Hermenêutica e Direitos Fundamentais*”, assume-se na área de Teoria/ Filosofia do Direito, em especial, diálogo com o Direito Constitucional. Enfatiza demonstrar a problematização crítica e atualizada da vida jurídica e a uma consistente fundamentação científica de caráter interdisciplinar, com ênfase na reconstrução dos pressupostos filosóficos e ético-políticos da experiência jurídica.

A escolha da temática identifica-se com a linha de pesquisa: “*Perspectivas da realização do Direito no contexto da crise da razão*” que demonstra o desafio contemporâneo dos direitos fundamentais da pessoa humana na dimensão de sua efetivação prática, problemática e para os processos de realização concreta do direito, especialmente no contexto do processo judicial.

Assume-se no ponto de vista do projeto: *Diálogo, poder e processo*, no qual sua descrição demonstra que no atual contexto de crise da razão a teoria do processo revela uma especial perspectiva de realização do Direito, centrada no diálogo entre o poder e a liberdade. Parte-se da premissa de que o poder e a liberdade após cumprirem uma trajetória de lutas surgem como faces de uma mesma realidade, o poder político na sua forma democrática ou do Estado de Direito contemporâneo.

O que caracteriza o *Estado Democrático de Direito*¹¹ é a legitimidade do poder político. Ocorre que não basta para se alcançar a legitimidade do poder político, a observância formal do procedimento. Para obter a qualificação de “Democrático de Direito”, o Estado moderno há de prestigiar a efetiva participação dos interessados nos mecanismos decisórios, a fim de se construir uma nova relação de poder entre o Estado e o cidadão, com igual destaque para o processo - administrativo, legislativo e jurisdicional - e para o diálogo indispensável à “democracia plena”¹².

¹¹ O Estado Democrático de Direito visa a promoção de um processo de convivência social numa sociedade, livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos; participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses distintos da sociedade, há de ser um processo de libertação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de direitos individuais, coletivos, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas, suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 119-120.

¹² Quando se fala em termos uma democracia plena, idealizamos que o Estado Democrático de Direito tem como princípios a constitucionalidade, entendida como vinculação deste Estado a uma Constituição, concebida como instrumento básico de garantia jurídica; a organização democrática da sociedade; um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, de modo a assegurar ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, bem como proporcionar a existência de um Estado amigo, apto a respeitar a dignidade da pessoa humana, empenhado na defesa e garantia da liberdade, da justiça e solidariedade; a justiça social como mecanismo corretivo das desigualdades; a igualdade, que além de uma concepção formal, denota-se como articulação de uma sociedade justa; a divisão de funções do Estado a órgãos especializados para seu

Nessa tônica, a temática: *O Direito à Intimidade e o Sigilo Bancário: A Ruptura dos Paradigmas da Formalidade e a Efetivação dos Direitos Fundamentais* está de acordo com a área de concentração, linha de pesquisa e projeto de pesquisa acima mencionados, como modelo para a compreensão desse processo de reconstruir a dogmática jurídica, com a formação de um juízo acerca de sua conformidade face ao cenário normativo constitucional. Nesse passo, esclarecer que a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais.

O garantismo revela a necessidade de precisa ponderação entre a indispensável tutela da dignidade da pessoa humana versus a adequada preservação dos instrumentos investigatórios e processuais “capazes de propiciar condições para que o Estado se desincumba de modo eficaz do dever de prestar segurança aos cidadãos”¹³.

É de suma importância ressaltar que “o equilíbrio entre o respeito às liberdades individuais versus a mão firme do Estado a coibir e reprimir as condutas que atentem contra a ordenação básica do convívio”¹⁴ é o que se pretende obter principalmente das instituições encarregadas de ditar em termos práticos o que traduz todos os aspectos da Constituição da República.

Em síntese: busca-se na aplicação do Direito Processual Penal, no campo de sua práxis, instrumentalizar e potencializar as garantias sem incorrer em idealizações, através de uma interpretação conseqüente da teoria do garantismo – sendo apresentado como uma face do constitucionalismo –, procurando evidenciar na pauta interpretativa da intervenção penal a preocupação com a efetividade da tutela penal, se e quando questionada a proteção dos direitos fundamentais. A questão em tela ganha ênfase ao ser abordado o *Direito à intimidade, a reserva da jurisdição* e o *Sigilo Bancário*, quando se interroga sobre a limitação e a flexibilização das informações bancárias e quebra do sigilo para que ocorra um tratamento coerente e unificado para todos os casos que se submetem à hipótese.

desempenho; a legalidade imposta como medida de Direito, perfazendo-se como meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo de normas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; a segurança e correção jurídicas. STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 5 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 98-99.

¹³ CALABRICH, Bruno. *Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. [et al.]. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 17.

¹⁴ Idem, p. 15.

2 EFETIVIDADE E GARANTIAS PROCESSUAIS: A HERMENÊUTICA A FAVOR DA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL

O mundo comum acaba quando é visto somente sob um aspecto e só lhe permite uma perspectiva.

HANNAH ARENDT

A gramática universal é um conjunto de princípios, que caracteriza a classe das gramáticas possíveis, preconizando o modo com que são organizadas as gramáticas particulares.

NOAM CHOMSKY

Neste capítulo serão delineadas as principais características da teoria geral do garantismo jurídico proposta por Luigi Ferrajoli. A fim de se alcançar os objetivos desse trabalho, é fundamental focar a reconstrução de um sistema penal mais harmonizado com o sentido garantidor da liberdade – operacionalização democrática.

As garantias que a Constituição assegura ao acusado não são simplesmente postas como tutela de seus direitos individuais, mas, sim, *garantias do justo processo*¹⁵, assegurado o interesse geral à regularidade dos procedimentos e à justiça das decisões.

Desta forma, no decorrente capítulo, objetiva-se demonstrar o desenvolvimento das idéias correlatas entre o Direito Constitucional e o Direito Penal, servindo de base à própria reelaboração do Direito Constitucional, em reflexivas influências manifestadas entre nós, dada a velocidade das transformações legislativas.

¹⁵ A expressão justo processo vem sendo bastante utilizada nos países europeus, principalmente, porque é usada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Corresponde apenas a uma maneira diversa de se referir às garantias do devido processo.

Todas essas tendências da denominada “pós-modernidade penal”¹⁶ centram-se na idéia da eficácia preventiva e repressiva, em detrimento dos princípios penais liberais que informam o Estado Democrático de Direito.

2.1 Breve Evolução – Do Pensamento Medieval ao Iluminismo

O ponto de partida da modernidade marca-se por três mudanças importantes¹⁷: (1) o começo do pensamento filosófico, passando a ser o sujeito do conhecimento; (2) tudo pode ser conhecido através de um conceito distinto, pelo sujeito do conhecimento; (3) a realidade passa a ser vista como um sistema racional de mecanismos físicos e matemáticos.

No horizonte da ciência do direito, o jusnaturalismo se apresenta como uma dimensão do iluminismo, e comunga com este a pretensão de uma visão racionalista dos séculos XVII e XVIII de libertar o homem dos preconceitos religiosos, sociais e morais vigentes da época.

A pretensão racionalista iluminista, que acreditara poder ler na razão humana todo um sistema de direitos naturais, dá lugar ao movimento codificador: esta mesma razão acredita agora poder regular de maneira detalhada toda a existência social e individual, na construção de Códigos. O Direito moderno consolida-se no século XIX preocupado com segurança jurídica e objetividade da ciência, afastando-se da especulação axiológica e dos tradicionais métodos argumentativos e retóricos que marcaram o pensamento jurídico da Idade Média. A Escola da Exegese impõe o apego excessivo à lei e à interpretação gramatical e histórica, limitando a atividade criativa do juiz em nome de uma interpretação objetiva. Ela pretende, a rigor, excluir a possibilidade da interpretação.

Mas também a Escola Histórica do Direito, vinculada ao Romantismo, enquanto movimento de reação ao Iluminismo, ao acentuar o compromisso do direito com a experiência cultural concreta de um povo, abre caminho para o positivismo.

¹⁶ A existência do pós-moderno é algo discutível. Muitos são enfáticos que vivenciamos uma “modernidade tardia” ou uma “modernização reflexiva”. Todavia, a doutrina majoritária é acorde em observar as notáveis mudanças que vem enfrentando a sociedade atual que são vivenciadas, até mesmo, pelo senso comum. Nas teorias pós-modernas não há definições, elas seriam a racionalidade, reflexividade e a objetividade que os modernistas esforçam-se por negar.

¹⁷ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; SANTOS, Fernanda Barbosa. *Nova Hermenêutica e Constitucionalização*. Revista Científica da FAMINAS. v. 01, 2008, p. 01-14.

2.2 A Crise do Positivismo e os Novos Desafios do Pensamento Jurídico

Com as grandes revoluções do século XVIII, nasce o Estado de Direito, com a afirmação dos direitos do homem e a limitação do poder soberano. O Direito tem como finalidade garantir a segurança jurídica, impedindo o arbítrio do soberano e limitando a ação estatal. O Estado passa a submeter-se ao Direito.

O Estado Liberal foi ao mesmo tempo o maior fruto da doutrina do direito natural como o palco de sua destruição, pois foi o palco do nascimento de várias codificações. O positivismo do século XIX adentrará o século XX encontrando seu auge na Teoria Pura do Direito de Hans KELSEN¹⁸, fundamentalmente comprometido com o problema da estabilidade da ordem jurídica no período após primeira guerra mundial.

Importando apenas a lei validamente posta, sem qualquer preocupação de cunho valorativo, “exaspera-se o formalismo pela identificação do direito com a coatividade, condizente com a preocupação com garantir maior segurança às relações sociais e garantir a ordem pública”¹⁹.

Mas o que fomos capazes de fazer e o que sofremos por ocasião da segunda guerra mundial impõe, no entanto, uma revisão do formalismo (positivismo) da ciência do direito, que encaminha para uma repensar do direito aos valores éticos; num primeiro momento, esta autocrítica assume os contornos de um retorno ao direito natural, mas conduz, sob a influência da virada lingüística que reinventa a filosofia no século XX, às conquistas dos doutrinadores pós-positivistas comprometidos com a investigação do papel desempenhado pelos princípios constitucionais como os principais norteadores do Ordenamento. Há um reencontro entre *direito* e *moral* implicada na assunção de que os princípios – expressos ou implícitos – constituem o cerne do ordenamento jurídico (eis que direitos fundamentais, que são o coração da Constituição, são também princípios).

O reencontro entre *direito* e *moral* dá-se no pano de fundo de uma filosofia pós-metafísica (isto é, não essencialista) e de um contexto político pluralista²⁰. O maior impasse do ordenamento jurídico nos dias atuais está em balizar este reencontro entre direito e moral,

¹⁸ É considerado um dos maiores representantes da Escola Positivista do Direito, sua Obra que teve maior evidência é: KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁹ Não é esta, a rigor a preocupação de Kelsen. A Teoria Pura do Direito não assume qualquer compromisso de ordem política, mas pretende ser uma teoria do direito em geral, “onde quer que se encontre”. Mas foi fundamentalmente este o destino político que autoridades e juristas em geral lhe deram ao aderirem entusiasticamente às suas teses.

²⁰ (COELHO, op. cit., p. 01-14).

desde quando reconhecemos a insuficiência do formalismo como garantia da segurança jurídica. Nesta mudança de paradigma, dá-se o resgate da *razão prática*, em detrimento da *razão teórica*, que dá primazia à lógica formal, à certeza, ao método demonstrativo.

2.3 Risco, medo e segurança: os discursos político-criminais e seus legitimadores

O intuito desse tópico é demonstrar a importância dos discursos políticos-criminais – através do tradicional modelo integrado de Ciências Penais – e como que a forma repressiva dos discursos sociais alteram o teor da aplicação do direito, sendo incompatível com o modelo de Estado Democrático de Direito, principalmente, no que tange a ser um instrumento de tutela dos direitos fundamentais.

Tal questão que trata dos discursos é de suma importância levando-se em conta que “enquanto outros ramos do Direito vivem momentos de adaptação constitucional, revogação de leis ou regulamentação administrativa, no Direito Penal o que se verifica é o contrário”²¹. Várias são as constatações que demonstram uma realidade completamente divergente com o discurso constitucional vigente na sociedade através do resgate dos princípios constitucionais, eis que: proliferam-se os tipos penais intangíveis e abstratos; incriminam-se variadas atividades e comportamentos em variados setores da vida social; aumentam-se indiscriminadamente as penas; relativizam-se os princípios da legalidade e tipicidade mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente vagos, indeterminados e ambíguos; amplia-se extraordinariamente a discricionariedade das autoridades policiais, que passam a invadir esferas outrora reservadas ao Poder Judiciário; e, finalmente, reduzem-se as garantias processuais por meio da substituição de procedimentos acusatórios por mecanismos inquisitivos, com a progressiva atenuação do princípio da presunção de inocência.

Assim, a política criminal é apresentada como um produto para se preservar o aparato estatal, que busca no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico o que deveria resolver-se em nível instrumental (proteção efetiva) – a tendência de um Direito Penal preventivo. Em que pese os retrocessos assinalados anteriormente, esta nova tendência da política criminal encontra respaldo na prática legislativa penal brasileira.

²¹ (CALLEGARI, op. cit., p. 09).

O Direito Penal sempre demonstrou ter caráter de personalidade subjetiva em seu discurso, revelando perigosos critérios de periculosidade. Assim, muito mais do que buscar a renovação do discurso político-criminal decorrente da *doutrina penal e processual penal*, demonstramos a necessidade de renovar os próprios conceitos doutrinários²².

Os movimentos repressivistas identificam externamente no Direito Penal e Processual Penal o instrumento eficaz de redução (extinção) da criminalidade, ressaltando-se que o objetivo que a repressão penal gera é uma maior exclusão social daqueles que são considerados como vulneráveis à criminalização.

O movimento de lei e ordem foi o discurso de efetividade repressiva em matéria criminal que teve seu início nos Estados Unidos na década de 60 e, mais recentemente, no Brasil durante a década de 90. O movimento consistiu-se como resistência à contracultura e reivindicação da salvaguarda dos princípios éticos, morais e cristãos da sociedade ocidental – teve como fator negativo o poder de rotular indivíduos na sociedade. Pautou-se na criminalização e recrudescimento do sistema penal.

Apesar de ultrapassado o pensamento revela respostas legislativas atuais, que trabalham movimentadas pela criação do medo na população através da mídia sensacionalista. Não apenas na questão de criar uma concepção pejorativa do delinquentes, mas, também, constituindo-se na principal fonte dos movimentos de Lei e Ordem para a produção do consenso sobre o crime, a criminalidade e a necessidade de incremento constante das penas.

Observa-se uma inflação legislativa do terror posta como forma de solução do problema da violência e da criminalidade que acabam gerando exatamente o oposto da intenção dos seus criadores e a minimização das garantias constitucionais. Nesse aspecto de “inflação legislativa penal, observamos o aumento do poder discricionário dos órgãos executivos do sistema penal”²³.

A política de janelas quebradas (tolerância zero) e sua relação com o movimento de lei e ordem, implantada em Nova York, em 1982, tornou-se vitrine para o mundo. O combate, neste caso, era feito de forma agressiva na tentativa de repressão da pequena delinquência,

²² Cabe fazermos um paralelo entre o *Direito Penal e Processual Penal*: O Direito Penal tem como objetivo a limitação do poder punitivo do Estado. A aplicação do Direito Penal (material) se dá através da via processual. Neste sentido, podemos concluir que o Processo Penal procura efetivar a limitação do poder punitivo estatal, o que ocorria com respeito das garantias fundamentais dos envolvidos – no pólo mais fraco – da relação processual. Assim, o Processo Penal não é apenas um instrumento do Direito Penal, mas também da própria Constituição. Se nossa política criminal legitima um discurso repressivo, dificulta a função de termos um Processo Penal sob a ótica garantista.

²³ Outro aspecto relacionado à legislação penal é que o legislador custa a assimilar que as normas penais devem estar construídas sob forte base garantista, o que significa que os preceitos incriminadores devem respeitar direitos e garantias fundamentais preconizados pela Constituição, não sendo meramente simbólica.

dos mendigos e dos sem-teto. Nesta ideologia explícita que através da luta contra os pequenos distúrbios do cotidiano é possível reduzir as patologias criminais. Pregando-se a seguinte política de que os fins justificam os meios.

Um grande problema apontado, nesse momento histórico já contextualizado, que ajuda ainda mais na criminalização das pequenas infrações é o aumento de processos e sua morosidade, uma vez que a estrutura policial e judicial não acompanha tal crescimento.

Nos dias atuais, já se fala em meios para implantar a política de Janelas Quebradas no Brasil. Quando se fala em Tolerância Zero pode-se dizer que não se trata de uma política criminal nova. Pretende-se acabar com o mal – a criminalidade – pela raiz, como se essa fosse constituída por pequenos delitos, e não pela falta de um Estado Social.

Trabalha-se a idéia que a repressão total, de forma ideológica, para sanear o surgimento de um sentimento generalizado de insegurança diante a imprevisibilidade e da *liquidez*²⁴ das relações sociais. Sacrificam-se os direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os problemas que realmente geram a violência.

Assim, ambos os movimentos de lei e ordem assim como tolerância zero, tentam remediar com um “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países que propagam essas idéias.

Quando apresentamos esse breve histórico sobre movimentos de repressão, não podemos deixar de fora, a luta pela esquerda no Brasil. Tal movimento surge nos anos 70, através dos “defensores” de grupos sociais específicos. A esquerda rompe com a visão tradicional crítica e libertária, atuando na busca da repressão penal, inclusive com a supressão de direitos e de garantias processuais.

Os movimentos de esquerda, esquecendo-se das razões de existir a legislação penal de “pânico”, postulam reações punitivas de maior eficiência na repressão como sendo essa a forma adequada para combater a corrupção e a impunidade de seus autores. Assim, a esquerda

²⁴ A liquidez retrata a fluidez da vida moderna e a flexibilidade das relações na pós-modernidade, bem como segurança a que essas situações conduzem diante da falta de vínculos e de valores que verifica na sociedade globalizada. A permanente necessidade de relativizar a verdade e vincular a análise a um pensamento heterotópico, não consensual, permitiram uma maior visibilidade da crise que estamos hoje envolvidos. A sociedade não consegue ser explicada pelo positivismo e pelo determinismo racionalista. Não há presunção pra se lidar com o erro, com as impurezas, só podemos pensar nelas como possibilidade de nos imunizarmos. O caos dá visibilidade a uma instabilidade que é apenas aparente. WUNDERLICH, Alexandre. *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS/ Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt (Coord) [et al.]*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 23.

política tem aprendido o quanto rentável pode resultar o discurso da *law and order*, antes monopolizado pela direita política.

Desta forma, observa-se que nesse breve histórico, a idéia do direito penal coisificou os seres humanos, admitindo e revelando seu suposto grau de periculosidade, representado uma nova roupagem do “Direito Penal do Inimigo”.²⁵ O controle e a vigilância são construídos socialmente como obsessões e a busca pela segregação de grupos de risco, a fortificação e a exclusão são vistos como urgência.

Assim, contrário ao Direito Penal do Cidadão que mantém a vigência da norma (prevenção geral negativa) e observa a singularidade do indivíduo de ser uma pessoa múltipla e dinâmica (ninguém “é” apenas); o “Direito Penal do Inimigo, de maneira contrária, combate o perigo, sendo um instrumento das classes elitizadas para gerar uma seletividade criminalizante”²⁶.

Apresentam-se 03 questões relevantes que merecem destaque: a exclusão do status de cidadão de determinadas pessoas (inimigo); a identificação arbitrária do inimigo e a atuação preventiva do Estado em relação ao inimigo.

Cria-se a imagem de pessoas perigosas assim como o pensamento de que o seu mínimo desvio deveria ser tratado como indício de um suposto estado de periculosidade. Ressalta-se que “há uma forte diferença entre os *bandidos* e os *mocinhos* no imaginário social e uma ausência desta diferenciação nas práticas sociais diárias”.²⁷ A repressão policial diária é bandida, é expressamente fora do Direito embora algumas vezes dentro da lei. Ela desrespeita a privacidade, a dignidade, a repressão humilhada pelo simples fato da condição social ou da cor do sujeito (preconceito). O problema da idéia da ordem constitucional que pretende a democracia é que esta ordem não permite a polícia trabalhar e logo esta que agir fora do Direito, contra o Direito.

Nesta visão a lei altera a sua função, pois não proíbe nem regula comportamentos, senão configura *status* subjetivos diretamente incrimináveis, não tem função reguladora, mas constitutiva dos pressupostos da pena. Uma técnica punitiva que criminaliza imediatamente e interioridade ou, pior ainda, a identidade subjetiva do réu e que, por isso, tem um caráter

²⁵ Ainda que sejam tratados em ideais antigos, Günther Jakobs concedeu uma nova roupagem ao modelo denominado “Direito Penal de Inimigo”. Sua visão possibilitou variações aos conceitos até então desenvolvidos, utilizando-se, inclusive, da fragilidade da sociedade diante da criminalidade violenta.

²⁶ Tal afirmação de que o sistema penal está estruturalmente montado para atuar de forma seletiva, uma vez que seus órgãos executivos têm espaço legal para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem.

²⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Revista Interdisciplinar de Direito de Valença / Fundação Educacional D. André Arcverde*. Faculdade de Direito – ano 01, n.01 (maio 1998). Valença: Editora Valença S.A., 1998, p. 236.

explicitamente discriminatório, além de antiliberal. Caracteriza um determinado grupo de infratores como um Direito Penal de autor, e não como um Direito Penal de Fato.

O direito penal do inimigo, nesse sentido, fornece uma nova ideologia densificadora do movimento de uma nova defesa social – pensamento antigarantista sobre no fenômeno delitivo – sendo um efetivo instrumento de punição, não existindo qualquer preocupação na preservação de garantias, pois essas seriam limitadas aos cidadãos e não aos inimigos.

Em relação à política criminal, verifica-se que o Direito Penal do Inimigo atua em harmonia com os movimentos repressivistas de Lei e Ordem e Janelas Quebradas. Todos imputam ao Direito Penal a função de prevenir o cometimento de crimes, desprezando-se os Direitos Humanos. A distinção do Direito do Inimigo em relação aos outros movimentos repressivistas é justamente a de fornecer novos elementos para uma ideologia que contribui para reforçar o modelo integrado de caráter repressivista.

A ênfase dada aos riscos da criminalidade nos dias atuais gera um alarmismo não justificado em matéria de segurança, que redundando no reclamo popular por uma maior eficácia das instâncias de controle social, gerando a *cultura da emergência*²⁸ – uma canalização irracional das demandas sociais por mais proteção como demandas por punição.

A pressão social provocada pela insegurança que ronda a sociedade tem servido como justificativa para gerar a legitimização necessária para que o Estado aumente sua “potestade”, ampliando seu aspecto de controle penal no marco da “luta contra a criminalidade”, suprimindo direitos e garantias ao ponto de se admitir, em alguns casos, a perda do *status* de pessoa de alguns acusados.

Verifica-se que existe a necessidade de uma mudança dos discursos repressivistas, pois os mesmos geram a ineficácia do modelo de política criminal. Certo que, a utilização de uma legislação penal de terror, ao aumentar as penas, criminalizar condutas e minimizar garantias, não é suficiente no “combate” à criminalidade.

Tal posição opta pela escolha de um modelo de intervenção mínima do Direito Penal nos conflitos sociais, tendo como pressuposto o fato de a intervenção resultar através mais violência, devido a um sistema penal violento e de pouca racionalidade. Por conseguinte, o sistema penal acrescentaria mais violência (agressão aos direitos fundamentais) a que continuamente somos todos submetidos.

²⁸ (CALLEGARI, op. cit., p. 18).

Desta forma, o Direito Penal e Processual Penal estão inseridos num modelo de política penal repressiva, sendo a pena tratada como instrumento de prevenção e de repressão alcançada através do processo (visto como um instrumento repressivista que busca identificar o responsável pela ação típica, ilícita e culpável). Assim, não estão em compatibilidade com as características do Estado Democrático de Direito, ressaltando-se, em especial, a questão que expressa que as leis devem buscar a igualdade social e o respeito aos direitos fundamentais.

Constata-se que o apoio social a essa política repressiva é em decorrência da inexistência de outras medidas políticas, a carência de políticas públicas que visem efetivamente à repressão à criminalidade é também imensa. Assim o Direito Penal, no âmbito político, tornou-se uma eficaz arma, já que atende a anseios populares e garante um positivo resultado aos autores de futuras leis em eleições posteriores; principalmente, quando a situação surge de forma estruturada, com características do Direito Penal do Inimigo, estigmatizando os envolvidos, os quais, em regra, possuem mesma origem, estando à margem da sociedade.

O fato é que a criminalidade nunca acabará, podendo ser reduzida a níveis toleráveis, desde que sejam adotadas as medidas políticas adequadas, as quais são políticas sociais e não penais. Todavia, é preciso ter consciência de que se trata de um processo gradual e lento. A “reforma do repressivismo e a construção do paradigma da segurança cidadã”.²⁹

Afirmar que a função do Direito Penal é a limitação do poder punitivo, vai de encontro com o Estado Democrático de Direito que determina a tutela dos direitos fundamentais, assim reconhecemos que o Direito Penal e Processual Penal são eficazes instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais, considerando-os através de uma nova perspectiva, integradora, crítica e contextualizada do pós-positivismo jurídico.

O importante é que a devida concretização do Direito Penal passe pela sua legitimação constitucional, o que somente será possível, quando os aplicadores da lei o fizerem respeitando os princípios estabelecidos na Constituição. Através da aplicação e do respeito a esses princípios é que se pode falar de um verdadeiro e legítimo Direito Penal em um Estado Social e Democrático de Direito – reexame no que tange aos fundamentos

²⁹ O que se observa no Brasil é que não há políticas públicas, mas há o velho e bom Direito Penal, que se transforma, desse modo, em um instrumento ao mesmo tempo repressivo (com o aumento da população carcerária e a elevação qualitativa e quantitativa do nível da penal) e simbólico (com recurso a leis-manifesto, através do qual a classe política reage à acusação de “afrouxamento” do sistema punitivo por parte da opinião pública). Chega-se, assim, a um modelo de Direito Penal Mágico, cuja principal função, parece ser o exorcismo (Idem, p.134).

filosóficos. Um repensar de suas finalidades. Um repensar da política criminal, da criminologia e do direito penal na busca de seus últimos fins.

Por meio do modelo de Direito Penal que se vivencia no país, assegura-se não a proteção dos cidadãos e dos seus direitos fundamentais em face da atuação punitiva estatal, tampouco se busca a prevenção à prática de crimes; mas, observa-se a dominação exercida contra as camadas sociais economicamente desfavorecidas, inclusive por meio de medidas de punição daqueles que são escolhidos para representarem a “personificação do mal, reforçando, assim, estereótipos tão presentes na sociedade brasileira e revelando, conseqüentemente, a real função desempenhada pelo sistema punitivo no Brasil”.³⁰ Através do discurso Estatal, busca-se inspirar a confiança das classes dominantes, detentoras do poder econômico, infundindo terror aos setores populares, em afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, “nenhum modelo de justiça criminal será digno se não estiver assentado sobre o núcleo ético-jurídico mínimo de preservação dos direitos fundamentais constitucionalizados”.³¹ Negar o garantismo seria negar um instrumento de defesa (teórica e prática) em favor dos direitos fundamentais da pessoa humana – que compõem um catálogo democrático – que foram conquistados com alto custo para a humanidade no decorrer da evolução da ciência e da cultura.

Ao abordar esse tópico, aludi-se a importância do discurso e, como o mesmo, é utilizado como uma ferramenta do poder estatal. A sua importância na questão da dissertação, *Sigilo Bancário e Intimidade*, está em identificarmos como devemos focar um garantismo penal integral, observando a questão da retórica apresentada por parte do Estado (através da Política Criminal) e da doutrina minoritária que busca suprimir direitos constitucionais através de um discurso de cunho utilitarista e completamente repressivista.

2.4 O Modelo Normativo e a Prática Operativa

O que se alcançou na trajetória histórica do processo penal não foi a criação de um procedimento ideal que assegurasse o equilíbrio entre a segurança e a liberdade, mesmo porque o processo penal reflete, conforme o contexto social vigente, as vicissitudes das

³⁰ (CALLEGARI, op. cit., p. 41).

³¹ (WUNDERLICH, op. cit., p. 72).

ideologias e dos pensamentos da ordem política e as formas diferenciadas da expressão da sociedade multicultural.

O indivíduo nos dias atuais vivencia uma realidade simbólica e fragmentada com sérios obstáculos para sobreviver em uma sociedade em tudo excludente. O subjetivismo e a abstração que marcam o discurso criminal se adéquam à sua infra-estrutura histórico-social da pós-modernidade.

As incertezas geradas por institutos dogmáticos-penais dessubstancializados e sem objetividade são próprios a garantir a manutenção da insegurança do sujeito e, de outro, possibilitar que o poder punitivo realize, quando lhe convier, o seu “espetáculo televisivo”, essencial à formação do simulacro de controle. As “normas jurídicas, como não poderiam deixar de ser, refletem este aspecto”.³² Assim, “há a normatização excessiva de toda e qualquer situação de conflito, a transgressão espetacular contínua das normas e a simulação televisiva de uma ordem dessubstancializada, mas mantida a qualquer custo”.³³

Nesse diapasão, a criminalidade, ou melhor, o medo de tornar-se vítima de um delito, transforma-se em mercadoria da *indústria cultural*³⁴, razão pela qual a imagem pública dessa mercadoria é traçada de forma espetacular e onipresente, superando, não raro, a fronteira do que é passível de constatação empírica. Assim, as representações midiáticas (sensacionalismo) dos problemas sociais, “criam recortes na realidade, apresentando ao consumidor apenas os fatos que interessam a todos, não demonstram a essência do problema, sendo uma fusão imperceptível entre notícia e entretenimento”.³⁵

O sentimento geral de ausência de insegurança que prevalece decorrente o aumento significativo da criminalidade associada à exigência de uma resposta penal (política de resultados) mais célere, tem favorecido o discurso da lei e da ordem, que no campo do

³² A busca do sensacional e do espetacular, do furo jornalístico, é o princípio de seleção daquilo que pode e daquilo que não pode ser mostrado, o que é definido pelos índices de audiência – ou seja, pela pressão do campo econômico, do mercado, sobre os jornais. Observa-se, inclusive, uma “privatização parcial do poder punitivo”, responsáveis, não raro por julgamentos que só serão posteriormente ratificados pelo judiciário, salvo nos casos em que a mídia quer criar a imagem de “justiçeiros” (CALLEGARI, op. cit., p. 50).

³³ CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo e a pós-modernidade: Uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 80.

³⁴ Theodoro Adorno é um dos fundadores da chamada “Escola de Frankfurt”, que analisa a Indústria Cultural, cuja real intenção está em obscurecer a percepção de todas as pessoas, principalmente, daqueles que são formadores de opinião pública (ideologia). Conforme o autor, a mídia utiliza-se de uma “censura invisível” causadora da perda da autonomia de um discurso. Tal censura ocorre em razão da interferência do poder econômico e, por vezes, do poder político exercido mediante a contribuição dos proprietários de grandes emissoras, para que os interesses da classe dominante sejam mantidos. Assim, a cultura assume um imenso valor de troca, à medida, em que a economia abandona as formas concretas e passa a produzir seus movimentos em um universo simbólico. ADORNO, Theodor. *Adorno e a sociedade contemporânea*. Entrevista especial com Francisco Fianco ao Instituto Humanitas Uniensinos.

³⁵ (CALLEGARI, op. cit., p. 44).

processo penal, resume-se ao utilitarismo processual. Esse “utilitarismo pode ser traduzido na relativização dos direitos fundamentais individualizados e na adoção de uma política criminal policialesca, inspirada na prevalência da segurança pública”.³⁶

O Processo Penal tem sido tratado como instrumento capaz de garantir a segurança pública, através da efetiva repressão. Cria-se, com isso, uma contraposição entre os direitos fundamentais do imputado e a necessidade da repressão da criminalidade, fazendo crer que os princípios de garantia dos direitos individuais seriam preteridos aos de proteção à segurança. Como consequência gera: “a tendência autoritária gerada nos agentes da repressão e as políticas pautadas na eliminação dos sujeitos considerados inimigos”.³⁷

Este discurso jurídico evasivo do utilitarismo processual é que se pretende enfrentar, adotando-se em contraposição o constitucionalismo, com ênfase garantista e pós-positivista. As diretrizes estabelecidas pela Constituição de 1988, no momento de instituição do Estado Democrático de Direito, serão referências obrigatórias para a construção de um discurso sólido e consistente, capaz de promover a tutela ampla dos direitos fundamentais no processo penal, abrangendo tanto a dimensão individual quanto a dimensão difusa.

O Garantismo busca assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, limitando o poder punitivo, para impedir a arbitrariedade. Diferencia-se do mero legalismo ou mero formalismo processual, eis que se o Direito existe para tutelar os direitos fundamentais. Evidente que, no campo específico da função jurisdicional é o Poder Judiciário que detém a legitimidade e a independência no reconhecimento da função garantidora da tutela dos direitos fundamentais.

Busca-se agregar aos valores garantistas uma total integração com os direitos fundamentais, assim através de um novo modelo hermenêutico os princípios constitucionais passam a nortear o Direito em todas as dimensões de sua experiência, com a superação aos modelos positivistas herdados do século XIX.

Nessa realidade, de um lado está o Estado, com o poder de determinar restrições a direitos individuais (um Estado com poderes excessivos), e de outro lado está o indivíduo, inevitavelmente à mercê daquele. Diante disso, a fórmula é exposta pelo binômio *segurança pública versus liberdade individual*. Ocorre que, esta equação gera uma ótica conflitante e incompatível com o pluralismo do Estado Democrático de Direito. A efetiva proteção a

³⁶ No plano do Direito Penal ideologizado constituem o aparelho de Estado os Tribunais, a polícia, as universidades dentre outros. Necessitamos de uma Política Criminal capaz de dirigir o Direito Penal a seu fim adequado, cumprindo sua tarefa de proteção social.

³⁷ CARVALHO, Salo de. *Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro*. In: WUNDERLICH, Alexandre; Carvalho, Salo de (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen júris, 2005, p. 89-104.

direitos fundamentais deve incluir a tutela das diferenças individuais e das diferenças entre os variados interesses coletivos, que se manifestam na organização de uma sociedade cada vez mais complexa.

Nesta perspectiva temos que estender a tutela dos direitos fundamentais tanto para uma ótica publicista quanto para a questão dos direitos individualizados, tendo como intuito que o processo penal não pode ser reduzido a uma simples questão conflitante entre a *segurança pública* versus a *liberdade individual*.

Pode-se afirmar que o processo penal moderno, eminentemente público, destina-se à proteção de direitos fundamentais e “inaugura uma nova relação de reciprocidade e de complementariedade entre os chamados direitos fundamentais individualizados e os direitos fundamentais potencias”.³⁸

2.5 O Modelo Garantista

Ferrajoli foi o principal expoente contemporâneo a escrever sobre o Garantismo Jurídico, tendo iniciado seus estudos no âmbito do Direito Penal, cuja teoria garantista penal tem suas raízes na época do Iluminismo, sendo que “seu desdobramento para uma teoria geral proporciona grande potencial explicativo e propositivo para o jurista”³⁹.

O garantismo no processo penal representa a *efetivação*⁴⁰ do devido processo legal nos primas subjetivo e objetivo: como garantias das partes, essencialmente do acusado, e como garantias do justo processo.

Em nível epistemológico, esta teoria embasa-se no conceito de centralidade da pessoa, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir. [...] Como modelo explicativo do Estado de Direito, a teoria garantista consegue dar conta desse aparato de dominação com extrema competência, eis que o apresenta como uma estrutura hierarquizada de normas que se imbricam por conteúdos limitativos ao exercício do poder político. Propõe-se assim um modelo ideal de Estado de Direito, ao qual os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se,

³⁸ Oliveira, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 158.

³⁹ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 72.

⁴⁰ O princípio da eficiência é um protetor da sociedade e contém dois princípios: o da busca da verdade e o da celeridade. Ou seja, o sistema criminal é eficiente quando permite a apuração dos fatos criminosos de maneira célere.

sob pena de deslegitimação. Tem-se aqui então o aspecto propositivo da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito, quais sejam a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial. (CADEMARTORI, 1999, p.72)

O modelo garantista busca construir um sistema jurídico coerente e unitário que permitem identificar o desvio de poder, assegurando assim a tutela da pessoa contra a arbitrariedade estatal. Tenta-se chegar a um modelo ideal, caracterizado pelo grau máximo de racionalidade e pela limitação do poder punitivo do Estado. Assim, busca-se, a construção de uma ação e de um processo penal adequados à realidade constitucional do Estado Democrático de Direito – pode-se sintetizar que o pensamento garantista nada mais é do que a face do constitucionalismo.

Apesar de ter como preocupação central o desvio punível e a legitimidade da intervenção penal, Ferrajoli pensa em um modelo normativo de direito que no plano epistemológico se consubstancia como um sistema de poder mínimo pressupõe um sistema de poder que possa reduzir o grau de violência e maximizar a idéia de liberdade. No aspecto jurídico, percebe-se o próprio Estado sofrendo uma limitação garantista ao seu poder. Assim, o Estado deve respeitar, embora seu “poder punitivo”, um conjunto de garantias que devem por ele ser efetivadas (processo de minimalização do poder institucional).

Ao destacar a questão da intervenção mínima, abre-se um parênteses para identificarmos que tal procedimento difere do abolicionismo – extinção do Direito Penal. A intervenção mínima é dirigida à tutela de direitos fundamentais. Assim, uma vez legitimada a intervenção penal, no caso em que seja constitucionalmente válida a incriminação e/ou a pena, não pode haver preferências valorativas em um ou outro sentido (condenação ou absolvição).

Nesse quadro, a atual crise do sistema jurídico, configurada na divergência entre a normatividade e a efetividade, encontra no garantismo uma junção, muito embora, ele tenha como ponto-de-partida, a distinção entre ser e dever-ser (plano externo), ou ético-político (plano interno ou jurídico) - justificação externa do modelo garantista.

O garantismo mantém o aspecto da teoria do Direito, assim como, contrapõe ao excesso de formalismo da teoria pura, incluindo como objeto de análise não só a validade formal da norma (vigência), mas, também, a análise da validade substancial (material) da norma produzida.

Desta forma, viola a neutralidade presente no formalismo kelseniano, apresentando um significado de luta pelo Direito, como *modus operandi* da própria noção de ciência

jurídica, da identificação dos direitos fundamentais como base do paradigma do Estado Democrático de Direito e da distinção das noções de vigência e validade.

Diante essa tônica, o direito ao procedimento processual penal é um sistema de regras e de princípios que permite a atuação eficaz dos órgãos encarregados da persecução penal e que assegura um procedimento assentado em paradigmas extraídos de normas constitucionais do devido processo penal.

2.6 Acepções do termo “garantismo”

2.6.1 A primeira acepção do termo "garantismo"

A palavra garantismo, no contexto apresentado por Ferrajoli, seria um "modelo normativo de direito" que busca atingir não só a vigência da lei, mas sim, a condição de validade ou legitimidade das leis vigentes.

Vislumbra-se essa forma normativa de direito através de três aspectos distintos. Sob o prisma epistemológico (ou filosófico), controlando e reduzindo o poder do Estado no curso de um processo, que visa impor uma restrição por meio da violência estatal. Sob este enfoque, o garantismo, é caracterizado como o sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano fático se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a “minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos”.⁴¹

No aspecto jurídico conforme tal acepção o próprio Estado que pela dogmática tradicional tem o poder pleno de criar o direito sofre uma limitação garantista de seu poder.

2.6.2 A segunda acepção do termo “garantismo”

No segundo aspecto, o garantismo designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade”. Consiste em uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal*. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006, p. 786.

“dever ser” no direito. Há que se determinar a visão de validade e vigência, assim como, a possibilidade de verificação de um garantismo no direito.

Ferrajoli explica que existe do ponto de vista do judiciário e dos operadores do direito uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes, devido ao duplo ponto aspecto que a aproximação metodológica, aqui apresentada, seja na sua aplicação seja na sua explicação: o ponto de vista normativo, ou prescritivo, do direito válido e o ponto de vista fático ou descritivo, do *direito efetivo*⁴².

Desta forma, o jurista deve se ater à questão da validade das normas, de forma substancial, frente aos princípios constitucionais, bem como, para as normas que garantem tais princípios e que não são eficazes no plano fático.

Ferrajoli fala em “graus de garantismo”, conforme o ponto de partida de observação do analisador, criando um sistema, através da proposição de dez axiomas fundamentais, sendo que cada um deles trata de uma condição indispensável para que o poder de intervenção do Estado, ou seja, trata-se de condições indispensáveis para a existência da pena.

Isto posto, observa-se uma preocupação com os aspectos substanciais e os formais que devem sempre existir para que o direito seja válido. Essa junção de aspectos formais e substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de se garantir, efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais da Constituição.

2.6.3 A terceira acepção do termo “garantismo”

O garantismo é representado através de uma filosofia do direito que imputa o ônus de justificação ao próprio Direito. Pressupõe a separação entre o direito e a moral, entre validade e justiça, entre o ponto de vista externo e interno, ou mesmo, o “ser” e o “dever ser”. Trata o Direito e o Estado como “coisas artificiais” que servem de meios para a satisfação dos interesses e necessidades do indivíduo.

Ocorre uma inversão de princípios quando estas instituições artificiais se constituem com os fins, em si mesmas. Perde-se, assim, o ônus da justificação, dando razão à criação de um Direito arbitrário.

Essas três formas de acepções de garantismo, diferenciadas, mas correlatas, entre

⁴² (FERRAJOLI, op. cit., p. 787).

elas, proporcionam a visualização dos elementos caracterizadores de uma teoria geral do garantismo, que tem como pressuposto metodológico a separação entre Direito e Moral, e entre ser e dever ser. Estes elementos são: (1) o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito; (2) a divergência entre validade e vigência produzida pelos desníveis de normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; (3) a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico), e a correspondente divergência entre justiça e validade; (4) a autonomia e a precedência do primeiro e um certo grau irredutível de ilegitimidade política das instituições vigentes com respeito a ele.

2.6.4 O Garantismo Penal Hiperbólico Monocular

Têm-se considerado reiteradas funções doutrinárias e jurisprudenciais, em que há simples referência aos ditames do garantismo penal, “sem que veja nelas a assimilação, na essência, de qual a extensão e quais os critérios da aplicação das bases teóricas invocadas”⁴³. Em muitas situações, ainda, há (pelo menos alguma) distorção dos reais pilares fundantes da teoria garantista. Difunde-se um garantismo unicamente monocular e hiperbólico: evidenciando desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (molecular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se vêem investigados, processados ou condenados.

A tese central do garantismo está em que sejam observados não só os direitos fundamentais (individuais e também coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. Uma vez que as garantias são verdadeiras técnicas inseridas no ordenamento que têm por finalidade reduzir a distância estrutural entre a normatividade e a efetividade, possibilitando, assim, uma máxima eficácia dos direitos fundamentais segundo a Constituição.

Nesta compreensão dos postulados garantistas, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e a segurança.

⁴³ (CALABRICH, op. cit., p. 34).

2.7 Garantismo como Teoria Jurídica e Crítica do Direito

Os princípios do modelo garantista através de uma articulação do Ordenamento em diversos níveis normativos e da dissociação entre vigência e validade das normas são passíveis de elaborar o Estado coeso. A reformulação do significado de validade é o ponto primordial da Teoria, passando do conceito de existência (para Kelsen), para ser dividida em dois conceitos distintos.

O primeiro de existência ou vigência, que respeita a validade formal da norma, aborda a questão das regras que disciplinam a forma de criação de outras normas (competência e procedimento). O segundo, sendo o de validade propriamente dita, que se refere à necessidade de identificação, ou não contradição, entre os conteúdos das normas inferiores e superiores (hierarquia).

A confusão entre as duas noções presentes no normativismo e no realismo (que restringe o significado de existência fazendo-o coincidir com o de validade) gera profundas incompreensões. Cabe à teoria do direito como sendo um papel normativo-prescritivo, além de uma crítica-normativa à dogmática jurídica.

O jurista ao criticar o direito vigente assume os valores constitucionalmente positivados como parâmetros do próprio discurso jurídico, independentemente, da sua adesão moral (distinção entre ciência jurídica e política jurídica).

Ferrajoli é, certamente, normativista. Porém, não um simples adepto de um normativismo em si mesmo, mas realista e crítico (direito como função crítica) e, capaz de dar conta da complexidade do direito atual.

Sobre a questão referente à legalidade versus o decisionismo (na concepção que a decisão judicial é um ato de autoridade), busca-se conforme diminuir o papel “criativo” do juiz na construção do sentido da norma penal e consolidar a potencialização da ampla defesa, para fins de conhecimento mais exauriente dos tópicos de fato e de direito, faz-se necessária uma ampla pesquisa sobre os fatos, quanto maior for este conhecimento menor será o manejo da autoridade.

A atividade judicial do juízo penal é a combinação do que denomina “saber-poder”, uma forma simplificada de interpretação (uma combinação de conhecimento e de decisão), evidenciando que quanto maior for o “poder”, menor será o “saber”.

O “saber” processual é de verificabilidade/refutabilidade na realidade empírica. O “poder” tem *status* de coação exercida sobre o sujeito passivo da relação processual penal

(respeitando a proporcionalidade), assim o controle do “saber” sobre o “poder” nos atos decisórios do juiz tendem a preponderar.

Daí o motivo de a norma jurídica requerer sempre uma interpretação. O magistrado não pode proferir sua decisão judicial por meio apenas do procedimento lógico-formal, segundo um modelo clássico do silogismo lógico-dedutivo. A dimensão hermenêutica deve habitar o espaço jurídico, visto que a pré-compreensão do intérprete “entra em jogo”, como modo de ser da condição humana de ser-no-mundo. Por isso a “fenomenologia hermenêutica se faz presente na estrutura e na organização do pensamento jurídico”.⁴⁴

A missão do juiz é atuar como agente de transformação, entretanto não deve assumir uma postura meramente ideológica ou política no processo, eis que o controle da racionalidade é exercido com base na teoria do discurso, nas teorias de argumentação jurídica.

Ao motivar a decisão o juiz deverá observar os requisitos da previsão expressa na norma penal do fato como sendo desvio punível, onde os meios de prova e contraprovas são submetidos a uma verificação empírica (assegurado o contraditório).

2.8 O Garantismo como base da Democracia Substancial

O Estado de direito é configurado como um sistema de meta-regras em relação às regras mesmas da democracia política equivale à democracia, no sentido que reflete o sistema de direitos. Neste sentido, a teoria garantista surge como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir. Entretanto, o garantismo penal não é simplesmente legalismo, eis que a teoria está calcada numa visão teórica de um direito próprio de um Estado Social e Democrático.

O processo democrático cumpre a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, entendendo-se o Estado como o aparato da administração pública e a sociedade como o sistema. A política, no sentido de formação política da vontade dos cidadãos, tem a função de agregar e impor os interesses sociais privados perante um aparato estatal especializado no emprego administrativo do poder político para garantir fins coletivos. Fica evidente, a existência de um limite substancial à soberania popular, consistente no sistema de direitos, sem confundir a onipotência da maioria com democracia (também resguardados os

⁴⁴ (MELLO, op. cit., p. 138).

direitos da minoria).

A “democracia constitucional” consiste no reconhecimento de uma dimensão substancial ao lado da dimensão formal da democracia, de modo que as leis devessem sua legitimidade a um processo de validação, ao mesmo tempo, substancial e formal.

O reconhecimento dos direitos fundamentais inclui a afirmação da tutela das diferenças individuais e das diferenças entre os variados interesses coletivos que se manifestam na organização de uma sociedade cada vez mais complexa. A limitação substancial não estaria representada pelo sistema de direitos, mas através de valores fundamentais que implicarão num conceito substancial de democracia.

Os limites formais são aqueles estabelecidos pelo princípio da legalidade. Enquanto que, os limites substanciais, são aqueles que garantem todo o aparato aos poderes do Estado no serviço das garantias dos princípios constitucionais, a partir da inclusão nas Constituições, de proibições de se lesionar os direitos e liberdades, bem como dos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judicial.

Nesta objetiva construção, quando se pretende estruturar um sistema punitivo democrático, torna-se necessária uma investigação que determine quais os elementos constitucionais devem proteger a sociedade de seus próprios excessos, e de exercer a sua autonomia política. Busca-se incorporar uma maior adequação quanto à existência de determinados conceitos substanciais, que assumem *conditio sine qua non* na estruturação de um sistema punitivo que respeite a sua função social, e que preserve a autonomia dos indivíduos frente ao Estado (e ao controle que este exerce sobre aqueles).

No Estado garantista ressalta-se o fato, segundo o qual, não se pode decidir, ou não decidir, sobre tudo, nem mesmo por maioria (nenhuma maioria pode decidir sobre suprimir uma minoria), obtendo-se por consequência, uma redefinição do conceito de democracia.

A partir de então, denomina-se democracia social ou substancial, o Estado de Direito dotado de garantias efetivas, tanto liberais como sociais. Por outro lado, chama-se de democracia formal ou política, o Estado político representativo baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade.

Há, portanto, uma prevalência dos princípios da democracia social, os quais definem a respeito do que não pode ser decidido e do que pode ser decidido, sobre os princípios da democracia política, os quais determinam quem decide.

Compete ao Estado garantista o aumento dos direitos dos cidadãos e dos deveres do Estado, através da maximização das liberdades e expectativas e da minimização dos poderes públicos.

No âmbito de uma democracia, em que os direitos fundamentais ocupam posição central na definição do papel do Estado (Democrático de Direito), não se podem aceitar incriminações sem finalidade de efetiva tutela daqueles direitos (fundamentais) nem aquelas que sejam dirigidas contra condutas que não produzam lesões relevantes a eles (direitos).

2.9 Garantismo e Positivismo jurídico

O direito moderno traz uma nova tônica, na forma “legal”, ou “positiva” do direito, conseqüência das alteradas formas de legitimação.

O princípio da legalidade configura-se como o princípio constitutivo, sendo fonte jurídica de legitimação. Tal princípio representa um postulado jurídico do *juspositivismo* no qual se baseia a função garantista do direito contra o árbitro. O *juspositivismo dogmático* se apresenta como cada orientação teórica que ignora o conceito de vigor das normas como categoria independente da validade e da efetividade⁴⁵.

As normas se objetivam como fatos empíricos separados do jurista e dos objetos de sua interpretação (fatos normativos e lingüísticos, reguladores e regulados juridicamente). Tal bipolaridade surge no dualismo normativismo e realismo. Conseqüentemente, supera a concepção de Direito típica do positivismo kelseniano sob o parâmetro, preponderantemente formal, que se abstém de separar vigência e validade como conceitos de conteúdos complementares, o primeiro formal e o segundo material.

Não é por ser uma teoria contextualizada como pós-positivista (tendência principiológica) que o garantismo se defronta com o positivismo kelseniano em todos os aspectos, pelo contrário, a noção de hierarquia das normas e a separação entre ser e “dever-ser” lhe são importantes, contudo, há uma redefinição dos conceitos de Direito e norma, os quais adquirem substância/matéria/conteúdo.

O fenômeno da positivação dos direitos fundamentais ocasiona a afirmação do princípio de estrita legalidade cabendo aos juristas a função de fazer efetivo um Estado substancialmente democrático, defendendo a aplicação do Direito de forma a garantir o cumprimento do disposto na Constituição, conforme preceitua a doutrina garantista.

O debate baseia-se na dicotomia existente entre “meios” e “fins”. Em outros termos,

⁴⁵ Dois dogmas do *juspositivismo dogmático* são: a obrigação de o juiz aplicar a lei e a possibilidade de valoração da ciência jurídica (FERRAJOLI, op. cit., p. 805).

estamos tratando da distinção entre efetividade e eficiência do Processo Penal. Quando tratarmos de um Processo Penal Constitucional que tenha por finalidade a proteção dos direitos e das garantias individuais, tratamos da eficiência como instrumento (meio) de garantias.⁴⁶

2.10 Garantismo, Mudança Jurídica e Democracia Direta

Uma Teoria do Direito deve comportar a aceitação de uma filosofia política de sustentação, sendo pressuposto axiológico. O Sistema Garantista está na identificação do paradigma do Estado com a dimensão substancial da democracia, devido ao reconhecimento constitucional de novos direitos fundamentais (garantias legais para direitos já reconhecidos), mudando ou influenciando a jurisdição e o governo.

Os direitos fundamentais imprimem a conotação substancial ao Estado de Direito e à democracia constitucional, interligando-os intimamente. A democracia garante a efetividade dos direitos, e esses garantem a democracia, nesse sentido, a luta pelo direito não é apenas uma garantia de efetividade da democracia, mas uma forma de democracia política, sob a forma de democracia direta. Nesta perspectiva, a “democracia representativa” e a “democracia direta” são dois modelos alternativos que se sustentam.

O nexos funcional entre as duas formas de democracia apresenta-se como o existente entre o direito positivo e os direitos fundamentais, entre direito e moral, entre justiça e validade, ou entre pontos de vista externos e internos. A falta do nexos de ambas as partes conduzem os regressos da democracia.

A teoria garantista preocupa com a verificação da defasagem entre a vontade da sociedade, e as práticas concretas do Estado, sempre tendentes a romper os direitos consagrados no ordenamento, principalmente no que tange aos direitos sociais.

⁴⁶ CANTERJI, Rafael Braude. *Política criminal e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 95.

2.11 O Garantismo como Modelo Normativo de Direito

O princípio da legalidade estrita é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discricionárias, as convenções penais referidas diretamente a pessoas (caráter constitutivo), daquilo que é punível.

No direito penal, o princípio da estrita legalidade não admite “normas constitutivas”, sendo somente aceitas as normas “reguladoras” do desvio punível, neste sentido, o garantismo reside nessa concepção, ao mesmo tempo nominalista e empírica do desvio punível, desde que, garantidas a esfera intangível de liberdade e a igualdade perante a lei.

A mera legalidade é condição necessária do modelo, pois é o pressuposto que garante a certeza dos conteúdos das garantias materiais constitucionalmente positivadas. Assim, qualquer crítica ao convencionalismo perde sua razão de ser, dado que o convencionalismo no modelo proposto é condição necessária, mas não suficiente para a garantia e certeza do Direito.

O garantismo designa uma teoria jurídica que analisa a dicotomia entre o modelo normativo (geralmente garantista) e a prática de aplicação desse modelo (comumente antigarantista). Todavia, para garantir a correlação entre o aparato teórico e sua aplicação prática, admite-se uma atuação jurisdicional atuante, autorizando o Estado-juiz a recorrer aos princípios constitucionais reconhecidos como limites substanciais à soberania popular (recurso à legitimação externa).

2.12 Separação entre Direito e Moral, Validade e Justiça

O posicionamento filosófico no que se refere às doutrinas ético-morais na contemporaneidade é caracterizado por uma reação adversa ao aspecto formal e ao racionalismo abstrato. Busca-se a interiorização dos valores resumidos na vontade objetiva cultural.

Cabe ao Direito o poder de coação em vista da realização do “bem comum”. O Direito é conceituado sob três aspectos: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de justiça).

No Sistema Garantista a separação entre Direito e a Moral (ponto de vista externo), condiz num sentido assertivo, que moral e direito não se confundem; num sentido prescritivo, que a moral não é suficiente nem em sede judiciária, nem em sede executiva a justificar a intervenção penal. Contudo, a Moral não pode ser estabelecida apenas por valores extrajurídicos, mas também, quer ser entendida como parte dos valores que norteiam os princípios vigentes no sistema.

O sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) que em face da relevância da relação com a idéia de “justiça”, são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade que lhes permite ligar objetivamente todo o sistema constitucional.

A crise da dogmática jurídica pode transmutar-se em crise da democracia, posto tratar-se, sobre uma crise nos princípios constitucionais, sobre os quais se fundamenta a soberania popular e o paradigma do Estado Democrático de Direito. O enfraquecimento, destes, possibilitaria o aparecimento de formas neo-absolutistas de poder público, isentas de limites.

A idéia da existência de uma “soberania limitada” serve para designar uma realidade ainda não construída, a limitação não seria jurídica, mas política. Trata-se da insustentabilidade (já defendida por Kelsen) do dogma da soberania absoluta.

Perelman⁴⁷ ao considerar que cabe ao Estado a garantia efetiva dos direitos fundamentais, o que, conseqüentemente, aumenta o poder do Estado, pondera a necessidade de conceder preeminência a um poder judiciário independente, afirmando que ao estabelecer e garantir os “direitos do homem” presume um sistema de direito positivo, com suas regras e seus juízes.

Diante do exposto, ao juiz cabe o papel de garantia do Direito, possível em vista da complexidade da sua estrutura formal, mesmo tendo por base o direito positivo, característica do Estado Constitucional de Direito, onde a própria produção jurídica é disciplinada por normas, não apenas formais como, também, substanciais de Direito Positivo.

Temos que analisar quais são os novos padrões ético-morais vigentes, impondo à sociedade a necessidade premente de um novo modelo de regulamentação. Faz-se necessária à conscientização do cidadão, visto que a ausência da noção de cidadania, tira deste a condição de partícipe da defesa de seus próprios direitos.

Assim, fica claro que Moral e Direito não se confundem, mas estão, sim,

⁴⁷ Dentre várias obras publicadas, a principal obra do autor é a que trata a teoria da argumentação. Apresenta um estudo pormenorizado das hipóteses do discurso, estabelece a importância da análise do público alvo entre outros critérios que devem ser observados para termos um discurso e uma interpretação eficazes (PERELMAN, op. cit., p. 54).

entrelaçados e formam a base na construção na luta pela garantia dos direitos fundamentais, através de parâmetros sólidos de racionalidade e legitimidade, ao agregar todo um conjunto valorativo para dentro do ordenamento, sendo objeto de análise do jurista, mesmo que sejam os valores escolhidos pelo próprio sistema. Mas, que em uma análise de “ser” e “tempo”, são os valores contextualizados como reinantes na perspectiva da sociedade.

Ressalte-se, a importância da preocupação garantista em tentar minimizar toda a problemática processual, buscando compatibilizar o processo penal com o Estado Democrático de Direito e romper os paradigmas da estrita formalidade (positivismo) na expectativa do chamado, "justo processo".

2.13 O Processo Penal Garantista

O processo penal garantista, acolhido pela nossa ordem jurídica nacional, pode ser interpretado como sendo a evolução do processo penal moderno baseado na proteção aos direitos fundamentais. Demonstra a importância da utilização da hermenêutica que procura apreender com os fatos sociais os melhores caminhos para a solução da questão processual penal. A compreensão de tais fatores deve ser operada pela ponderação de valores através do discurso jurídico retórico por meio de um processo intersubjetivo.

Não se questiona no que tange o Direito Processual Penal a primazia da leitura garantista, inclusive todos os axiomas referidos por Ferrajoli, o qual alude que do ponto de vista normativo e, por ora, teórico, a Constituição da República não deixa margem a dúvidas quanto a sua opção garantista. Tem-se ali a consagração da estrutura dialética do processo judicial, afirmação do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural – competente em razão da matéria e por prerrogativa de função, vedado, ainda, o juiz ou o tribunal de exceção – e, sobretudo, da garantia do princípio da culpabilidade. A “instituição Ministério Público também mereceu os cuidados do texto de 1988, do qual se deduz um modelo tipicamente acusatório, afastando de vez a figura do juiz de investigação”⁴⁸.

O garantismo surge como forma de proteção e segurança da ordem jurídica, sendo a regulação jurídica do próprio Direito Positivo, não só quanto às formas de produção, mas sobre a produção de seus conteúdos. A atuação do direito considerando suas repercussões

⁴⁸ (CALABRICH, op. cit., p. 21).

sociais e políticas que determinará a adequação da norma ao fato concreto, resumindo a distância teórica entre um reencontro *do sein* (ser) com o *sollen* (dever ser).

O garantismo sustenta o modelo de processo penal que, em garantia dos direitos do imputado, minimiza os espaços impróprios da discricionariedade judicial. Desta forma, oferece fundamentos para a independência da magistratura e de seu papel de controlador da legalidade do poder. O reaparecimento do direito como elemento da cultura, inserido e modificado torna-se relevante em relação à questão de sua legitimação política.

A atividade jurisdicional encontra seu fundamento de legitimidade na tutela dos direitos fundamentais, dentro dessa realidade, o juiz não deve assumir uma postura meramente ideológica ou política no processo, devendo apresentar uma conduta eminentemente constitucional. A atuação do magistrado difere da atividade preponderantemente política do legislador e do administrador, porque esses dois poderes são poderes ausentes na maioria. Entretanto não podemos afirmar que se trata de dois mundos distintos e sem relação entre si.

É importante consignar que se entende por dogmática jurídica uma ciência uma ciência de caráter prático, não se limitando a uma ciência do conhecimento e sentido estrito, em relação diante as práticas legislativas e judiciais entende-se que:

Precisamente configurando-se como um saber conceitual, vinculado ao Direito posto, é que ela pode instrumentalizar-se a serviço da ação (decidibilidade), estando interpelada a cumprir uma função central neste processo, qual seja, o de assegurar um nível de comunicação mínimo entre as decisões da instância judicial e a programação da instância legislativa, provendo o instrumental conceitual adequado e necessário para converter as decisões programáticas do legislador nas decisões programadas do juiz. (ANDRADE, 2003, p.112).

Os princípios básicos do Processo Penal Garantista são: a jurisdicionalidade (*Nulla poena, nulla culpa sine iudicio*), garantia orgânica da figura e do estatuto do juiz. Também representa a exclusividade do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, independência da magistratura e exclusiva submissão à lei; a inderrogabilidade do juízo, no sentido de infungibilidade e indeclinabilidade da jurisdição; a separação das atividades de julgar e acusar (*Nullum iudicium sine accusatione*) configurando o Ministério Público como agente exclusivo da acusação, garantindo a imparcialidade do juiz e submetendo sua atuação a prévia invocação por meio da ação penal; a presunção de inocência, a garantia de que será mantido o estado de inocência, até o trânsito em julgado da sentença condenatória; a contradição (*Nulla*

probatio sine defensione), sendo um “método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas”⁴⁹.

Para a proteção dos direitos fundamentais e das garantias fundamentais (individuais e coletivas) e a exigibilidade do cumprimento dos deveres fundamentais, há de se observar que os princípios elencados funcionam como guias na dinâmica e harmônica configuração de todos os bens e valores protegidos constitucionalmente.

Para além de qualquer debate ao nível da escolha do tipo de incriminação ou do tipo de intervenção punitiva adotada no Direito Penal em vigor, é de se reconhecer que a provocação da jurisdição penal vem como sendo garantia fundamental, “se e quando adequadas à proteção dos direitos fundamentais, segundo as finalidades declaradas no texto constitucional”⁵⁰.

Na estrutura mínima do modelo processual garantista tem que estabelecer tanto a proteção penal de direitos fundamentais de modo potencial, isto é, de direitos não violados, mas violáveis, cuja necessidade de tutela é fornecida pelos dados concretos da realidade histórica, quanto das garantias processuais fundamentais do acusado.

2.14 A Sistematização do Direito

Em regimes democráticos onde os conflitos sociais emergem com maior espontaneidade, com construções permanentes de referências, os princípios assumem função principal de permitir maior fluidez no ordenamento jurídico, ou seja, uma flexibilidade que não condiz a um modelo hermético e estático.

Os princípios não apenas funcionam como vetores exegéticos, como também possibilitam a integração do direito e um caráter operacional à ordem constitucional (conferindo-lhe um fundamento ético). As colisões de princípios fazem parte da própria lógica do sistema, porque refletem a diversidade de interesses que subsistem no contexto social.

As modernas teorias dos valores foram buscar no caráter específico que reveste a interpretação constitucional, o arrimo e a legalidade para as construções sistemáticas.

⁴⁹ Tal sistema foi montado de modo que cada um dos termos implicados implique, por sua vez o sucessivo, formando uma cadeia de quarenta e cinco teoremas. Assim, podemos formar: *Nulla poena sine lege, nulla injuria sine iudicio, nulla iudicio sine defensione*, e assim por diante (FERRAJOLI, op. cit., p. 92).

⁵⁰ (OLIVEIRA, op. cit., p. 53).

A sistematicidade constitucional, mais do que um simples método de trabalho para o intérprete, é uma atividade prioritária no plano dos métodos da hermenêutica constitucional. Tem seu fundamento na própria Constituição, mas o intérprete não deve nem pode ignorar as exigências de unidade e coerência dos interesses que conformam a realidade social. Ressalta-se a criação de um patriotismo constitucional.

A caracterização da interpretação constitucional decorre da aproximação entre: o constitucionalismo e a democracia; a força normativa da Constituição; e a difusão da jurisdição constitucional. A Constituição passa a ser um sistema em si, com sua ordem, unidade e harmonia. Este fenômeno é identificado como uma “filtragem constitucional”, onde toda a ordem jurídica deve ser lida e interpretada sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados⁵¹.

A idéia de sistematização está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia com força normativa (imperatividade) pretende produzir algum efeito no mundo dos fatos. A Constituição há de ser pragmática, e não programática; há de ser um instrumento de ação social, e não depósito de expressões intelectualizadas.

Com o processo de sistematização observa-se a função essencial que pertence à doutrina e à jurisprudência na formação e na evolução do direito apontam dois problemas que surgem com o plano da interpretação constitucional em relação ao método jurídico: a questão da concretização da norma constitucional e dos princípios orientadores de sua interpretação⁵².

Tal transformação proporcionou o surgimento de teorias constitucionais que vêem a interpretação como um problema de concretização do conteúdo normativo, formulado de modo abstrato e indeterminado.

A teoria dos princípios chega a presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios metafísicos e abstratos para o campo concreto e positivo do Direito; a transição crucial da ordem *jusprivatista* para a órbita *juspublicística* (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da *jusfilosofia* para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento de sua positividade e concretude, sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios; e, finalmente, por expressão máxima de

⁵¹A "filtragem constitucional" é apontada nas obras de Luís Roberto Barroso, como característica do neoconstitucionalismo, explicando que as normas infraconstitucionais, todas elas, são interpretadas a partir da constituição e invalidadas no caso de desobediência.

⁵² DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-positivismo*. São Paulo: Madras, 2005, p.23.

todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios⁵³.

As teorias constitucionais, ora constroem princípios de interpretação como um problema de concretização do conteúdo normativo, ora constroem um novo conceito de norma para entendê-la como um processo. Na concepção atual de interpretação jurídica a norma jurídica não é o pressuposto, mas o resultado do processo interpretativo.

O novo constitucionalismo não apaga o fato de que vivemos em um mundo jurídico que busca abolir os fatos e conflitos tratados pelo direito, isto é, em um mundo no qual a “metodologia jurídica continua com a função de promover a desvinculação do caráter historicamente individualizado do caso que esteja na sua base, para atingir o abstrato generalizável e comum”⁵⁴.

O desafio da sistematização com o auxílio da hermenêutica, desta forma, se impõe porque o processo de afirmação e construção de princípios jurídicos “interage com o processo de assunção e construção de valores éticos, no contexto, no entanto, de uma sociedade não homogênea”⁵⁵.

Afirmando-se na pós-modernidade inaugura-se uma nova fase de relação de reciprocidade e de complementariedade, entre os chamados direitos individualizados e os direitos fundamentais potencias.

O cenário atual do Processo Penal é agravado com a pouca gradatividade das medidas de intervenção em direitos fundamentais de que dispõe a persecução criminal na legislação infraconstitucional. Releituras jurídico-constitucionais da persecução criminal podem contribuir para alterar essa realidade, oferecendo instrumentais teóricos mais adequados a lidar com os problemas fundamentais ocorrentes na prática dos atores jurídicos – a função da filtragem constitucional é, assim, dar verdadeira coesão e unicidade à engrenagem jurídica.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 78.

⁵⁴ NEVES, Antônio Castanheira. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editores, 2003, p. 287.

⁵⁵ Ao analisarmos a questão da pluralidade da sociedade, temos que observarmos a problemática da antropologia cultural, a dimensão normativa e os valores que caracterizam a cultura. O conceito de cultura, como emerge a Antropologia cultural, em 1871, por Taylor (Edward B. Taylor – 1832-1917), é o conjunto complexo que inclui o conhecimento, as crenças, a arte, a moral, o direito, os costumes, e quaisquer outras capacidades e hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade. Para em 1930, entrar a dimensão normativa, na problemática da antropologia cultural, como os valores comportamentais, como um conjunto de modelos normativos compartilhados pelos membros do grupo, modelos que servem para acompanhar sua conduta e que são acompanhados por certas sanções quando a conduta não se conforma a eles, sendo uma grande lição de tolerância que nos provém da antropologia cultural atual.

Nesta tônica, uma interpretação constitucional-sistemática do ordenamento jurídico produz o efeito de um processo reutivo-punitivo para um processo penal holístico-garantista (de direitos fundamentais). A investigação e o processo penal devem considerar a multifuncionalidade e a integralidade dos direitos fundamentais das pessoas que lhes são submetidas, tendo em vista a hierarquia normativa da Constituição e a releitura do direito processual penal, que deve passar pela perspectiva das diversas funções de direito de defesa e direitos de prestação de sentido amplo.

Ressalta-se a importância acerca do equilíbrio que deve haver entre a supremacia constitucional, a interpretação judicial da Constituição e o processo político majoritário. Reforça-se o papel do Supremo Tribunal Federal neste processo de reconstrução da dogmática, inclusive, em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo, como sendo, um problema crônico de disfunção institucional.

Na interpretação e aplicação da teoria garantista no Brasil é de suma importância uma refinada ponderação entre a tutela dos interesses e direitos fundamentais individuais e a proteção eficaz ao dever de segurança para a obtenção de um garantismo abrangente e perfeitamente satisfatório, tanto do ponto de vista individual quanto do coletivo.

A partir de uma interpretação constitucional no ramo do Direito Penal e Processo Penal ocorre uma visão contrária a um processo de cunho utilitarista que prega apenas que a violência deve ser combatida a qualquer custo, sendo despido das garantias constitucionais. Assim, o Processo Penal limita a qualidade de incidência, a partir do momento em que já se definiu que haverá atuação estatal em determinada circunstância.

O processo, como instrumento para realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e, de outro, servir como efetivo instrumento de garantias dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado.

3 O DIREITO À INTIMIDADE

O problema fundamental do destino da espécie humana parece-me este: se, e até que ponto, a evolução civil do homem conseguirá dominar as perturbações da vida coletiva provocadas por sua pulsão agressiva e autodestrutiva

SIGMUND FREUD

Neste capítulo, após a abordagem da *virada hermenêutica*⁵⁶, bem delineada no capítulo anterior, busca-se trabalhar a questão atual do direito fundamental no Brasil, em específico, tratando o direito à intimidade.

3.1 Breves Comentários sobre a Conjectura dos Direitos Fundamentais no Panorama Atual

Há algum tempo comemoramos a promulgação da *Declaração Universal de Direitos do Homem*⁵⁷ que resultou no fim dos regimes totalitários. Comemoramos, também, atualmente, os vinte anos da entrada em vigor da nossa Constituição da República do Brasil.

A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e

⁵⁶ A Hermenêutica estabeleceu-se como uma disciplina central a partir do início do século XIX quando se deu a chamada *virada hermenêutica* no conhecimento: ou seja, o conhecimento passou a ser visto como dependente da interpretação (e, conseqüentemente, da linguagem). Ressalta-se o chamado *círculo hermenêutico*, onde toda a compreensão do individual é condicionada pela compreensão do todo.

⁵⁷ A Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi adotada pela ONU em 1948, com o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, tem como o objetivo que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

representa um ideal para o futuro. Eis, que sem os direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há *democracia*⁵⁸.

A luta pelos direitos fundamentais manifesta-se num plano globalizado, sobretudo, na defesa dos direitos mais elementares das pessoas na edificação de uma ordem jurídica internacional efetiva, através de um sistema de direitos fundamentais em permanentes mutações, na busca de um “estatuto de humanidade”.

Não se pode negar que, se por um lado ainda estamos distantes da plena efetivação dos direitos fundamentais, é certo, também, que há uma tendência crescente à conscientização da sociedade para a concretização desses direitos (fundamentais) da pessoa.

O novo paradigma é, sobretudo, *pós-positivista*⁵⁹, no sentido de que pretende superar o positivismo legalista e normativo pelo positivismo economicista e historicista. Desta forma, que parte da doutrina adere à atual posição *neokantiana*⁶⁰ a respeito dos princípios jurídicos para criticar o normativismo e para fundamentar o positivismo historicista.

O constitucionalismo põe-se nas mudanças de referências (diversos segmentos) e mutações sociais (valores predominantes), oferece-se ao destino da vivência dos homens, desde que não se perca o seu ideário e a sua essência: o valor do homem e os valores dos homens, conforme os quais se persistem a buscá-los no começo de novos tempos, seguindo-se as vertentes pluralistas – direitos variáveis no tempo e espaço, constituindo um conjunto de valores que podem experimentar futuras transformações, ampliações e, também, restrições de direitos fundamentais do homem.

Destarte, o que se põe à mostra, é uma ruptura de padrões até aqui vivenciados e a sua substituição por outros, cujos modelos não guardam mais identidade de significado com aqueles que informaram os ditames jurídicos e políticos que se tinham como certos até então.

⁵⁸ A problemática dos Direitos Humanos surge, no contexto atual, como uma das questões mais abordadas pelos juristas, que se vêem as voltas com um tema que assumiu muita importância junto à comunidade internacional, mas que, ao mesmo tempo, ainda não atingiu uma unidade de pensamento que permita a sua organização de forma a assegurar sua proteção universal. Ressalta-se a questão do multiculturalismo, sendo uma barreira à consagração de uma teoria dos direitos humanos, de caráter transcendental – choque de culturas.

⁵⁹ Ocorre na “nova” sociedade uma mudança de paradigma, posta pelo pós-positivismo, com o resgate da razão prática, sustentada na argumentação (através do discurso pragmático/retórico), em uma comunidade dialógica, fundada na verossimilhança, em detrimento da razão teórica, que dá primazia à lógica formal, à certeza e ao método demonstrativo.

⁶⁰ O neokantismo ou neocriticismo é uma corrente filosófica desenvolvida principalmente na Alemanha, a partir de meados do século XIX. Preconizou o retorno aos princípios de Kant, opondo-se ao idealismo objetivo de Hegel, então predominante, e a todo tipo de metafísica, mas também se colocava contra o cientificismo positivista e sua visão absoluta da ciência. O neokantismo pretendia recuperar a atividade filosófica como reflexão crítica acerca das condições que tornam válida a atividade cognitiva - que influenciaram boa parte da filosofia alemã posterior, particularmente o historicismo e a fenomenologia.

No plano dos direitos fundamentais, presenciamos o problema da “decidibilidade”⁶¹ dos conflitos, enquanto uma ciência prática, a mudança de paradigma para tal questão, se dá do paradigma da norma de fato para o dos princípios e da eficácia. Assim, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-lo, mas o de protegê-los”⁶². Assim, se a problemática da eficácia é importante, nem por isso pode se sobrepor ou levar ao esquecimento a da legitimação; muito antes pelo contrário, a resposta ao problema da justificação projeta conseqüências *jusfundamentais* na prática constitucional. Fala-se em “direito à justificação do direito” tendo em vista que o Estado se encontra sob o dever de justificação.

Na base de toda essa transição tem-se o momento de um mundo sem ideologias, baseado num mínimo de interesses. O mundo cosmopolita, hoje, visa ao capital. O utilitarismo lucrativo passou a ser a “política” mais reverenciada. Desta forma, o constitucionalismo contribui efetivamente para a universalização dos direitos fundamentais para tanto contando com a internacionalização do direito que garanta os direitos humanos.⁶³

Observa-se, então, que a evolução dialética da história afigura-se-nos que, pelo menos no campo da proteção dos direitos fundamentais, o gênero humano está em progresso de civilização contínuo. O Direito não é o que se afirma. O Direito contemporâneo nada mais é do que a afirmação do homem no seu tempo. Um tempo de homens de todos os tempos, e para todos os homens. Nota-se que devido ao multiculturalismo, observa-se, a presença de um “discurso etnocêntrico para a legitimação dos direitos e numa hermenêutica diatópica, ou seja, ampliar a consciência de incompletude mútua (cultura mais forte versus cultura inferior) através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé na cultura”⁶⁴.

Ao debatermos sobre a importância da constitucionalização e direitos fundamentais, no Brasil, muito se clama pela aplicação do artigo 5º da Constituição da República e, pode-se dizer, que houve até sua “popularização” a ponto de cidadãos se valerem deles, como uma salvaguarda última de Justiça. Isso pode ser considerado um aspecto positivo sob o ponto de vista da conscientização da população acerca de seus direitos. Mas, sob outro aspecto, há de

⁶¹ Tércio Sampaio Ferraz Júnior aponta a questão da decidibilidade dos conflitos, identificada através da dogmática da decisão. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 24.

⁶² BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 1992, p. 24.

⁶³ A integração entre os sistemas constitucionais e o direito internacional faz-se inexorável nessa fase, particularmente para o aperfeiçoamento e garantia eficaz e eficiente dos direitos fundamentais. Uma real política cosmopolita, contudo, deve ser desenvolvida em um contexto de diálogo intercultural entre minorias, opondo-se a um localismo globalizado.

⁶⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. *Por uma concepção multicultural dos direitos humanos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.65.

se ter cuidado para que essa demasiada "exposição" não implique em sua "vulgarização".

A despeito da existência de pontos passíveis de crítica, os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento sob um enfoque constitucionalista, ao menos conforme seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelo instrumentário que se colocou à disposição dos estudiosos do Direito, "inclusive no que concerne às possibilidades de efetivação sem precedentes no ordenamento nacional".⁶⁵

Para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, o magistrado só deve possuir um único limite: a Constituição. Nem a lei, nem a falta de lei, pode impedir que os juízes façam cumprir os mandamentos constitucionais, sobretudo as normas constitucionais definidoras de direito. Afinal, não são os direitos fundamentais que circulam no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais.

A Constituição representa a referibilidade e a concretude de um ordenamento jurídico harmônico e coeso. O caráter publicista do Direito, e o caráter da constitucionalização que abrange todos os ramos do Direito.

No âmbito Civil, por exemplo, o efeito da constitucionalização deve ser entendido, na definição de FLORES-VALDÉS, "como um sistema de normas e princípios institucionais integrados na Constituição, relativos à proteção da pessoa em si mesma e suas dimensões fundamentais familiares e patrimoniais, na ordem de suas relações jurídico-privadas gerais, e concernentes àquelas outras matérias residuais consideradas civis, que tem por finalidade firmar as bases mais comuns e abstratas da regulamentação de tais relações e matérias, nas que são suscetíveis de aplicação imediata, ou que podem servir de ponto de referência da vigência, da validade e da interpretação da norma aplicável da pauta para o seu desenvolvimento".⁶⁶

Assim, foi o direito civil constitucional quem conferiu uma nova personalidade ao direito privado, redimensionando até mesmo o conceito de autonomia privada na teoria dos negócios jurídicos, sendo que "a grande vantagem da existência autônoma desta disciplina está em possibilitar a realização de um processo hermenêutico integrado dos meandros que se irradiam das relações privadas".⁶⁷

Perde assim, o direito civil, inevitavelmente, a cômoda unidade sistemática antes assentada, de maneira estável e duradoura, no Código Civil, anunciando-se assim a chamada

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998, p. 72.

⁶⁶ FLORES-VALDÉS, Joaquín Arce y, *apud* DIAS, Joaquim José de Barros. Direito civil constitucional. In: LOTUFO, Renan. *Direito civil constitucional: caderno 3*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 24.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 20

"era da descodificação, com a substituição do monossistema, representado pelo Código Civil, para o polissistema, formado por verdadeiros microssistemas de direitos privados que orbitam em torno da Constituição".⁶⁸

Observa-se que em todos os ramos jurídicos essa ótica publicista ganha ênfase, cada um com suas peculiaridades, mas todos com um viés constitucional. Entretanto, a constitucionalização do ordenamento jurídico não se limita somente à transformação do Direito, mas também o estilo do pensamento do jurista. Desta forma, cabe ao Judiciário a função de oferecer respostas engajadas às questões que lhe são postas em situações particulares definidas. Não há de prender-se mais às elaborações filosóficas e argumentativas aos casos concretos ocorridos num contexto social visto pelos magistrados que vivem estagnados com o Direito do seu tempo (direitos imutáveis).

Falar de direitos fundamentais é falar de progressos, de cidadania, de respeito de uns indivíduos pelos demais. É longo o percurso que a sociedade terá que percorrer para cumprir seu objetivo de assegurar a todos os homens, mulheres, crianças e idosos de todas as partes do mundo, de todas as raças e crenças, os direitos fundamentais que visam assegurar a vida com dignidade e sem ingerência do Estado em seus assuntos particulares (casos concretos).

Os direitos humanos fundamentais são, portanto, a base do arcabouço jurídico, pois sem eles (daí a característica de "fundamentais"), inexistem condições para o exercício da própria existência de forma condigna. Na luta pelos direitos fundamentais, é preciso, pois, encontrar a medida justa que permita adaptar o sistema normativo dos direitos fundamentais às novas realidades, respeitando a necessidade de cada época, e de cada caso concreto, mas sem perder de vista o ideal prático que lhe imprime caráter, e lhe delimita o horizonte.

3.2 Conceito de Intimidade

O direito à intimidade tem recebido as mais diversas denominações através dos tempos e do país em que é adotado: "o Direito anglo-norte-americano o denomina de *right of privacy*, *right to privacy*, *the reight to be alone*, *private life* e, às vezes, *intimacy*; o francês de *droit à l'avie privéé*; o italiano de *diritto allá riservateza*, *allá segretezza*, *intimitá ou riserbo*, enquanto o espanhol de *derecho a la esfera secreta de la propia personalidad personal*, *vida*

⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 10-11.

privada, intimidad personal, esfera reservada de la vida ou privacidad. Existem, ainda, na Alemanha, as expressões *privatsphäre* (esfera privada), *intimsphäre* (esfera íntima) e *heimlichkeitsphäre* (esfera secreta) e outras similares; já em Portugal, são duas as expressões utilizadas para esse fim: proteção à intimidade da vida privada e direito à zona de intimidade da esfera privada”.⁶⁹

O direito à intimidade é uma área de estudos bastante recente. A noção surgiu na modernidade, pois a estrutura social predominante na Antiguidade e Idade Média colocava o homem muito próximo da natureza. Nesta proximidade, “o indivíduo encontrava ambiente para dar vazão a seu espaço interior e gozar a sua intimidade. Os espaços eram amplos, as distâncias enormes e a densidade demográfica baixíssima em relação aos dias atuais”.⁷⁰

Nas instituições gregas e romanas é possível encontrar algum germe do direito à privacidade ou intimidade. A proteção à intimidade foi surgindo da evolução das sociedades.

Assim, pode-se dizer que a noção de intimidade surgiu com o nascimento da burguesa, como classe social. Alguns adeptos da Teoria Racionalista defendem a idéia de que a intimidade aparece com a desagregação do sistema feudal, com o crescimento da burguesia capitalista que desejava ter acesso a tudo que era privilégio dos nobres. A propriedade era condição para aquisição da intimidade. Outros autores, filiados à teoria histórica, encaram a intimidade como fenômeno inato ao homem, assim a necessidade interior de resguardar a intimidade é inerente ao ser humano – a intimidade enfocada sob os aspectos: fenômeno, idéia e direito.

Judicialmente, não se sabe ao certo qual foi a primeira vez em que a proteção à vida privada foi acolhida. É comum se fazer referência à divulgação do retrato de uma famosa atriz em seu leito mortuário.⁷¹

As variáveis de tempo e lugar são primordiais para o conceito de direito à intimidade, visto que o legado cultural se faz *mister* em se tratando de uma análise mais aproximada da realidade mutante.

⁶⁹ FREGADOLLI, Luciana. *O Direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998, p. 37.

⁷⁰ ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário e Direito à Intimidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 63.

⁷¹ O fato mais importante para a consagração do direito à intimidade aconteceu nos EUA, em 15.12.1890, com a publicação, na Harvard Law Review, do artigo “The Right to Privacy” dos advogados Samuel Dennis WARREN e Louis Dembitz BRANDEIS. A partir dessa publicação, desenvolveu-se nos EUA a defesa desse direito. A partir desse momento, a matéria passou a ser discutida com status de teoria, propiciando as bases técnico-jurídicas da noção de intimidade. O direito de estar só não se restringe a publicações que tenham em seu teor matérias que sejam de interesse público; não impede a comunicação de nenhum assunto, desde que de acordo com a lei; afirma a cessação do direito à vida privada quando do consentimento do interessado e, por fim, afirma que a verdade da alegação *exceptio veritatis* não serve como defesa. Desta forma, o ensaio de WARREN e BRANDEIS tornou-se um instrumento na defesa da intimidade, constituindo a base doutrinária para que os indivíduos não sejam vítimas da sociedade na violação de seu direito de estar só.

A intimidade está relacionada com o sentimento dos indivíduos, a respeito das questões e situações que eles não se incomodam de participar (tornar público) aos outros cidadãos e àquelas outras que preferem manter sob certa reserva (privacidade). Tal sentimento, notoriamente, varia de pessoa para pessoa em cada cultura, em cada época e nos diferentes lugares (constante mutação no tempo e no espaço).

Adriano de Cupis conceitua a intimidade como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outros de tudo que ela se refira⁷².

De Plácido e Silva esclarece que o vocábulo intimidade é derivado do latim *intimus*, o mais profundo, íntimo, indica a qualidade/caráter das coisas e dos fatos, que se mostram estreitamente ligados, ou das pessoas afetuosamente unidas pela estima⁷³.

O resguardo da esfera da vida privada é indispensável ao desenvolvimento da identidade pessoal e da personalidade humana, pois possibilita a experimentação de situações particulares, de forma independente, sem interferências exteriores de repressão ou julgamentos sociais. Partindo da premissa de que a fecundidade das relações ou julgamentos sociais depende da diversidade individual, a existência de uma área onde impere a exclusividade e a autodeterminação em torno de cada vida singular em desenvolvimento demonstra altamente significativa para a evolução social, pois somente a partir desse núcleo independente de individualidade é o homem capaz de inovar e pensar criticamente – a “autenticidade é tratada como sendo um valor primordial em uma sociedade pluralista, que demonstre apreço à autonomia individual”.⁷⁴

Segundo o jurista Jean Carbonnier, a intimidade é a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais.⁷⁵

O direito à intimidade integra a categoria dos direitos da personalidade; e suas manifestações são múltiplas: o direito à imagem, à defesa do nome, à tutela da obra intelectual, à inviolabilidade do domicílio, o direito ao segredo (epistolar, documental, profissional) são apenas algumas de suas expressões, não se tratando de um rol taxativo, uma vez que a tutela da intimidade poderá ser estendida a novos atributos da personalidade. O direito ao segredo ou o direito ao respeito da vida privada objetiva impedir que a ação de terceiro procure conhecer e descobrir aspectos da vida privada alheia; por outro lado, o direito

⁷² DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Moraes Editora, 1961, p. 145.

⁷³ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocábulo jurídico* v. II, p. 857-858.

⁷⁴ BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo Bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.

⁷⁵ CARBONNIER, *apud*, DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.68.

à reserva ou direito à privacidade sucede o direito ao segredo, compreendendo a defesa da pessoa da divulgação de notícias particulares, embora legitimamente conhecidas pelo divulgador.

Edson Ferreira da Silva entende que o direito à intimidade deve compreender o poder jurídico de subtrair ao conhecimento alheio e de impedir qualquer forma de divulgação de aspectos da nossa vida privada, que segundo um sentimento comum, detectável em cada época e lugar, interessa manter sob reserva.⁷⁶

O direito à intimidade consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de “impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano”⁷⁷.

Nos dias atuais, o direito à intimidade não se restringe ao direito de estar só. Integra o resguardo de interferências alheias, de importunações e indiscrições, sem que haja necessariamente isolamento por parte do indivíduo. Destarte, a intimidade deve ser protegida em qualquer ambiente, não apenas na morada e nos lugares privados.

A intimidade abrange múltiplos aspectos da vida humana. Toda pessoa tem direito à preservação de seus segredos e a não revelação dos mais variados aspectos de sua intimidade, desde os pequenos hábitos, as conversas mantidas com outrem, a vida amorosa, as moléstias de que é portador e assim por diante. Até mesmo o lixo recolhido nas residências tem sido considerado como parte da intimidade.

Mesmo com a facilidade de se adquirir nos novos instrumentos de comunicação e se popularizem as transmissões de imagens, sons e dados, o homem terá sempre necessidade de preservar sua intimidade.

Esse desejo de subtrair as nossas experiências íntimas ao controle do mundo exterior, interiorizando-as, justifica-se pelo fato de ser corolário de nossos anseios por uma personalidade independente. E só uma personalidade independente é capaz de aprofundar experiências comunitárias. Esse processo de socializar nossas experiências é salutar, desde que seja equilibrado por uma esfera de privacidade. Sem ela não resta força no eu para resistir à contínua mudança, e o indivíduo converte-se em uma pilha de padrões desordenados.⁷⁸

José Adércio Leite Sampaio, ao conceituar direito à intimidade e à vida privada,

⁷⁶ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito a Intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 39.

⁷⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. v.7. 2.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 63.

⁷⁸ MANNHEIM. *Diagnóstico de nosso tempo*. Tradução: Octávio Alves Velho. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p.185.

procura primeiramente definir premissas metodológicas, as quais servirão de base para estabelecer a dimensão desse direito, abaixo apresentadas:

- a) O direito à intimidade e à vida privada goza de uma constitucionalidade, pelo menos formal, pois a Constituição em seu art. 5º, inc. X. Define-o como direito ou direitos invioláveis;
- b) O direito à intimidade e à vida privada apresenta uma estrutura que se subsume ao que chamamos de teoria estrutural-formal de um direito fundamental;
- c) A intimidade e a vida privada, por envolverem temas de que dimanam aspectos pessoais e culturais, intimamente ligados à evolução tecnológica, devem ser concebidas de forma “aberta”, dinâmica e flexível, de modo a acompanhar essa constante evolução (SAMPAIO, 1998, p. 262).

Para o autor, os conceitos tradicionais de ‘direito de estar só’ não expressam seu sentido exato. Assim, para ele o direito à intimidade e à vida privada se apresenta como direito à intimidade, marcado por um conteúdo mais determinado ou determinável, conjugado a um complexo de princípios constitucionais, que nada mais são do que suas manifestações concretas.⁷⁹

Tais assertivas estimulam o intérprete ao estudo da relação entre os direitos à intimidade e à liberdade. A “conexão entre eles é inobjektável, sendo que o espaço privado também é ordinariamente chamado de liberdade interior. No âmbito penal, encontram-se diversas visões desta inter-relação”.⁸⁰ O direito à intimidade guarda relação de proveniência com o direito à liberdade, tratando-se de verdadeiro efeito do exercício da liberdade. Parte da doutrina, por seu turno, enxerga outra relação ao justificar a tutela penal dos segredos da vida privada, anunciando a grave restrição que sofreria a liberdade de atuação da vontade se o homem não tivesse a exclusiva disponibilidade dos próprios segredos, vivenciando o constante temor de sua quebra e impedindo de fazer confidências com medo da exposição. Assim, a plena liberdade provém da proteção da intimidade.

O direito à liberdade, empregado neste conceito, tem duplo sentido: de não intromissão e de autonomia (direito de escolha), ambos estão interligados. É a liberdade de não intromissão e de autonomia, concernente a aspectos da intimidade e da vida privada (princípio da inviolabilidade).

Os pontos de vista expostos são todos corretos e complementares, de modo que cada um não exclui os demais. O direito à intimidade representa um componente, uma faceta, da liberdade garantida na Constituição da República, por isso, ambos coexistem.

⁷⁹ (Idem, p. 263).

⁸⁰ (BELLOQUE, op. cit., p. 23).

3.3 O Direito à Intimidade e o Direito à Privacidade: O Direito à Intimidade como Espécie dos Direitos da Personalidade

O direito à intimidade, além de constituir um direito fundamental, integra a categoria dos direitos da personalidade, de forma precisa, “enquadra-se entre os direitos que constituem um atributo da personalidade, caracterizando-se por ser absoluto, indisponível, e por não se revestir da natureza patrimonial”⁸¹. Tal enquadramento do direito à intimidade como direito da personalidade, fica evidente quando se nota o caráter essencial de ambos, representando o mínimo capaz de garantir ao homem sua condição humana.

Os direitos da personalidade têm como objeto bens correspondentes a qualidades individuais, físicas ou morais, ao modo de ser pessoa humana. E não é diferente no caso do direito à intimidade.

Este direito acompanha o indivíduo também nas suas relações sociais, não se limitando a proteção jurídica às informações exclusivas da esfera familiar reservada. A privacidade não se limita ao restrito âmbito familiar, pois a pessoa humana, em todas as áreas de manifestação, possui terrenos de exclusiva pertinência, inclusive no exercício de seu trabalho, como condição necessária ao reconhecimento de sua dignidade e à própria eficiência na realização de suas tarefas.

As características que identificam os direitos da personalidade determinam igualmente o direito à intimidade, pois são ambos pessoais, extrapatrimoniais, inalienáveis, absolutos e imprescritíveis.

O direito à intimidade e o direito à privacidade, especificações dos Direitos da Personalidade, estão intimamente ligados. Quando ocorre a violação de um, também existe o ataque ao outro. Além dos direitos expressos em nossa legislação (artigo 21 CC, *in verbis*: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”), encontram respaldo no preceito constitucional da dignidade da pessoa humana, inviolabilidade da intimidade e dados pessoais (artigos 1º, inc. III e 5º, inc. X e XII, CF/88), determinando que caso ocorra a violação desses direitos sem a devida autorização existe a reparação do dano.

Embora alguns autores mencionarem os termos “*direito à vida privada*” e “*direito à intimidade*” como sendo sinônimos, não há um consenso, pois parte da doutrina refere à

⁸¹MORSILLO, p. 75, *apud*, COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: Tutela Penal da Intimidade*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 49.

intimidade como algo diverso e menos amplo que a vida privada. A intimidade é um círculo concêntrico (doutrina alemã), de menor raio que a vida privada, ou seja, a intimidade é considerada a parte mais reservada da vida privada.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu texto, de maneira expressa, que no art. 5º, X, "*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*". Este dispositivo faz diferenciação entre o direito à intimidade e à vida privada, consagrando-os autônomos, daí não se poder utilizá-las como sinônimos.

No dia a dia, nos referimos à vida privada com os substantivos intimidade e privacidade. Ao primeiro, definimos familiaridade e o ciclo de amizade; já o segundo, aquilo que é particular, que não é público (é sigiloso).

Os conceitos de intimidade e vida privada são constitucionalmente consagrados e apresentam grande interligação, porém diferencia-se por ser, o primeiro menos amplo que o segundo. Sob este enfoque, o conceito de intimidade refere-se às relações subjetivas e de foro íntimo das pessoas (relações familiares e de amizade), enquanto que o conceito de vida privada engloba todos os relacionamentos das pessoas, inclusive os objetivos, como relações de trabalho, estudo etc.

A proibição de violar a intimidade decorre da exposição, cada vez mais crescente, a que estão sujeitas às pessoas. Dois interesses são tutelados no direito à intimidade, de um lado o interesse que a intimidade não sofra violações e, de outro, o interesse que a intimidade não venha a ser divulgada.

O direito à intimidade integra-se na esfera da vida privada que se distingue da esfera individual. Os direitos vinculados à esfera individual destinam-se à proteção da personalidade na vida pública, como o direito à reputação e ao nome, enquanto, na esfera da vida privada tutela-se o interesse pela livre existência, sem intromissões. Busca-se resguardar o recato, o isolamento, a paz interior do indivíduo.

Na medida em que mais se acentua a intimidade, maior é a necessidade de tutela jurídica do bem. Mas, apesar de tutelada constitucionalmente, como direito fundamental, o direito à intimidade, como todos os demais, comporta limitações. Nenhum direito fundamental pode ser considerado absoluto, seu limite está nos demais direitos fundamentais.

A admissão de limitações aos direitos fundamentais não deve acarretar sua completa supressão. O direito apresenta contornos que o harmonizam com outros direitos igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico. Eis que, o interesse público, em situações excepcionais, pode justificar certo sacrifício da intimidade, sem que se possa considerar violado o direito.

A defesa da privacidade deve proteger o homem contra: (a) a interferência em sua vida privada, familiar e doméstica; (b) a ingerência em sua integridade física ou mental, ou em sua liberdade intelectual e moral; (c) os ataques à sua honra e reputação (d) sua colocação em perspectiva falsa; (e) a comunicação de fatos relevantes e embaraçosos relativos à sua intimidade; (f) o uso de seu nome, identidade e retrato; (g) a espionagem e a espreita; (h) a intervenção na correspondência; (i) a má utilização de informações escritas e orais; (j) a transmissão de informes dados ou recibos em razão de segredo profissional.

Com relação a esta necessidade de proteção à privacidade humana, não podemos deixar de entender que as informações físicas e bancárias, sejam as constantes nas próprias instituições financeiras, sejam as constantes na Receita Federal ou organismos congêneres do Poder Público, constituem parte da vida privada da pessoa física ou jurídica.⁸²

3.4 Características

No que tange à caracterização do direito à intimidade, importa sublinhar que se trata de direito composto por normas oriundas dos ramos do Direito Público e do Direito Privado da ordem jurídica. Assim como a liberdade, a intimidade também pode ser denominada de direito subjetivo, característica que não se pode ser negada após a sua constitucionalização expressa.

Os traços característicos do direito à intimidade mais definidos seriam o desejo de estar só e o direito de excluir do conhecimento alheio os fatos e dados que dizem respeito ao indivíduo. Os alicerces da estrutura do direito à intimidade são o direito ao segredo, o direito à reserva (compreendendo estes o sigilo de correspondência) e o componente representado pela inviolabilidade de domicílio.

A generalidade do direito à vida consiste que toda pessoa humana é dele dotada. Trata-se de um direito inato, pois ao homem é reconhecido este direito por ser um ente natural dotado de vida.

A vida privada é exatamente o poder individual do sujeito de regular o comportamento alheio, de modo a evitar a sua invasão. É um direito subjetivo e, como tal, não fica excluída a possibilidade de ser inato.

⁸² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.71.

O direito à intimidade é intransmissível, pois não podemos separar a honra e a intimidade de seu titular. A natureza do objeto é que torna intransmissível o bem. É da essência da vida, da honra, da intimidade, da imagem. Não podemos conceber a vida de um indivíduo sem essas características (caráter essencialista).

O direito à vida privada se extingue com a morte do sujeito e não se transfere aos seus herdeiros. Porém, isto não é pacífico na doutrina, há aqueles autores que defendem a sua transmissibilidade alegando ser possível a divulgação da vida íntima tanto após a morte quanto durante a vida do indivíduo.

Milton FERNANDES entende serem intransmissíveis *causa mortis* os direitos da personalidade em geral e o direito à privacidade em particular. Desta forma,

falecido o sujeito, com ele desaparece seu direito à honra, à reputação, à imagem, ao nome, à intimidade. Claro que a afirmação não significa que também neste momento deve cessar a proteção jurídica. Segue esta, já agora no interesse da família (FERNANDES, 1977, p. 115).

O direito à intimidade é indisponível, pois nem por vontade própria do indivíduo o direito pode mudar de titular.

O direito à intimidade é extrapatrimonial, pois é insuscetível de avaliação pecuniária. Falta conteúdo econômico à intimidade, contudo a natureza extrapatrimonial do direito não implica a impossibilidade da reparação pecuniária de sua violação.

Em regra geral, inexistente patrimonialidade, porém nada impede que, como direito extrapatrimonial, tenha reflexos econômicos que não invadam a predominância do interesse moral.

O direito à intimidade é absoluto, pois é oponível a todos. Todos estão obrigados a respeitá-lo, mas o ser absoluto não quer dizer que ele não esteja subordinado aos imperativos da ordem pública e dos bons costumes.

O direito à intimidade não se extingue pelo seu não uso, não está sujeito à prescrição. O indivíduo não perde o seu direito em razão de não exercê-lo durante um certo intervalo temporal. Não importa o número de anos decorridos, a vítima terá sempre a ação própria independentemente da cronologia.

O direito à intimidade é inalienável ou indisponível, a título gratuito ou oneroso. É inconcebível que uma pessoa possa dispor da proteção concedida à sua intimidade, alienando-a.

O indivíduo pode permitir a divulgação de idéias e fatos privados, o que se veda é a cessão do direito como um todo. Em outras palavras, pode deixar de exercer este direito, mas é proibido renunciá-lo.

A impossibilidade de renúncia deriva do caráter de direito fundamental e ainda que não esteja expressa em lei deve ser havida como regra, somente afastável em face de expressa disposição em contrário.

A regra é a disponibilidade plena dos direitos de cunho patrimonial e a disponibilidade relativa dos direitos não patrimoniais, dentre os quais avultam os chamados direitos de personalidade.

Isto não significa que a vida privada possa ser objeto de contrato, tendo em vista que alguns doutrinadores têm afirmado a disponibilidade do direito ao segredo, porque se pode dar o consentimento para exposição ou publicação.

Edson Ferreira da Silva entende que não se pode dispor em caráter definitivo – e irrevogável – de um bem (o resguardo da própria intimidade) que constitui condição indispensável de existência digna da pessoa humana e de desenvolvimento saudável da personalidade. É nesse sentido que o direito é irrecorrível, embora comporte limitado poder de disposição. Ou como afiança Pontes de Miranda, pode-se deixar de exercer o direito de velar pela própria intimidade, mas o poder respectivo, sendo irrenunciável o direito, pode ser retomado a qualquer tempo.⁸³

3.5 A Constitucionalização do Direito à Intimidade no Brasil

A Constituição Federal de 1988 prescreve, de forma explícita, no seu art. 5º, inc. X, que são invioláveis a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas, sendo assegurada a elas o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrentes da violação desses direitos.

Conforme explicita MORI⁸⁴, nas Constituições que se antecederam não havia uma proteção expressa do direito à intimidade. Ela estava sempre presente de forma implícita nos textos constitucionais e, no início, sua tutela estava contida dentro da proteção genérica proporcionada por outros direitos da personalidade.

⁸³ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à Intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1988, p.48.

⁸⁴ MORI, Michele Keiko. *Direito à Intimidade versus Informática*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 22.

A Constituição do Império de 1824 mencionava apenas a inviolabilidade do domicílio e das cartas, em seu art. 179, VII e XXVII - protegia a intimidade.

A Constituição de 1981, também, o regulava em seu art. 72, parágrafo. 11 e 12, através da inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Da mesma forma, a Constituição de 1934 protegeu-a em seu art. 113.

A Constituição de 1937, que foi fruto de um regime ditatorial, era chamada de “Constituição Polaca”. A respectiva Constituição repetiu o conteúdo da Constituição de 1934, no seu art. 112, parágrafo. 6º.

A Constituição de 1867 e sua Emenda 01 (1969) continuaram a tutelar a intimidade, garantindo o sigilo da correspondência, das comunicações telefônicas e telegráficas (art. 153, parágrafo 9º), e a inviolabilidade de domicílio (art. 153 parágrafo 10). A tutela genérica da intimidade pode ser implicitamente localizada no parágrafo 36 do art. 153.

A Constituição de 1988 (art. 5º, inc. X), tutela de maneira explícita e direta o direito à intimidade que está localizado no Título II “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”, ressaltando a sua importância.

Desta forma, elevado ao nível de direitos fundamentais, o direito à intimidade passou a integrar de um regime jurídico especial, ter garantia de “*cláusulas pétreas*” (CF, art. 60, parágrafo 4º, IV) e aplicação imediata (CF, art. 5º, parágrafo 1º).

O constituinte brasileiro tutelou o direito à intimidade através de vários dispositivos constitucionais, tais como o direito de resposta (art. 5º, inc. V); a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inc. XI); a inviolabilidade do sigilo a correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo restrição judicial (art. 5º, inc. XII); o resguardo da fonte, quando necessário ao exercício profissional, em se tratando de acesso à informação (art.5º, inc. XIV); o direito de inédito no universo do direito autoral e da propriedade industrial (art. 5º, inc. XXVIII, alínea “a”); a restrição à publicidade dos atos processuais (art. 5º, inc. LX) e o habeas data (art. 5º, inc. LXXII).

Coube à jurisprudência o preenchimento do conteúdo deste novato instituto jurídico frente da inadequação normativa que, “de certa forma, perdura até a atualidade, resultando das dificuldades enfrentadas pelo processo legislativo na renovação da ordem jurídica perante a complexidade das relações sociais”.⁸⁵

⁸⁵ (BELLOQUE, op. cit., p. 48-51).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal em muito contribuiu para a consagração do direito à intimidade como categoria autônoma entre os direitos da personalidade, condizente com a autonomia individual, componente do direito à liberdade; o que se destaca no seguinte voto do Ministro Celso de Mello: tenho insistentemente salientado, em decisões várias que já proferi nesta Suprema Corte, que a tutela jurídica da intimidade constitui – qualquer que seja a dimensão em que se protege – uma das expressões mais significativas em que se pluralizam os direitos da personalidade. Trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, X), cuja proteção normativa busca erigir e reservar, sempre em favor do indivíduo – e contra a ação expansiva do arbítrio do Poder Público –, “uma esfera de autonomia inatingível e indevassável pela atividade desenvolvida pelo aparelho de Estado”.⁸⁶

Quando analisamos a situação internacional, sendo o direito à privacidade um consentâneo dos direitos do homem, muitas organizações vêm desenvolvendo pesquisas sobre os diversos aspectos da vida privada individual e dos problemas que daí decorre. No patamar da legislação internacional⁸⁷ a tutela do direito à intimidade é oferecida e garantida. O que deixa dúvida é a eficácia dos instrumentos legais diante da evolução tecnológica e da desvalorização do homem frente à máquina.

3.6 Propriedades do Direito à Intimidade: Da Relatividade do Direito a Intimidade

Observando a atual inquietude proveniente do progresso tecnológico, social e econômico, que produz o devassamento da privacidade das pessoas, poder-se-ia afirmar que

⁸⁶ MS 21.729-4-DF, de 05.10.1995 (julgado pelo pleno), DJ 19.10.2001.

⁸⁷ O artigo 12 da Declaração Universal de 1948 aborda textualmente o problema da vida privada e sua proteção: “ninguém será objeto de invasões arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados a sua honra e a sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais invasões ou atentados”. No âmbito americano, a Declaração de Deveres e Direitos do Homem, de 1948, cujo artigo 8º declara que: “toda pessoa tem direito à proteção de sua vida privada particular”. O Pacto sobre Direitos Políticos e Civis da ONU, cuja entrada em vigor data de 23.03.76, com o depósito do último instrumento de ratificação; seu artigo 17: “1º Ninguém será objeto de invasões arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, seu domicílio e sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação”; 2º: “Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais perturbações e tais atentados”; O artigo 11 da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos assinada em São José da Costa Rica, em 21.11.1969 menciona a proteção da honra e da Intimidade; e, por fim, o artigo 8º da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais, aprovada pelo conselho da Europa, que entrou em vigor em 03.07.1953, que estabelece que: “Toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência. 2º Não pode haver ingerência de uma autoridade pública no exercício desse direito a não ser no caso de esta ingerência ser prevista em lei e constituir-se em medida que, em uma sociedade democrática, for necessária à segurança pública, ao bem estar econômico do país, à defesa da ordem e à prevenção das infrações penais, à proteção da saúde e da moral, ou à proteção dos direitos e liberdades alheias”.

esta é incompatível com a vida moderna, mas não há como restringir esse direito que é fundamental, pelo mero fato de sê-lo. Não restam dúvidas acerca do direito à intimidade, imanente a todo ser humano, cabe expor que este, contudo, como todo direito fundamental, sofre limitações (reduções, diminuições, mas não eliminação).

No processo penal sempre foi necessário a existência de uma suspeita, pelo menos, para se poder investigar. Agora já se permite o início de uma investigação mesmo antes de existir qualquer suspeita. A "restrição" à intimidade das pessoas debilita a pretensão de um Direito Penal garantista.

A afirmação de que o direito à intimidade está tutelado pela Constituição brasileira não significa tratar-se de um direito ilimitado. O direito à intimidade encontra limitações no tocante às demais liberdades públicas, embora, a orientação de nossos Tribunais seja que um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas. O que se encontra em conflito é o interesse de preservar a vida privada contra o interesse não menos social de justiça. Em tais situações o excesso de limites e a maximização do exercício ao direito à intimidade trazem conseqüências como a ilegítima violação de direito fundamental ou a impunidade.

José Adércio Leite Sampaio⁸⁸ explica que no conteúdo do direito à intimidade, está o controle de informações, emitidas e recebidas, juridicamente relevantes, são os desdobramentos de um conjunto de faculdades atribuídas ao seu titular de (em gênero) seletividade dos *inputs* e *outputs* de informação. Segue o entendimento que o autor discorre sobre as respectivas faculdades:

Em relação ao controle do *impus* de informação, cabe ao homem o direito de controlar impressões sensitivas advindas do exterior, o direito a ser deixado em paz, de ter liberdade de não ser perturbado ou excitado e de sossego (estados psicofisiológicos de homeostase).

Vivenciamos um juízo de ponderação que pressupõe o interesse da sociabilidade, influenciando o ambiente em que se encontra o sujeito. No Brasil, a proteção infraconstitucional aos aspectos da intimidade, pode ser encontrada em vários ramos do Direito: (1) no âmbito civil, encontramos as regras do uso nocivo da propriedade, sobretudo as disposições contidas no artigo 554 do código civil “*o proprietário ou inquilino de um prédio têm o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam*”. Dentre os elementos perturbadores do sossego se pode elencar o

⁸⁸ (SAMPAIO, op. cit., p 363).

som, a luz, o cheiro e as impressões térmicas e as imagens; (2) No aspecto Penal, encontramos condutas tipificadas como contravenções, exemplo: exercer profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais. E, outras tipificadas como crime, exemplo: a prática de ato obsceno (manifestação corpórea de cunho sexual) em lugar público, ou aberto, ou exposto ao público (artigo 233, CP).

Em relação ao controle de *outputs* de informação, cabe ao homem o direito a controlar informação sobre ele mesmo, decidindo quando (em que extensão) e para que finalidade, tais informações serão conhecidas pelos outros. O direito à intimidade concede um poder ao indivíduo para controlar a circulação de informações a seu respeito.

Na caracterização da informação pessoal se deve ter em conta o papel da vontade, a obtenção da informação e o uso da informação.

A autorização/consentimento retira o caráter ilícito da obtenção/divulgação de informação da vida privada. Em certo grau a vontade é definidora daquilo que deve ser considerada como pessoal e, conseqüentemente, excluído do conhecimento alheio.

A obtenção da informação pode ser realizada diretamente através da investigação, da pesquisa, da coleta de dados, do olhar, do cheirar, do tocar, do sentir; ou indiretamente por meio de aparelhos de otimização dos sentidos, como a teleobjetiva, o microtransmissor, o microfone e mesmo o computador.

As técnicas físicas consistem em utilizar as leis da natureza para construir dispositivos capazes de exercer uma vigilância clandestina, através de meios: mecânicos, térmicos, ópticos, acústicos.

As técnicas psicológicas objetivam investigar a psique humana através de vários processos. Alguns visam apenas conhecer as faculdades mentais do investigado: são os chamados testes de avaliação da personalidade, muito utilizados pelos orientadores profissionais e no recrutamento de pessoal. Outros procuram descobrir as “verdades escondidas” (há ainda os que atuam no subconsciente), sem deixar de lembrar as possibilidades de obtenção de informações pessoais por meio do computador. Revelando-se, o duplo sentido de informações pessoais: qualitativo e quantitativo.

Não se pode restringir o controle informacional apenas à fase de obtenção de informações, mas alcançá-los até em seus limites ulteriores de destinação. O direito a controlar o uso de informações pessoais (segredo), mas, vai além, ainda quando as informações tenham saído do domínio da pessoa – de que se trata – continua a exercer um “controle” sobre sua destinação.

A informação pessoal não pode ser entendida como “segredo” ou como “informação confidencial”. O adjetivo “pessoal” deve ser compreendido em sentido amplo, de modo a abranger o complexo fenômeno chamado de “projeção da personalidade” ou “extensão do ego”. Cuida-se de um fenômeno cultural que, em alguns casos, pode decorrer da idéia de que certas escolhas pessoais dizem respeito sobre essa mesma pessoa, pois são projeções particulares.

Em suma, direito à intimidade, espécie do gênero vida privada, constitui-se num conjunto de faculdades, consistentes na seletividade de informações que ingressam no campo de percepção individual e de controle sobre aquelas que dela partam.

3.7 Limites do Direito à Intimidade

A demarcação do equilíbrio entre a proteção da esfera da intimidade e outros interesses jurídicos, quando da existência de confrontos, impõe-se como árdua tarefa para o legislador e para o intérprete e compõe a espinha dorsal do presente estudo. A parte da doutrina mostra-se assente em aceitar a limitação do direito à intimidade por algumas exigências ditadas pelo interesse público.

O direito público à informação é admitido conforme as jurisprudências brasileiras, salvo se esse direito não colidir com o direito ao respeito da vida privada de cada indivíduo. Cabe aos tribunais decidir se o limite não foi ultrapassado. Eis que, o direito à intimidade não é, na prática, absoluto, encontrando suas fronteiras com outros direitos ou bens constitucionais. Essa limitação opera-se por duas formas básicas: por atuação legislativa ou por intervenção jurisdicional.

Nenhuma medida restritiva de direito à intimidade poderá ser adotada sem ter uma base legal (princípio da legalidade). Deverá ter uma lei fundamentando uma disposição constitucional, enunciadora de outro direito ou bem protegido.

A restrição poderá ser feita de forma direta, através de uma lei que incida imediatamente sobre o âmbito de proteção do direito à intimidade (com autorização constitucional expressa). Exemplo: a reserva de lei restritiva da inviolabilidade de comunicações telefônicas (artigo 5º, XII, CRFB); e, indiretamente, a partir da concretização de outro direito, de uma competência ou bem constitucional. A permissão legislativa de quebra de sigilo bancário poderá ocorrer em nome da segurança; da moralidade pública; do

exercício das funções institucionais do Ministério Público; da fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União e das entidades da Administração Direta e Indireta; pelo Congresso Nacional e Tribunal de contas da União.

Entretanto a referida autorização deve obedecer a requisitos ditados pelo Direito Comparado. Uma lei que leva em conta na sua execução o princípio da proibição do excesso, e a garantia do núcleo essencial do direito à intimidade.

Tratando-se de intervenção jurisdicional, destacam-se dois momentos de atuação restritiva dos órgãos jurisdicionais: no caso de uma autorização de medidas derogatórias de aspectos do direito à intimidade, através de uma autorização legislativa, que, em sua aplicação dependa de um juízo de ponderação prévio à sua concretização. E, no caso de uma intervenção de conflitos entre direitos fundamentais, apenas, envolvendo pretensões diretamente fundadas na Constituição, estará o juiz obrigado a realizar um prudente *balancing*, a menos que a Constituição tenha exigido expressamente a interveniência do legislador.

No que tange as restrições impostas pelas necessidades de investigação criminal e produção de prova, a evolução doutrinária dos direitos humanos abraçou a inafastável relativização das liberdades públicas, de modo a adequar-se às novas e complexas exigências sociais modernas, no sentido de condenar o mau uso e o abuso dos direitos, principalmente quando este uso indevido vai de encontro aos interesses da coletividade e do Estado Social e Democrático de Direito. Assim, passou-se da idéia de “gozo absoluto dos direitos, até onde começam os direitos de terceiros, para aquela outra de gozo em conformidade com as finalidades sociais” (BELLOQUE, op. cit., p. 54).

Sob este enfoque, o direito à intimidade representa extrema relevância no tema da garantia da liberdade do acusado por meio do processo. Opta-se pela visão do processo, não como mero instrumento técnico, mas sim, principalmente, instrumento ético de solução. No processo penal estarão sempre em voga os principais fundamentos do Estudo Democrático de Direito: “de um lado, a tutela do indivíduo, nos diversos aspectos de sua personalidade e dignidade, que ditarão o limite dos poderes da persecução penal estatal; e, de outro, a tutela da manutenção saudável da comunidade, escopo último da repressão penal” (Idem, p.55).

4 O SIGILO BANCÁRIO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Face a qualquer acção, pondera os antecedentes e as consequências, e só depois, mas só depois!, começa a executá-la. Caso não procedas assim, grande será o teu ânimo no começo, dado que não cuidaste das dificuldades que a seguir se apresentam. Tempo depois, quando essas dificuldades, uma a uma, se apresentarem, abandonarás a tua tarefa de maneira vergonhosa.

EPICTETO, IN 'MANUAL'

Neste capítulo a temática é estudada a partir de uma discutível inserção constitucional no bojo dos direitos à intimidade e à privacidade.

Como é sabido, no ordenamento brasileiro, a partir de construção do Supremo Tribunal Federal, vem-se entendendo o sigilo bancário como manifestação e projeção específica do direito à intimidade constitucional protegido. Para a quebra do sigilo, apenas se justifica quando perante a necessidade de proteção social e de busca do bem comum, notadamente de persecução criminal, sempre determinada casuística e previamente por autoridade dotada de poderes (reserva de jurisdição).

Pretende-se confrontar o sigilo com o princípio à intimidade, assim como fazer um paralelo entre eles e o princípio da proporcionalidade, estabelecendo até que ponto o Direito está criando mecanismos para que possamos preservar a individualidade de cada cidadão, embora existam muitos recursos na sociedade que facilitam o acesso à violação de informações da vida e quebra de sigilos da alheia.

A análise dominante do sigilo bancário o considera inserido no direito à privacidade e à coletividade, por força do inciso X do art. 5º da CF de 1988. Em posição contraposta é excepcionado em algumas situações em que o interesse coletivo sobrepuja o individual.

Na atualidade surgem tendências que pretendem demonstrar que o sigilo faz parte do rol de direito à intimidade, por sua natureza negocial, extrapolando os limites da cidadela interior. E, também, que os direitos de personalidade, não devem servir de instrumento para lesão do patrimônio da sociedade nem de terceiros. A liberdade é conferida para a plena realização do ser humano, não para permitir que a argúcia dos mais espertos seja utilizada sem limites para espoliar seus semelhantes. Nesta corrente que ganha ênfase com o passar do tempo, a política criminal é o pano de fundo da discussão.

4.1 Sigilo Bancário - Conceito

Sigilo e segredo são freqüentemente utilizados, mormente na linguagem jurídica, com significação idêntica.

Segredo é “aquilo que não pode ser revelado, que se encontra afastado, separado; que não se divulga; silêncio, discrição; ou aquilo que há de mais recôndito na pessoa humana, enquanto sigilo é selo ou segredo” (HOLANDA, 1986, p. 1562).

Estas palavras, no entanto, possuem étimos diversos. Segredo origina-se da palavra latina *secretum*, característica daquilo que se tem oculto ou sob reserva; o que não se pode, não se quer, ou não se deve revelar. Sigilo, por seu turno, provém do latim *sigillum*, diminutivo de *signum*: marca pequena, sinalzinho ou selo, referindo-se a algo que está sob selo.⁸⁹

Desta forma, o sigilo exprime, assim, especificamente, “o dever de não revelar o fato de que se tem conhecimento, ou seja, o segredo que não se deve violar”.⁹⁰

A tutela da intimidade e do segredo tem como pano de fundo o mesmo interesse social. A diferença entre uma e outra está na gradação, na intensidade de tutela e no âmbito de conhecimento de terceiros tolerado.

Trata-se o segredo, portanto, de um estado de fato protegido pelo Direito: o estado de discrição ou reserva quase absolutas, ou seja, “o titular da informação deseja restringir a sua transmissão a terceiros e o faz por uma vontade juridicamente relevante, em razão de sua disposição legal ou da própria vontade” (BELLOQUE, op. cit., p.58).

⁸⁹ (DE Plácido e Silva, op. cit., p. 1412-1450).

⁹⁰ (Idem, p. 1450).

O sigilo bancário já era instituído como um costume originário da Grécia Antiga, onde os templos religiosos eram usados para cultos, guarda de dinheiro e prática de atividades bancárias. Atividades estas que, eram consideradas sagradas.

O sigilo já podia ser visto no Código de Hamurábi (adotado pelos romanos), sendo que, o livro dos banqueiros somente poderia ser exigido em juízo, nos litígios envolvendo o próprio cliente. Fica ressaltado o “segredo bancário como um dever com caráter profissional ligado à atividade bancária, que lhe permite ser qualificado como espécie de segredo profissional”.⁹¹

Mais adiante na nossa história, nota-se, que o sigilo bancário seria mais antigo que nosso próprio Código Comercial, eis que remonta ao Alvará de 16 de dezembro de 1756, do Reino Português.

Ao conceituar o sigilo bancário, não devemos apenas conceituá-lo a partir de uma *norma ordinária*⁹². Deve-se tratar o sigilo como preceito fundamental, de modo que na Constituição de 1988, em seu capítulo dos direitos fundamentais de 1ª geração (direitos liberdades) está definido como princípio-garantia, o que incluiria o direito fundamental à intimidade, e a sua projeção caracterizada no sigilo bancário.

A finalidade primordial do sigilo bancário é preservar a intimidade do cliente⁹³ (é inerente à personalidade dos indivíduos), além de atender a ordem pública, pois visa proteger o sistema de crédito. Assim, o sigilo bancário corresponde à obrigação imposta às instituições financeiras de conservar sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados, configurando infração penal a sua quebra injustificada (art. 38, caput, e Parágrafo 7º, da Lei 4.595/1964, e arts. 1º e 10º da Lei Complementar 105/2001).

A interpretação da maioria do Supremo Tribunal Federal considerando o sigilo bancário “direito individual coloca-o na condição de *“clausula pétrea”* (CF, art. 60, parágrafo 4º, IV), impedindo, dessa forma, a aprovação de emenda constitucional, tendente a aboli-lo ou

⁹¹ Nos dias atuais o segredo não se reduz unicamente ao universo bancário, na verdade ele reconhece outra amplitude vinculando todos os atores do sistema financeiro, entendido este como abarcando o universo das instituições que atuam nos mercados monetários, financeiros e cambial e que neles desenvolvem fundamentalmente atividades relativas à função de crédito e/ou de intermediação em valores mobiliários ou qualquer outra atividade com elas conexas.

⁹² O sigilo bancário, sedimentado em longa tradição jurídica, tem motivação que transcende o aspecto da previsão em legislação ordinária, pois se fundamenta diretamente na garantia constitucional da preservação da intimidade, que é uma das manifestações dos direitos da personalidade, inclusive sendo tratado como cláusula pétrea em nossa Constituição, em seu Art. 60, § 4º, inciso IV, sendo inadmissível ser modificada por emenda.

⁹³ Quando apontamos o cliente, abre espaço para o questionamento quando se sabe que o instituto do sigilo bancário protege, indistintamente, tanto as movimentações financeiras das pessoas físicas quanto das jurídicas, já que no campo específico do sigilo bancário não só os artigos 38, da Lei 4.595/1964, e 1º, da Lei Complementar 105/2001, não estabelecem qualquer restrição, como ainda, o Supremo Tribunal Federal nunca distinguiu entre pessoas físicas e jurídicas para fins de proteção.

mesmo modificá-lo estruturalmente” (MORAES, op. cit., p.78).

4.2 A Natureza Jurídica do Sigilo Bancário

Não é pacífico o entendimento sobre a natureza do sigilo bancário, para alguns autores afirmam tratar de obrigação jurídica dos bancos e seus funcionários, outros destacam que ela objetiva o direito de proteção à privacidade.

A par do conceito e da natureza jurídica do sigilo bancário, pode-se discutir (sobretudo em países em que não existe disposição legal que o defina) o fundamento deste instituto jurídico. Entretanto, podemos observar que falta um conceito absoluto para o sigilo bancário, levando-se em conta todos os ordenamentos jurídicos e todas as épocas.

O fundamento jurídico do sigilo bancário apresenta certa volatilidade, algumas teorias reconhecem o sigilo bancário como base contratual ou extracontratual, e outras reconduzem o fundamento do sigilo bancário a um uso mercantil. Existem teorias que identificam o segredo bancário como um segredo profissional, outras reconduzem o fundamento a uma base legal que tem de ser entendida em sentido amplo, tanto a lei ordinária e/ou a própria lei constitucional (mais complexo).

Os elementos que compõem o sigilo bancário, como sendo uma relação obrigacional, são: (1) o sujeito ativo: é o cliente que mantém as relações habituais e regulares com a instituição financeira; (2) o sujeito passivo: é o que está obrigado a observar o sigilo. É o Banco ou quem exerça suas atividades de mediação ou interposição de crédito; (3) objeto: é o dever de abstenção que tem a instituição, de não revelar dados ou fatos de que teve ciência (em função de sua atividade financeira) a terceiros.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Domingos Franciulli Neto⁹⁴, destaca que o fundamento jurídico do sigilo bancário sustenta-se em três pilares: a proteção à Intimidade, princípio fundamental à pessoa, determinado por garantia constitucional (art. 5º, X, CF); o segredo profissional, inerente à própria natureza jurídica da relação banco/cliente; e a Segurança da Atividade Bancária.

O sigilo bancário *strictu sensu* decorre da Lei complementar 105/01, art. 1º. É precedente das tradições; dos costumes; da relação de confiança entre a instituição financeira

⁹⁴ Este estudo encontra-se disponível em: <http://www.bdjur.stj.gov.br>.

e seu cliente; do caráter profissional da atividade bancária (alma do seu negócio).

O sigilo bancário *latu sensu* é aquele inerente aos direitos e garantias fundamentais enumerados na Constituição Federal, especialmente nos incisos X e XII do art. 5º, de modo que a própria Constituição institui uma projeção ampla, para tratar de um direito de caráter social, de toda a sociedade.

A complexidade do segredo bancário não se esgota numa simples análise dos direitos fundamentais que àquele estão associados na perspectiva do cliente bancário. Devemos observar os direitos e interesses (privados) da própria instituição financeira e os interesses públicos que lhe estão colimados. A par dos interesses privados subjacentes à posição do cliente bancário, há ainda que se analisar o interesse da própria instituição financeira.

O sigilo, ainda, salvaguarda interesses de ordem pública, designadamente o da manutenção do interesse fundamental de confiança, que a generalidade das pessoas deposita no sistema bancário de garantia da capacitação e segurança das poupanças coletivas pelo sistema financeiro nacional.

O segredo bancário, por um lado, está associado a interesses públicos do regular funcionamento da atividade bancária e do sistema financeiro na prevenção de distorções ao funcionamento do mercado. Por outro lado, no que diz respeito à categoria de interesses privados, quer na perspectiva do cliente bancário, como elemento fundamental do direito à reserva da intimidade da vida privada; quer na perspectiva da instituição bancária e financeira, enquanto manifestação da liberdade de iniciativa econômica privada e do direito ao bom nome e reputação.

A natureza jurídica da quebra de sigilo no processo penal consubstancia-se em medida de coação, porque importa em restrição a direito fundamental. Pela definição da quebra de sigilo financeiro como meio de prova, consiste em instrumento de coação processual, restrigente do direito fundamental da intimidade. Sua função “é de auxílio, pretendendo-se melhor a atuação jurisdicional, servindo à averiguação dos fatos indispensáveis ao acertado pronunciamento estatal sobre a causa penal” (BELLOQUE, op. cit., p. 90).

A autoridade competente à decretação da quebra de sigilo financeiro deve examinar caso a caso, a existência de justa causa à adoção da medida, pois consistente esta em ato de coação processual, que somente deve prevalecer quando presente a causa legítima que a fundamente, *em consonância com a ordem jurídica*.⁹⁵

⁹⁵ A jurisprudência apesar de reconhecer, não atingiu um consenso acerca de sua definição, certo é que são necessários indícios que apontem a prática de uma infração penal pelo titular das informações sigilosas afetadas

4.3 Características básicas das garantias dos sigilos bancário e fiscal

As características básicas dos sigilos bancário e fiscal são:⁹⁶ (1) Indisponibilidade dos dados constantes em determinada instituição financeira. Assim, a quebra do sigilo bancário ou fiscal só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos de suspeita que se apóiem em indícios idôneos, reveladores de possível autoria de prática ilícita por parte daquele que sofre a investigação; (2) Individualização do investimento e do objeto da investigação; (3) Obrigatoriedade de manutenção do sigilo em relação às pessoas estranhas ao procedimento investigatório; (4) Utilização dos dados obtidos de maneira restrita, somente para a investigação que lhe deu causa; (5) Os sigilos bancário e fiscal são relativos e apresentam limites, podendo ser devassados pela Justiça Penal ou Civil, pelas CPIs e pelo Ministério Público, em hipóteses restritas de investigação de recursos políticos, uma vez que a proteção constitucional do sigilo não deve servir para detentores de negócios não transparentes ou de devedores que tiram proveito dele para não honrar seus compromissos; (6) O mandato de segurança, e, segundo novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o *habeas corpus*, quando houver a “possibilidade destes (quebra de sigilo bancário e fiscal) resultarem em constrangimento à liberdade do investigado”, (7) são as ações constitucionais adequadas para resguardar direito líquido e certo, portanto idôneo para o Judiciário reconhecer o direito de não quebrar os sigilos bancários e fiscal, salvo em hipóteses excepcionais; Impossibilidade de quebra do sigilo bancário por requisição fiscal de informações bancárias, havendo necessidade de intervenção judicial. O STF entendeu, inclusive, que a LC n° 105/01, que dispôs sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, não confere poderes ao Tribunal de Contas da União para determinar a quebra de sigilo bancário, mesmo dos dados constantes no Banco Central do Brasil; (8) A quebra do sigilo bancário, desde que presentes os requisitos já estudados, não afronta o art. 5º inciso X e XII, da Constituição Federal; (9) O princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitorial, permitindo-se a quebra do sigilo em oitiva do investigado; (10) O próprio Código Tributário Nacional, ao estabelecer o sigilo, não o faz de forma absoluta. Dessa forma, não há qualquer ofensa à Constituição Federal, nem ao art. 229 do atual Código Civil; (11) A justiça competente para a decretação da quebra do sigilo bancário será estabelecida pelas regras normais previstas tanto pela Constituição Federal,

pela decisão – indícios acerca da materialidade da infração penal e de sua autoria.

⁹⁶ As características foram tiradas de (MORAES, op. cit., p.72-74).

quanto pelas leis infraconstitucionais, não tendo sido fixada como critério a natureza do estabelecimento que deverá fornecer os dados, pois o pedido não se reveste, em relação a estes, de caráter contencioso, não se enquadra nos casos, previstos no art. 109, da Constituição Federal. Assim, ora será competente a Justiça Federal, ora a Comum.

4.4 O Sigilo Bancário sob o aspecto da ordem vigente e a Constituição Federal

A pesquisa ateve-se ao contexto normativo brasileiro, sem se imiscuir na temática dos tratados internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao tráfico ilícito de entorpecentes. Os tratados desenham um sistema de cooperação entre Estados para a apuração destas infrações penais normalmente praticadas por organizações criminosas de atividade transacional, do qual redundam sérias restrições do direito ao sigilo financeiro, atingindo também garantias processuais penais.

Neste passo, a quebra de sigilo financeiro ocupa lugar de destaque entre as medidas de restrição a direitos fundamentais que instrumentalizam o sistema processual.

O sigilo bancário inseriu-se historicamente na ordem jurídica brasileira com lastro semelhante ao sigilo profissional em geral, vinculado às características e costumes da relação comercial da relação entre bancos e seus clientes.

Em 1964, com o advento da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro do respectivo ano, o sigilo das atividades bancárias passou a ter previsão legislativa expressa, consignada no artigo. 38. Neste caso, o interesse público, ínsito na atuação da Administração Pública, justificava e permitia o acesso às informações, pois prevalecia sobre a expectativa contratual de privacidade.

Com o advento da Constituição de 1988 não teve inovação direta sob a matéria, eis que não fez em seu texto referência alguma ao sigilo bancário ou reservas quanto às informações relativas às transações bancárias de empresas e indivíduos. Entretanto, passa a existir no rol dos direitos fundamentais, o direito à intimidade e à vida privada (privacidade). A partir desse posicionamento o Supremo Tribunal Federal estabeleceu o entendimento no sentido de que o sigilo bancário configurar-se-ia um desdobramento do direito à personalidade, na forma da proteção ao direito à intimidade, nos termos do art. 5º, X², da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal firmou que a flexibilidade ou “quebra” do sigilo bancário, em favor de órgãos e agentes estatais, é possível, tendo em vista a prevalência do interesse público, mas deve sujeitar-se à prévia ordem judicial, à chamada reserva de jurisdição, tal posição, foi estabelecida no MS n. 21.729-4/DF, julgado em 5.10.1995.

Parte da doutrina deixa claro que, no que diz respeito a um tratamento unificado e coerente “sobre esse paradigma jurídico, constitucional e penal, leva uma proposição que não se mostra aceitável ou desejável a posição mantida pelo Supremo Tribunal Federal”⁹⁷. O Brasil estaria recusando uma resposta necessária a um aspecto fundamental da criminalidade e da globalização, deixando grassar o crime organizado, com conseqüências certamente funestas para o tecido social e para o Estado de Direito.

Inclusive em escala internacional, levar-se-ia o País a se afastar dos órgãos de cooperação internacional de combate à lavagem de dinheiro, no limite, a sofrer sanções internacionais previstas contra países não-cooperantes, podendo ser identificado com o que se denomina na doutrina de paraísos jurídicos-penais.

Assim, a referida dualidade gera uma ambigüidade, qual seja: o ente estatal a quem o constituinte designou como titular privativo da ação penal pública (Ministério Público), mesmo abrigado pela lei complementar – Lei Complementar n. 75/2003, para o Ministério Público da União; e, Lei n. 8.625/1993, no que tange ao *Parquet* dos Estados – a tanto, não pode requisitar e receber diretamente dados bancários que, a seu juízo, revelem ou permitam investigar e processar crimes. O acesso depende de reserva de jurisdição. E, esses mesmos dados são fornecidos – nos termos da Lei n. 9.613/1988 e da Lei Complementar n. 105/2001, ordinária e diretamente, sem interferência judicial, a órgãos administrativos (Banco Central; Receita Federal) ou de apoio à prevenção e controle da lavagem de dinheiro (COAF – Conselho de Controle das Atividades Financeiras), e, ainda pior e mais incoerente, se esses entes administrativos fizerem avaliação de que “nos dados bancários há indícios de crime, devem e estão obrigados a remeter as informações diretamente aos órgãos responsáveis pela persecução criminal direta, leia-se, Polícia e Ministério Público”⁹⁸.

Observa-se que o tratamento admitido à matéria não é o mesmo aplicado, a partir da interpretação constitucional, ao Fisco, à Polícia Judiciária e ao Ministério Público. O princípio da unidade da Constituição e do ordenamento sob a Constituição impõe que à privacidade, na medida em que entende estendida ao sigilo bancário, há de ser aplicada, da mesma forma e

⁹⁷ O autor trabalha a idéia do sigilo bancário, a privacidade e a dualidade da ordem jurídica vigente, inclusive comparando a mesma com a ordem vigente. (CALABRICH, op. cit., p. 299).

⁹⁸ (Idem, p. 301).

com todos os seus condicionamentos, a todos os casos em que limitada, contrastada ou invalida.

Após traçarmos este panorama, “cumpre demonstrar algumas observações de índole geral sobre o sigilo no campo do Direito Comparado, sendo observados os critérios que os demais países observam ao tratar da questão do sigilo bancário”.⁹⁹

No campo fiscal, verifica-se que a maior parte dos países analisados prevê um sistema de acesso controlado da Administração Tributária aos dados bancários, seja mediante a instauração de um procedimento administrativo com a prévia notificação do contribuinte – Áustria, Alemanha, Espanha, EUA, Argentina e em Portugal após o ano de 2002 – seja em virtude da necessidade de demonstração (a) de fundadas suspeitas (Bélgica) ou (b) de que houve tentativa infrutífera de obter os dados junto ao próprio contribuinte (Holanda). Já o acesso sem restrições do Fisco às informações bancárias é o sistema adotado pela Dinamarca, França, Grã-Bretanha, Austrália, Canadá e Itália. A Suíça, por seu turno, constitui o exemplo isolado de vedação do acesso.

No que tange ao acesso das autoridades monetárias às informações bancárias afere-se que na Bélgica, na Dinamarca, na França, na Holanda e na Suíça as instituições financeiras estão obrigadas a fornecer todos os dados requisitados. Já na Alemanha, Espanha e Argentina não há acesso às informações bancárias de um cliente singular e sim à estrutura das operações.

É certo, contudo, que mesmo aqueles países que reagem a uma maior transparência na movimentação dos ativos financeiros, encontram-se sob vigorosa pressão, seja da opinião pública seja da comunidade internacional, para modificarem os seus sistemas jurídicos, em atenção à necessidade de combate à lavagem de dinheiro ilícito.

4.4.1 O Sigilo e a Constituição Federal

O direito à intimidade é direito personalíssimo que possui por fundamento a defesa da privacidade humana conhecida como direito ao resguardo. Possui como característica básica a não exposição de elementos ou informações da esfera íntima ou reservada de seu

⁹⁹ As observações elencadas sobre o campo fiscal e de acesso às informações das autoridades são retiradas da obra: BARBEITAS, André Terrigno. *O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.53.

titular.

O direito ao sigilo é direito personalíssimo, o titular das informações que deseja mantê-las sem divulgação, possui perante a pessoa que as obteve diretamente dele ou de pessoa por ele autorizada, a obrigação de abster-se de divulgá-las a terceiros.

O sigilo bancário pode ser entendido, como sendo a descrição que os bancos (órgãos e empregados), devem observar sobre os dados econômicos e pessoais dos clientes, visto que tais informações foram mencionadas através do exercício das funções bancárias (sendo realçado, o caráter de dever).

O cidadão ao pactuar com um banco demonstra toda a sua confiança face aos serviços que lhe serão oferecidos, principalmente aquele referente ao seu patrimônio que será entregue àquela instituição financeira. Passa a existir uma relação de intimidade daquele cidadão com a instituição em razão da confiança ao sigilo / privacidade desejada.

A partir dos extratos bancários e das faturas de cartão de crédito de um indivíduo, torna-se possível desvendar os seus hábitos, gostos, amizades e projetos. Todas as informações daquele cidadão com a quebra do seu sigilo bancário passam a ser expostas à sociedade, ferindo aquele pacto de intimidade / privacidade anteriormente estabelecido com a instituição. Temos, então, que a quebra do sigilo, sem prévia autorização legal, é uma ofensa ao direito à intimidade e privacidade (conforme posição assente nos Tribunais), ferindo a dignidade da pessoa humana (direito à intimidade e ao sigilo de seus dados) exaltado no artigo 5º, incisos X e XII da CF/88 e artigo 21 do Código Civil, gerando ao ofendido o ressarcimento pelo dano sofrido.

No caso de dano sofrido, o valor a ser arbitrado a título de indenização por dano moral deve ser de modo a coibir novas condutas ilícitas (caráter de punição). O valor deve atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Muito embora o direito ao sigilo bancário decorra do direito à privacidade, protegendo tanto direitos e interesses privados, como também questões de ordem pública concernentes ao sistema financeiro, observa-se, na realidade, que não se trata de um direito absoluto.

No caso de pessoas que precisam ser investigadas para esclarecimentos junto à sociedade, deve ser feita uma solicitação por autoridade competente e uma requisição por meio adequado. Com a promulgação da LC 105/01, regulamentada pelo Decreto nº 3.724/01, alterando alguns dispositivos do CTN, entre eles o artigo 197, resta, atualmente, prevista a possibilidade, como via de execução, da quebra do sigilo bancário.

A quebra do sigilo bancário só deve ser decretada, quando existentes fundados

elementos de suspeita que se apóiem em indícios idôneos, reveladores de passível autoria de prática delituosa por parte daquele que sofre a investigação. Aquele, cujo sigilo bancário for quebrado, sem autorização judicial, pode demandar o responsável por meio de ação indenizatória por danos materiais (diminuição patrimonial sofrida a título de perdas e danos, mais lucros cessantes) e por *danos morais*¹⁰⁰, desde que presentes os respectivos pressupostos legais. À responsabilidade civil poderá adir a responsabilidade contratual, dependendo de cada caso concreto. Esta tutela pode espraiar-se ao *direito penal*.¹⁰¹

Conclui-se que os direitos à intimidade e privacidade não são de tudo invioláveis apesar do amparo constitucional a estes direitos individuais pela condição de cláusula pétrea (CF, artigo 60, § 4º, IV).

O STF admite a quebra do sigilo bancário mediante prévia ponderação, onde são sopesados, o direito ao sigilo bancário do correntista, relacionado à sua privacidade e intimidade, e, os interesses sociais de caráter constitucional, tais como a necessidade de apuração e repressão de atos ilícitos. A quebra também poderá ocorrer no caso das CPIs, devido aos poderes de investigação, nos termos do artigo 58, § 3º, da CF.

Entretanto, a posição firmada nas jurisprudências longe está de espelhar o entendimento unânime. No próprio Supremo Tribunal Federal, as divergências são significativas na própria origem da inclusão, no ordenamento brasileiro, do sigilo bancário como direito constitucional.

O direito à privacidade é uma proteção contra invasão na esfera íntima do indivíduo, e assim sendo, não pode protegê-lo se esse mesmo indivíduo sai de tal esfera e atua na sociedade de forma que esta (a sociedade) tenha necessidade (interesse público) de conhecimento de fatos relativos a esse relacionamento social. Em outro diapasão, “o direito à privacidade, pela sua essência, amolda-se a uma visão objetiva e primordialmente horizontalizada dos direitos fundamentais” (CALABRICH, op. cit., p. 304).

Não parece possível ou razoável que se pretenda ter como parte do direito à privacidade, protegido pela Constituição, algo cujo conhecimento é voluntariamente franqueado, sem qualquer problema, a um número de pessoas indeterminado – e não controlável pelo detentor do direito –, “e que se quer que não seja conhecido apenas pelo

¹⁰⁰ Vide decisão do Resp 268694 / SP, do Exmo. Ministro Humberto Gomes de Barros, p 20.

¹⁰¹ A quebra do sigilo bancário, sem autorização judicial, pode sujeitar o responsável à pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quarto) anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, como reza o art. 38, § 7º, da Lei nº 4.595/64 e o art. 10, da LC 105/01, o qual regulamenta que a quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Órgão Estatal”¹⁰².

Assim, com o devido acatamento à posição que se fez majoritário no Supremo Tribunal Federal, não é direito à privacidade, no sentido que a Constituição alberga, a saber, espaço inviolável para a manifestação da personalidade, em aspecto que se deseja compartilhar apenas com um número maior ou menor de pessoas de convívio estrito – sem essa expectativa real, presente e razoável de privacidade, não há que se falar em proteção constitucional a guisa de direito fundamental.

Em termos de ordem jurídica brasileira, se recuperada essa posição minoritária na votação original do Supremo Tribunal Federal e cancelada a indevida inclusão do sigilo bancário conforme a proteção constitucional à privacidade, recuperar-se-ia a unidade perante a Constituição da República, “passando o sigilo bancário a ser regulado e suficientemente protegido, com rigor, pela Lei Complementar n. 105/2001, acrescida pontualmente, onde necessário e cabível, pela Lei Complementar n. 75/1993 e pelo Código de Processo Penal” (CALABRICH, *op. cit.*, p. 308).

4.5 O Princípio da Proporcionalidade – Conceito

O Princípio da Proporcionalidade compõe a essência da cláusula do devido processo legal e a necessidade de controle sobre o poder governamental de limitação dos direitos fundamentais. Para a efetivação desse controle, desenvolveu-se um critério a ser observado pelo legislador “quando da edição de leis restritivas da liberdade, da propriedade e de todos os direitos fundamentais que se afigurarem como seus desdobramentos, denominado critério da proporcionalidade” (BELLOQUE, *op. cit.*, p.105).

A constituição não é casuística, não prevê todas as hipóteses de conflito e estabelece, previamente, a solução adequada. Devido aos problemas de decidibilidade nas soluções das lides, o princípio da proporcionalidade, assume função como norteador das decisões a serem encontradas pelo aplicador do direito, na medida em que concilia valores primordiais de uma decisão razoável: a segurança jurídica e a justiça.

¹⁰² Cheques, depósitos e documentos bancários em geral não são papéis privados. Ao inverso, são ontologicamente papéis comerciais, em alguns casos – como do cheque –, vocacionados para a livre circulação. Como então, considerá-los, sem maiores recortes ou cuidados, como integralmente parte da privacidade de indivíduos, e mais ainda de empresas? (CALABRICH, *op. cit.*, p. 305).

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

São analisados os pressupostos para a admissibilidade das medidas restritivas e os seus requisitos extrínsecos e intrínsecos, dentro da perspectiva da proporcionalidade. Como pressupostos apresentam-se a legalidade e a justificação teleológica. Como requisitos extrínsecos, por seu turno, são a judicialização e a motivação.

No âmbito penal supõe desenvolver os subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade da intervenção. Como princípio geral de todo o ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade implica o princípio da subsidiariedade da intervenção penal, a utilização da pena como última razão e, portanto, a utilização privilegiada de outros instrumentos de prevenção menos lesivos aos direitos fundamentais. Ou seja, a utilização de sanção penal “somente justifica quando se trata de proteção de bens jurídicos importantes e da prevenção de danos sociais (adequação e necessidade da intervenção), na quantificação necessária para dita prevenção (proporcionalidade estrita)” (CALLEGARI, op. cit., p. 120).

O princípio da proporcionalidade traduz-se em um critério jurídico-constitucional para uma ponderação ajustada de interesses, os meios de intervenção devem ser adequados aos objetivos do legislador e que não podem resultar excessivos para o particular (proibição de excesso). É um princípio que deriva da idéia de justiça.

Somente da análise das particularidades de cada princípio *a priori*, é que poderemos evidenciar, em um caso posterior, quais medidas serão efetivas em um legítimo Estado de Direito.

A proporcionalidade encontra-se mais afeta às regras intelectuais e lógicas, no que se extrema da razoabilidade, que é ligada à noção do justo, sendo intuitiva e sujeita a convicções subjetivas do julgador. A razoabilidade visa o controle dos atos de criação do direito, enquanto que a proporcionalidade encontra-se mais relacionada à idéia de controle dos atos administrativos – os conceitos são fungíveis.

Observa-se que quando atuante no Direito Penal pouco se fala em princípio da proporcionalidade em Direito Penal e, ainda que não se encontre explícito na Constituição, o referido princípio encontra implicitamente previsto quando o legislador constitucional se refere à proibição de penas desumanas ou degradantes.

Ressalta-se um fato muito importante quando se trata de da aplicação do princípio no Direito Penal moderno, eis que não se vincula mais à imoralidade da conduta, mas à

danosidade social, assim, à sua incompatibilidade com regras de uma próspera vida em comum. Disso se segue, ao contrário, que “uma conduta imoral deve permanecer impune quando não altera a pacífica convivência” (CALLEGARI, op. cit., p. 123).

4.6 A Ponderação de Valores

O conceito de ponderação foi desenvolvido a partir da diferença qualitativa entre normas e princípios. Os princípios são mandatos de otimização, ou seja, determinadas normas poderão ser cumpridas em maior ou menor grau dependendo das possibilidades jurídicas e das possibilidades fáticas, devendo ser objeto de uma ponderação quando colidirem com outros princípios.

A utilização da ponderação de valores revela-se compulsória nos casos de conflitos entre princípios, em face da impossibilidade material de aplicação dos critérios tradicionais para resolução de antinomias.

Na ponderação a restrição imposta a cada interesse, só se justificará na medida em que: “mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, não houver menos gravosa, e o benefício logrado com a restrição de um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico”¹⁰³.

Desta forma, a ponderação de interesses não representa uma forma de decisionismo judicial devido aos critérios utilizados em sua aplicação. Entretanto, mesmo com sua ampla utilização pela jurisprudência não está isenta de críticas; eis que, parte da doutrina menciona o enfraquecimento dos direitos fundamentais que o método acarreta ao torná-los relativos e subordinados a uma espécie de “reserva de ponderação”. Outro fator de crítica é a “inconsistência metodológica e a discricionariedade por parte do juiz, realizando opções políticas acerca dos valores e bens jurídicos a serem prestigiados nos conflitos entre princípios constitucionais” (Idem).

Ao rebater tais posicionamentos, a doutrina afirma que a utilização da ponderação é uma forma racional para atingir uma correção na aplicação da lei, restabelecendo uma conexão entre direito e justiça. Torna-se possível realizar escolhas racionais sobre a importância dos princípios (peso abstrato), a intensidade que determinadas condições

¹⁰³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 223.

interferem na realização desses princípios e, por fim, também no relacionamento entre esses fatores (não havendo um cálculo matemático na resolução).

A racionalidade se faz presente, através de uma estruturação/metodologia para a realização da ponderação, afastando qualquer risco à segurança jurídica – vinculação da teoria da argumentação à ponderação de valores.

No Brasil, a utilização da ponderação de valores dos atos do Legislativo é incipiente, destarte, de forma gradativa, está se firmando. O reconhecimento da importância da sua aplicação na apreciação do mérito dos atos públicos deve se difundir cada vez mais na doutrina e na jurisprudência brasileira.

Observa-se nos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, que um certo constitucionalismo menos vinculado com o formalismo/legalismo e mais comprometido com a tutela da materialidade das normas constitucionais. No âmbito penal nota-se que os juízos acerca da proporcionalidade de uma restrição de um bem jurídico tutelado por inadequação do meio para se atingir um fim, por sua desnecessidade ou por sua falta de proporcionalidade, são plenamente aplicáveis em conformidade com a Constituição.

No caso do sigilo bancário, a ponderação de valores que levou a maioria do Supremo Tribunal Federal sobre o procedimento necessário para quebra de sigilo – exigindo prévia apreciação judicial – foi a de que tal não provocaria dano algum ao interesse público. Ao inverso, entendeu naquele momento a maioria da Corte ser razoável exigir do Estado-Administração e do Ministério Público que enfrentassem a prévia ponderação por parte do Judiciário.

O Ministro Celso de Mello no MS. N. 21.729-4/DF, afirmou que a tutela do valor pertinente ao sigilo bancário não significa qualquer restrição ao poder de investigar do Estado, eis que o Ministério Público, as corporações policiais e os órgãos incumbidos da administração tributária e previdenciária do Poder Público sempre poderão requerer aos juízes e Tribunais que ordenem às instituições financeiras o fornecimento das informações reputadas essenciais à apuração dos fatos ¹⁰⁴.

Manter a determinação de que a ponderação de valores e as normas principiológicas, necessária para a definição do direito fundamental à intimidade, em se tratando de quebra de sigilo bancário, exija, sempre, prévia avaliação judicial, significará, crescentemente, anular, desde o princípio, o interesse público, e, sob pretensa proteção máxima ao direito à intimidade e vida privada, findar por impedir a otimização proporcional e razoável de normas outras,

¹⁰⁴MS n. 21.729.

também de jaez constitucional, tais como as que regulam as funções do Estado de arrecadação tributária e a persecução criminal. Tal autorização prévia pela autoridade judiciária, não é compatível com a manutenção do interesse público (maioria), no que se refere aos sistemas de controle sobre delito de lavagem de dinheiro, todavia se “aplica também ao Ministério Público e à Polícia, órgãos de frente da persecução criminal também nesta nova era de tempo acelerado e relevância da ação imediata” (CALABRICH, op. cit., p. 312).

A Constituição não se realiza no vazio, as mutações constitucionais são admissíveis e desejáveis como resposta às transformações sociais, desde que mantidos – como mantidos o núcleo central e efetivo do texto e dos princípios da Constituição.

O que se propõe, na questão da quebra do sigilo bancário, como novo corolário da ponderação de interesses em jogo, é que o Estado, seja por meio do Fisco, do COAF, do Banco Central, do Ministério Público ou da Polícia Judiciária – ou, em tese, por qualquer outro ente da Administração Pública¹⁰⁵ legalmente autorizado a tanto –, se tiver em andamento procedimento formal, devidamente normatizado, no seio do qual se revele necessária a avaliação de dados concernentes a registros e à movimentação bancária, possa a eles ter acesso direto, mediante requisição justificada.

4.7 Limitações do sigilo bancário

Apesar de consagrado mundialmente, o sigilo bancário não é absoluto, eis que seus limites legais estão traçados pela lei¹⁰⁶ (jamais portarias ou decretos) e são fundados conforme motivos de ordem pública (obrigações legais de prestar informações). Pelo caráter de intromissão à intimidade os limites só podem ser fixados por lei federal, sendo que os Tribunais Superiores têm admitido também a medida provisória.

Ao limitar o sigilo bancário, o Estado, busca facilitar a atuação da justiça para apurar os crimes e para possibilitar ao fisco uma atuação efetiva na apuração de desvios na tributação. Tal preocupação existe devido a uma imensa preocupação com o problema de lavagem de dinheiro, corrupção de políticos através de mensalões e de transações monetárias

¹⁰⁵ Qualquer outro ente da Administração Pública, por definição e princípio constitucional, age sempre e apenas motivado pelo interesse público, o que, agregado à existência de procedimento formalizado, e de permissão legal, é suficiente para impor e garantir, respeitada também a presunção de legitimidade que rege os atos da Administração, que há ali justa causa para o acesso à informação, a qual, de resto, manter-se-á sigilosa, no sentido de que inacessível ao público em geral.

¹⁰⁶ Os limites descritos estão especificados conforme (ROQUE, op. cit., p. 107).

provenientes do tráfico de drogas.

Os Estados contemporâneos só reconhecem a obrigação de se desvendar o sigilo ante a requisição judicial. No Brasil, em face da legislação comercial ter caráter protetivo, em relação ao comerciante na garantia do segredo de seus livros, cabe aos Bancos, como atividades comerciais, valerem-se das mesmas prerrogativas. Contudo esta posição vem sendo amenizada pela *jurisprudência e pela doutrina brasileira*¹⁰⁷.

Em relação ao Fisco há uma polêmica de caráter mais ideológico do que jurídico. Parte da doutrina discorda da intromissão do fisco, baseando-se na prejudicialidade do controle excessivo do Estado na vida privada do cidadão. Os que defendem aludem o interesse público existente na arrecadação dos tributos, tendo em vista que a riqueza é eminentemente mobiliária e que o Estado não teria meios de medir a capacidade contributiva do cidadão.

Quando se fala em limitar informações o legislador gera uma brecha para a prática de grandes golpes (crimes) que são praticados através do mercado financeiro, mesmo com a criação de instrumentos para coibir esse tipo de golpes no âmbito das instituições financeiras. Foram criados: o Cadastro de Eminentes de Cheques sem Fundos, o SPC, SERASA, TELECHEQUE, RECHEQUE, SCI, empresas seguradoras de cheques no intuito de proteger o comércio e os Bancos.

Outro meio de limite legal do sigilo bancário é o poder legislativo através das Comissões Parlamentares de inquérito.

A autora Maria José ROQUE¹⁰⁸ explica que além dos meios legais, existem os meios naturais, não estando declarados por lei, porém decorrem da vontade do titular do segredo, ou da natureza das operações bancárias ou ainda, das regras do direito civil. Levando-se em conta caso a caso. São eles: o próprio cliente interessado; o caso de procuradores e representantes do cliente; herdeiros e sucessores; pessoas autorizadas pelo titular do segredo; o cônjuge; os filhos menores de idade; o sigilo bancário em confronto com o prestador de garantia; operações conjuntas; questões do sigilo bancário em confronto com os interesses do Banco.

Existem quatro casos em que o sigilo bancário poderá ser afastado: o primeiro, é através da intervenção Judicial, por tratar-se de direito fundamental assegurado na Constituição Federal, a doutrina majoritária estabelece que o sigilo deve decorrer somente de

¹⁰⁷ Mesmo antes da entrada em vigor da lei da Reforma Bancária (art. 38) a obrigação de prestar informações ao Banco Central e ao Poder Judiciário, nossos tribunais já se manifestavam no sentido de que o sigilo cede perante os interesses da justiça.

¹⁰⁸ (ROQUE, op. cit., p. 107).

decisão judicial; o segundo, é através do Ministério Público, conforme a posição majoritária do STF, a quebra do sigilo bancário, depende de autorização de *órgão investido de jurisdição*¹⁰⁹. O Ministério Público não pode, sem intervenção judicial, requisitar informações bancárias diretamente às instituições financeiras. Entretanto, as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios são públicas, não estando abrangidas pela proteção do sigilo bancário (princípio da publicidade); o terceiro é através das Comissões Parlamentares de Inquérito; e, o quarto é através dos Órgãos Fiscalizadores Fazendários.

4.8 Uma Proposta de Compatibilização

Nota-se que antes mesmo da Lei Complementar 105/2001, já havia na doutrina quem questionasse a restrição ao poder fiscalizatório da Receita Federal em relação a CPMF, eis que o fato gerador da CPMF, só pode recair sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira. Logo, o exercício regular do poder fiscalizatório da União, no interesse da arrecadação, envolve, necessariamente, o exame das movimentações bancárias, vale dizer, implica acesso aos extratos bancários a que a legislação infraconstitucional empresta natureza sigilosa. Inconcebível que a Constituição tenha “conferido competência impositiva à União para criar e arrecadar a CPMF, porém sem o poder de exercer com regularidade a atividade fiscalizatória, que estaria subordinada à autoridade judiciária, caso a caso” (BARBEITAS, op. cit., p. 119).

Os aspectos relacionados com o direito fundamental de preservação do sigilo bancário são os problemas mundiais decorrentes do narcotráfico e da corrupção administrativa, eis que não se pode ignorar que, perfeitamente integrados aos interesses da elite financeira na preservação quase absoluta do sigilo bancário, estão os interesses político-eleitorais da classe política. A ponto de conhecido articulista asseverar que “os financiamentos de campanha continuam sendo o maior caixa-dois do país. A questão reside em compatibilizar quais são os limites da quebra do sigilo a terceiros, no que ao sigilo

¹⁰⁹ Nos tribunais – em interpretação sistemática do texto constitucional, aplicando o princípio da prevalência dos direitos humanos –, apontaram a insuficiência deste dispositivo para se conferir tal poder a vetar o direito à intimidade, consagrado constitucionalmente como direito individual fundamental, suas limitações devem decorrer de mandamentos expressos e inequívocos, mesmo quando contidos em normas igualmente constitucionais (também merecem interpretações restritivas).

respeita.

Busca-se confrontar as práticas adotadas pelos próprios Bancos e pelo comércio, que para evitar que a inadimplência, divulga a vida patrimonial dos clientes - uma certa flexibilização do sigilo bancário.

Parte da doutrina defende a abrangência do direito constitucional sobre as relações existentes em relação ao sigilo bancário; enquanto que outros buscam relativizar o sigilo bancário, alegando que o direito brasileiro continua refém de teorias constitucionais que servem para a defesa de certos grupos que enviam dinheiro para contas no exterior e praticam atos ilícitos em prejuízo da coletividade. A quebra do sigilo deve ceder ao interesse público quando oportuno.

O banco não é só depositário de valores, mas também, o financiador, o intermediário na cobrança e nos pagamentos, coletando informações das mais variadas ordens na proteção dos interesses privados, além de atender a uma finalidade de ordem pública, qual seja, a de proteção do sistema de crédito.

Conforme visto anteriormente, a quebra do sigilo, somente poderá ocorrer mediante autorização da autoridade judicial competente¹¹⁰, em processo judicial instaurado, propiciando aos acusados o mais amplo direito de defesa (características do Sistema Garantista). Assim, não estão autorizadas as instituições financeiras a violarem o dever de sigilo de seus clientes quando o pedido vier do fisco ou do Ministério Público.

As Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), que possuem poder investigatório próprio das autoridades judiciais, podem romper o véu das instituições financeiras – artigo 58 da CF; e, artigo 38 da Lei 4.595/64.

Ao STF, existindo inquérito policial, devidamente instaurado, com a notícia de crime, de sua materialização e de sua autoria, com prova testemunhal, cabe a autorização judicial para quebra de sigilo bancário.

Conforme esse raciocínio, temos que os direitos e garantias esculpido no artigo 5 da Constituição, se sobrepõem aos direitos de fiscalização do Fisco e do Ministério Público. Os incisos X e XII, revogam tacitamente as permissões do artigo 38 da Lei 4.495/64 e do artigo 197 do Código Tributário Nacional. Com a LC 105/2001, abriu-se a discussão, até então irresoluta no sistema, embora tenha sido instadas ações em sede de controle abstrato de constitucionalidade, tão logo publicado o diploma normativo.

¹¹⁰ O Judiciário, ao requisitar informações às instituições financeiras, deverá fazê-lo somente sobre dados referentes às partes litigantes, nunca relativos a terceiros, e sempre ao receber as informações, cabe ao juiz do feito decretar sigredo de justiça, conforme disposto no artigo 155, inciso I, do CPC.

No STF, tramitam as Ações Diretas de Inconstitucionalidade de 2.386, 2.389, 2.390, 2.397 e 2.406, todas reunidas por continência, sob a relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, a cuja conclusão definitiva foram dirigidas há mais de seis anos, sem ainda sequer iniciado o seu julgamento quanto ao mérito.

Assim, recepcionada com o perfil de Lei Complementar pela Constituição de 1988, conforme previsto no art. 192 da CF, somente poderia ser alterada por norma de igual estirpe, como veio a ser pela LC 105, de 10.01.2001, justo na seção relativa ao sigilo financeiro. O novo diploma, revogando o citado artigo 38, manteve a obrigação de sigilo, porém alargou o leque de exceções, ou seja, ampliou a possibilidade de sua quebra. Permitiu, de forma expressa, que o Poder Legislativo, a CPI e a Receita Federal¹¹¹ tomem conhecimento de quaisquer informações bancárias que desejarem, sem a obrigatoriedade de decisão judicial.

Diante aos impasses doutrinários, ressaltamos que essas limitações impostas ao sigilo bancário não o desnaturam como direito da personalidade, pois todos os direitos comportam limitações.

A “adoção da quebra de sigilo bancário” só se bastará legalmente amparada se as medidas adotadas se mostrarem aptas aos objetivos¹¹². Assim, a decisão sobre requisição de documento coberto por sigilo bancário há de se singular, individualizada, devendo conter, necessárias e precisamente, as razões que fundamentaram. É que a concentração do princípio da proporcionalidade exige que a intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais não ultrapasse os limites requeridos pelo interesse público que se pretende preservar.

O espírito da Constituição foi o de, sistematicamente, expurgar do Direito a possibilidade de devassa da intimidade, resguardando-a mediante assecuratório sigilo, somente decorrente de situações previstas por lei. Pois a privacidade é hoje o último reduto da resistência do indivíduo às forças que operam no sentido contrário.

¹¹¹ A grande crítica feita em relação à receita poder efetuar a quebra do sigilo é a excessiva concentração de poder. Se a quebra do sigilo bancário é feita pelo mesmo órgão que investiga ou que acusa, há uma concentração de poder nas mãos de um, sem que tal seja contrastado por outro poder, como o Judiciário. Assim, a CPMF deixa de possuir função meramente arrecadatória, passando a desempenhar um papel de importante instrumento de fiscalização dos agentes tributários, munidos de poder excessivo, não legitimado no quadro das funções constitucionais que lhes foram atribuídas.

¹¹² É importante ressaltar que a quebra deve obedecer a uma série complementar de regras integrantes da garantia do devido processo legal. Deve emanar da autoridade judiciária constitucionalmente competente, mediante decisão adequadamente fundamentada. A motivação que possibilitará o controle sobre a efetiva análise da existência de justa causa à adoção da medida, à qual deve proceder ao magistrado, no caso concreto. No procedimento deve ser assegurado o exercício da ampla defesa, o que impede, em absoluto, a extensão dos efeitos do sigilo dos autos ao investigado e a seu defensor. A publicidade será restrita para a proteção da intimidade do titular das informações financeiras transferidas.

A restrição do sigilo bancário tem de ser adequada ao fim pretendido e deve ser aferida pela proporcionalidade, no sentido de que, o meio usado para o fim seja descabido. A sociedade de informação interativa absoluta seria de matriz totalitária uma distorção do Estado Democrático de Direito.

Firmada a posição de que a proteção ao sigilo bancário pode ser relativizada em casos concretos, quando presente a supremacia do interesse público e para permitir a sua convivência harmônica com os demais direitos e liberdades fundamentais; passa-se a apresentar os critérios que devem orientar a interpretação e aplicação do direito nos casos de quebra de sigilo bancário:

- a) O princípio da concordância prática ou da harmonização, que visa a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros. Konrad Hesse, citado por Frederico Valdez Pereira, sustenta que bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser, na solução de litígios, justapostos de tal maneira que cada um deles se torne realidade. Onde surgirem colisões, não é permitido realizar um bem em apressada ponderação valorativa às custas de outro. O princípio da unidade da Constituição põe muito mais a tarefa de otimização: para ambos os bens devem ser estabelecidas limitações, para que ambos possam adquirir eficácia plena. Por isso, as limitações devem ser proporcionais, elas não podem ir além do que seja necessário, para estabelecer uma concordância de ambos os bens jurídicos.
- b) O princípio da proporcionalidade que, como abordamos, visa medir no caso concreto os bens jurídicos tutelados, sendo que em detrimento de um, o outro será sacrificado. (PEREIRA, 2002, p. 121)

Tomando como base grande parte das opiniões doutrinárias e os posicionamentos do STF e do STJ, até o momento, principalmente, deste último tribunal, diríamos que a decisão desses dois seguimentos jurídicos é dar como inconstitucional a LC 105/2001, no que diz respeito aos do Fisco frente ao sigilo bancário.

Cabe ressaltar que a nova hermenêutica constitucional traduz o inconformismo com o paradigma positivista, ao privilegiar a necessidade de compatibilização de princípios que se contrapõem dentro de um espaço aberto à livre discussão e decisão, sendo certo que, sobretudo em relação à Constituição de 1988, cumpre potencializar estas diretrizes em prol da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

As reações mais fortes à flexibilização do sigilo bancário advêm:

- a) Da classe política, como meio de evitar o risco de desnudamento das fontes de financiamentos das campanhas eleitorais;
- b) Das instituições financeiras, à guisa de receio de uma fuga de capitais;

- c) Das classes empresariais em geral, por temor à elevação da carga tributária em função de uma provável inibição à prática da sonegação. (BARBEITAS, op. cit., p. 124).

Ainda que constituíssem as informações bancárias expressão incontestada do direito à intimidade, como os indivíduos vivem em comunidade e têm deveres para com a coletividade, é imprescindível sopesar a multiplicidade de interesses envolvidos – do sistema creditício, do Fisco, da necessidade de combate à lavagem do dinheiro ilícito, da própria preservação da rigidez do sistema financeiro – de forma a buscar uma compatibilização, “afastando as fórmulas *prima facie* insofismáveis, mas que, sob um exame mais criterioso, revelam-se apriorísticas e destoantes da realidade” (Idem, p.125).

O justificável receio de uma atuação abusiva por parte da Administração no manejo dos dados bancários vem temperado na Lei Complementar 105/2001, eis que somente se admite tal atuação quando houver prévia instauração de processo administrativo, o qual recebeu, em nível constitucional, “tratamento similar ao processo judicial, assegurados o contraditório e a ampla defesa” (Ibidem).

Entretanto os argumentos de cunho criminológicos empregados para a flexibilização dos critérios da quebra, sem ser através de decisão judicial, não podem ser maiores que o respeito aos direitos fundamentais, em questão, o direito à intimidade.

4.9 A Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI)

São extremamente corriqueiros os atos de CPIs que pedem a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico de suspeitos na apuração de ilícitos, devendo-se evidenciar que tais atos devem ser fundamentados para serem válidos. É o que nos ensina acórdão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

"EMENTA: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – QUEBRA DE SIGILO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA – ATO PRATICADO EM SUBSTITUIÇÃO À ANTERIOR QUEBRA DE SIGILO QUE HAVIA SIDO DECRETADA SEM QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO (...) 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" (MS-23.652/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 22/11/2000).

No mesmo sentido temos o MS-23.452/RJ, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/set./1999, DJU 12/maio/2000; MS-23.639/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/nov./2000, DJU 16/fev./2001.

O STF, em recente julgado, no qual foi relator o Min. Sepúlveda Pertence, suspendeu liminarmente decisão da CPI de indisponibilizar bens e quebrar os sigilos bancário, fiscal e telefônico de Francisco Lopes, por entendê-la desprovida da fundamentação devida, e, portanto, desconfigurando o interesse social. *In verbis*:

A exigência cresce de tomo quando se trata, como na espécie, de um juízo de ponderação, à luz do princípio da proporcionalidade, entre o interesse público na produção da prova visada e as garantias constitucionais de sigilo e privacidade por ela necessariamente comprometidas (...) No caso, ao que se extrai da documentação instrutória da petição inicial, a relevância, a adequação e a necessidade da verdadeira devassa ordenada não foram objeto de fundamentação. (MS-23.466-1/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 04/05/2000).

Seguiu a mesma orientação ao indeferir mandado de segurança contra ato de CPI, por ter sido fundamentado. *In verbis*:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO QUE DETERMINOU A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E DE REGISTRO DE DADOS TELEFÔNICOS DO IMPETRANTE. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DO ÓRGÃO PARA INVESTIGAR CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS. Improcedência da preliminar de incompetência, dado não se configurar, no caso, a hipótese prevista no art. 105, I, a, da Constituição, qual seja, de processamento e julgamento de crime comum atribuído a integrante órgão público da espécie em causa. Ausência, por outro lado, da alegada ilegalidade, posto tratar-se de ato que não se ressentia de falta de fundamentação, havendo se assentado, ao revés, em requerimento formalizado e aprovado pela CPI com base em depoimento colhido no curso das investigações. Mandado de segurança indeferido. (MS-23554/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, 28/11/2000).

A CPI tem poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, porém, para que possa exercê-los deve fundamentar sua decisão, visto que as decisões desprovidas de fundamentação não têm efeitos jurídicos.

A jurisprudência reconheceu competência às comissões parlamentares de inquérito para a determinação da quebra de sigilo financeiro; ressaltando, entretanto, a imprescindibilidade do respeito a alguns requisitos, assim sistematizados: motivação, que – concreta (inadmissível uso comum das expressões lacônicas) – deve estruturar-se nos mesmos moldes das motivações judiciais; aprovação da maioria absoluta dos membros da comissão; pertinência e necessidade da medida, em relação aos fatos determinados constitutivos do objeto da investigação parlamentar, em consonância com os limites ditados

pela competência material da Casa Legislativa instituidora.

A tênue linha demarcatória, que divide a atuação legítima dos poderes das comissões parlamentares de inquérito e os abusos ou desvios de poder, exige a constatare vigilância do Poder Judiciário que os abusos perpetrados pelas CPIs durante os seus trabalhos, como qualquer outro ato de lesão ou ameaça de lesão a direitos subjetivos, estão sujeitos ao controle do Judiciário. No caso das comissões instauradas pelas Casas Legislativas Federais, o julgamento dos hábeas corpus ou mandatos de segurança, impetrados como forma de impugnação de seus atos, é de competência originária do Supremo Tribunal Federal, por “interpretação extensiva do art. 102, I, d e i, da Constituição ou das Casas Legislativas que o compõem” (BELLOQUE, op. cit., p. 154).

São comuns os casos em que pessoas investigadas têm exposta a sua imagem em depoimentos que mais parecem o interrogatório de um acusado.

E, como se tem visto, seja pela televisão, seja pela leitura dos jornais, os inquisidores, no desejo de se mostrarem severos, muitas vezes ficam longe de ser imparciais ou gentis. Afinal, não podem se esquecer que falam com pessoas não processadas, mas indiciadas, não acusadas, não réis, não condenadas. Enfim, e em princípio, inocentes. E, como tal, não podem ter a sua imagem, a sua reputação, a sua honra, maltratadas, agredidas, apresentadas no dia seguinte, por toda a imprensa como culpadas. Nesse passo, a CPI também não respeita, e muito menos acata, o direito que os cidadãos têm de não serem exibidos, pelas televisões e jornais, como se já fossem violadores da lei, esquecida, mais uma vez, que tais pessoas têm o direito de, comparecendo à CPI, não serem fotografadas e televisadas, todo o tempo, sob o risco de transformar tudo em palanque, ou, pelo menos, em espetáculo deprimente e degradante, onde, publicamente, se humilham as pessoas. (...) (VELLOSO, 2007, p. 37-38).

Em relação à quebra de sigilo, qualquer que seja, configura violação da intimidade. Assim, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade, pois ao interesse particular do indivíduo, sobrepor-se-á o interesse do Estado em punir os ilícitos, visto que as liberdades públicas se contrapõem, de maneira veemente, às liberdades individuais, embora haja claro conflito entre o interesse do Estado em reprimir crimes e o seu dever de resguardar os direitos fundamentais de cada cidadão, mormente o que aqui analisamos.

Desta forma, prevalece o princípio da proporcionalidade que constitui uma atenuação à doutrina constitucional moderna de vedação das provas ilícitas, prevendo sua utilização sempre que o interesse tutelado se sobreponha à tutela da intimidade, podendo, portanto, ser aceita em caráter excepcional ou em casos de extrema gravidade. A concepção atual do princípio da proporcionalidade representa uma limitação ao poder do Estado, garantindo a

integridade moral e física dos que lhe estão sub-rogados.

Convém notar que as provas somente serão lícitas quando a Comissão Parlamentar de Inquérito existir de acordo com os limites constitucionais:

1. Os inquéritos parlamentares só podem existir para a apuração de fatos determinados, pois somente os fatos determinados, concretos e individuais, ainda que múltiplos, que sejam de relevante interesse para a vida política, econômica, jurídica e social do Estado, são passíveis de investigação parlamentar. Constitui verdadeiro abuso instaurar-se inquérito legislativo com o fito de investigar fatos genericamente enunciados, vagos ou indefinidos;
2. A atividade fiscal ou investigatória das comissões de inquérito há de desenvolver-se no estrito âmbito de competência do órgão dentro do qual elas são criadas;
3. As Comissões Parlamentares de Inquérito são criadas com prazo fixo (CF, art. 58, parágrafo 3º);
4. Em relação ao conteúdo, não pode haver inquérito parlamentar para a apuração de questões que não sejam de interesse público, ou que careçam de suficiente precisão material, sob pena de usurpação das funções do Poder Judiciário;
5. Absoluta necessidade de fundamentação na decisão que decreta a quebra do sigilo. (MORAES, 2004, p. 78-79).

4.10 O problema do sigilo nas questões familiares: separações, divórcios, inventários e partilhas

Esse tópico da dissertação tem por finalidade expor situações corriqueiras no âmbito Civil que encontram empecilhos na questão da quebra do sigilo bancário. Nota-se que são situações criadas para resolver o problema da morosidade judicial, mas que perdem a eficácia, devido a impasses gerados para se ter acesso aos sigilos.

A Lei nº 11.441/2007, modificadora do Art. 982 do CPC, trouxe uma inovação aos jurisdicionados na medida em que esses, sob algumas situações, passaram a ter a opção de realizar separações, divórcios, inventários e partilhas, mediante escritura pública, lavrada em Cartório de Notas, sem submeter-se à tutela do Poder Judiciário.

A aplicação do novo procedimento gerou muita divergência doutrinária e dúvidas entre os aplicadores do Direito, dada a ausência de maiores orientações no texto da lei.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, nos limites de sua competência constitucional, editou a Resolução nº 35/2007 que procurou regulamentar a matéria, entretanto alguns problemas persistem, dificultando que o procedimento extrajudicial se realize com a eficácia.

No inventário judicial o juiz nomeia o inventariante (CPC, Art. 990) que representa o espólio ativa e passivamente, em juízo ou fora dele (CPC, Art. 991, Inciso I).

O inventariante, munido da decisão judicial que o nomeia, apresenta-se ao gerente do banco para solicitar extratos e movimentar os recursos existentes, em nome do espólio, sem resistência por parte das respectivas gerências em prestar as informações solicitadas.

No caso de um procedimento de inventário extrajudicial, instaurado pela Lei nº 11.441 e regulado pela Resolução 35 do CNJ, nomeia-se um herdeiro interessado, com poderes de inventariante, somente quando se lavra a própria escritura pública (Resolução 35, Art. 11).

O recolhimento dos tributos incidentes, mormente o Imposto de Transmissão *Causa Mortis* ou Doação - ITCD (CF, Art. 155, Inciso I), deve anteceder o ato da escrituração (Resolução 35, Art. 15). Com efeito, o tabelião só lavra a escritura mediante comprovação do pagamento dos tributos relativos ao espólio, sob pena de responsabilidade solidária.

Destarte cria-se um impasse, pois para o pagamento do ITCD, os interessados devem - obrigatoriamente - apresentar previamente ao órgão da Fazenda Pública estadual ou distrital um esboço da partilha, onde estão discriminados e comprovados os bens e direitos do espólio, com seus respectivos valores. Nesse esboço, devem estar indicadas, mediante extratos, as eventuais contas bancárias e aplicações financeiras do *de cujus*, com os respectivos saldos atualizados. Ocorre que, sem inventariante previa e formalmente nomeado, os herdeiros não têm um instrumento legal para exigir dos bancos o acesso às informações financeiras do *de cujus*. E, só depois da apresentação do esboço da partilha, devidamente instruído com documentos, é que o ente fazendário irá calcular o ITCD devido e emitir a respectiva guia de pagamento. Sem o pagamento prévio do tributo, o tabelião não lavra a escritura pública e os herdeiros não podem alienar os bens do espólio para fins de partilha.

O CNJ tem competência regulamentar apenas sobre os órgãos do Poder Judiciário. As instituições financeiras trabalham sob normatização e fiscalização do Banco Central do Brasil – BACEN, subordinado ao Poder Executivo. Neste caso, necessário se faz, um meio de normatização específica do BACEN, dirigida às instituições financeiras, prevendo uma flexibilização do sigilo bancário na hipótese de inventários extrajudiciais realizados nos moldes da Lei nº 11.441/2007 (CPC, Art. 982) e da Resolução nº 35/2007, do CNJ.

4.11 Caso concreto

4.11.1 Mandato de Segurança – Autos nº 2001.61.02.006670-8

A questão em tela traduz-se em um conflito de princípios. São analisados aqueles princípios que estruturam o Estado (princípio da legalidade, princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, etc) versus, o Fisco, no âmbito dos direitos fundamentais, os princípios atinentes às liberdades públicas (princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à intimidade e à vida privada, do sigilo de dados, do devido processo legal, do estatuto do contribuinte, etc). A dificuldade reside em harmonizar as normas protetivas dos interesses do Estado-Administração com as normas garantidoras de liberdades públicas, de modo que se possa efetivar uma adequada compreensão da norma contida no parágrafo primeiro do artigo 145 da Constituição Federal.

No que tange ao estatuto do contribuinte, dispõe a Carta Política, em seu artigo 145, parágrafo 1º, que:

sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitando os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (BRASIL, Constituição Federal, 1988)

No campo infraconstitucional, o legislador ordinário editou a lei complementar nº 105/2001, prevendo em seu artigo 6º a possibilidade de as autoridades e agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios procederem o exame de documentos, livros e depósitos e aplicações financeiras, bastando para tanto a existência de processo administrativo ou procedimento fiscal em curso. O *modus operandi* para tal informação será através da *requisição de informações sobre movimentação financeira (RMF)*.

O caso analisado: a contribuinte foi intimada pela Receita para a exibição de extratos bancários relativos à movimentação de sua conta-corrente no ano de 1998 – ajuizou mandato de segurança, objetivando a concessão de tutela preventiva que impeça o Fisco de proceder, sem prévia autorização do Judiciário, a quebra de seu sigilo bancário, com base na lei

10174/01 e lei complementar 105/01 ¹¹³.

Como solução para o impasse, um modelo de direitos fundamentais individuais e sociais que leve em consideração tanto os argumentos a favor como os argumentos contra, tomando como idéia básica aquela que vê nos direitos fundamentais normas com *status* constitucional, não podendo ficar seu teor e efetividade na discricionariedade do legislador. Uma ponderação entre princípios.

Os princípios devem coexistir, e não submeter definitivamente em relação a outro. Assim, deve-se verificar se a título de verificar a título de regulamentar a quebra de sigilo bancário, na verdade o legislador não está peremptoriamente submetendo essa face do direito à privacidade diante do interesse público. Se assim ocorrer, deve-se decidir à privacidade diante do interesse público. Com a viabilização do levantamento de dados bancários após *balancing* entre os interesses em jogo, notadamente aqueles de foro constitucional. Afasta-se o *balancing* definitivo, mantendo-se a ponderação *in concreto* realizada na via judicial.

Cuida-se de modelo de ponderação, no qual os princípios que jogam a favor do contribuinte possuem caráter de direito vinculante *prima facie*. Esse direito sobrevive pela possibilidade de sua realização, mesmo quando confrontado com os princípios que militam em sentido contrário (supremacia do interesse público e princípio da legalidade).

Qual o critério utilizado para decidir em favor do princípio de proteção à intimidade?

Uma primeira leitura do artigo 6º da Lei Complementar 105/2001 e Decreto Regulamentar 3724/2001 poderia levar-nos à conclusão apressada de que os bancos poderiam ser constrangidos a fornecer aos Auditores Fiscais documentos relativos a movimentações bancárias de seus clientes. Igualmente, sendo obrigados a prestar os esclarecimentos e informes necessários.

O reconhecimento da existência de um direito ao sigilo bancário como um direito fundamental, implicitamente acolhido pela Constituição, impõe-nos a conclusão de que o legislador infraconstitucional não tem a liberdade de aniquilá-lo total (perante a sociedade) ou parcialmente (em face apenas do Estado-Administração).

Considerando que o silêncio do legislador complementar foi proposital no sentido de permitir que as autoridades fiscais promovam a quebra do sigilo bancário sem prévio acionamento do Judiciário, temos que o regramento contido no artigo 6º da lei complementar 105/2001 é inconstitucional, justamente pelo fato de o direito ao sigilo bancário ter sido aniquilado parcialmente, ou seja, não seria oponível em face do Estado-Administração.

¹¹³ O referido caso concreto foi citado em DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo: Teoria e Casos Práticos*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Mandras, 2005, p. 370-386.

Não prevalece o argumento da supremacia do interesse público sobre o particular como fundamento para dispensa do prévio acionamento do Judiciário para quebra do sigilo bancário. De fato, não podemos olvidar que o ordenamento jurídico coloca à disposição dos cidadãos e do próprio Estado algumas tutelas de urgência que podem ser requeridas quando o caso assim demandar, razão pela qual eventual urgência não justifica a intromissão do Estado Administração na privacidade do cidadão.

O argumento de que a ressalva contida no artigo 145º parágrafo 1º da Lei Maior – no sentido de que a identificamos do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte somente é possível com a observância dos direitos individuais.

O direito à privacidade, contudo não é absoluto. Assim, obstante as informações acerca do indivíduo devam permanecer sob seu exclusivo controle, podendo ele decidir quando, em que condições e a quem comunicar esses dados, não menos verdade é que não pode essa proteção à vida privada ser instrumento para o contribuinte desidioso subtrair-se à aplicação de eventuais sanções legais.

O STJ pronuncia que:

O sigilo bancário não poderá ser por meio de requisição fiscal de informações bancárias, porque é necessária a intervenção judicial. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, o sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimentos administrativo-fiscal por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia essa expressamente amparada pela Constituição Federal – art. 5º, inciso X”. (Resp 121.642/DF, Rel. Min. Demócrito, 22/09/1997).

Em suma, o direito à privacidade não é absoluto. Pode sim ceder passo a outros interesses igualmente protegidos pela Constituição, como por exemplo, o direito de o Estado-Administração tem o poder/dever de levantar, para fins de aplicação da legislação tributária, o patrimônio, dos rendimentos e as atividades econômicas de seus contribuintes, não menos certo é que a atuação do Fisco não pode comportar o arbítrio, sob pena de abandonarmos o Estado de Direito, para retorno ao Estado de Polícia. Deve assim observar certos direitos de seus cidadãos, como por exemplo, o direito à privacidade, à intimidade, ao sigilo de dados, ao *due process of law* e à separação dos Poderes que atribui ao Judiciário, com exclusividade, o poder de pacificar os conflitos existentes no seio da sociedade.

Não é permitida ao Fisco, a quebra do sigilo bancário de seus cidadãos relativamente a fatos ocorridos após a edição da lei complementar 105/2001, sem a intervenção do Judiciário. Com muito mais razão ocorre em relação a fatos pretéritos à novel legislação complementar.

5 CONCLUSÃO

Ao final da presente exposição é possível sintetizar alguns pontos para melhor reflexão. Assim, em um primeiro momento, procurou-se reconstituir os grandes ritos de passagem do pensamento jus-filosófico, desde a Idade Média até o despontar do Estado Moderno, tornando possível, ainda que de forma breve, relacionar os antecedentes históricos à evolução do pensamento.

A crítica empreendida a partir do século XX pretende dar nova dimensão ao raciocínio jurídico, emancipando-o das ilusões do legalismo estrito e reconhecendo a normatividade dos princípios e o pluralismo dos valores existentes nas sociedades contemporâneas.

A efetiva construção de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, pela reconstrução da teoria do direito, através dos valores e anseios sociais, tão voláteis nos dias de hoje, sem que o preceito da segurança jurídica seja abandonado ou mesmo mitigado.

O sistema jurídico fechado — construído sob o dogma da completude e adotado pelo positivismo — demonstrou-se incapaz de resolver os conflitos sociais de forma satisfatória. O senso comum, parte do provável e não do verdadeiro colocando o saber prático como outra forma do saber. No caso concreto há de se abranger as circunstâncias em sua infinita variedade.

A reconstrução de um ordenamento jurídico como um sistema aberto, obriga a uma valoração dos princípios hermenêuticos, sob a ótica da hermenêutica pós-positivista, a atividade jurisdicional passa a ser parte da criação do Direito: o elemento central da construção do Direito passa a ser o elemento fático.

Deve-se abandonar uma teoria de cunho meramente formal para construir uma teoria substancial, um repensar jurídico, na perspectiva de uma pragmática dos princípios. Busca-se o ideal moderno de democracia, tendo em vista o anacronismo das concepções positivas do Direito.

Assim, conclui-se que, por detrás de uma norma jurídica positivada, existe normalmente um princípio, um valor. Essa vinculação pode ser evidente ou não, mas dentro

do amplo campo de atuação dos princípios que as normas se formam e se combinam, respondendo às necessidades da organização sistêmica que pode ter o Direito.

Para que um método de interpretação constitucional produza decisões justas é necessário que existam juízes tomados pela aspiração de se construir uma sociedade mais realista. Um modo de ver o Direito a partir do mundo da vida. Daí a importância da hermenêutica filosófica e a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em relação sobre a análise do princípio da intimidade com o emprego de tal perspectiva, determina-se uma nova compreensão das transformações que passam a sociedade, com o objetivo de orientá-las constitucionalmente, conferindo-lhes um sentido e uma coerência em conformidade com a constituição.

Tanto a posição da doutrina, como da jurisprudência tendem a relativizar o sigilo bancário, ou seja, adotar a posição a partir da qual não se trata de direito absoluto, devendo ceder ao interesse público quando oportuno.

O sigilo bancário, como direito fundamental que se irradia do princípio da intimidade, se insere nessa convivência de conflito com os demais princípios insertos no sistema constitucional. Isso acarretará, em casos concretos, o fenômeno da tensão com outros interesses tutelados, o que exigirá um juízo de ponderação para a harmonização dos valores em jogo. Será nesse ponto que o direito fundamental sofrerá sua restrição, não sendo, portanto, absoluto.

Firmada a posição de que a proteção ao sigilo bancário pode ser relativizada em casos concretos, quando presente a supremacia do interesse público, e para permitir a sua convivência harmônica com os demais direitos e liberdades fundamentais, passa-se a apresentar os critérios que devem orientar a interpretação e aplicação do direito nos casos de quebra de sigilo bancário – respeitando-se a autorização judicial para a feitura da quebra do sigilo. Como corolário inafastável, impõe-se, necessariamente, que as decisões judiciais sejam motivadas, emprestando-lhes transparência e possibilitando o melhor controle.

A corrente minoritária defende a firmamento do sigilo bancário, bem como a repetição sem questionamentos da jurisprudência do Supremo (que o erigiu ao nível de direito constitucionalmente protegido) sempre sendo males do garantismo “à brasileira”¹¹⁴, e, atualmente, foram e estão superados pelos fatos, pela necessidade premente de adaptação constitucional e defesa do interesse público perante o ritmo exponencial acelerado dos fluxos financeiros da era da globalização.

¹¹⁴ (CALABRICH, op. cit., p. 316).

A grande importância do tema, ao analisarmos como exemplo o sigilo bancário, está em nos conscientizarmos que não há nada novo no Direito, mas sim, um repensar na aplicação dos princípios para que as decisões sejam eficazes: trabalhar a aplicação do Direito através do binômio *garantia versus eficácia*.

Entretanto, quando fazemos a análise da uma nova interpretação do Ordenamento, estamos diante de um discurso com algumas lacunas, pois quando se trata do Direito Penal e Processual Penal, observamos um diferente olhar da sociedade para com a aplicação dos direitos fundamentais. Visto um histórico de décadas de uma política criminal de cunho repressiva.

Presenciamos um significativo aumento da criminalidade devido à exigência de uma resposta penal mais célere, tendo favorecido o discurso da lei no campo do processo penal. Tal utilitarismo pode ser traduzido na relativização dos direitos fundamentais individualizados e na adoção de uma política criminal, embasada na prevalência da segurança pública, onde punir é mais importante do que somente processar (o processo é pura forma).

O drama e a tragédia da persecução criminal transcorrem num cenário formado por duas forças diretivas que colidem, acarretando a contrariedade fundamental da persecução criminal. Nota-se que, quando se procura demonstrar a existência de um fato delituoso e da sua autoria (princípio instrumental punitivo), se distancia da garantia dos direitos fundamentais e, que quanto mais se busca garantir os direitos fundamentais (princípio instrutório garantista), mais acarreta a produção de provas que poderá demonstrar a existência do fato delituoso e a sua autoria.

Este discurso jurídico evasivo do utilitarismo processual se contrapõe ao constitucionalismo; eis que, no constitucionalismo as diretrizes estabelecidas pela Constituição de 1988, no momento de instituição do Estado Democrático de Direito, serão referências obrigatórias para a construção de um discurso capaz de promover a tutela ampla dos direitos fundamentais no processo penal, abrangendo tanto a dimensão individual quanto a dimensão difusa.

O garantismo penal não se configura como uma doutrina distante de ser efetivamente concretizada no mundo jurídico, muito embora ela corra um risco de ser manipulada por estruturas de poder que se valham da imprecisão conceitual dos direitos fundamentais. Assim, consegue abrir possibilidades argumentativas para a configuração de direitos fundamentais a cada problema específico.

O Poder Judiciário brasileiro, ao resolver colisões normativas, tem prescindido do apuro teórico essencial o controle da atuação jurisdicional, caracterizando um protagonismo

judicial. A judicialização é tomada como um processo objetivo utilizado para defender propostas de mudança na organização do Judiciário ou na cultura jurídica, considerada defasada face às novas necessidades sociais.

A evidência que paira no Judiciário criou um grande debate sobre a questão da “judicialização da política” e da “politização da justiça”. A primeira expressão resulta na ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas (constitucionalização de direitos). A segunda engloba um contexto mais amplo, seria constituída pela introdução ou expansão de procedimentos judiciais no Executivo e no Legislativo.

O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da função do juiz como garantidor dos direitos do acusado no processo penal, bem como dos direitos potenciais da coletividade.

Verifica-se a necessidade de ampliar as garantias do devido processo legal, com uma "garantia inominada" que, abrangeria construções doutrinárias e jurisprudenciais, pretendendo que se considere como constitucional determinada garantia não expressa. Assim, o juiz faria seu papel social transformador, sem temer a aplicação imediata e direta de um direito social, independente de legislação integradora, sob a escusa de não possuir legitimidade.

O juiz deve ser “parceiro” das partes. Entretanto essa atuação jurisdicional mais "engajada" traz consigo riscos e temores de que os argumentos morais prevaleçam-se sobre o direito numa profusão incontrolável de interpretações subjetivas que ameaçam a segurança jurídica. Para sanar tais problemas de insegurança jurídica, são elaborados critérios racionais para a orientação dessa nova racionalidade de atuação jurisdicional, identificando os meios de se chegar a uma decisão justa (adequada) por meio da argumentação.

O juiz precisa conjugar imparcialidade possível e capacidade técnica, independência e sujeição à lei, livre convencimento e motivação. O juiz não julga sozinho, a decisão resulta de uma interpretação compartilhada através do contraditório e da ampla defesa.

Chegamos à conclusão que o garantismo não dispõe uma prevalência indiscriminada somente de direitos fundamentais individuais sobre os demais direitos, valores, princípios e regras constitucionais, sem sopesação alguma e, sobretudo, diante de interpretações gramaticais e ocorrendo a verdadeiros argumentos de autoridade (e não autoridade dos argumentos) como forma de justificar a decisão tomada.

Daí se afirma que o processo penal na pós-modernidade, eminentemente público, destina-se à proteção dos princípios constitucionais e inaugura uma nova fase de relação de reciprocidade e de complementariedade, entre os chamados direitos fundamentais

individualizados e os direitos fundamentais potenciais.

Ao defender a quebra do sigilo bancário, – sob pena de o direito brasileiro continuar imune à evolução dos conceitos mundialmente aceitos e refém de teorias que agridem a moralidade e servem para a defesa de certos segmentos que enviam dinheiro para contas no exterior e praticam toda a sorte de falcaturas, em prejuízo da coletividade (um instrumento de lesão do patrimônio da sociedade e de terceiros). – estamos fazendo uso de um discurso utilitarista, o paradigma pós-moderno do transitório e do simbólico – centrado na ação e não no resultado – contrário ao Estado Democrático de Direito.

A atual legislação sobre o sigilo bancário não está respeitando o direito à privacidade, tal como parametrizado pelo Supremo Tribunal Federal. Não é possível uma proposta de flexibilização para a quebra do sigilo bancário advinda, somente, de argumentos de cunho criminológicos, pois estes não podem ser maiores que o respeito aos direitos fundamentais. Desta forma, para que o binômio *eficiência* e *garantismo* seja respeitado, deve-se quebrar o sigilo bancário, somente, através de decisão judicial.

6 REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor. *Adorno e a sociedade contemporânea*. Entrevista especial com Francisco Fianco ao Instituto Humanitas Uniensinos. Disponível em: <http://www.unisinos.br>. Acesso em 18 de novembro de 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à Aplicação dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBEITAS, André Terrigno. *O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de; PEREIRA, Jane Reis. *A nova interpretação do direito: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. v.7. 2.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

BECK, Ulrich. CARONE, André. *O que é globalização?* São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo Bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BENDA, Ernesto. *Dignidad humana y derechos de la personalidad*. In Manual de derecho constitucional. Madri: Marcial Pons, 1996.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 15 tiragem. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. Compilação Nello Morra. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7 ed. UnB, Brasília, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília: Senado, 1988.

CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo e a pós-modernidade: Uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALABRICH, Bruno. *Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. [et al.]. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

CARNELUTTI, F. *Das Provas No Processo Penal*. Tradução de Vera Lúcia Bison. Campinas: Editora Impactus, 2005.

CARVALHO, Salo de. *Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro*. In: WUNDERLICH, Alexandre; Carvalho, Salo de (orgs.) Rio de Janeiro: Lumen júris, 2005.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; SANTOS, Fernanda Barbosa dos. *Nova Hermenêutica e Constitucionalização*. Revista Científica da FAMINAS. V. 01. 2008.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1970.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Papel do Novo Juiz no Processo Penal*. In: *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-positivismo*. São Paulo: Madras. 2005.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Morais Editora, 1961.

DE Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rodrigues. *Teoria Geral do Processo*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais: Elementos Teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERNANDES, Milton. *Proteção Civil da Intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal*. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006.

FLORES-VALDÉS, Joaquín Arce y, apud DIAS, Joaquim José de Barros. Direito civil constitucional. In: LOTUFO, Renan. *Direito civil constitucional: caderno 3*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FREGADOLLI, Luciana. *O Direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual De Processo Penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual de acordo com a Constituição Federal de 1988*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990.

_____. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. São Paulo, 1976.

GOMES, Noel. *Segredo Bancário e Direito Fiscal*. Editora Almedina: Coimbra, 2006.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HABERMAS, Jürgen: *Três modelos normativos de democracia*. In Lua Nova - Revista de Cultura e Política, nº 36, São Paulo: CEDEC Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1995.

_____. *O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal?* Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HOLANDA, Aurélio Buarque. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

JARDIM, Afrânio Silva. *Bases Constitucionais Para Um Processo Penal Democrático In Direito Processual Penal*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JÚNIOR, José Alcebíades de. (Org.). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.

KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 6 ed. São Paulo: Método, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso. *Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da Instrumentalidade garantista*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Revista Interdisciplinar de Direito de Valença / Fundação Educacional D. André Arcverde. Faculdade de Direito – ano 1, n.1 (maio 1998)*. Valença: Editora Valença S.A., 1998, p.236.

MANNHEIM. *Diagnóstico de nosso tempo*. Tradução: Octávio Alves Velho. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Revista Interdisciplinar de Direito de Valença / Fundação Educacional D. André Arcverde. Faculdade de Direito – ano 1, n.1 (maio 1998)*. Valença: Editora Valença S.A., 1998, p.137.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São paulo: Atlas, 2004.

MORI, Michele Keiko. *Direito à Intimidade versus Informática*. Curitiba: Juruá, 2006

NERY JR., Nelson. *Proibição da Prova Ilícita*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4 ed. Revista dos Tribunais, 1997.

NEVES, Antônio Castanheira. *O Actual problema metodológico da Interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Editores, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PACHECO, Denilson Feitoza. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Ética e Direito*. 3 tir. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Tratado da Argumentação*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Revista Interdisciplinar de Direito de Valença / Fundação Educacional D. André Arcverde. Faculdade de Direito – ano 1, n.1 (maio 1998). Valença: Editora Valença S.A., 1998.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário e Direito à Intimidade*. 7 tir. Curitiba: Juruá, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Florianópolis: Habitus, 2002.

ROSA-DALLA, Vergílio. *Uma Teoria do Discurso Constitucional*. São Paulo: Landy, 2002.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Filosofia do Direito*. 5 ed., Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1969.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito a Intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 5 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VELLOSO, Andrei Pitten. *A Teoria da Igualdade Tributária e o Controle de Proporcionalidade das Desigualdades de Tratamento*. Revista Tributária e de Finanças Públicas. a.15, n. 76, set./out. 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VIEIRA, José Ribas. *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007.

WUNDERLICH, Alexandre. *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS/ Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt (Coord) [et al.]*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.