

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS  
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

ÁLISSON DOS SANTOS CAPPELLARI

**O CONTROLE PENAL DAS MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS: O DEVER DE  
INFORMAR *VERSUS* O DIREITO À PRIVACIDADE**

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon

Porto Alegre

2012

ÁLISSON DOS SANTOS CAPPELLARI

**O CONTROLE PENAL DAS MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS: O DEVER DE  
INFORMAR *VERSUS* O DIREITO À PRIVACIDADE**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

**Área de Concentração:** Sistema Penal e Violência

**Linha de Pesquisa:** Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon

Porto Alegre

2012

### CIP – Catalogação na Publicação

C238c Cappellari, Álisson dos Santos

O controle penal das movimentações financeiras: o  
O dever de informar versus o direito à privacidade / Álisson  
dos Santos Cappellari. – Porto Alegre, 2012.  
277 f.

Diss. (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS.  
Orientador: Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon.

1. Direito Penal Econômico. 2. Direito à Privacidade. 3. Sigilo  
Bancário. 4. Informação – Direito. I. Cappellari, Álisson dos Santos.  
II. Título.

CDD 342.23415

Elaborada por Juliane Görgen Fragoso CRB 6/599

ÁLISSON DOS SANTOS CAPPELLARI

**O CONTROLE PENAL DAS MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS: O DEVER DE  
INFORMAR *VERSUS* O DIREITO À PRIVACIDADE**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

**Área de Concentração:** Sistema Penal e Violência

**Linha de Pesquisa:** Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Aprovada em: 26 de março de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon  
Orientador

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Têmis Limberger

---

Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner

Porto Alegre  
2012

À Márcia, minha esposa e companheira.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos professores Fabrício Pozzebon, orientador e mestre, pela paciência, compreensão e, sobretudo, pelos inestimáveis ensinamentos no decorrer da elaboração do trabalho, e Ruth Gauer, pela sapiência e entusiasmo com que a transmite a todos os seus alunos.

Aos meus filhos, Leila e Marco, pelo apoio inocente e inestimável que me conferiram durante todo o período do curso.

Aos colegas de profissão José Luís Zancanaro, Leônidas Cabral Albuquerque, Júlio Carlos Blois Vaz, Rosella Horst, Carla Beatriz da Silva e Ricardo Rodrigues Ruiz, por toda a força e compreensão no ambiente de trabalho, fundamental para a sobrevivência ao longo deste processo.

Aos amigos de toda hora Jayme Domingues, Filipe e Lauro Roth, Cristiano Porciúncula e Diego Pires, por toda a colaboração dispensada durante o período de pesquisa e elaboração da presente dissertação.

O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam, mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão. Em outros termos, o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles (FOUCAULT, 2003).

## RESUMO

Esta dissertação versa sobre as implicações jurídico-penais decorrentes da prestação de informações pelos agentes financeiros às autoridades públicas – fora dos casos em que se apresente autorização judicial – e a questão da ponderação entre privacidade e interesse pela informação em um contexto de complexidade. O presente trabalho visa tentar definir até que ponto, ante o cenário atual das relações ocorrentes no âmbito dos sistemas tributário e financeiro nacional e internacional, é razoável, do ponto de vista do Direito Penal, ainda atribuir aos agentes financeiros responsabilidade criminal pelo não fornecimento – ou pelo fornecimento equivocado – de informações a entes reguladores estatais, independentemente de autorização judicial, e até onde é legítima a afronta ao direito à privacidade ante o chamado interesse público na busca da ‘verdade real’.

**Palavras-chave:** Sistema Financeiro. Sigilo Bancário. Sigilo de Dados. Direitos Fundamentais. Poderes Investigatórios. Ordem Econômica. Direito Penal Econômico.

## ABSTRACT

This dissertation, master's degree in Criminal Science, concentration area Penal System and Criminal Violence, research line Legal and Criminal Contemporary Systems rules basically about the legal-criminal implications brought with the legal obligation attributed to financial actors in providing information to government and the question of balance between privacy and public interest in a context of complexity. This paper aims to try to define to what extent, compared to the current scenario of relations occurring within the financial and tax systems domestically and internationally, is reasonable, from the standpoint of criminal law, also assign to financial agents, criminal liability for non-delivery, or by providing misleading, information to state regulatory bodies, regardless of legal authorization, even where it is legitimate to affront the right to privacy against the public interest in the search of the "real truth".

**Key-Words:** Financial System. Banking Secrecy. Data Privacy. Fundamental Rights. Investigative Powers. Economic Order. Economic Criminal Law.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Organograma do Sistema Financeiro Nacional.....	76
Figura 2 – Organograma do Ministério da Fazenda.....	79

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>1 A (IN)EFICÁCIA DOS MECANISMOS ESTATAIS DE CONTROLE NA SOCIEDADE MODERNA: AS RELAÇÕES ECONÔMICAS NA COMPLEXIDADE</b> 16	
1.1 MODERNIDADE E AMBIÇÃO DE CONTROLE .....	16
1.2 A FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO .....	23
1.3 O ESTADO INTERVENCIONISTA: EM BUSCA DO BEM ESTAR SOCIAL....	32
1.4 O ESTADO DE DIREITO E SUAS VARIANTES .....	42
1.5 A CRISE DO PARADIGMA MODERNO E A PERCEPÇÃO DO DESCONTROLE ESTATAL.....	48
1.6 AS RELAÇÕES ECONÔMICAS NA COMPLEXIDADE.....	60
<b>2 O MODELO JURÍDICO-REGULATÓRIO EXISTENTE E SUA (DES)CONFORMIDADE COM A REALIDADE SOCIAL FORJANDO O PAPEL DO DIREITO PENAL</b> .....	73
2.1 A REGULAMENTAÇÃO E CONTROLE DAS RELAÇÕES ECONÔMICAS NO CENÁRIO NACIONAL .....	73
2.2 DIREITO À PRIVACIDADE E DIREITO À INFORMAÇÃO .....	83
2.2.1 Direito à privacidade e à intimidade .....	84
2.2.2 Direito à informação.....	89
2.2.3 Colisão e equilíbrio entre os dois valores analisados .....	93
2.3 O PAPEL DO DIREITO PENAL NA RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES FINANCEIROS PELA NÃO PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES.....	97
2.3.1 A sociedade de risco e a reação do Direito Penal.....	97
2.3.2 A natureza subsidiária do Direito Penal: a efetiva aplicação do art. 10 da Lei 7.347/85 como ferramenta de proteção dos interesses difusos.....	105
2.3.3 O Direito Penal como forma de pressão: artigos 330 do Código Penal e 66 do Decreto-Lei 3.688/1941 .....	110
2.3.4 A ausência de efetividade do modelo atual ante as limitações de ordem histórica, antropológica e constitucional .....	115
<b>3 ANÁLISE DE CASOS PRÁTICOS</b> .....	120
3.1 EXAME DAS DECISÕES – REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – PROCESSO 2006.71.17.002657-2 – VARA FEDERAL DE ERECHIM - RS – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO 2006.71.17.002657-2 – OITAVA TURMA – TRIBUNAL	

REGIONAL DA QUARTA REGIÃO – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL X PAULO KETTNER E OUTROS .....	120
<b>3.1.1 Relatório</b> .....	120
<b>3.1.2 Análise das decisões de 1º e 2º Grau</b> .....	122
<b>3.1.3 Conclusão</b> .....	124
3.2 EXAME DA DECISÃO – MANDADO DE SEGURANÇA 21.729-4 – TRIBUNAL PLENO – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – BANCO DO BRASIL S/A X PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA .....	127
<b>3.2.1 Relatório</b> .....	127
<b>3.2.2 Análise dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal</b> .....	128
<b>3.2.3 Conclusão</b> .....	144
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	146
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	150
<b>ANEXO A – SENTENÇA E ACÓRDÃO - REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – PROCESSO 2006.71.17.002657-2 – VARA FEDERAL DE ERECHIM – RS – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO 2006.71.17.002657-2 – OITAVA TURMA TRIBUNAL REGIONAL DA QUARTA REGIÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL X PAULO KETTNER E OUTROS.....</b>	<b>160</b>
<b>ANEXO B – ACÓRDÃO – MANDADO DE SEGURANÇA 21.729-4 – TRIBUNAL PLENO - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – BANCO DO BRASIL S/A X PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA.....</b>	<b>171</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho é resultante de pesquisas e estudos realizados no decorrer dos dois anos de duração do Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS – área de concentração, Sistema Penal e Violência; linha de pesquisa, Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos –, apresentando como objetivo a análise da legitimidade e da legalidade da atuação do Direito Penal sobre a responsabilização de dirigentes de instituições financeiras e tributárias pelo não fornecimento de informações a respeito de terceiros às autoridades públicas (sobretudo ao Ministério Público, agentes fiscais e policiais), sem autorização judicial devidamente motivada.

A regulamentação da vida em sociedade, hoje, apresenta um cenário originário do século passado, quando o Direito Penal sofreu um visível alargamento, operado pela maior intervenção do Estado na sociedade. Tal dinâmica permitiu que o Direito Penal interviesse em áreas até então reservadas a outros sistemas de proteção, sem abdicar de seus princípios basilares (Direito Penal secundário).<sup>1</sup>

Nota-se que esse movimento ainda não cessou. A expansão da pseudoproteção estatal a bens jurídicos que, evidentemente, prescindem de tal status vem se acentuando gradativamente, como resposta a um anseio social de proteção aos supostos males da sociedade de risco – movimento típico de um contexto caracterizado, sobretudo, pela insegurança institucionalizada. Há o trauma da passagem do ideal societário (a busca por uma sociedade perfeita, limpa) para o ideal comunitário (no qual o conceito de espaço se relativiza e pessoas com características e interesses em comum interagem, em uma relação que Mafessoli chama de tribalismo pós-moderno).<sup>2</sup>

Com a configuração deste novo cenário, apresenta-se como consequência inevitável a mutação cada vez maior da delinquência econômica. Os contextos de

---

<sup>1</sup> O chamado Direito Penal secundário é resultante de uma tendência doutrinária e legislativa que, desde o fim do século passado, busca a atualização do direito penal clássico para fim de enfrentar os desafios da sociedade atual, marcada pelo dinamismo e fluidez, em um movimento de expansão da resposta estatal à criminalidade. Segundo Faria Costa, a diferença apresentada entre os dois conceitos não se situa no plano formal, mas, sim, na ordem material, “fruto da maior ou menor ressonância axiológica que os valores – que aspiram a ser plenamente protegidos – adquirem na ordem jurídica e no contexto sócio-cultural em que se inserem” (FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2007).

<sup>2</sup> MAFESSOLI, Michel. **A contemplação do mundo**. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 1995.

sua conceituação passam a ser cada vez mais vagos, e os modos de controle da ordem pelo sistema jurídico-legal são cada vez mais ineficazes dentro desse caos institucionalizado, gerando uma acentuada regulamentação paraestatal, baseada nas normas de *compliance*.<sup>3</sup>

Justamente neste contexto é que se busca averiguar e discutir a responsabilidade penal dos agentes financeiros pelo delito de não prestar informações a autoridades públicas, independentemente de autorização judicial. Questiona-se aqui até que ponto é legítima a afronta aos primados constitucionais garantidores da privacidade para salvaguardar interesses indiscutivelmente menos nobres, tanto das administrações financeira e fazendária quanto do Ministério Público.

É justamente sobre a resposta estatal à necessidade de controle da sociedade (que atualmente se configura extremamente dinâmica e veloz) que se trata o ponto central da presente pesquisa. O questionamento dos instrumentos legais que passam à margem das garantias consubstanciadas na Carta Magna – tais como obrigações legais descritas em preceitos vagos e imprecisos, que dão ampla margem de interpretação em favor dos agentes responsáveis pela busca de informações – se faz cada vez mais atual e necessário nesta época em que cada vez mais difícil se torna a efetivação de certos direitos individuais.

Acerca da metodologia utilizada, foi adotado, primeiramente, um método de investigação teórico que teve como base os procedimentos de pesquisa bibliográfica – através de obras de doutrina referentes ao tema e da análise comparativa entre a doutrina nacional e estrangeira – e documental – versando sobre o exame estrutural da legislação. A partir disso, seguiu-se para um método empírico de investigação através da análise de casos, que teve como base também o procedimento documental, almejando estudar o histórico de processos judiciais onde dirigentes de empresas que atuam no âmbito dos sistemas financeiro e tributário foram responsabilizados criminalmente pelo não fornecimento de informações a entidades reguladoras.

---

<sup>3</sup> O termo *compliance* refere-se à política de implantação e implementação dos sistemas de controles internos de riscos das instituições financeiras. Um dos pilares para o funcionamento do mercado financeiro internacional, fixado pelo acordo Basileia II, no qual o Brasil é signatário, tem no Banco Central do Brasil sua autoridade fiscalizadora, agindo sobre as instituições por ela autorizadas, em relação a seu atendimento, suas instruções normativas e também sobre suas atividades, seu sistema de informação de ordem financeira, operacional, gerencial e de riscos (FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro: produtos e serviços**. 18 ed. Rio de Janeiro: QualityMark, 2011, p. 891).

A estrutura do presente estudo apresenta-se da seguinte maneira: o primeiro capítulo traz um panorama da construção do Estado Moderno dentro de uma perspectiva do ideal liberal ascendente a partir da modernidade histórica, a transformação da sociedade feudal e sua passagem para o domínio da burguesia e o surgimento do capitalismo, bem como o posterior surgimento das críticas a este paradigma através do surgimento dos movimentos sociais, do individualismo e da própria sociologia. Também nesta parte são tratados o desenvolvimento da estrutura do Estado Moderno e as diferentes modalidades estatais daí decorrentes. Em seguida, é feita uma análise da crise paradigmática originária da crítica aos ideais liberais da modernidade – dentro do que se chama de modernidade tardia ou, para alguns, pós-modernismo –, englobando a evolução e o dinamismo das relações econômico-sociais analisadas a partir do século XIX, atravessando toda a complexidade do século XX.

A parte seguinte analisa especificamente o papel instrumental do Direito Penal como objeto de ameaça aos responsáveis por instituições financeiras para a obtenção de provas a serem utilizadas no âmbito processual penal. Primeiramente é traçado um quadro histórico acerca da economia política nacional neste período, analisando a formação da estrutura burocrática atual que rege e fiscaliza as relações no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. Segue a este cenário um estudo sobre os institutos dos direitos fundamentais à intimidade e à informação, seu histórico conceitual e as hipóteses de resolução de conflitos resultantes do choque de tais grandezas através do princípio da proporcionalidade ou ponderação. Por fim, são analisados os tipos específicos anteriormente citados, bem como a eficácia desta legislação para a obtenção do fim proposto. Tal análise busca contextualizar a discussão ao largo da atual lei de regência, no caso, a Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001,<sup>4</sup> uma vez que o objeto principal da presente dissertação trata das hipóteses de requisição de informações de movimentações financeiras sem autorização judicial, bem como o fato de estarem vários dispositivos do referido texto legal sendo objeto de impugnação via Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal.<sup>5</sup>

O derradeiro capítulo traz a análise de dois casos práticos onde figuraram

---

<sup>4</sup> BRASIL. Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.

<sup>5</sup> ADIs 2390, 2386, 2397 e 2859, todos apensos, de relatoria do Ministro Dias Toffoli e ainda sem julgamento definitivo.

como objetos principais exatamente o poder de requisição de informações pelo Ministério Público contra os responsáveis pelas instituições financeiras, sendo um dos casos de decisão anterior à vigência da atual lei de regência, e outro posterior. A análise aprofundada das decisões e os pontos de vista tomados pelos julgadores nos casos práticos são objeto desta parte.

Ante este cenário, portanto, em que o clamor por dinamismo do Direito Penal se choca frontalmente com a relativização dos direitos fundamentais do indivíduo, sem haver um limite claro entre o poder investigativo do Estado e os direitos e garantias fundamentais, é que se situa a presente investigação.

# 1 A (IN)EFICÁCIA DOS MECANISMOS ESTATAIS DE CONTROLE NA SOCIEDADE MODERNA: AS RELAÇÕES ECONÔMICAS NA COMPLEXIDADE

Apresenta-se esta primeira parte do trabalho com a elaboração de uma análise sobre o aspecto histórico da formação e desenvolvimento da estrutura do conhecimento moderno em diversos aspectos, tais como as formas estatais, a dinâmica das relações sociais e econômicas e a crença no conhecimento humano em seu desenvolvimento e crise, que levou à queda do paradigma moderno originalmente traçado com a sensação de descontrole e fluidez característica dos tempos atuais.

## 1.1 MODERNIDADE E AMBIÇÃO DE CONTROLE

A conceituação do período histórico conhecido como modernidade não apresenta um marco inicial certo por parte dos historiadores.<sup>6</sup> No entanto, tal marco temporal vem apenas demarcar de forma objetiva a evolução do pensamento e modo de vida ocidental europeu desde os primórdios do século XVI, período este caracterizado por aspectos que atingiram não apenas a dinâmica social, mas o

---

<sup>6</sup> Dentre as várias conceituações temporais trazidas pela doutrina sobre os marcos iniciais (e, porque não, finais) da modernidade, parece razoável a elaborada por Marshall Berman, que assim leciona: "Na esperança de ter algum controle sobre algo tão vasto quanto a história da modernidade, decidi dividi-la em três fases. Na primeira fase, do início do século XVI até o fim do século XVIII, as pessoas estão apenas começando a experimentar a vida moderna; mal fazem ideia do que as atingiu. Elas tateiam, desesperadamente, mas em estado de semicegueira, no encaço de um vocabulário adequado; têm pouco ou nenhum senso de um público ou comunidade moderna, dentro da qual seus julgamentos e esperanças pudessem ser compartilhados. Nossa segunda fase começa com a grande onda revolucionária de 1790. Com a Revolução Francesa e suas reverberações, ganha vida, de maneira abrupta e dramática, um grande e moderno público. Esse público partilha o sentimento de viver em uma era revolucionária, uma era que desencadeia explosivas convulsões em todos os níveis de vida social, pessoal e política. Ao mesmo tempo, o público moderno do século XIX ainda se lembra do que é viver, material e espiritualmente, em um mundo que não chega a ser moderno por inteiro. É dessa profunda dicotomia, dessa sensação de viver em dois mundos simultaneamente, que emerge e se desdobra a ideia de modernismo e modernização. No século XX, nossa terceira e última fase, o processo de modernização se expande a ponto de abarcar virtualmente o mundo todo, e a cultura mundial do modernismo em desenvolvimento atinge espetaculares triunfos na arte e no pensamento. Por outro lado, à medida que se expande, o público moderno se multiplica em uma multidão de fragmentos, que falam linguagens incomensuravelmente confidenciais; a ideia de modernidade, concebida em inúmeros e fragmentários caminhos, perde muito de sua nitidez, ressonância e profundidade e perde sua capacidade de organizar e dar sentido à vida das pessoas. Em consequência disso, encontramos hoje em meio a uma era moderna que perdeu contato com as raízes de sua própria modernidade." (BERMAN, Marshall. **Tudo o que é sólido se desmancha no ar: a aventura da modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 25-26).

próprio método de evolução do pensamento humano nos últimos cinco séculos. Muito já se divagou acerca da modernidade, suas causas e consequências, suas conquistas e utopias, a grande tentativa de redenção e afirmação da raça humana, o derradeiro delírio do *homo sapiens* em consagrar sua superioridade ante todas as demais forças e criaturas do mundo onde vive.<sup>7</sup>

O avanço científico, impulsionado por um longo período de asfixia religiosa e da íntima ligação desta com o poder estatal – traço marcante da era medieval –, buscou a racionalização dos fenômenos globais. O pensamento até então vigente era baseado na explicação dos acontecimentos humanos e naturais e na análise da relação entre homem e Deus dentro de uma perspectiva ética religiosa – para ser moralmente correto, o homem deveria seguir as leis divinas e tentar se aproximar ao máximo do exemplo de perfeição dado pelo Divino. O pensamento moderno, centrado na lógica e na tentativa de se classificar os diversos expoentes do conhecimento humano em uma ordem geral – sobretudo segundo a doutrina de Descartes<sup>8</sup> e Kant<sup>9</sup> –, consistia basicamente em reduzir a complexidade do mundo a um certo número de elementos simples, a fim de estudá-los individualmente, para compreendê-los melhor. A objetivação do método científico, tal como apresentada, permitiu o avanço do conhecimento humano e a dinamização das relações nos diversos ramos da ciência e da sociedade. Tudo passaria a fazer parte de uma ordem racional e plausível. O homem passou a ter o papel central no Universo em

---

<sup>7</sup> HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre a origem da mudança cultural**. 11. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

<sup>8</sup> René Descartes apresenta, em meados do século XVII, um novo sistema filosófico, caracterizado pela fusão das ideias trazidas inicialmente por Tomas Hobbes e Francis Bacon sob a ótica matemática, resultando no Discurso do Método, sua principal obra. Hobbes e é considerado o pai da filosofia moderna (RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 32-36).

<sup>9</sup> Segundo Immanuel Kant, a moral deve ser dada *a priori*, conceito básico para o chamado Imperativo Categórico, cujas bases são trazidas em sua obra Crítica da Razão Pura. Com isso, ele afasta a ideia de que as regras do agir humano não se encontram na natureza ou no ambiente em que o homem vive. Prioristicamente, as categorias tratadas surgem na maneira pura de se analisar um objeto, sem influência alguma de sentimento ou emoção prévios. Não se fala propriamente em experiência. Mas, sim, de conhecimento das consequências de seus atos. Os primados trazidos pelo Imperativo Categórico bastam como normas orientadoras para o homem direcionar as suas condutas, ou seja, basta perguntar se sua conduta seria aceita pela coletividade para ser tido como correta, passando assim o homem de mero objeto de conceitos pré-determinados por um ente etéreo superior para ator determinante do direcionamento de suas condutas. Assim, Kant afasta a ideia de submissão da conduta e do pensamento humanos às leis da natureza e de Deus, sendo o homem livre, pois se submete a uma lei de que ele próprio é o autor. O pensamento de Kant pautou quase toda a discussão sobre a ética na modernidade ao fundamentar o uso da razão como vetor direcionante das condutas humanas. O homem teria uma predisposição intelectual para reconhecer o que seria certo e não buscar apenas a sua felicidade (KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 408-434).

detrimento de Deus, numa tentativa de se desvencilhar da influência clerical arraigada em seu modo de pensar por mais de mil anos.<sup>10</sup> A razão, enquanto conjunto de regras que o discurso deve respeitar para ser aceito como válido, passa a ser a principal diretiva norteadora dos avanços humanos. Deus, assim como todos os elementos não racionalizáveis, é renegado a um segundo plano – ou excluído da realidade racional.<sup>11</sup>

Trata-se de um movimento histórico caracterizado, sobretudo, pela polarização e radicalização de conceitos em busca do racional. A razão é uma, excludente de tudo aquilo que não se encaixa na sua acepção, inclusive a subjetividade. O homem buscou os próprios limites de sua complexidade, passando a simplesmente desconsiderar o que não tinha explicação racional ou científica. Essa pseudosuperioridade em relação às demais criaturas terrenas veio a impulsionar todos os ramos do conhecimento humano, em um avanço tecnológico sem precedentes, resultando nessa complexa rede relacional na qual a humanidade atualmente está inserida.

Nesse contexto histórico nota-se o surgimento de novos conceitos sobre os quais se baseariam toda a ideologia da modernidade, tais como indivíduo, direito natural e estado social.

O conceito de indivíduo como núcleo central da vida social trouxe uma das características marcantes do referido período. A alteração da dinâmica social, anteriormente baseada no critério de comunidade, onde cada pessoa fazia parte estática e determinada de um todo comunitário, foi sobrepujada por uma noção de sociedade, formada por indivíduos dotados de autonomia e livre arbítrio que, em nome de uma ordem plural, abriam mão de parte de sua autonomia para a garantia de uma ordem coletiva, através de uma espécie de acordo coletivo, o chamado

---

<sup>10</sup> DUMONT, Louis. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna**. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

<sup>11</sup> A obra de Friedrich Nietzsche, um dos maiores renegadores da existência de Deus, é marcada por um viés individualista exacerbado, que rejeita as formas de poder, as instituições sociais e os valores do modernismo, se anunciando como um ser imoral (ou amoral), defendendo a liberdade de ação e de pensamento como formas para a evolução humana e desprendimento a um mundo pré-concebido. A liberdade deve ser total, libertada tanto de princípios morais como direitos e deveres civis. Para Nietzsche, o grande pecado original do homem seria não ter aproveitado o mundo em sua plenitude, chave esta para a plena satisfação e diversão humanas. Sobre bem e mal, o autor simplesmente rejeita os rótulos, pois a ideia de conceituar a tudo e a todos é típica de um pensamento limitado (NIETZSCHE, Friedrich. **Ecce Homo**. São Paulo: Martin Claret. 2002b.).

contrato social.<sup>12</sup>

Esta dinâmica social é bem retratada por Dumont, que descreve a evolução da ideologia ocidental desde a base traçada pelos estudiosos da antiguidade – as chamadas teorias orgânicas, onde o todo social ou político se sobrepõe – até as teorias modernas, ou holísticas, nas quais há a sobrepujança do indivíduo humano. Indo mais além, também faz uma distinção entre as diferentes acepções do termo indivíduo: no sentido empírico (amostra indivisível da espécie humana) e no sentido moral (independente, autônomo e não social, dentro da ideologia moderna de homem e sociedade). Esse processo de individualização, segundo o autor, teve início a partir dos ensinamentos de Tomás de Aquino, que fixou as bases para o pensamento medieval do indivíduo a partir da combinação da revelação cristã e da filosofia aristotélica.

Ao nível da religião, da fé e da graça, cada homem é um todo vivo, um indivíduo privado em relação direta com o seu criador e modelo, ele é, pelo contrário, ao nível das instituições terrenas, um membro da comunidade, uma parte integrante do corpo social. Se, por um lado, a pessoa basta-se a si mesma, o fato baseia-se nos valores últimos revelados, tem raízes na intimidade da pessoa com Deus, ao invés de suas relações terrenas. Do outro lado, a comunidade terrena é legitimada, com a ajuda de Aristóteles, como um valor secundário, enquanto instituição racional, em contradição com a doutrina anterior, a qual só a admitia como um remédio que se tornou necessário por força do pecado original.<sup>13</sup>

Nota-se, com base em tal doutrina, a evolução da sociedade partindo do conceito de *universitas* – em que o corpo social é um todo único do qual os indivíduos fazem parte – para o de *societas* – qual seja a livre e simples associação.

A evolução da ideia individualista trouxe os fundamentos teóricos da formação do Estado Moderno. Pode-se considerar como sendo o ápice deste movimento a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembleia Constituinte francesa em 1789. Muito embora tenha advindo de atos similares

---

<sup>12</sup> Segue-se uma discussão histórica de quais seriam as modalidades de sujeição dos indivíduos a uma ordem social superior. Para Hobbes, o estado de natureza do homem não é descartado, mas minimizado. O homem vive em um estado social menos alguma coisa, ou seja, o homem, para viver em uma sociedade organizada, se sujeita (contrato), passando do estado simples de 'homem' para o de 'comunidade' (*commonwealth*), seu aspecto político. Sua teoria é fundada na representação e insiste no conceito de sujeição. Por sua vez, Rousseau tinha o homem natural como um ser livre, igual e dotado de piedade, mas com faculdades ainda não desenvolvidas – nem bondoso, nem maldoso. Sua evolução seria resultado de um conjunto transcendente de vontades através de um grande acordo social. O povo seria soberano e, uma vez reunidos seus integrantes, geraria uma alquimia, que, da reunião das vontades individuais, geraria uma vontade geral, qualitativamente diferente da vontade de todos e com propriedades extraordinárias (RUSSELL, op. cit., p. 55-60).

<sup>13</sup> DUMONT, op. cit., p. 108.

anteriores, como a Declaração dos Estados Unidos, aquela marcou por ter sido a primeira a ser adotada por uma grande nação, imposta a um monarca e proposta como exemplo ao mundo.<sup>14</sup>

Tal declaração, resultante de uma evolução do pensamento político já anteriormente retratado por pensadores como Montesquieu e Beccaria, visou sistematizar direitos inerentes a todos os homens, dentro de uma visão utópica de igualdade. Montesquieu, baseado num modelo racional de execução das funções governamentais, elaborou o princípio da separação dos poderes estatais em uma estrutura tripartite – executivo, legislativo e judiciário –, a fim de garantir a liberdade dos cidadãos, sobretudo em matéria penal.

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.<sup>15</sup>

Beccaria, por sua vez, buscando avançar nos primados de Montesquieu, surge na segunda metade do século XVIII como o grande defensor da legalidade penal. Segundo o autor italiano, tendo por base os primados do contrato social de Rousseau, somente o poder legislativo, como retrato direto da sociedade e da vontade popular, teria legitimação para a construção e descrição de um rol taxativo e claro de condutas censuráveis coletivamente.

Quando as leis forem fixas e literais, quando apenas confiarem ao magistrado a missão de examinar os atos dos cidadãos, para indicar se esses atos são conformes à lei escrita, ou se a contrariam; quando, finalmente, a regra do justo e do injusto, que deve orientar em todos os seus atos o homem sem instrução e o instruído, não constituir motivo de controvérsia, porém simples questão de fato, então não se verão mais os cidadãos submetidos ao poder de uma multidão de ínfimos tiranos, tanto mais intoleráveis quanto menos é a distância entre o opressor e o oprimido; que se fazem tanto mais cruéis quanto maior resistência encontram, pois a crueldade dos tiranos é proporcional, não às suas forças, porém aos entraves que lhes são opostos; e são tanto mais nefastos quanto não há

---

<sup>14</sup> Ibid., p. 109.

<sup>15</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 166.

quem possa libertar-se de seu jugo senão submetendo-se ao despotismo de um só.<sup>16</sup>

Ainda segundo Dumont, o grande arauto do individualismo enquanto conceito (e que iria se sagrar na modernidade) foi Guilherme de Occam (ou Okcham), cuja obra teve como ponto principal a controvérsia entre o papado e os franciscanos sobre a doutrina da pobreza apostólica. As ideias de Occam combatiam o realismo pregado por Tomás de Aquino, que se caracterizava pelo determinismo divino da existência e da individualidade (em que seres particulares seriam ‘substâncias primeiras’, criados à imagem e semelhança de Deus, diferentes das coisas – *res* –, as ‘substâncias segundas’). Para Occam, não existiam ‘substâncias segundas’. Os animais, as pessoas e as coisas são consideradas isoladamente, sem distinção.<sup>17</sup> Sua doutrina rompeu com o pensamento determinista anteriormente vigente. Não existe lei natural acerca de uma ordem ideal das coisas. Não há nada além da lei real estabelecida, seja por Deus, seja positivamente pelos homens, com a licença de Deus. Assim, mesmo Occam não sendo um jurista, ele traçou as bases para uma teoria subjetiva do Direito, além de prever as noções de soberania do povo e contrato político.

[...] Occam, em sua polêmica contra o Papa, chega ao ponto de negar que exista realmente algo como ‘a ordem franciscana’: há somente monges franciscanos dispersos por toda a Europa. Os termos gerais têm fundamento na realidade, mas nada significam em si mesmos, salvo um conhecimento imperfeito e incompleto das entidades reais a que podemos aqui chamar licitamente entidades individuais.<sup>18</sup>

Incontestável que tais preceitos venham ao encontro da ideia central da modernidade, baseada na certeza e fascínio racionalista em querer capturar, dominar e expurgar as forças naturais através da superioridade do pensamento e raciocínio humanos, a busca de rompimento com todas as formas estruturais do passado, pela destruição do velho e obsessão pelo progresso. Necessária se faz a destruição para recriar o novo, nem que para isso se faça uso de discursos e movimentos contraditórios e complexos.

Uma próxima etapa na evolução do pensamento social em direção à modernidade foi a doutrina pregada por Thomas Hobbes. Sua obra clássica, *Leviatã*,

---

<sup>16</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 23

<sup>17</sup> DUMONT, op. cit., p. 77.

<sup>18</sup> Ibid., p. 79.

decreta o rompimento entre a religião e a filosofia tradicional.<sup>19</sup> Para o autor, o estado de natureza do homem não é descartado, mas, sim, minimizado. O homem vive em um estado social menos alguma coisa, ou seja, o homem, para viver em uma sociedade organizada, se sujeita (contrato), passando do estado simples de ‘homem’ para ‘comunidade’ (*commonwealth*), seu aspecto político. Para ele, “no estado natural, todos são iguais e procuram se preservar de diversas maneiras, à custa dos demais, de modo que existe um estado de guerra todos contra todos”.<sup>20</sup>

Para escapar deste incômodo pesadelo, os homens se reúnem e delegam poderes a uma autoridade central. [...] Os homens, sendo racionais e competitivos, tendem a chegar a um acordo ou convênio artificial, segundo o qual concordam em se submeter a alguma autoridade por eles eleita. Uma vez em curso semelhante sistema, não existe, pois, o direito de se rebelar, uma vez que são os governados que estão obrigados pelo acordo, e não o governante. Só quando um governante deixa de fornecer a proteção para a qual foi escolhido, os homens podem, justificadamente, declarar o acordo nulo e sem efeito.<sup>21</sup>

Em contraposição ao pensamento de Hobbes está Rousseau e sua teoria do contrato social. Enquanto a teoria do pensador inglês é fundada na representação e insiste no conceito de sujeição, a do francês é coletiva, democrática e insiste na liberdade. As ideias de Rousseau se aprofundam mais, em relação às de Hobbes, no tocante à subtração filosófica do homem em sociedade. Para o francês, o homem natural seria, *a priori*, livre, igual e dotado de piedade, mas com faculdades ainda não desenvolvidas – nem bondoso, nem maldoso. Sua evolução seria resultado de um conjunto transcendente de vontades através de um grande acordo social. O povo é soberano e, uma vez reunidos seus integrantes, geraria uma alquimia que, da reunião das vontades individuais, geraria uma vontade geral, qualitativamente diferente da vontade de todos e com propriedades extraordinárias. Tal pensamento gerou muitas críticas dos liberais, mais afeitos às ideias de Hobbes.<sup>22</sup>

Foi justamente desta união de pensamentos dos mais diversos ramos da ciência, sobretudo os de natureza lógico-matemática, que surgiu, no âmbito da modernidade, a aspiração de controle dos entes sociais pelo Grande Leviatã, em

<sup>19</sup> Para Hobbes, o homem não é um animal sociopolítico. Isso gerou um cenário onde “[...] a especulação sobre o estado de natureza e o direito natural elevou-se ao absoluto e a uma intensidade sem precedentes, enquanto que a perspectiva maquiaveliana é enriquecida e sistematizada [...]” (RUSSELL, op. cit., p. 97).

<sup>20</sup> Ibid., p. 275

<sup>21</sup> Ibid., p. 275-276

<sup>22</sup> DUMONT, op. cit., p. 96-101.

primeiro plano. No entanto, a utopia moderna de submeter todos os homens, em um contexto de igualdade, à mesma pressão e vigilância não iria persistir por muito mais tempo.

## 1.2 A FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO

A busca da ordem e racionalização da atividade humana também se apresentou de forma muito aguda na estruturação do *modus* governamental dos novos estados nacionais que desabrocharam a partir do século XVII.

O quadro até então vigente apresentava uma estrutura sociogovernamental simplificada. Se, por um lado, na primeira metade do milênio passado, a sociedade cristã medieval apresentava-se como sendo uma entidade única e indivisível em torno da qual se reuniam todos os cristãos sob as bênçãos de um Deus e, evidentemente, seu representante direto na Terra, o Papa, a partir do século XV têm-se as primeiras revoluções visando substituir a Igreja pelo Estado no papel de entidade social central. A doutrina, estabelecida pela Igreja primeiramente no Concílio de Constança, em 1414, que traçou a base do Poder Divino dos Reis encontrou resistência dos Imperadores durante toda a Idade Média. A Reforma Protestante rompeu este quadro, enfraquecendo o poder eclesiástico e permitindo a ascensão das monarquias absolutistas.<sup>23</sup> Surgia, assim, a primeira forma de estado moderna, baseada na supremacia das cidades-estado da antiguidade, e a evolução da ciência política, cujo maior expoente foi Maquiavel.<sup>24</sup>

De um lado havia um déspota no topo do cenário, personificado em um representante máximo da nobreza – Rei, Imperador ou alguém equivalente –, abençoado com a proteção e providência divinas, tudo chancelado pelo apoio

<sup>23</sup> Segundo Sarlet (1995, p. 93), o período compreendido como Idade Média traz consigo uma injusta imagem negativa, como sendo uma “era de obscurantismo e violência, [...] marcada por um profundo atraso cultural, social e econômico”. No entanto, segundo o autor, é no período compreendido como baixa idade média, entre os Séculos XII e XV, “que se encontram os fatores os quais, nos decorrer dos séculos, vão conduzir à formação do estado moderno” (SARLET, Ingo Wolfgang. “Maquiavel”, “O Príncipe” e a formação do estado moderno. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 63, 1995, p. 95).

<sup>24</sup> Para Dumont, a ciência política foi a primeira a ciência prática a se emancipar da rede holística dos fins humanos. “A Reforma luterana desferiu um golpe decisivo no que restava da ordem medieval e do Santo Império Romano germânico. A sociedade global seria doravante o Estado individual, ao passo que o essencial da religião teria seu santuário na consciência de cada cristão individual. O poder laico torna-se supremo e foi elevado a uma espécie de santidade, graças à teoria do direito divino dos reis. Tudo isso repousava no pressuposto da homogeneidade religiosa do Estado, governante e governados compartilhando da mesma fé: *cujus regia ejus religio* (cf. na Inglaterra os Acts of Uniformity) [...]” (DUMONT, op. cit., p. 85).

institucional do clero, o que, na prática, retirava do monarca qualquer limite prático para sua atuação.<sup>25</sup> De outro lado, uma legião de governados imersos em um discurso filosófico-religioso, pregador da imobilidade social e da pré-concepção divina das possibilidades terrenas de cada pessoa, baseada na luta por uma recompensa espiritual *post mortem*.

Esse cenário simplificado e centralizado requeria das autoridades administrativas o desenvolvimento de grandes e dispendiosos elementos de aparelhamento de controle estatal, sobretudo no que refere ao exército, polícia e administração local.

Tal estratégia absolutista serviu fundamentalmente para, na passagem do modelo feudal para o moderno, assegurar a unidade territorial dos reinos, sustentando um dos elementos fundamentais da forma estatal moderna: o território. (...) O Estado Moderno – nessa sua versão inicial absolutista – calca-se, como bem assinala Max Weber, na burocracia e no exército. Isso significa dizer que o modelo de dominação carismática soçobra diante do modelo de dominação legal-racional. E o poder do exército será fundamental para a manutenção do cerne da estrutura do Estado Moderno: a soberania territorial. Ou seja, o homem do medievo passa de servo da gleba, praticamente propriedade do senhor feudal, para súdito do Rei. E a relação de poder passa de *ex parte príncipe* para *ex parte principio*.<sup>26</sup>

A ascensão da burguesia com o incremento das relações comerciais trazidas pelas grandes navegações a partir do século XVI forçou uma modificação no paradigma político até então vigente. O poder, concentrado nas mãos de poucos nobres, foi forçado a se transferir de titularidade, diluindo-se entre aqueles que também não faziam parte da nobreza, mas detinham o poder econômico. A sociedade ocidental deixava sua característica feudal e agrícola para se concentrar agora nas cidades, cada vez maiores e mais numerosas. Weber traça bem a distinção da nova cidade moderna em relação à concentração urbana medieval:

Não basta nos atermos à extensão territorial para determinar se uma povoação qualquer pode ser considerada como cidade. Do ponto de vista econômico, dentro e fora do Ocidente, a cidade é, em primeiro lugar, a sede do comércio e da indústria e necessita, sem interrupção, ser abastecida, de fora, com artigos de primeira necessidade. A forma como recebe e como paga este abastecimento, diferencia, entre si, economicamente, as distintas

<sup>25</sup> Streck e Moraes são claros em distinguir absolutismo de tirania, uma vez que “sua ilimitação (do absolutismo) diz com uma autonomia em face de qualquer limite externo, mas gerando limites internos com relação a valores e crenças da época.” (STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45).

<sup>26</sup> Ibid., p. 45-46

categorias de cidades populosas. Uma grande localidade, que não viva de seus próprios produtos agrícolas, pode pagar os artigos para a cobertura de suas necessidades através de uma produção própria de caráter industrial; ou então, mediante o comércio; ou as rendas (podendo ser estas derivadas dos salários dos funcionários ou dos interesses da terra); ou, finalmente, por meio de pensões (como, por exemplo, de funcionários e oficiais). As grandes localidades podem, assim, diferenciar-se segundo a fonte com que pagam seus artigos de primeira necessidade, característica que encontramos espalhada por todo o território e que apenas significa uma especialidade da grande aglomeração, mas não da cidade.<sup>27</sup>

O desejo de controle das relações e da dinâmica social pelos governantes fez surgir a necessidade de desenvolvimento de uma estrutura estatal segmentada e especializada nas rotinas de seu funcionamento. A burocracia, assim como a própria noção de Estado como hoje se apresenta, segundo Weber, surgiu da institucionalização do monopólio da violência pelo Estado em seus limites territoriais e da legitimidade de sua imposição perante o povo.

O Estado não se deixa definir, sociologicamente, a não ser pelo específico meio que lhe é peculiar, da forma como é, peculiar a todo outro agrupamento político, a saber, o uso da coação física. (...) Entretanto, nos dias de hoje, devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território - a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado - reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física. Sem dúvida, é próprio de nossa época o não reconhecer, com referência a qualquer outro grupo ou aos indivíduos o direito de fazer uso da violência, a não ser nos casos em que o Estado o tolere. Nesse caso, o Estado se transforma na única fonte do "direito" à violência. Por conseguinte, entenderemos por política o conjunto de esforços feitos visando a participar do poder ou; influenciar a divisão do poder, seja entre Estados, seja no interior de um único Estado.<sup>28</sup>

O incremento da estrutura estatal existente capaz de reger a vida em sociedade, bem como manter os cidadãos sob controle, foi uma consequência do pensamento racional aplicado à nova forma de prática governamental. A burocracia transmuta seu papel como resultante de uma ideologia que pregava a abstenção do Estado como ente volitivo e influente na vida social para um facilitador de concretização das aspirações da burguesia da época. Weber relata a importância do desenvolvimento da estrutura administrativa moderna.

Representando externamente a organização de dominação política, assim como aliás qualquer outra organização, o estado-maior administrativo não se inclina a obedecer ao detentor do poder motivado apenas pelas

<sup>27</sup> WEBER, Max. **História geral da economia**. São Paulo: Centauro, 2010, p. 290-291.

<sup>28</sup> WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 61.

concepções de legitimidade anteriormente discutidas. Antes de tudo, baseia-se a obediência em duas espécies de motivo que se relacionam a interesses pessoais: retribuição material e prestígio social. De um lado, a homenagem dos vassallos, a prebenda dos dignitários, os vencimentos dos atuais servidores públicos e, de outro lado, a honra do cavaleiro, os privilégios das ordens e a dignidade do servidor constituem a recompensa esperada. O medo de perder o conjunto dessas vantagens é o motivo decisivo da solidariedade que liga o estado-maior administrativo aos detentores do poder. Ocorre o mesmo nos casos de dominação carismática. Proporciona esta, aos soldados fiéis, a glória guerreira e as riquezas conquistadas e, aos seguidores do demagogo, destina os “despojos”, ou seja, a exploração dos administrados graças ao monopólio dos tributos, às pequenas vantagens da atividade política e às recompensas da vaidade.<sup>29</sup>

Assim, conforme descreve o doutrinador, o Estado prolonga suas teias em uma estrutura neutra, segmentada, racional e como fim em si mesma. Seus integrantes são tidos como ‘técnicos’, extremamente especializados em sua função na rede e apegados às benesses de sua ocupação.

As técnicas de produção de poder, segundo Foucault, encontravam-se intrinsecamente bloqueadas. A dinâmica de política administrativa se dava na base, um misto de tolerâncias estatais e grande ostentação como forma de retratar o poder do governante, o que representava um alto custo financeiro ao Estado, sem, no entanto, mostrar resposta certa e satisfatória.

Em *Vigiar e Punir* o que eu quis mostrar foi como, a partir dos séculos XVII e XVIII, houve verdadeiramente um desbloqueio tecnológico da produtividade do poder. As monarquias da Época Clássica não só desenvolveram grandes aparelhos de Estado – exército, polícia, administração local – mas instauraram o que se poderia chamar uma nova “economia” do poder, isto é, procedimentos que permitem fazer circular os efeitos de poder de forma ao mesmo tempo contínua, ininterrupta, adaptada e “individualizada” em todo o corpo social. Estas novas técnicas são ao mesmo tempo muito mais eficazes e muito menos dispendiosas (menos caras economicamente, menos aleatórias em seu resultado, menos suscetíveis de escapatórias ou de resistências) do que as técnicas até então usadas e que repousavam sobre uma mistura de tolerâncias mais ou menos forçadas (desde o privilégio reconhecido até a criminalidade endêmica) e de cara ostentação (intervenções espetaculares e descontínuas do poder cuja forma mais violenta era o castigo ‘exemplar’, pelo fato de ser excepcional).<sup>30</sup>

O desejo exacerbado da racionalização modernista espalhou-se por praticamente todos os aspectos da vida social. Neste contexto de dominação do supostamente incontrolável pela força da racionalidade humana veio a necessidade de se ter mecanismos de controle das relações sociais pelo Estado.

<sup>29</sup> Ibid., p. 63.

<sup>30</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 23. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007, p. 7-8.

Nota-se que, no Estado moderno, o poder que dispõe da totalidade dos meios políticos de gestão tende a reunir-se sob comando único. Nenhum funcionário permanece como proprietário pessoal do dinheiro que ele manipula ou dos edifícios, reservas e máquinas de guerra que ele controla. Dessa forma o Estado moderno - e isto é de importância no plano dos conceitos - conseguiu e de maneira integral, 'privar' a direção administrativa, os funcionários e trabalhadores burocráticos de quaisquer meios de gestão. A essa altura, observa-se o nascimento de um processo inédito, que se desenrola a nossos olhos e que ameaça ir expropriar do expropriador os meios políticos de que ele dispõe e o seu poder político. [...] Objetivando meu propósito, limitar-me-ei a registrar esta constatação de ordem puramente conceitual: o Estado moderno é um agrupamento de dominação que apresenta caráter institucional e que procurou - com êxito - monopolizar, nos limites de um território, a violência física legítima como instrumento de domínio e que, tendo esse objetivo, reuniu nas mãos dos dirigentes os meios materiais de gestão. Isso é o mesmo que dizer que o Estado moderno expropriou todos os funcionários que, consoante o princípio dos 'Estados' dispunham no passado, por direito próprio, de meios de gestão, substituindo-se a esses funcionários, no topo da hierarquia inclusive.<sup>31</sup>

A criação e desenvolvimento de uma nova modalidade de Estado foram considerados como uma necessidade de contraponto em relação ao modelo até então vigente, extremamente centralizado e, muitas vezes, nas mãos de quem não possuía capacidade para tal encargo. O desmembramento e a especialização das atividades estatais foram impostos à sociedade como resultante das relações de dominação de um poder estatal detentor dos modos legítimos de aplicação da violência.

Nos séculos XVII e XVIII, ocorre um fenômeno importante: o aparecimento de uma nova mecânica de poder, com procedimentos específicos, instrumentos totalmente novos e aparelhos bastante diferentes, o que é absolutamente incompatível com as relações de soberania. (...) Este novo mecanismo de poder apoia-se mais nos corpos e seus atos do que na terra e seus produtos. É um mecanismo que permite extrair dos corpos tempo e trabalho mais do que bens e riqueza. É um tipo de poder que se exerce continuamente através da vigilância e não descontinuamente por meio de sistemas de taxas e obrigações distribuídas no tempo; que supõe mais um sistema minucioso de coerções materiais do que a existência física de um soberano. Finalmente, ele se apoia no princípio, que representa uma nova economia do poder, segundo o qual se deve propiciar simultaneamente o crescimento das forças dominadas e o aumento da força e da eficácia de quem as domina.<sup>32</sup>

Este movimento de dominação e institucionalização dos meios de violência pelo Estado moderno apresentou reflexos tanto no âmbito interno - com o

<sup>31</sup> WEBER, op. cit. 2003, p. 65-66.

<sup>32</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 187-188.

surgimento do conceito de repressão – quanto no externo – com o conceito de soberania. A soma destes fatores forma a característica fundamental do Estado Moderno.

Este novo tipo de poder, que não pode mais ser transcrito nos termos da soberania, é uma das grandes invenções da sociedade burguesa. Ele foi um instrumento fundamental para a constituição do capitalismo industrial e do tipo de sociedade que lhe é correspondente, este poder não é soberano, alheio à sua soberania, é o poder disciplinar. [...] Encontramos aqui a noção de repressão. Em seu emprego usual, ela tem um duplo inconveniente: por um lado, de referir-se obscuramente a uma determinada teoria da soberania – a dos direitos soberanos do indivíduo – e, por outro, de utilizar um sistema de referências psicológicas retirado das ciências humanas, isto é, dos discursos e práticas que pertencem ao domínio disciplinar. Creio que a noção de repressão permanece sendo jurídico-disciplinar, independentemente do uso crítico que se queira fazer dela. Deste modo, o uso da noção de repressão como carro-chefe da crítica política fica viciado, prejudicado de antemão pela referência – jurídica e disciplinar – à soberania e à normalização.<sup>33</sup>

A nova fórmula elaborada acerca da estruturação do arcabouço estatal apresentou uma resposta muito satisfatória, em um primeiro momento. Mais uma vez, a sobrepujança da racionalidade moderna sobre os vícios mundanos de seus integrantes, nas mais diversas camadas sociais, se fazia presente. A sensação de ordem e controle fez surgir um discurso legitimador, insuflado por ideias e conceitos jurídicos e sociais incipientes, tais como democracia e individualismo, que veio a dar o apoio intelectual ao novo modelo de poder que se apresentava.

Mais rigorosamente, a partir do momento em que as coações disciplinares tinham que funcionar como mecanismos de dominação e, ao mesmo tempo, se camuflar enquanto exercício efetivo de poder, era preciso que a teoria da soberania estivesse presente no aparelho jurídico e fosse reativada pelos códigos. Temos, portanto, nas sociedades modernas, a partir do século XIX até hoje, por um lado uma legislação, um discurso e uma organização do direito público articulados em torno do princípio do corpo social e da delegação de poder; e por outro, um sistema minucioso de coerções disciplinares que garanta efetivamente a coesão deste mesmo corpo social. Ora, este sistema disciplinar não pode absolutamente ser transcrito no interior do direito que é, no entanto, o seu complemento necessário.<sup>34</sup>

A resposta dada pelo incremento da estrutura burocrática clássica, por muito tempo, foi positiva. Não seria possível o desenvolvimento de várias das nações enquanto unidades administrativas, sobretudo a partir do século XVI, sem a

---

<sup>33</sup> Ibid., p. 190-191.

<sup>34</sup> Ibid., p. 189.

imposição da ordem e a influência da ideologia nacional estendidas pelos mais diversos ramos sociais, sem um corpo funcional burocrático numeroso e qualificado.

Como resultado do avanço da burguesia, nota-se, a partir do século XVIII, um afastamento do pensamento moderno das questões atinentes à religião. Se, por um lado, num primeiro momento da modernidade a discussão sobre questões existenciais humanas obrigatoriamente apresentavam Deus como o centro da sua análise, neste segundo momento parece ter a ideologia vigente se libertado de quaisquer amarras metafísicas. Percebe-se um notável crescimento do interesse e desenvolvimento das questões sociais e políticas, com a pretensão cada vez maior de aplicabilidade dos novéis métodos científicos aos estudos das relações sociais. Percebe-se, também, uma dicotomia no pensamento vigente, entre os utilitaristas e os defensores do direito natural.<sup>35</sup>

O liberalismo surgia no século XVIII, ostentando como características principais a reforma da ordem estabelecida e acento na liberdade e igualdade dos indivíduos. Montesquieu, seu grande idealizador, defendia a ideia de que as liberdades deveriam ser garantidas pela e na sociedade e fixadas na lei, sobretudo as atinentes à segurança do indivíduo, liberdade religiosa e de pensamento. Pregava, também, conforme já retratado anteriormente, a existência de um governo moderado, comandante de um Estado com separação de suas principais funções em executivo, legislativo e judiciário, e no qual o poder soberano fosse limitado pelos poderes intermediários tradicionais e leis fundamentais. O papel do governo transmuta-se da figura central do soberano para adotar estruturas grandes, técnicas e ramificadas de controle.

[...] Mas, nos séculos XVII e XVIII, ocorre um fenômeno importante: o aparecimento de uma nova mecânica de poder, com procedimentos específicos, instrumentos totalmente novos e aparelhos bastante diferentes, o que é absolutamente incompatível com as relações de soberania. [...] Este novo mecanismo de poder apoia-se mais nos corpos e seus atos do que na terra e seus produtos. É um mecanismo que permite extrair dos corpos tempo e trabalho mais do que bens e riqueza. É um tipo de poder que se exerce continuamente através da vigilância e não descontinuamente por

---

<sup>35</sup> Baumer nos traz o quadro dicotômico vigente. Os defensores do direito natural a conceituam como sendo uma “lei imutável da justiça para todos os homens, que existia mesmo antes das leis ou convenções humanas, e podia ser descoberta pela razão”; e significa também “uma generalização empírica a partir de fatos da história e natureza humanas”. Grande parte dos pensadores do período invoca as ideias do direito natural. Por sua vez, o utilitarismo rivaliza com o pensamento do direito natural. Defende, de modo geral, a ideia que “é necessário calcular a maior felicidade para o maior número”. (BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno. Volume 1: séculos XVII e XVIII**. Edições 70: Rio de Janeiro, 1977a, p. 245-264).

meio de sistemas de taxas e obrigações distribuídas no tempo; que supõe mais um sistema minucioso de coerções materiais do que a existência física de um soberano. Finalmente, ele se apoia no princípio, que representa uma nova economia do poder, segundo o qual se deve propiciar simultaneamente o crescimento das forças dominadas e o aumento da força e da eficácia de quem as domina.<sup>36</sup>

Neste cenário extremamente burocratizado, surge como uma das características primordiais do *modus operandi* estatal liberal a extrema limitação do exercício da jurisdição. Em um sistema baseado na racionalidade kantiana<sup>37</sup>, a tripartição das funções estatais acabou gerando um poder judiciário amarrado pela lei.<sup>38</sup> A atividade jurisdicional passa a ser baseada na análise empírica dos fatos. A lei, conceito fechado e absoluto, resultante da tentativa racional da descrição das condutas sociais, não está sujeita a interpretações, ainda mais por parte daquele que só deve aplicá-la. Direito positivo é criado pelo homem aplicando a razão, pelo raciocínio teórico, não de maneira arbitrária.<sup>39</sup>

As bases teóricas – não apenas da dinâmica econômica, mas da economia política como ciência – foram, nesta época, implantadas por Adam Smith. O filósofo inglês foi o pioneiro na sistematização do estudo das diversas variantes que influem na estrutura econômico-social das nações ocidentais modernas, sobretudo com a quebra dos paradigmas de modos de produção artesanal trazidos pela Revolução Industrial e com a divisão do trabalho, seu grande objeto de estudo e pesquisa. Um exemplo clássico desta transformação, trazido pelo doutrinador britânico, é o de uma

<sup>36</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 187-188.

<sup>37</sup> BOBBIO retrata bem o pensamento kantiano sobre a formação do Estado ao afirmar que “para Kant, o fim do Estado não é a felicidade, mas a liberdade garantida pelo direito. As passagens sobre esta matéria abundam: um dos traços característicos do pensamento político kantiano é a polêmica contra o Estado eudemonístico, ou paternalista, que é necessariamente despótico, em nome daquela forma de Estado que será denominada em seguida ‘Estado de direito’, no sentido que tem por fim exclusivo a ordem jurídica, ou melhor, a coexistência das liberdades externas mediante o exercício da coação.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000).

<sup>38</sup> “O que se pode divisar deste esboço é que o liberalismo significou uma limitação da autoridade, bem como uma divisão da autoridade, sendo que o governo popular se formula a partir do sufrágio e da representação restritos a cidadãos prósperos, embora esta situação tenha se transformado já em fins do séc. XIX, quando a representação e o sufrágio se universalizam (primeiro com o voto masculino independente de renda). Com isto há a consolidação das conquistas liberais, tais como: liberdades, direitos humanos, ordem legal, governo representativo, legitimação da mobilidade social, etc”. (STRECK; MORAIS, op. cit., p. 56).

<sup>39</sup> Sartori retrata bem o espírito iluminista em relação à regência social pelo direito positivo, retratando que “Rousseau dizia que o povo é o juiz e o guardião da Lei, não o formulador e manipulador de leis. Não tinha em mente, de forma alguma, a idéia de uma vontade popular legisladora. Propunha, ao contrário, liberar o homem através de um governo impessoal de Leis colocadas acima da vontade da qual podem emanar, isto é, relacionadas a uma vontade que as reconhece, ao invés de criá-las, que as defende, ao invés de modificá-las.” (SARTORI, Giovanni. **A Teoria da democracia revisitada – Volume 2: as questões clássicas**. São Paulo: Ática, 1994, p. 76).

fábrica de alfinetes:

Eu conheci uma pequena fábrica desse tipo em que somente dez homens estavam empregados, sendo que alguns deles conseqüentemente realizavam duas ou três operações diferentes. No entanto, apesar de serem muito pobres e, portanto, totalmente acostumados com o maquinado necessário para o trabalho, eles conseguiam, quando se esforçavam muito, fabricar cerca de cinco quilos de alfinetes em um dia. Em um quilo há mais de 4 mil alfinetes de tamanho médio. Aquelas dez pessoas, portanto, conseguiam fabricar até 48 mil alfinetes por dia. Cada uma delas, portanto, fabricando um décimo de 48 mil alfinetes, podia ser considerada responsável pela fabricação de 4.800 alfinetes em um dia. No entanto, se todos eles tivessem trabalhado separados e independentes, e sem que qualquer um deles tivesse sido treinado para esse trabalho específico, certamente não haveria como cada um deles produzir 20 alfinetes, talvez nem um só alfinete por dia; isto é, provavelmente, não os 240, talvez não os 4.800 do total que hoje são capazes de fabricar, em consequência de uma divisão adequada e de uma combinação de suas diferentes operações. Em quase todas as artes e produções, os efeitos da divisão do trabalho são semelhantes aos mostrados nesse pequeno exemplo, embora, em muitos deles, o trabalho não possa ser muito subdividido nem reduzido a uma simplicidade tão grande de operação. A divisão de trabalho, porém, até onde pode ser introduzida, causa, em cada uma das artes, um aumento proporcional da capacidade produtiva do trabalho.<sup>40</sup>

O autor inglês traça um estudo profundo das bases do capitalismo europeu em sua obra, incorporando de forma sistemática os ensinamentos elaborados pelos filósofos da modernidade, sobretudo Hobbes, na dinâmica econômica. A divisão do trabalho geraria uma especialização das tarefas, que, conseqüentemente, traria mais produtividade. O egoísmo transindividual que, segundo Hobbes, levaria a sociedade ao descontrole e bestialismo, se não dominado por uma força superior – no caso, o Estado –, seria ordenado, sim, por uma força maior, no caso, o mercado, produzindo assim um estado de bem-estar para toda a sociedade.<sup>41</sup>

Outra característica importante dos movimentos liberais foi a determinação de um rol de direitos e garantias individuais. Partindo das teorias contratualistas, os indivíduos entregavam ao Estado somente parte do poder, suficiente para manter a ‘boa ordem’, mas mantinham como direito inalienável o direito de querer. Qualquer lista de direitos individuais nesta época incluía o direito de propriedade e de liberdade, compreendidas aí a liberdade civil e a liberdade econômica, primados estes que ingressaram na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Nasce a necessidade, pelas forças burguesas ascendentes, de arrolamento das conquistas

<sup>40</sup> SMITH, Adam. **A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. São Paulo: Madras, 2009, p. 14-17

<sup>41</sup> OLIVEIRA, Roberson de, e GENNARI, Adilson Marques. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 61

sociais em uma grande carta, uma Constituição, instrumento onde se encontraria materializado o utópico contrato social.<sup>42</sup> Surgem aí os direitos fundamentais de primeira geração, de cunho negativista, visando à garantia das atividades e valores burgueses e a não intervenção do poder público na vida privada dos cidadãos.

Em se tratando de sociedade moderna, a questão do direito ultrapassou a questão da lei, já que para se pensar em lei faz-se necessário incluir o fato, o valor e a norma, que, por outro lado, como já afirmamos, passam a ser compreendidos como sendo a lei no pensamento iluminista. Os indivíduos soberanos, com suas vontades, necessidades e interesses, tornaram-se a figura central da lei, não há lei sem a impessoalidade, assim como não há indivíduo, pois a lei representa ao mesmo tempo um valor, um fato e uma norma. A própria concepção de indivíduo implica uma ampla liberdade de escolha.<sup>43</sup>

A liberdade é interpretada como um direito natural que não pode ser anulado quando o homem constitui a sociedade, mas, sim, que deve haver uma harmonia natural entre o interesse individual e o interesse geral; entre oferta e procura econômica, seguindo a ordem natural. Também se apresenta o desenvolvimento da ideia de igualdade, como corolário lógico do individualismo. Muito embora se tenha como momento histórico determinante do movimento liberal, enquanto forma de poder, a Revolução Francesa, foi nos Estados Unidos da América que tal prática se desenvolveu de forma consistente e duradoura.<sup>44</sup>

### 1.3 O ESTADO INTERVENCIONISTA: EM BUSCA DO BEM ESTAR SOCIAL

<sup>42</sup> “O liberalismo se apresentou como uma teoria antiestado. O aspecto central de seus interesses era o indivíduo e suas iniciativas. A atividade estatal, quando se dá, recobre um espectro reduzido e previamente reconhecido. Suas tarefas circunscrevem-se à manutenção da ordem e segurança, zelando que as disputas porventura surgidas sejam resolvidas pelo juízo imparcial sem recurso a força privada, além de proteger as liberdades civis e a liberdade pessoal e assegurar a liberdade econômica dos indivíduos exercitada no âmbito do mercado capitalista. O papel do Estado é negativo, no sentido da proteção dos indivíduos. Toda a intervenção do Estado que extrapole estas tarefas é má, pois enfraquece a independência e a iniciativa individuais. Há uma dependência entre o crescimento do Estado e o espaço da(s) liberdade(s) individual(is).” (STRECK; MORAIS, op. cit., p. 61).

<sup>43</sup> GAUER. Ruth Maria Chittó. **A fundação da norma: para além da racionalidade histórica.** Porto Alegre: Edipucrs, 2011, p. 47.

<sup>44</sup> Dumont retrata este cenário, nos reportando que os conceitos de igualdade foram se relativizando na França com o passar dos primeiros anos após a Declaração. Condorcet previu tal cenário, com o crescimento do conceito igualitarista entre os diferentes povos – dominadores e colonizados – mas com a relativização do conceito de igualdade dentro da estrutura do próprio povo. A sociedade americana, ao contrário, apresentava como base primordial a fé cristã, onde um de seus postulados principais seria a igualdade, levada às últimas consequências apenas no aspecto interno de sua sociedade, desimportando os povos alienígenas, cenário que perdura até hoje (DUMONT, op. cit., p. 109-110).

Concomitantemente ao desenvolvimento do modo liberal econômico na Europa Ocidental, com a transformação da sociedade pequeno-burguesa em industrial e o surgimento do sistema neoliberal do pensamento político-econômico, retratado a partir da segunda metade do século XVIII, começam a surgir movimentos questionadores das ideias então em voga. Permanecem as bases liberais originais, porém a racionalidade agora começa a ser direcionada para outro viés, buscando o alcance do bem-estar social, defendendo a modificação do paradigma estatal, passando de um Estado não intervencionista para um Estado atuante, prestacional.

Tal modo de pensar foi resultante, sobretudo, do desencanto com as ideias iniciais do liberalismo, que acabaram gerando um descontrolado inchaço urbano e consequente esgotamento das estruturas físicas dos centros europeus da época. As ideias-base pregadas pela burguesia quando dos primórdios do iluminismo acabaram por não gerar o efeito esperado de felicidade geral.

Seguem-se vários movimentos contrários ao iluminismo original. Houve, por exemplo, o chamado movimento romântico, o primeiro grande protesto contra o mundo moderno.

Tal movimento começou como um movimento artístico e literário. Aos poucos foi tornando-se um movimento filosófico, com o desenvolvimento de discussões de ideias sobre política e história. Conforme John Stuart Mill (que não era um romântico a princípio, mas, sim, um observador atento e simpatizante) afirmou num ensaio sobre Armand Carrel, o romantismo representava uma reação contra a estreiteza do século XVIII.<sup>45</sup> Mill defendia ser o romantismo uma revolta contra a limitação de muitas coisas, nomeadamente da filosofia, das ciências e do pensamento histórico e político, assim como da poesia e do teatro.<sup>46</sup>

Os românticos consideravam o iluminismo europeu demasiado insuficiente, por causa da sua devoção, segundo julgavam, ao pensamento geométrico e à aliada

---

<sup>45</sup> John Stuart Mill teve atuação destacada, não apenas na filosofia, mas também na economia. Dizia-se discípulo da escola utilitarista de Bentham e da Teoria do Valor-Trabalho de Ricardo, foi um dos fundadores da escola econômica neoclássica marshalliana, que se contrapunha à doutrina rígida e conservadora do liberalismo *laissez-faire* da escola de Chicago, capitaneada por Bastiat. Seu pensamento sempre defendeu reformas liberais e intervenção do Estado na economia. Pregava que a geração de riqueza não era uma coisa arbitrária e a propriedade privada não era uma obra divina, mas, sim, eram convenções humanas comuns a todas as sociedades, ao contrário dos discípulos de Adam Smith. Acreditava ainda ser a propriedade privada injusta e elemento de retardo do desenvolvimento social (HUNT, Emery Kay; **História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 177-178).

<sup>46</sup> BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno. Volume 2: séculos XIX e XX**. Edições 70: Rio de Janeiro, 1977b, p. 25.

doutrina do neoclassicismo. O espírito geométrico tentava sujeitar toda vida à razão, e, assim, mecanizá-la e humilhá-la. O neoclassicismo, desejando, do mesmo modo, procurar modelos ideais da natureza, impunha regras universais e rígidas à arte e aos artistas. Os românticos tinham um forte sentimento do irracional, e mesmo da sua primazia, na vida humana. A antropologia não impedia os românticos de quererem juntar de novo o mundo, se pudessem, de juntar o sujeito com o objeto, o ideal com o real, o espírito com a matéria, após um século, como eles acreditavam, de separação. Sentiam que os indivíduos apenas particularizavam um Todo maior, Espírito ou Universo. Sentiam, também, que a arte estava mais em harmonia com a liberdade do que com a ordem. Os românticos estavam perfeitamente conscientes de viverem num mundo de criatividade e devir.<sup>47</sup>

Do movimento romântico surgiram ideias surpreendentemente novas e influentes, respeitantes à organização das sociedades. Salientou-se o organismo social, que refletia o medo do caos numa época de revoluções, a preocupação sentida por muitos, não só pela aristocracia, devido ao desmoronar das instituições e à dissolução dos laços antigos. Esse pensamento representou uma mudança repentina não só contra os excessos, mas também contra todo o modo de pensar do Iluminismo acerca dos problemas sociais.<sup>48</sup>

Outro duro golpe recebido pelo antropocentrismo defendido pelos iluministas foram os estudos evolucionistas de Charles Darwin, sobretudo na ideia de que o ser humano, tido pelos primeiros modernos como uma maravilha da natureza, apresentava a mesma origem dos demais primatas, pondo por terra a noção da superioridade humana, ao mesmo tempo em que encorajava os homens da época a verem os processos científicos e sociais como um processo de desenvolvimento, numa ordem de evolução.<sup>49</sup> A ascensão do darwinismo fez com se passasse a ter uma visão evolucionária da sociedade, parecendo dar apoio científico ao organismo social e ao progresso social. A sociedade não poderia mais ser pensada como um estado imutável, a ideia social de estática tornou-se dinâmica.<sup>50</sup> O darwinismo incentivou a ideia de que a guerra era a lei do universo social. A luta era um meio para a harmonia, necessária para a evolução social. O homem ético tem que se opor ao homem da natureza, para com isso a raça humana atingir um estado civilizado.

---

<sup>47</sup> Ibid., p. 57

<sup>48</sup> Ibid., p. 45

<sup>49</sup> Ibid., p. 69

<sup>50</sup> Ibid., p. 71

Assim, as nações, tal como os outros tipos de vida, eram organismos sujeitos às leis da evolução, empenhados numa luta contínua pela sobrevivência e progresso.<sup>51</sup>

A reação política às ideias revolucionárias de felicidade geral e racionalismo exacerbado marcou o início da sociologia como ramo de pensamento. Comte, cujo pensamento se baseava nas ideias trazidas por Condorcet, foi um dos seus primeiros expoentes. O pensamento socialista francês surgiu na reação aos conflitos apresentados nos períodos seguintes à Revolução e ao Império, no início do século XIX. Os ideais revolucionários careciam de maior concretude e investigação teórica para sua justificação, o que colaborou, e muito, para o desenvolvimento de uma ciência social.<sup>52</sup>

Os pensadores franceses da primeira metade do século XIX basearam seus estudos no homem como ser social e na sociedade como resultante da conjunção de vários fatores – o idioma, a religião, etc. O surgimento de uma ideologia socialista na França se deveu muito mais ao desenvolvimento da sociologia do que à Revolução Industrial, como expõe o autor. Para Dumond, *“a sociologia apresenta, no plano de uma disciplina especializada, a consciência do todo social que se encontrava no plano da consciência comum nas sociedades não individualistas”*.<sup>53</sup> Tal pensamento seria fundamental para o desenvolvimento das ciências sociais no século seguinte.

Outro expoente da sociologia a ser registrado foi Émile Durkheim. Com suas ideias céticas acerca da influência estatal na gestão da sociedade, traçou estudos profundos sobre a tensão existente entre governantes e governados. Segundo o autor, na essência de todo grupo político está a oposição entre os que detêm o poder e os a ele subjugados.<sup>54</sup> É esta resultante da ação e reação entre governo e povo que cria a identidade de uma nação.

Em toda sociedade, há ou houve mil dogmas, se a sociedade política é ao mesmo tempo uma Igreja, ou tradições históricas, morais, que constituem representações comuns a todos os seus membros e que não obra especial

<sup>51</sup> Ibid., p. 44-50

<sup>52</sup> DUMONT, op. cit., p. 112-114

<sup>53</sup> “O Socialismo, forma nova e original, redescobre a preocupação do todo social e conserva um legado da Revolução; ele combina aspectos individualistas e aspectos holistas. Não se pode falar de um retorno ao holismo porque a hierarquia é negada, e está claro que também o individualismo foi fragmentado, sendo conservado sob certos aspectos, mas rejeitado em outros.” (Ibid., p.120).

<sup>54</sup> “Um elemento essencial que entra na noção de todo grupo político é a oposição entre governantes e governados, entre a autoridade e os que lhe são submetidos.” (DURKHEIM, Emile. **Lições de sociologia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 60).

de nenhum órgão determinado. Igualmente, há em cada momento correntes sociais que arrastam a coletividade num determinado sentido e que não emanam do Estado. Com muita frequência, o Estado sofre sua pressão mais do que as impulsiona. Há também toda uma vida psíquica difusa na sociedade. Mas há uma outra que tem como sede especial o órgão governamental. E lá que ela se elabora, e, se depois ela ressoa no resto da sociedade, é apenas secundariamente e como repercussão.<sup>55</sup>

São inegáveis os avanços sociais, políticos e tecnológicos do projeto liberal. No entanto, de mesmo modo inegáveis, as consequências até certo ponto nefastas de tal movimento, como o ultraindividualismo – baseado em um modo de vida egoísta, uma concepção individualista e formal da liberdade, onde há o direito, e não o poder, de ser livre – e a formação de uma grande massa proletária, resultante da Revolução Industrial, sem acesso às benesses do capitalismo, que inchavam as grandes cidades, gerando problemas de urbanização, segurança, saúde, etc.<sup>56</sup>

As ideias liberais trazidas e defendidas por Adam Smith começam, aos poucos, a ser questionadas. David Ricardo elabora sua teoria do valor-trabalho, que explana que o valor de troca de uma mercadoria é diretamente proporcional à sua escassez e quantidade de trabalho nela depositado.<sup>57</sup> Sua obra baseia-se em um estudo detalhado da obra de Smith, e ele formula sua crítica justamente no fato de que seu antecessor simplesmente desconsiderou o papel do maquinário industrial – que substitui o trabalho humano – no cálculo do valor final dos produtos, gerando preços artificiais muito acima do realmente agregado, gerando riqueza demasiada aos capitalistas. Segundo o autor, o trabalho muda de valor segundo o ramo de atividade em análise, e não apresenta uma grandeza estática.<sup>58</sup> Assim, ao contrário do preconizado pelos clássicos, o incremento dos salários da massa operária não geraria aumento proporcional no preço das mercadorias.

A repercussão das críticas de Ricardo contribuiu para a elaboração de um quadro crítico do liberalismo tradicional. Afloram nesta época as ideias socialistas,

<sup>55</sup> Ibid., p. 68-10

<sup>56</sup> STRECK; MORAIS, op. cit., p. 69-70

<sup>57</sup> OLIVEIRA; GENNARI, op. cit., p. 80

<sup>58</sup> “A investigação de Ricardo, porém, buscava o determinante do valor da troca. No seu entender, ‘o valor da troca das mercadorias produzidas seria proporcional ao trabalho dedicado a sua produção – não somente imediata, mas também à fabricação de todos aqueles implementos ou máquinas necessários à utilização do trabalho ao qual foram aplicados’. É importante frisar que, para Ricardo, a quantidade de trabalho tem influência direta da determinação do valor de troca das mercadorias, mas uma alteração nos salários não afeta seu valor de troca, mas tem influência direta e é inversamente proporcional no que tange aos lucros.” (Ibid., p. 81).

trazidas, sobretudo, por Marx e Engels.<sup>59</sup> Suas ideias trouxeram uma retórica apurada às definições liberais vigentes e às consequências geradas pela industrialização crescente e a acumulação de capital pelos proprietários dos meios de produção.

As ideias marxistas vêm na mesma direção do ditado por Ricardo, porém trazem uma base filosófica diversa. Marx, ao contrário de seus antecessores, não via a ordem social como algo imutável, levando a livre competição a manter os níveis salariais dos trabalhadores em um nível de subsistência, mas, sim, como um organismo mutável.<sup>60</sup> Marx adota o ponto de vista do proletariado, defendendo a ideia de que o trabalhador produz mais que o valor da mercadoria, e o excedente é apossado pelo capitalista, explorando o seu empregado. Para este cenário ser alterado, necessária se faz a tomada dos meios de capital pelos seus verdadeiros donos, através da luta de classes.

Uma característica do pensamento de Marx é sua base compartilhada das ideias anteriormente defendidas por Hegel, principalmente no que tange à separação entre sociedade civil e estado político.<sup>61</sup> Marx não analisava as relações entre capital-trabalho partindo de uma ótica individual, mas sistêmica. Seu pensamento trazia uma forte base histórica – seu principal diferencial, segundo ele próprio, ante seus críticos –, com a qual comparava a fase então vivida como similar a regimes feudais e escravocratas. Todos os meios de produção da História teriam pontos em comum.

Essa incapacidade de estabelecer diferença entre as características da produção que eram comuns a todos os modos de produção e as que eram

<sup>59</sup> “Para Marx, o Estado é o reino não da razão, mas da força. Não é o reino do bem comum, mas do interesse de uma parte. Não tem por fim o bem viver de todos, mas o bem viver daqueles que detêm o poder. Não é a saída do estado de natureza, mas a sua continuação sob outra forma. Aliás, a saída do estado de natureza coincidirá com o fim do Estado. Daí a tendência a considerar todo Estado uma ditadura e a considerar relevante apenas o problema de quem governa (a burguesia ou o proletariado) e não como governa” (BOBBIO, op. cit., p. 113-114).

<sup>60</sup> RUSSELL, op. cit., p. 389.

<sup>61</sup> O pensamento do filósofo alemão Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) influenciou diretamente toda a base do pensamento marxista. Hegel foi o primeiro pensador europeu a se contrapor aos primados defendidos pelos contratualistas liberais do século XVIII, separando em conceitos distintos e antagônicos entre si a sociedade civil, o Estado e a burguesia. Para Hegel, a vida em sociedade, ao contrário do defendido por pensadores contratualistas, não é uma opção, mas uma necessidade do indivíduo, sendo o Estado, portanto, não resultado da renúncia da liberdade individual em nome de um coletivo, mas uma força coatora dominadora da sociedade. Defensor das ideias aristotélicas de que o todo deve preceder a parte e que o viver coletivo e universal constitui o dever mais alto do indivíduo, indiscutivelmente teve ascendência direta aos princípios basilares do socialismo e comunismo (WEFFORT, Francisco Carlos (org). **Os clássicos da política volume 2**. São Paulo: Ática, 2010, p. 103-112).

específicas ao capitalismo levava a inúmeras confusões e distorções. Duas dessas distorções eram particularmente importantes na opinião de Marx: a primeira era a crença de que o capital era um elemento universal em todos os processos de produção, e a segunda era que toda atividade econômica podia ser reduzida a uma série de trocas. Quase todos os economistas anteriores a Ricardo incorreram na primeira confusão (...). Quase todos os economistas que escreveram depois de Ricardo (principalmente Sênior e Bastiat) incorreram na segunda confusão apontada por Marx.<sup>62</sup>

Outro aspecto do pensamento marxista é a crítica direta ao processo crescente de alienação e miséria do proletariado. A influência do capital sobre a massa trabalhadora gerava consequências nefastas na vida dos cidadãos. O ser humano, segundo Marx, se diferenciava dos demais animais pela sua possibilidade de criar e trabalhar com instrumentos que transformavam o meio externo. Essa característica ia sendo reprimida e minimizada pelo regime capitalista. A ligação do homem à terra e a seus superiores naturais, tão presente no feudalismo, foi sendo substituída pelo valor de troca do trabalho pela moeda, o que gerou um processo de alienação da massa trabalhadora.

O processo de acumulação primitiva criou uma classe de trabalhadores que nada mais tinham a vender além de sua força de trabalho. O que os trabalhadores produziam – capital – passava a controlá-los. A continuação do processo de acumulação estendeu o domínio do capital sobre um número cada vez maior de operários e intensificou o controle do capital sobre todos os assalariados. Na opinião de Marx, todo o processo tinha efeitos extraordinariamente perniciosos sobre os operários. Impedia-os sistematicamente de desenvolver suas potencialidades. Não podiam tornar-se seres humanos emocional, intelectual ou esteticamente desenvolvidos.<sup>63</sup>

Marx detecta na ascensão do sistema capitalista um processo de degradação e desumanização da classe trabalhadora, gerando inibição do desenvolvimento pessoal e transformando as pessoas em mercadoria, numa espiral de miséria crescente do proletariado. Segundo o autor, tal processo seria irreversível enquanto perdurasse o sistema vigente, não minorando nem mesmo com o aumento dos salários dos trabalhadores. A saída seria a construção de um novo sistema socialista pelos operários, “onde a cooperação, o planejamento e o desenvolvimento humano substituiriam a concorrência, a anarquia de mercado e a degradação humana, a exploração e a alienação”.<sup>64</sup>

Neste cenário efervescente da metade do século XIX é que irrompe uma série

---

<sup>62</sup> HUNT, op. cit., p. 229.

<sup>63</sup> Ibid., p. 230.

<sup>64</sup> Ibid., p. 232.

de revoltas de cunho popular, baseadas no questionamento dos dogmas liberais e da promessa de triunfo do progresso para o bem de todos e alimentadas pela opressão da classe proletária, que queria fazer a sua versão da Revolução Francesa de 1789 no seu pedaço do mapa. Incendiadas sobretudo pelos ditames do Manifesto Comunista, de Marx e Engels, eclodiram, coincidentemente em 1848, uma série de revoltas populares de cunho socialista, não apenas na Europa, mas também em grande parte do ocidente conhecido, em um período denominado por Tocqueville como 'a primavera dos povos'.

Tem havido um bom número de grandes revoluções na história do mundo moderno, e certamente muitas delas foram bem-sucedidas. Mas nunca houve uma que se tivesse espalhado tão rápida e amplamente, alastrando-se como fogo na palha por sobre fronteiras, países e mesmo oceanos. Na França, o centro natural e detonador das revoluções europeias, a república foi proclamada em 24 de fevereiro. Em 2 de março, a revolução havia ganhado o sudoeste alemão; em 6 de março, a Bavária; em 11 de março, Berlim; em 13 de março, Viena e, quase imediatamente, a Hungria; em 18 de março, Milão e, portanto, a Itália (onde uma revolta independente havia tomado a Sicília). Nessa época, o mais rápido serviço de informação acessível a qualquer pessoa (os serviços do Banco Rothschild) não podia trazer notícias de Paris a Viena em menos de cinco dias. Em poucas semanas, nenhum governo ficou de pé em uma área da Europa que hoje é ocupada completa ou parcialmente por dez Estados, sem contar as repercussões menores em um bom número de outros. Além disso, 1848 foi a primeira revolução potencialmente global, cuja influência direta pode ser detectada na insurreição de 1848 em Pernambuco (Brasil) e, poucos anos depois, na remota Colômbia. Em certo sentido, foi o paradigma de um tipo de 'revolução mundial' com o qual, dali em diante, os rebeldes poderiam sonhar e, que, em raros momentos, como no pós-guerra das duas Guerras Mundiais, eles pensaram poder reconhecer.<sup>65</sup>

A onda revolucionária, do mesmo modo com que surpreendentemente surgiu, dissipou-se em pouco tempo. O fracasso de seu intento se deve por uma razão comum, qual seja todas foram revoluções sociais dos e para os trabalhadores pobres. Todos os regimes daí derivados caíram em menos de um ano após efetivados, exceto na França. Em utilidade política não foram de muita valia. No entanto, na prática, conseguiram atemorizar a burguesia industrial, levando a uma reforma efetiva do paradigma do modo de produção capitalista da época, bem como abriu caminho para posteriores revoluções que encontraram o sucesso, como, por exemplo, a Revolução Russa de 1917.<sup>66</sup>

Nota-se então, a partir do século XIX, uma transformação do perfil do Estado

<sup>65</sup> HOBBSAWM, Eric John. **A era do capital: 1848-1875**. São Paulo: Paz e Terra, 2011<sup>a</sup>, p. 32-33.

<sup>66</sup> Ibid., p. 40.

surgido quando do liberalismo clássico, onde sua intervenção mínima era imposta pelo sistema de liberdades negativas ditadas pela burguesia, para um Estado atuante, assumindo tarefas positivas e serviços de cunho social e coletivo, decorrentes do conceito de cidadania, e regulador das relações socioeconômicas. O neoliberalismo trouxe a liberdade de imprensa, discurso e associação, o fim da escravatura, a liberdade religiosa, o incremento e universalização da educação, dentre outros motivos, preservando, no entanto, as conquistas do liberalismo original.<sup>67</sup>

Tais conseqüências resultaram em uma reação social de desejo de intervenção estatal na sociedade e na economia, algo completamente diverso do pregado pelas instituições burguesas do início da modernidade. Surgem, a partir do final do século XIX, os estados sociais, intervencionistas, que visam, de um lado, a proteção da sociedade contra as conseqüências indesejáveis do modelo liberal, bem como, de outro, a possibilidade da continuação das atividades capitalistas, evitando que este não entre em colapso, engolido por si mesmo. O poder público passa, então, “a se expressar em ações interventivas sobre e no domínio econômico, bem como em práticas até então tidas como próprias da iniciativa privada”.<sup>68</sup> Passa de um estágio de garantidor das atividades burguesas para um de promotor da justiça social.<sup>69</sup> Nesta época surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão (econômicos, sociais e culturais), de cunho positivo, ao contrário dos de primeira geração.<sup>70</sup>

Ante esta transformação do pensamento liberal tradicional surge o *Welfare State*, como ficou conhecido o *modus* governamental instituído sobretudo após a Primeira Guerra Mundial. Tal direção governamental detinha cunho eminentemente assistencial, visando à proteção social com medidas pontuais que atacavam pontos até então tidos como dogmas do capitalismo.

Nesta época teve destaque o pensamento econômico de John Maynard Keynes. Entre as bases de Smith e Marx, o economista inglês, secretário-geral do

<sup>67</sup> STRECK; MORAIS, op. cit., p. 63-64

<sup>68</sup> Ibid., p. 70

<sup>69</sup> Segundo POZZEBON, há uma “mudança de perspectiva” na forma de se observar o papel do Estado como expectador/regulador das atividades sociais, “pois não se trata mais de liberdade contra o Estado, mas conquistável através dele” (POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal**. 2005. 569 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 141).

<sup>70</sup> O Estado, segundo POZZEBON, passa a ter sua função alargada, acrescentando às suas funções “a missão de resolver os múltiplos problemas existentes em uma complexa sociedade de massas, caracterizada pela rápida e constante mutação” (Ibid., p. 145-146).

tesouro britânico e presidente eleito do Fundo Monetário Internacional (FMI), teve como característica primordial de sua obra o repúdio aos fundamentos do *laissez-faire*, principalmente no tocante à independência completa do mercado da influência estatal.<sup>71</sup>

O liberalismo clássico teve sua derrocada com a quebra da Bolsa de Valores de Nova York em 1929, resultante da inércia governamental na regulação do mercado de capitais à época. Sua obra clássica, Teoria Geral do Emprego, questionava a ideia de que o desemprego, via de regra, era voluntário, provocado pelos próprios trabalhadores ao não aceitarem a remuneração oferecida. Isso demonstrou que o ponto de equilíbrio entre a oferta de empregos e a demanda poderia se dar em um nível abaixo do pleno emprego, sempre existindo um nível maior ou menor de desemprego involuntário.<sup>72</sup> Por medidas de cunho governamental, poderia se equilibrar essa equação, algo que comprovadamente o mercado autorregulador não estava apto a fazer.<sup>73</sup>

No período entre guerras, a fim de aplacar a crise que assolava os Estados Unidos da América na época, surgem várias políticas governamentais baseadas nas ideias keynesianas. O *new deal*, por exemplo, política governamental norte-americana, instituída pelo presidente Franklin D. Roosevelt, consistia em um largo programa de instituição e apoio a obras públicas de grande magnitude, controle sobre recursos naturais e agrícolas e regulamentação das relações de trabalho, com o controle de horas trabalhadas, política de salários mínimos, negociação coletiva e seguro social contra as consequências da crise que assolou a economia mundial no final da década de 1920.<sup>74</sup>

Outro fator notável nesta época foi a assunção, por parte do Estado, de funções até então tidas como eminentemente privadas. Surgiram a criação e desenvolvimento de entidades estatais exploradoras da atividade econômica, a fim de cumprir, primeiramente, um papel de equilíbrio e regulamentação das forças do

---

<sup>71</sup> OLIVEIRA; GENNARI, op. cit., p. 243.

<sup>72</sup> Ibid., p. 244.

<sup>73</sup> Segundo Hunt, "Ele (Keynes) quis abandonar a premissa da automaticidade do mercado para salvar o capitalismo da autodestruição. Quis, porém, manter a fé na teoria da distribuição baseada na produtividade marginal e a fé na eficiência alocativa do mercado. Quis que o governo interviesse o mínimo possível na busca de lucros dos capitalistas e, mesmo assim, só para impedir o desastre. Contudo, realmente fez referência, corno aparte, ao fato de que preferia um grau menos extremo de desigualdade da distribuição da riqueza e da renda (também nesse casos, com um suspiro, podemos repetir aquele lema universal do utilitarismo: apertar parafusos é tão bom quanto fazer poesia)" (HUNT, op. cit., p. 404).

<sup>74</sup> STRECK; MORAIS, op. cit., p. 63-64.

mercado para, posteriormente, competir, em certos casos, com paridade de armas com o empresariado em geral. O crescimento do aparato estatal com a criação de entidades paraestatais atuantes em atividades econômico-sociais de importância estratégica foi um fator característico marcante durante este período. Com o advento das guerras mundiais, também se vê um incremento no índice de industrialização bélica e, sobretudo, nacionalização de empresas estrangeiras.

Neste período, portanto, foram marcantes a intervenção e regulamentação, pelos entes estatais, não apenas das relações econômicas e de mercado, mas de toda a dinâmica social. O paradigma liberal tradicional que defendia a existência de mercado e Estado como dois entes separados já não é suficiente. O papel do Estado em intervir na economia vem justamente para garantir a liberdade de mercado, de contratação e a propriedade privada dos meios de produção. A propriedade absoluta destes meios deveria ser mitigada para que estes cumpram seu papel funcional no complexo social.

Notam-se reflexos desta alteração do alcance estatal em vários setores do poder. Além das políticas executivas e legislativas de cunho prestacional e coletivo, destaca-se também a alteração paradigmática da atividade jurisdicional. O Juiz, tido durante o período liberal como aquele que apenas deveria dizer a lei que melhor se adapta ao caso concreto, passa a ser um personagem ativo, exercendo uma função intervencionista na busca de justiça social de forma criativa – criatividade, esta, pautada pela previsibilidade, pelo controle e pela segurança jurídica, não se limitando a apenas ser mais somente a boca da lei, mas sobretudo um intérprete-aplicador da lei, o último positivador, resolvendo litígios baseando-se principalmente em princípios, de acordo com o caso concreto.

Tais modificações no entendimento acerca do papel do Estado deram início a um processo de readaptação da estrutura estatal interna, desembocando na formação das modalidades de arcabouço burocrático-governamental atualmente existentes, como é retratado a seguir.

#### 1.4 O ESTADO DE DIREITO E SUAS VARIANTES

O conceito de Estado de Direito surge a partir da segunda metade do século XIX, na Alemanha, quando se buscou, no direito positivo, as diretrizes e bases comuns para a regulamentação da sociedade, do mercado e do Estado, forçando

limites à intervenção deste na vida dos indivíduos e garantindo a estes salvaguardas contra a atuação abusiva estatal. Pressupõe esta conceituação uma ordem legal escrita e estrita, estruturada e hierarquizada, vinculativa da atividade pública. Há uma clara ideia de supremacia da lei sobre a autoridade pública, em um movimento de autolimitação, pois a coerção possível é a do próprio Estado.

A ideia de Estado de Direito carrega em si a prescrição da supremacia da lei sobre a autoridade pública. Na sua origem germânica, está embasada na autolimitação do Estado pelo Direito, pois é o Estado a única fonte deste, atribuindo-lhe força coercitiva, e é o Direito criação daquele. A doutrina francesa, já no século XX, irá - Duguit, Hauriou, Carré de Malberg etc. - questionar tal formulação, agregando-lhe novas perspectivas. Contudo, o Estado de Direito diferenciar-se-á tanto do Estado Político - no qual o Direito é apenas um instrumento sob plena disponibilidade do Estado - quanto do Estado Legal, onde, mesmo sendo a lei limite e condição da atividade administrativa, não há o privilegiamento hierárquico da ordem jurídica, cristalizando-se uma supremacia parlamentar, sequer uma vinculação de conteúdos que lhe são inerentes.<sup>75</sup>

O Estado de Direito, portanto, não apenas se caracteriza por uma ordem legal hierarquizada e positivada, mas também pela inclusão e internalização de princípios e liberdades individuais e coletivas, que pertencem à tradição de seu povo,<sup>76</sup> sendo a forma estatal predominante a partir do século XX, podendo transmutar-se em várias modalidades, de acordo como são moldados os direitos que o integram.

Muito embora as diversas formas do Estado de Direito não tenham se sucedido de maneira linear, o primeiro modelo a historicamente se fazer presente foi o chamado Estado Liberal de Direito. Fruto da ideia do pensamento calcado na democracia liberal, apresenta como característica principal o balizamento da atividade estatal pela ordem jurídica, sendo esta baseada nos princípios basilares do liberalismo, quais sejam a divisão dos poderes e a garantia dos direitos fundamentais.<sup>77</sup> Notadamente há em seu conjunto uma normatização negativa da atividade estatal, visando a garantias e direitos individuais de primeira geração

<sup>75</sup> Ibid., p. 92

<sup>76</sup> Ibid., p. 93

<sup>77</sup> “Como não poderia deixar de ser, a Carta Política desse modelo de Estado de Direito é entendida, em seus princípios, como Constituição do liberal-individualismo — mera superestrutura jurídica, como diriam os marxistas —, encerrando, por isso mesmo, em primeiro lugar, uma decisão fundamental no sentido da liberdade burguesa, em seus múltiplos aspectos: a liberdade pessoal, a propriedade privada, a liberdade de contratar e a liberdade de indústria e comércio, entre outras. Daí que seu sentido e finalidade — seu telos, como lembra Carl Schmitt — apontem não para o brilho, a grandeza e o poder do Estado, para a glorie, de que falava Montesquieu, mas para a liberdade política e a proteção do indivíduo e do cidadão, contra os abusos do poder político” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 201).

contra a influência do Estado nas práticas cotidianas e inibidoras das iniciativas individuais.<sup>78</sup>

Tal modelo se esgotou, na medida em que seus primados atendiam basicamente a apenas uma parcela da população – no caso, a burguesia, detentora do poder econômico, que transformou a ordem legal em instrumento garantidor de sua ideologia.<sup>79</sup>

Com a ascensão da doutrina marxista, questionadora dos ideais liberais originais, e a ascensão da doutrina keynesiana, com o surgimento do *welfare state*, o Estado de Direito se transmuta ao absorver e adaptar tais ideias. Surge o Estado Social de Direito, que promove uma revisão do individualismo liberal e seu conceito de atuação negativa do Estado.

O Estado Social de Direito traz como característica principal a construção de uma ordem legal baseada, antes mesmo das garantias e direitos individuais, em conteúdo social. São mantidas as conquistas liberais burguesas, mas “a elas são incorporadas um novo conteúdo axiológico-político [...], buscando a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas”.<sup>80</sup> A lei deixa de ser usada apenas como baliza de limitação da atividade estatal, uma ordem geral e abstrata, para deter uma característica concreta e específica, passando a ser utilizada como instrumento de ação e política estatal.

Tal modelo também foi progressivamente suplantado, uma vez que os seus ideais de igualdade e justiça social não obtiveram o alcance preconizado por seus teóricos.

Assentadas, assim, as bases do chamado Estado Social de Direito - no qual a expressão social sinaliza para o propósito de corrigir/superar o individualismo clássico de caráter liberal pela afirmação dos direitos sociais, com a consequente realização da justiça social -, verifiquemos, agora, ainda em linhas gerais, quais as insuficiências que esse novo modelo não conseguiu superar, do que resultou, para seus críticos, a necessidade da

---

<sup>78</sup> “Pode-se apontar como características deste tipo de Estado de Direito: Separação entre Estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, este visto como ideal de justiça; a garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado; a democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a ideia de representação, posteriormente matizada por mecanismos de democracia semidireta - referendun e plebiscito - bem como, pela imposição de um controle hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade; o Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado Mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos” (STRECK; MORAIS, op. cit., p. 95).

<sup>79</sup> MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 201.

<sup>80</sup> STRECK; MORAIS, op. cit., p. 96.

formulação de outro modelo de Estado de Direito, em cujo âmbito fossem dialeticamente incorporadas/superadas (*aufgehoben*) as conquistas da chamada democracia social (...). Fazendo uso, para tal efeito, da *communis opinio*, diremos, em resumo, que, para seus opositores, a insuficiência maior do Estado Social de Direito residiria em não ter conseguido realizar a desejada e sempre prometida democratização econômica e social, a economia do gênero humano proclamada pelos entusiastas do neocapitalismo.<sup>81</sup>

A evolução natural da transmutação estatal se deu finalmente com a elaboração do chamado Estado Democrático de Direito. Resultante da tentativa de combinar os ideais democráticos ao ordenamento balizador da estrutura estatal não apenas como nortes ideais a serem alcançados, mas como princípios de eficácia concreta, reúnem as garantias e direitos individuais do liberalismo com as conquistas sociais aliadas às conquistas democráticas.<sup>82</sup> O conteúdo da lei passa a ser dirigido à efetiva concretização da igualdade, pela realização de intervenções que concretamente alterem a situação da comunidade.<sup>83</sup> Trata-se de um projeto utópico, onde se busca a reunião das conquistas concretizadas nas duas formas anteriormente citadas.

O Estado democrático de Direito aparece, nessa perspectiva, como superação real do Estado social de Direito. Isso não quer dizer, no entanto, que este conduza naturalmente àquele; ao contrário, geralmente aparece muito mais como obstáculo para essa superação. Do neocapitalismo não se passa naturalmente ao socialismo; do Estado social de Direito não se passa naturalmente ao Estado democrático de Direito. A superficial e aparente socialização que produz o neocapitalismo não coincide com o socialismo, assim como tampouco é democracia, sem mais, a democratização que a técnica produz por si mesma; de um nível a outro (é importante insistir-se nisso) há um salto qualitativo e real de primeira ordem. E, como dissemos, forças importantes desse primeiro nível (neocapitalismo) constituem-se certamente como forças interessadas em frear ou impedir a evolução até o segundo nível (socialismo) em que se produz o Estado democrático de Direito.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 202-203

<sup>82</sup> “São princípios do Estado Democrático de Direito: Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; Organização Democrática da Sociedade; Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; Divisão de Poderes ou de Funções; Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; Segurança e Certeza Jurídicas” (STRECK; MORAIS, op. cit., p. 98-99).

<sup>83</sup> Ibid., p. 97.

<sup>84</sup> DIAZ, Elias, *apud* MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 203

O principal elemento distintivo do Estado Democrático de Direito em relação aos anteriores modelos foi o seu caráter transformador da realidade, ultrapassando o aspecto meramente material das condições sociais para agir como “fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade”,<sup>85</sup> surgindo a lei como instrumento de modificação do *status quo*, com a finalidade de reestruturação das relações sociais.

A história mostra que, independentemente dos modelos de Estado arrolados, seja qual for a ideologia ou modelo econômico vigente em cada época, uma característica sempre esteve presente em suas estruturas: o desejo de controle da população e da dinâmica das relações sociais, traço este nascido em uma ordem de controle e racionalização que bem caracterizam a sociedade moderna ocidental. Para alcançar tal desiderato, as estruturas estatais foram progressivamente se avolumando, formando um arcabouço burocrático integrado por funcionários públicos com formações técnicas nas mais diversas áreas da administração.

Na gênese da elaboração dos modelos modernistas estatais, Hobbes já pregava a necessidade de uma força administrativa humana necessária para organização e controle das relações interpessoais. Segundo o autor, não bastava apenas a crença na superioridade humana e regras do direito natural para a regência da coletividade. Toda a cidade deveria ser regida por um homem ou um conselho, a fim de se garantir contra seu próprio livre-arbítrio. Um poder superior, de natureza coercitiva, responsável pela segurança, legislação e justiça.

Como dissemos anteriormente, que para a segurança dos homens se requeria não apenas o consentimento deles, mas ainda a submissão de suas vontades naquelas coisas que fossem necessárias para a paz e a defesa; e que a natureza de uma cidade consistia nessa união e sujeição; devemos agora elucidar, aqui, que coisas serão necessárias para a paz e defesa comum, dentre as que poderão ser propostas, discutidas e decretadas numa assembleia de indivíduos (cujas vontades estão contidas, todas, na vontade da maioria). E, antes de tudo o mais, para a paz é preciso que cada um fique tão protegido da violência dos outros que possa viver em segurança: Isto é, que ele não tenha causa justa para temer aos outros, enquanto não lhes cometer injúria. Na verdade, é impossível dar aos homens uma segurança completa contra quaisquer danos recíprocos, de modo que não corram o risco de ser feridos nem mortos injuriosamente; e portanto isto não vem ao âmbito de urna deliberação. Mas pode-se providenciar que não haja causa justa para o medo. A segurança é o fim pelo qual nos submetemos uns aos outros, e por isso, na falta dela, supõe-se que ninguém se tenha submetido a coisa alguma, nem haja renunciado a

---

<sup>85</sup> STRECK; MORAIS, op. cit., p. 98.

seu direito sobre todas as coisas, antes que se tomem precauções quanto à sua segurança. (...) Não é suficiente, para alcançar essa segurança, que cada um dos que agora erigem uma cidade convencione com os demais, oralmente ou por escrito, não roubar, não matar e observar outras leis semelhantes; pois a depravação da natureza humana é manifesta a todos, e pela experiência se sabe muito bem, bem demais até, em que pequena medida os homens se atêm a seus deveres com base na só consciência de suas promessas, isto é, naquilo que resta se for removida a punição. Devemos portanto providenciar nossa segurança não mediante pactos, mas através de castigos; e teremos tomado providências suficientes quando houver castigos tão grandes, previstos para cada injúria que se evidencie que sofrerá males quem a cometer do que quem se abster de praticá-la. Pois todos, por necessidade natural, escolhem o que a eles pareça constituir o mal menor.<sup>86</sup>

A burocracia é característica comum a todas as formas estatais surgidas após o iluminismo,<sup>87</sup> sendo a expressão maior do monopólio da violência pelo estado e da substituição do Estado de Polícia vigente até então. De um incipiente desejo de controle da sociedade como elemento externo, com órgãos de controle estatal exógeno ainda muito presentes, e de atuante influência no panorama social atual – Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário –, sua evolução e importância fizeram necessária a criação e desenvolvimento de instrumentos de controle de facções da própria estrutura administrativa, com órgãos de controle interno ou endógeno, como, por exemplo, Tribunais de Contas e agentes de controladoria e corregedoria estatal, além dos já citados Poder Judiciário e Ministério Público.

Ocorre que houve uma profunda alteração no aspecto utópico de certeza e controle idealizados pelos primeiros modernistas, sobretudo a partir do século XX. A complexidade e dinamismo das relações sociais e econômicas, objeto do desejado controle estatal, se transmutaram em um cenário dominado pela incerteza e pela caótica previsibilidade, pondo em xeque as pretensões burocráticas originais. O surgimento dos estados-nações, a partir do século XIX, apresentaram as estruturas burocráticas então vigentes como retrato de identidade nacional, cada uma com suas nuances e particularidades.

É de fundamental importância a reflexão acerca da organização do Estado-nação para se poder pensar o ponto de referência global de muitos processos sociais isolados, como modelos estáticos. Não se pode tratar essa questão sem ter presente a dinâmica da vida social. Nesse sentido, o indivíduo passou a ser visto como o localizador, o referencial filosófico-

<sup>86</sup> HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 102-104.

<sup>87</sup> Na lição de Weber, “é o Estado racional o único terreno em que o capitalismo moderno pode prosperar. Tal Estado se apoia numa burocracia especializada e num direito racional” (WEBER, op. cit. 2010, p. 308).

social básico, e foi definido, no interior dessa grande estrutura, o Estado-nação, sustentáculo da sociedade moderna. Os indivíduos soberanos, com suas vontades, necessidades e interesses, permaneceram como figura central tanto nos discursos da economia quanto nos das leis modernas. Nesse contexto, o indivíduo passou a ser explicado por meio do modo como são formadas suas subjetividades (a interioridade de si próprio) nas participações mais amplas. E, inversamente, o modo como os processos e as estruturas sociais são sustentados pelos papéis que os indivíduos neles desempenham. O cidadão individual constituiu-se no elemento funcional do estado burocrático moderno, nesse sentido, passou a ser visto como localizado no interior da estrutura formadora da sociedade moderna, o estado.<sup>88</sup>

O exame e estudo de estrutura e do *modus operandi* destes mecanismos burocráticos de controle, tanto exógenos quanto endógenos, sobretudo na área econômica, será objeto de uma análise mais aprofundada a seguir.

## 1.5 A CRISE DO PARADIGMA MODERNO E A PERCEPÇÃO DO DESCONTROLE ESTATAL

A proposta moderna, liberal, baseada no racionalismo e no desejo de dominar todas as variáveis – não apenas no conhecimento humano, mas também sobre as forças da natureza –, não foi suficiente para dar uma resposta duradoura e satisfatória às próprias consequências da atividade humana no período subsequente à sua gênese.

Como visto, o dinamismo social criado pela potencialização das atividades econômicas geradas pela Revolução Industrial, bem como a própria evolução das ciências (sobretudo sociais e humanas) após o século XIX requereu respostas diversas das planejadas originalmente pelos iluministas liberais. A fixação de conceitos baseados em variáveis estanques e simplificadas quedou-se insuficiente. A inteligência cega,<sup>89</sup> simplificadora e reducionista simplesmente cegou o homem

<sup>88</sup> GAUER, op. cit., p. 45.

<sup>89</sup> “Cada vez mais, a matematização e a formalização desintegraram os seres e os entes para só considerar como únicas realidades as fórmulas e equações que governam as entidades quantificadas. Enfim, o pensamento simplificador é incapaz de conceber a conjunção do uno e do múltiplo (*unitat multiplex*). Ou ele unifica abstratamente ao anular a diversidade, ou, ao contrário, justapõe a diversidade sem conceber a unidade. [...] Assim, chega-se à inteligência cega. A inteligência cega destrói os conjuntos e as totalidades, isola todos os seus objetos do seu meio ambiente. Ela não pode conceber o elo inseparável entre o observador e a coisa observada. As realidades-chaves são desintegradas. Elas passam por entre as fendas que separam as disciplinas. As disciplinas das ciências humanas não têm mais necessidade da noção de homem. E os pedantes cegos concluem então que o homem não tem existência, a não ser ilusória. Enquanto que os mídias produzem a baixa cretinização, a Universidade produz a alta cretinização. A metodologia dominante produz um obscurantismo acrescido, já que não há mais associação entre os elementos

para a complexidade das relações do mundo contemporâneo.<sup>90</sup> O rompimento proposto pelos teóricos modernos, por mais que tenha servido como mola mestra impulsionadora do conhecimento humano à direção oposta da estagnação da Idade Média, não se mostrou suficiente para lidar, em um segundo momento, com a transformação por tal movimento pregada.

As estruturas burocráticas dos estados-nações recém-concretizados também apresentaram necessidade primordial de adaptação ao novo cenário que se descortinava. Os princípios da ordem administrativa, baseados no sistema hermético de escalões e ordens militares, não foram bastantes em si para a sobrevivência do sistema. A evolução das relações sociais e a ascensão do pensamento marxista tinham como base o ponto de vista de que a burocracia havia surgido e se desenvolvido como instrumento sempre utilizado em favor do capitalismo, oprimindo a massa trabalhadora. Necessária, para Marx, uma nova visão da burocracia como um todo, a fim de garantir a justiça e paz social, e não como um segmento do poder, destinado a atender ao desejo de apenas uma parcela da população.

Ao ver o Estado contemporâneo como o instrumento do poder capitalista – um comitê executivo para dirigir os negócios da classe dominante como um todo – Marx naturalmente via o governo pós-revolucionário como o instrumento dos trabalhadores triunfantes, o estado dos trabalhadores. Neste estado, desnecessário dizer, gozariam plenamente os frutos de seu trabalho. A organização que tornaria isso possível permaneceu, talvez convenientemente, obscura. Se a estrutura burocrática necessária tivesse sido visualizada por inteiro, não teria sido fácil aprová-la.<sup>91</sup>

As graves crises econômicas e a sobrepujança das escolas econômicas ecléticas, sobretudo as provenientes do período após a Segunda Guerra Mundial, escancararam os equívocos paradigmáticos do liberalismo clássico. O mundo de grandezas totais e estanques, baseado na liberdade e igualdade generalizadas

---

disjuntos do saber, não há possibilidade de registrá-los e de refleti-los (MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 12).

<sup>90</sup> "Pelo menos do século XVII até o século XX já bem avançado, a elite escritora da Europa Ocidental e seus pontos de apoio em outros continentes consideravam que seu próprio modo de vida constituía uma ruptura radical na história do mundo. Uma fé quase inquestionada na superioridade de sua própria forma de vida sobre todas as formas alternativas - contemporâneas ou passadas - lhe permitia tomar a si mesma como ponto de referência para a interpretação do tólos da história. Isso era uma novidade na experiência do tempo objetivo; durante a maior parte da história da Europa cristã, a contagem do tempo foi organizada em torno de um ponto fixo no passado que recuava devagar. Agora, ao mesmo passo que tornava o calendário cristão local um padrão quase universal, a Europa punha o ponto de referência do tempo objetivo em movimento, anexando-o firmemente a seu próprio ímpeto de colonizar o futuro como havia colonizado o espaço circundante" (BAUMAN, Zigmunt. **Legisladores e intérpretes**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010, p. 155).

<sup>91</sup> GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia do poder**. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1986, p. 127.

ansiadas pelos modernistas, já não existia mais.<sup>92</sup>

A derrocada da pureza do pensamento liberal-modernista fez surgir um novo cenário complexo, marcado pela desordem e pelo descontrole, onde não havia grandezas fixas.<sup>93</sup> As variáveis se apresentavam dinâmicas e interligadas. A esse quadro, denominou-se modernidade tardia, modernidade complexa ou, em uma terminologia de polêmica aceitação, pós-modernidade.<sup>94</sup>

A modernidade tardia se apresenta como resultante do desencanto com o antropocentrismo fundamentalista sobre o qual se baseava a modernidade original e suas vertentes. O século XIX foi o auge da Revolução Industrial e do modo de produção capitalista, mas também, em seu final, apresentou como característica marcante o surgimento de uma crítica cada vez mais consistente contra as suas bases<sup>95</sup>. Com o alvorecer do século XX, sobretudo após a Primeira Grande Guerra,<sup>96</sup>

<sup>92</sup> “A visão da história como marcha não irrefreável das *lumières*; uma luta difícil, mas afinal vitoriosa, da Razão contra as emoções ou os instintos animais; da ciência contra a magia; da verdade contra o preconceito; do conhecimento correto contra a superstição; da reflexão contra a existência acrítica; da racionalidade contra a afetividade e o domínio dos costumes. No interior dessa conceituação, a Era Moderna se definiu, acima de tudo, como o reino da Razão e da racionalidade; de maneira coerente, as outras formas de vida eram vistas como deficientes em ambos os aspectos (BAUMAN, op. cit., p. 157).

<sup>93</sup> “É justamente o declínio do individualismo que dá forma à pós-modernidade social. Para dar conta das relações sociais contemporâneas, não podemos falar mais a partir de uma perspectiva individualista, contratual, a partir de uma estrutura mecânica que marcou a modernidade. Pelo contrário, devemos estar atentos aos múltiplos papéis dos sujeitos sociais” (LEMONS, André. **Cibercultura: tecnologia e vida social na cultura contemporânea**. Porto Alegre: Sulina, 2002, p. 71).

<sup>94</sup> Vários são os defensores da teoria de que o período histórico denominado como modernidade já foi superado. Estaríamos vivendo, no caso, uma chamada pós-modernidade. No cenário nacional, podemos citar Jean-François Lyotard, que assim essa nova era como sendo “o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras dos jogos da ciência, da literatura e das artes a partir do final do século XIX [...]. Simplificando ao extremo, considera ‘pós-moderna’ a incredulidade em relação aos metarrelatos. É, sem dúvida, um efeito do progresso das ciências; mas este progresso, por sua vez, a supõe” (LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002, pp. xv-xvi).

<sup>95</sup> “A mudança nas fontes de poder na empresa moderna é extremamente clara. As personalidades dominantes no alto capitalismo desapareceram. No século passado e mesmo no atual, os nomes dos grandes empresários eram sinônimos do cenário industrial norte-americano. E o mesmo acontecia, embora menos dramaticamente, nos outros países industriais. Hoje em dia, fora do ramo industrial específico e às vezes nem dentro dele, ninguém conhece o nome do dirigente da General Motors, da Ford, da Exxon, da Du Pont ou de outras grandes empresas. A personalidade poderosa foi substituída pela equipe administrativa; o empresário cedeu lugar ao anônimo homem da organização. Daí o declínio da personalidade como fonte de poder.” (GALBRAITH, op. cit., p. 136-137).

<sup>96</sup> “Agosto de 1914 é uma das ‘rupturas naturais’ mais inegáveis da história. Foi sentido como o fim de uma era em seu tempo, e ainda o é. É bem possível rebater esta opinião insistindo-se na continuidade e nas situações inconclusas que se prolongaram através dos anos da Primeira Guerra Mundial. Afinal, a história não é como uma linha de ônibus em que todos – passageiros, motorista e cobrador – são substituídos quando chega ao ponto final. Não obstante, se há datas que obedecem a algo mais que à necessidade de periodização, agosto de 1914 é uma delas: foi considerada o marco do fim do mundo feito por e para a burguesia. Assinala o fim do ‘longo século XIX’ com o qual os historiadores aprenderam a trabalhar.” (HOBBSBAWN, op. cit., p. 20).

as ideias defendidas por pensadores como Marx,<sup>97</sup> Darwin, Freud<sup>98</sup> e Einstein botaram em xeque o mito do homem como força suprema dentre todas as outras.<sup>99</sup> A partir deste momento, as ciências, a cultura e a sociedade se apresentam de forma totalmente diversa,<sup>100</sup> num mundo onde a determinação de conceitos herméticos e bastantes em si mesmos não servem mais como referenciais balizadores da complexidade vindoura ante ao descontrolo e insegurança vigentes.

A modernidade clássica teve sua ideia central baseada na certeza e fascínio racionalista em querer capturar, dominar e expurgar o tempo e a velocidade através da superioridade do pensamento e raciocínios humanos sobre todas as forças da natureza, resultado de um modo de pensar totalmente ditado pela burguesia e pelo

---

<sup>97</sup> “Isso (a Revolução Industrial), para Marx, era efeito da súbita erupção dos meios materiais de domínio da natureza, e a capacidade e vontade de usá-los; o que, por sua vez, era resultado de uma nova organização do esforço produtivo da humanidade - em cujos termos as atividades dos indivíduos tinham sido ritmadas, rotinizadas, coordenadas, sujeitas a um propósito intencional, supervisionadas e investidas na tarefa de operar ferramentas cujo poder não era mais restrito pela capacidade limitada (e portanto pelo horizonte) de seus proprietários mesquinhos. Para Marx, a Era Moderna finalmente descartaria os poucos limites remanescentes ao domínio prático da natureza; os meios de produção, insistia ele, já eram ‘sociais’ em seus traços, e o caráter privado da propriedade - que, apesar de formidável em escala, ainda estava longe de ser universal - seria a última ‘solidez’ a se desmanchar no ar. A ‘liberdade humana’ (identificada com libertar-se da necessidade, identificada por sua vez com a natureza) seria então completa.” (BAUMAN, op. cit., p. 158).

<sup>98</sup> “Outra visão dramática da modernidade foi inspirada por Freud. Este descreve a modernidade como uma época em que o ‘princípio da realidade’ tem predomínio sobre o ‘princípio do prazer’, em que as pessoas, por conseguinte, abrem mão de uma parte de sua liberdade (ou felicidade) em troca de um grau de segurança, baseado num ambiente higienicamente seguro, limpo e pacífico. O compromisso pode ser lucrativo, mas ocorre como produto da supressão de impulsos ‘naturais’ e da imposição de padrões de comportamento que desajustam as predisposições humanas e só oferecem saídas oblíquas para os instintos e as paixões. A supressão é dolorosa, deixa sequelas psicológicas difíceis de curar. O preço da modernidade é a alta incidência de doenças psicóticas ou neuróticas; a civilização cria seu próprio mal-estar e põe o indivíduo num conflito permanente – potencial ou aberto – com a sociedade.” (Ibid., p. 160).

<sup>99</sup> “A espessura das evidências foi destruída, a tranquilidade das ignorâncias foi abalada, as alternativas ordinárias perderam seu caráter absoluto, outras alternativas se desenham; a partir disso, o que a autoridade ocultou, ignorou, rejeitou, sai da sombra, enquanto que o que parecia o pedestal do conhecimento se quebra.” (MORIN, Edgar. **As duas globalizações: complexidade e comunicação, uma pedagogia do presente**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina/EDIPUCRS, 2002, p. 18).

<sup>100</sup> Teixeira Coelho define o contexto histórico da atualidade a partir da teoria da relatividade de Einstein, constatando que nesta época “conceitos fundamentais para o homem, como o de espaço e tempo, são revistos de cima a baixo. Deixam de existir noções até então consideradas postulados, princípios não-demonstrados, como as de espaço em si e tempo em si, ou espaço absoluto e tempo absoluto. Tempos e espaços e velocidades e deslocamentos e eventos inteiros não existem mais em si mesmos, mas apenas em função de um observador, o que significam que podem assumir outro aspecto, nova realidade, se outro for o observador. Tudo é relativo. O tempo não é mais um só, nem o espaço um único e mesmo espaço sempre igual a si mesmo: tempo e espaço entram numa relação indissociável que resultará na quarta dimensão.” Caracteriza também tal contexto histórico como detentor de cinco características básicas, quais sejam a mobilidade, a descontinuidade, o cientificismo, o esteticismo e a predominância da representação sobre o real. (COELHO, Teixeira. **Moderno pós-moderno**. 4. ed. São Paulo: Iluminuras, 2001, p. 25).

sistema capitalista liberal que se apresentava à época.<sup>101</sup> O panorama complexo visa à readequação de todas as formas estruturais definidas pela modernidade, remodelando o velho e redirecionando-o ao futuro.<sup>102</sup>

O fenômeno tal como apresentado dividiu as opiniões entre os pensadores. Dentre os críticos dessa ideia, destaca-se Zygmunt Bauman. O autor polonês defende a ideia de que todas as bases românticas e humanas sobre as quais foram construídas pela modernidade agora se dissolvem em uma massa irracional,<sup>103</sup> em um mundo de modernidade líquida em contraposição à solidez desenhada pela modernidade clássica.<sup>104</sup> O autor traça sua conceituação do contemporâneo a partir das mudanças geopolíticas ocorridas sobretudo após as duas grandes guerras, com o fim do eurocentrismo global, em um primeiro momento,<sup>105</sup> e a posterior decadência

---

<sup>101</sup> “Assim, o paradigma simplificador é um paradigma que põe ordem no universo, expulsa dele a desordem. A ordem se reduz a uma lei, a um princípio. A simplicidade vê o uno, ou o múltiplo, mas não consegue ver que o uno pode ser ao mesmo tempo múltiplo. Ou o princípio da simplicidade separa o que está ligado (disjunção), ou unifica o que é diverso (redução).” (MORIN, op. cit. 2002, p. 59).

<sup>102</sup> “O efeito geral é, portanto, colocar no centro da modernidade capitalista a aceleração do ritmo dos processos econômicos e, em consequência, da vida social. Mas essa tendência é descontínua, pontuada por crises periódicas, porque os investimentos fixos em instalações e equipamentos, bem como as formas organizacionais e habilidades do trabalho, não podem ser modificados com facilidade. A implantação de novos sistemas tem de esperar a passagem do tempo de vida ‘natural’ da fábrica e do trabalhador, ou empregar o processo de ‘destruição criativa’ que se baseia na desvalorização ou destruição forçadas de ativos antigos para abrir caminho aos novos. Como isso implica uma perda de valor mesmo para os capitalistas, poderosas forças sociais se opõem a esse processo.” (HARVEY, op. cit., p. 210).

<sup>103</sup> Segundo o autor, todas as conquistas da era passada agora se transfiguram em mal-estares que resultaram no excesso de ordem e escassez de liberdade onde “o princípio de realidade, hoje, tem de se defender no tribunal da justiça onde o princípio de prazer é o juiz que a está presidindo [...]. A compulsão e a renúncia forçada, em vez de exasperante necessidade, converteram-se numa injustificada investida desfechada contra a liberdade individual” (BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 26).

<sup>104</sup> “O mundo que chamo de ‘líquido’ porque, como todos os líquidos, ele jamais se imobiliza nem conserva sua forma por muito tempo. Tudo ou quase tudo em nosso mundo está sempre em mudança: as modas que seguimos e os objetos que despertam nossa atenção (uma atenção, aliás, em constante mudança de foco, que hoje se afasta das coisas e dos acontecimentos que nos atraíam ontem, que amanhã se distanciará das coisas e acontecimentos que nos instigam hoje); as coisas que sonhamos e que tememos, aquelas que desejamos e odiamos, as que nos enchem de esperanças e as que nos enchem de aflição (BAUMAN, Zygmunt. **44 cartas do mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2011, p. 7).

<sup>105</sup> “A Europa nunca tinha enfrentado a ameaça de ser conquistada por outro continente — e nunca tinha sido olhada de cima e difamada como potência de segunda classe, obrigada a jurar obediência a um império estrangeiro e se fazer aceitar por uma força a qual tem pouca esperança de apaziguar, pacificar ou converter aos seus costumes —, muito menos de submeter-se e subordinar-se aos seus desígnios. A Europa nunca tinha vivido com uma deprimente consciência de sua própria inferioridade e com a experiência de ser obrigada a observar padrões de vida defendidos e praticados por outros, de lutar para ajustar e adaptar as suas ações a esses padrões, a emular formas de vida estranhas e/ou a se adequar a elas, posicionando as suas formas de vida ao nível delas. Entre as numerosas habilidades adquiridas pela Europa, aquelas exigidas por essas contingências estavam conspicuamente ausentes. [...] Uma situação que exige essas habilidades pegou a Europa despreparada por seu passado histórico e por sua antiga concepção da ordem

do domínio norteamericano, com a chegada de um século XXI sem uma ordem mundial definida.<sup>106</sup>

Na modernidade complexa, as principais características apresentadas são o ecletismo e o descontrole.<sup>107</sup> Não há mais uma negação ao antigo. Há, sim, uma reinterpretção, em um tom até certo ponto irônico, praticando a colagem, utilizando fragmentações de estilos em uma forma original. A sociedade se apresenta fracionada em grupos. A criação decorre da destruição anterior, unindo os cacos adaptáveis entre si do que sobrou.<sup>108</sup> Uma vez aceitando suas imperfeições, desaparece o receio do desconhecido, do descontrolável, característica irracional da modernidade. O desconhecido é o atualmente vivido. A velocidade do conhecimento é instantânea e praticamente sem resistência.

O homem, neste contexto atual, aceita a sua condição de inferioridade para juntar-se ao tempo e, com ele, progredir no mesmo sentido para o qual ele avança. Não há mais o medo do desconhecido, característica irracional da modernidade.<sup>109</sup>

---

global como uma *pax europeana* e da humanidade como o produto final da progressiva universalização do modo de vida europeu. Quando Donald Rumsfeld, secretário de Defesa dos Estados Unidos, fala com desdém da "velha Europa" (o que significa uma Europa que já ultrapassou o seu tempo de vida, que foi ultrapassada e deixada para trás, uma Europa obsoleta e antiquada, um fóssil de eras remotas), o objeto de sua ironia e ridicularização é uma Europa apegada às lembranças de seu passado de glórias, que ainda deseja ser o primeiro violino e se recusa a aceitar um papel secundário, e que se ilude imaginando ainda ser capaz de instruir os flautistas e lhes dar o tom." (BAUMAN, Zygmunt. **Europa: uma aventura inacabada**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 49-50).

<sup>106</sup> "A ausência de regras do jogo definidas com clareza torna qualquer inovação impossível. Já não há mais desenvolvimento na arte, talvez haja apenas uma mudança indireta, uma sucessão de modas, sem que nenhuma forma reivindique de modo crível a superioridade sobre suas predecessoras - as quais, por isso mesmo, passam a ser contemporâneas sua. Decorre daí uma espécie de presente perpétuo, implacavelmente remanescente, mais um movimento browniano caótico que uma mudança sequencial ordenada, e menos que um desenvolvimento progressivo. É esse estado que Meyer chamou de 'stasis', um estado no qual tudo se move, mas nada vai para algum lugar em particular." (BAUMAN, op. cit. 2010, p. 180-181).

<sup>107</sup> "Pode-se dizer que o que é complexo diz respeito, por um lado, ao mundo empírico, à incerteza, à incapacidade de certeza de tudo, de formular uma lei, de conceber uma ordem absoluta. Por outro lado diz respeito a uma coisa de lógico, isto é, a incapacidade de evitar contradições. [...] A consciência da multidimensionalidade nos conduz à ideia de que toda a visão unidimensional, toda visão especializada, parcelada é pobre. É preciso que ela seja ligada a outras dimensões; daí a crença de que se pode identificar a complexidade com a completude." (MORIN, op. cit. 2002, p. 68-69).

<sup>108</sup> "Não há mais solo firme, a "matéria" não é mais a realidade maciça elementar e simples à qual se podia reduzir a *physis*. O espaço e o tempo não são mais entidades absolutas e independentes. Não só não há mais uma base empírica simples, como também uma base lógica simples (noções claras e distintas, realidade não ambivalente, não contraditório, estritamente determinada) para constituir o substrato físico. Resulta daí uma consequência capital: o simples (as categorias da física clássica que constituem o modelo de qualquer ciência) não é mais o fundamento de todas as coisas, mas uma passagem, um momento entre complexidades, a complexidade microfísica e a complexidade macrocosmofísica." (Ibid., p. 19).

<sup>109</sup> Este movimento é detectado por HARVEY ao explicar o processo de evolução dos meios de comunicação no século XIX: "Antes do advento da estrada de ferro e do telégrafo, as forças do

O desconhecido é o atualmente vivido. A velocidade do conhecimento é instantânea e praticamente sem resistência.<sup>110</sup>

E é em decorrência deste panorama que se apresenta a transmutação da cultura massificada, uniforme, encerrada em si mesma, para a cibercultura, intensa, porém interativa e individualizável. Os referenciais se multiplicam, pondo por terra toda a conceituação baseada na racionalidade até então consagrada.<sup>111</sup> Muito embora não haja, por parte da doutrina, esta diferenciação entre os dois pensamentos, os pontos de vista sobre o mesmo objeto faz com que a diferença se faça presente,<sup>112</sup> individualizando cada qual de maneira marcante.

Houve toda uma readequação do conceito perfeito e racional projetado no início da época moderna. O racionalismo, o iluminismo, o século das luzes

---

capital e do trabalho em termos de capacidade de domínio do espaço não diferiam de maneira radical. A burguesia temia de fato a ameaça revolucionária representada por esse poder. Quando, por exemplo, os ludditas saíram quebrando máquinas em muitos incidentes isolados, ou quando trabalhadores agrícolas simultaneamente começaram a queimar montes de feno e a usar outras formas de protesto em muitos lugares diferentes da Inglaterra em 1830, a burguesia ficou disposta demais a aceitar a teoria de que figuras misteriosas como Ned Ludd ou o Capitão Swing estavam percorrendo despercebidos a terra, fomentando o descontentamento e os sentidos revolucionários por onde passavam. A burguesia logo aprendeu a usar seus vínculos comerciais e seu controle do espaço superiores como meios de estabelecer o controle social.” (HARVEY, op. cit., p. 215).

<sup>110</sup> “Na atual velocidade, o mundo está chegando a um ponto de instantaneidade nos nossos deslocamentos. [...] Passamos do tempo extensivo da história ao tempo intensivo de uma instantaneidade sem história, sendo a velocidade uma alucinação de perspectiva que destrói toda a extensão da cronologia. [...] Dentro desta perspectiva, a verdade dos fenômenos é sempre limitada pela sua velocidade. A lei que determina que um corpo não pode estar presente no espaço onde há outro corpo já está defasada. A tele-presença não só permite isso quanto complexifica a questão da percepção própria: onde se situa a presença? Onde estou eu se eu estou em toda parte? O ser torna-se incerto quanto à sua posição no espaço e indeterminado quanto ao seu verdadeiro regime de tempo. Uma temporalidade, portanto, que não anda e sim se expande [...] e que, assim sendo, perturba fortemente a possibilidade de afirmação de uma verdade fixa sobre as premissas que construíram as narrativas unificadoras. Com elas, é também a lógica consensual como suporte do verdadeiro que sai abalada desta aceleração da experiência e desta mutação ao nível dos regimes de temporalidade.” (GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **A qualidade do tempo: para além das aparências históricas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 12-13).

<sup>111</sup> Teixeira Coelho define o contexto histórico da atualidade a partir da teoria da relatividade de Einstein, constatando que nesta época “conceitos fundamentais para o homem, como o de espaço e tempo, são revistos de cima a baixo. Deixam de existir noções até então consideradas postuladas, princípios não demonstrados, como as de espaço em si e tempo em si, ou espaço absoluto e tempo absoluto. Tempos e espaços e velocidades e deslocamentos e eventos inteiros não existem mais em si mesmos, mas apenas em função de um observador, o que significam que podem assumir outro aspecto, nova realidade, se outro for o observador. Tudo é relativo. O tempo não é mais um só, nem o espaço um único e mesmo espaço sempre igual a si mesmo: tempo e espaço entram numa relação indissociável que resultará na quarta dimensão.” Caracteriza também tal contexto histórico como detentor de cinco características básicas, quais sejam a mobilidade, a descontinuidade, o cientificismo, o esteticismo e a predominância da representação sobre o real (COELHO, op. cit., p. 25).

<sup>112</sup> “Grande parte da modernidade nada tem em comum com a contemporaneidade. Parte do que é moderno pode ter. Uma grande parcela dos modernismos, também. Da modernidade nem tanto. As pessoas vivem um tempo histórico e outro, ‘filosófico’, diverso.” (Ibid., p. 39).

localizam-se em um passado distante.<sup>113</sup> Os modelos herméticos racionalizados, que traziam como base a negação de tudo aquilo o que não era racional, e, portanto, tudo o produzido até então – característica chave da modernidade –, foram substituídos por uma produção, ao mesmo tempo em que, em escala industrial, se apresenta de característica individualizada, onde há a possibilidade de interação e criatividade, num aproveitamento de tudo aquilo que é da natureza humana (o racional e o irracional, o yin e o yang, os lados direito e esquerdo do cérebro). A rigor, não há mais distâncias físicas superáveis. Os vetores determinantes das grandezas físicas são facilmente manipuláveis a gosto do cliente. Não há mais espaço para o absoluto, o que reina é o fluido, o descontrole.<sup>114</sup>

Essa crise paradigmática, que põe em dúvida um dos mais tradicionais dogmas da física como ciência exata, gera perplexidade, pois vem a questionar todo um processo evolutivo do conhecimento científico – hermético, racional, positivista – e, novamente, faz com que o empirismo e o instinto irracional voltem a ser considerados fatores importantes da natureza humana. Morin já constatava que, sendo o quadro atual de gritante ambivalência,<sup>115</sup> no momento em que cria dicotomias quando da análise destes vetores antes tidos como absolutos, desestrutura todo um modo de pensar consagrado e dogmatizado por através dos tempos.

Há, inegavelmente, por parte dos estudiosos, um receio concreto de que, da

---

<sup>113</sup> “O que é a racionalização? A palavra racionalização é empregada, muito justamente, na patologia por Freud e por muitos psiquiatras. A racionalização consiste em querer prender a realidade num sistema coerente. E tudo o que, na realidade, contradiz este sistema coerente é afastado, esquecido, posto de lado, visto como ilusão ou aparência.” (MORIN, op. cit. 2002, p. 70).

<sup>114</sup> Segundo Gauer, os deslocamentos do homem no mundo contemporâneo levaram à fragmentação das identidades. Uma série de fissuras no discurso e na ação do conhecimento permitiram várias transformações, tornando aparente o paradoxo criado pela modernidade. A autora cita como exemplos destas rupturas o pensamento marxista e sua reinterpretação ocorrida na década de 60, onde os indivíduos não poderiam ser agentes da história, uma vez que eles só poderiam agir com base em condições históricas criadas por outros; o pensamento de Freud e a descoberta do inconsciente, defendendo que nossas identidades são formadas com base em processos simbólicos do inconsciente, que possui uma lógica diferente da razão; Saussure, defendendo que não somos autores das afirmações que fazemos ou dos significados que expressamos na língua, pois esta é pré-existente a nós; Foucault, que analisa o surgimento do poder disciplinar com a regulação da espécie humana, do indivíduo e do seu corpo; e, por fim, o feminismo, que surgiu no bojo de diversos movimentos sociais que transformaram o mundo (GAUER, op. cit. 2004, p. 140-145).

<sup>115</sup> “Podemos ver os dois eixos. Não há uma única globalização (ou modernização?), mas duas que são ligadas e antagônicas. E há fenômenos quase ambivalentes, como o desenvolvimento das comunicações. Por que ambivalentes? Porque o desenvolvimento das comunicações, sobretudo nos últimos anos, com o fax, o telefone celular, internet, a comunicação instantânea em todos os pontos do planeta, é um fenômeno notável no sentido que pode ter efeitos muito positivos, que permitam comunicar, entender e intercambiar informações” (MORIN, op. cit. 2002, p. 42).

maneira com que a sociedade se apresenta hoje, as conquistas do racionalismo se percam. A desconsideração da rigidez do pensamento científico e do método como construídos contribuiriam para a total decadência dos diversos ramos da ciência, conquista maior do racionalismo.

Críticas dessa natureza, no entanto, são descabidas ante uma realidade que inegavelmente se deflagra atualmente. Por muito tempo, o homem esteve preso em seu próprio sonho racional. O irracional e o imaginário, considerados como algo supérfluo ou frívolo, são retomados em uma perspectiva holística, restaurando o equilíbrio perdido ao reinvestir aquilo que se acreditava ultrapassado e recriando mitologias.<sup>116</sup> A rigidez cientificista na qual a humanidade permaneceu imersa durante esta época, uma vez rompida, criou uma dinamização das relações nunca dantes vista pela humanidade.<sup>117</sup>

O avanço científico, que acabou por potencializar quantitativamente as operações econômico-financeiras, virtualizando as distâncias concretas entre as diversas partes do globo, aliado às profundas modificações geopolíticas acarretadas, sobretudo, pelas duas grandes guerras e a sucessão de regimes controladores em grande parte das nações, foi fator que abalou substancialmente um direito forjado sobre um viés extremamente modernista, absoluto e esgotador, baseado na racionalidade legal como reguladora das atividades sociais.

Este cenário traçado, ainda buscando ser compreendido por leigos e estudiosos, não apenas impôs como continua a causar grande crise nos mecanismos estatais de controle social, independentemente do modelo de Estado adotado em cada nação.

O ideal de ordem, o sonho de sublimação do racionalizável e, principalmente, a desconfiança perante as imagens, ao que parece ter, mas não tem explicação, foi justamente o que, a partir do decorrer do século XX, causou a derrocada desta ideologia. O mesmo homem que buscava alcançar os limites da sabedoria e do cientificismo recolhe-se à sua insignificância ao perceber que tal fronteira não mais existe.<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> MAFESSOLI, op. cit., p. 41

<sup>117</sup> “Esta ‘atomização’ do social em flexíveis redes de jogos de linguagem pode parecer bem afastada de uma realidade moderna que se representa antes bloqueada pela artrose burocrática. Invocar-se-á pelo menos o peso das instituições que impõe limites aos jogos de linguagem, e assim restringem a inventividade dos parceiros em matérias de lances. Isto não nos parece constituir uma dificuldade particular” (LYOTARD, op. cit., p. 31).

<sup>118</sup> MAFESSOLI, op. cit., p. 25-28.

O homem racional foi desconstituído em sua base romanticamente formada por através dos últimos séculos. As ideias de Freud, Einstein e Nietzsche foram destruindo, um a um, os pilares racionalistas sobre os quais foi concebido o homem moderno. Quando o ser humano, buscando a explicação ao inexplicável, aplicando o método científico, fracionou a realidade em unidades estanques, causou, ao mesmo tempo, a separação e o isolamento da complexidade do mundo em partes não comunicáveis entre si, apesar de estritamente dependentes uma das outras, conforme constata Rosnay.<sup>119</sup> A própria ciência passa a repensar sua evolução ao descobrir a sua ineficiência em tentar explicar a evolução de sistemas complexos e auto-organizáveis. O homem descobre que o mundo é uma ordem complexa.

O sonho da pureza passou a ser impossível de se atingir. A ordem utópica dos modernistas sucumbiu ante a desregulamentação geral. As forças que geraram formas instáveis, mas perenes, são originadas de um caos determinista, presente em todos os fenômenos naturais.<sup>120</sup> Talvez este tenha sido o grande equívoco da utopia modernista: o esquecimento de que o homem não comanda a ordem, mas, sim, faz parte dela.

O século XX foi pródigo no surgimento e diversificação das diversas modalidades de regime de estado e dos variados pontos de vista em que se basearam regimes democráticos e totalitários – quando não das vezes em que os totalitários se travestiam de democráticos e vice-versa. Em todos os modelos aparecidos, a complexidade das relações sociais e econômicas andou sempre um (ou vários) passo à frente da máquina burocrática estatal. O período foi todo ele marcado por uma tentativa inócua e desesperada de alargamento daquilo que se tinha conceitualmente como ‘interesse público’, buscando cada vez mais a relativização da individualidade, independentemente da forma de governo estatal, num típico fervor utópico da racionalidade modernista.

Os meios de controle estatal, inicialmente formatados para ter um alcance limitado, restrito apenas a um grupo de relações tidas como extremamente nocivas à sociedade, ligadas ao conceito inicial de pecado religioso, bastantes para manter um relativo sossego social, viram-se obrigados a ser estendidos para uma gama de novas relações que aos poucos foram, devidos ao seu dinamismo, revelando-se alta

---

<sup>119</sup> ROSNAY, Joël de. **O homem simbiótico: perspectivas para o novo milênio**. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 55-70.

<sup>120</sup> Ibid., p. 55-70.

ameaça à 'saúde social', o que levou a um intervencionismo estatal, marca indelével do Direito Penal e sancionador no século passado.<sup>121</sup> Evidente que, na mesma proporção em que se multiplicam as relações sociais em quantidade e velocidade,<sup>122</sup> aumentam os riscos de afronta, não apenas à individualidade dos integrantes da sociedade, como também aos bens jurídico-penais reguladores deste cenário.<sup>123</sup>

Inegavelmente que o resultado de tais práticas não alcançou o desiderato proposto. A dinâmica das relações, tanto sociais quanto econômicas, fez com que as práticas-alvo das garras do Leviatã pós-moderno fossem rapidamente objeto de adaptação e transmutação, escapando de qualquer prévio controle de regulamentação em um brevíssimo espaço de tempo.

Durante a maior parte da era moderna, o ataque à fronteira, e, mais importante ainda, toda mudança arbitrária e revogação unilateral das regras vigentes no tráfego entre fronteiras, foi quase exclusivamente esperado e temido no lado 'público': há uma suspeita geral sobre a tendência endêmica das instituições públicas a bisbilhotar e ouvir atrás das portas; um inextinguível impulso para invadir e conquistar a esfera do privado a fim de colocá-lo sob sua administração, recobrando-o de uma densa rede de fortalezas, mecanismos de espionagem e escuta, e privando os indivíduos e grupos da proteção oferecida por um espaço privado intransponível; da mesma forma, sua segurança pessoal ou de grupo. Suspeitava-se que as instituições públicas - de modo incoerente, mas não de todo infundado - erigiam barricadas para bloquear o acesso de muitas entidades privadas à

---

<sup>121</sup> "As causas da provável existência de novos bens jurídico-penais são, seguramente, distintas. Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de novas realidades que antes não existiam – ou não com a mesma incidência – e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas; assim, a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de inversão. Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de *realidades tradicionalmente abundantes* que em nossos dias começam a manifestar-se como "bens escassos", aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresso; por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar, há que se contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas; por exemplo, o patrimônio histórico-artístico." (SILVA-SÁNCHEZ, Jesus-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27).

<sup>122</sup> Essa doutrina do tempo é verificada na sociedade moderna, onde as práticas sociais são reexaminadas e reformuladas à luz do triunfo do tempo, ao contrário das sociedades tradicionais baseadas na perpetuação (paralisadas no tempo). A sociedade não é um todo unificado e nem por isso deixa de existir. Essa visão contraria o mundo do Humanismo Renascentista; nesse mundo, o homem foi colocado no centro do universo. Após este período, com base na imagem do homem racional, as revoluções científicas conferiram ao homem a capacidade de decifrar os mistérios da Natureza. a visão da certeza foi eliminada fazendo com que os passos do homem não possam mais ser garantidos pela lógica cartesiana (GAUER, Ruth Maria Chittó. **O reino da estupidez e o reino da razão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 139).

<sup>123</sup> "A sociedade de risco é uma decorrência da rapidez inusitada com que se sucedem os acontecimentos no mundo hoje. O homem atual vive em um ano o que o do Século XIX teria de viver em cem. Essa "evolução tecnológica" foi também responsável pela criação e multiplicação de novos riscos." (FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do Direito Penal: panorama de alguns problemas comuns**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 31).

ágora e outros sítios de comunicação, onde seria possível negociar a reformulação de problemas privados em questões públicas. [...] Hoje, passado o momento de auge, as suspeitas ressurgiram; foram reanimadas pelas percepções ou premonições de instituições públicas que, de modo arbitrário, impõem novos limites legais a iniciativas que antes deviam permanecer na órbita do privado; ao mesmo tempo, expulsam e armazenam/escondem/fecham, para seu próprio uso não controlado (e em potencial danoso), quantidades cada vez maiores de informações incontestavelmente íntimas, particulares, discricionárias - tudo em flagrante transgressão aos usos há muito estabelecidos pelo conceito de democracia, ainda que não explicados e codificados. Seja qual for a suposta agressividade e a violência previstas das instituições públicas lideradas pelo Estado todo-poderoso, e não obstante a mudança da forma como se percebe o Estado, as advertências quanto à ameaça proveniente do lado oposto foram apenas esporádicas (se é que existiram e chegaram a ser ouvidas): a ameaça da iminente invasão e conquista da esfera pública pelo que era visto até então como da ordem exclusiva do privado. Mas poucas vezes essas advertências foram levadas a sério. A tarefa que inspirou boa parte de nossos ancestrais e as gerações mais velhas a vigiar e partir para o combate foi defender o domínio do privado em relação à intromissão indevida dos detentores do poder. As pessoas aceitavam de bom grado ou com relutância as instituições públicas como seus vigias noturnos e guarda-costas - não muito mais que isso. Sem dúvida jamais as admitiam na função suspeita de bisbilhoteiras a espionar através das cortinas os assuntos particulares dos outros.<sup>124</sup>

Nota-se, então, neste início de milênio, uma suprema ironia. Por fatores totalmente exógenos aos mandos estatais, cada vez está mais tênue, senão completamente desaparecida, a linha que separa o privado do público. Cada vez mais os indivíduos expõem parte considerável do anteriormente tido como privacidade aos olhos de qualquer um, interessado ou não. E todo este processo se dá ao largo das regulamentações estatais. A sociedade por si só está cada vez menos privada, sendo a vida de todos oferecida a bel prazer em redes sociais diluídas pela rede através de aparelhos eletrônicos de comunicação dos mais diversos tipos.<sup>125</sup> Cada um expõe uma parte de sua vida pela própria vontade, e não por vontade de força governamental alguma.

Mesmo assim, alheio a toda esta modificação paradigmática social, segue-se assistindo à continuidade desta incansável perseguição da sanha estatal, em sua concepção tipicamente moderna, de controlar e vigiar os atos dos atores sociais a fim de regulamentá-los e controlá-los em um cenário onde, conforme visto, nada

<sup>124</sup> BAUMAN, op. cit. 2010, p. 37-38.

<sup>125</sup> Segundo Bauman, vivemos hoje em uma sociedade confessional, onde as pessoas “equipadas com confessionários eletrônicos portáteis são apenas aprendizes treinando e treinados na arte de viver numa sociedade confessional – uma sociedade notória por eliminar a fronteira que antes separava o privado e o público, por transformar o ato de expor publicamente o privado numa virtude e num dever públicos, e por afastar da comunicação pública qualquer coisa que resista a ser reduzida a confidências privadas, assim como aqueles que se recusam a confidenciá-las.” (BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007a, p. 09-10).

mais é controlável ou regulamentável.

## 1.6 AS RELAÇÕES ECONÔMICAS NA COMPLEXIDADE

A realidade transfigurada pela modernidade complexa veio a influenciar a formação do pensamento nas diversas áreas da pesquisa científica. Isso também veio a afetar os dogmas que reinavam absolutos há tempos nas ciências econômicas.

Sobretudo no período que se deu após as grandes guerras, a ascensão dos pensamentos de Marx e Keynes, sobretudo na União Soviética e nas nações anglo-saxônicas, respectivamente, que questionavam os fundamentos originais do liberalismo clássico, originou uma nova ordem geopolítica mundial.

O final da Segunda Guerra Mundial transformou a Europa em um vasto território ocupado pelos exércitos norteamericano e soviético, que defendiam duas ideologias estatais bem distintas. Enquanto os Estados Unidos adotavam e propagavam a economia capitalista, em uma retórica argumentativa baseada nos valores de democracia e liberdade, a União Soviética defendia a economia socialista, como reação ao já muito questionado domínio burguês-capitalista e solução aos problemas sociais, com a entrega do poder ao proletariado. Este cenário de guerra fria fez com que o cenário geopolítico mundial fosse dividido na segunda metade do século XX: enquanto as Américas (exceto Cuba) e a Europa Ocidental ficaram sob influência cultural e ideológica dos Estados Unidos, a Europa Oriental, a maior parte do Leste Asiático e a Ásia Central foram subjugadas pela União Soviética.<sup>126</sup>

Logo no início da chamada Guerra Fria, os Estados Unidos da América, dentro de sua política de expansão do domínio capitalista, inundaram as nações aliadas, sobretudo as da Europa Ocidental e da América Latina, de crédito barato e investimentos maciços em infraestrutura, no movimento político denominado Plano Marshall. Tal plano visava fortalecer as economias dilaceradas pelas Grandes Guerras, bem como afastar qualquer ameaça de influência comunista na área de sua influência e dominação. Como resposta a tal movimento, a União Soviética instituiu o COMECON (Conselho Para Assistência Econômica Mútua), visando

---

<sup>126</sup> FARIAS NETO, Pedro Sabino de. **Ciência Política**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 303.

impedir que os países de sua influência migrassem para o pólo capitalista. A este movimentos sucederam a criação de outras instituições multinacionais, como a OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte), capitalista, e o Pacto de Varsóvia, do bloco socialista. A corrida armamentista e espacial, verificada nesta época, direcionou grande parte dos recursos econômicos dos países chaves deste cenário para as forças armadas locais. O militarismo foi característica marcante das potências econômicas do fim do século passado.

Neste cenário dicotômico e polarizado, surgem as chamadas correntes da economia política crítica, destacando-se o pensamento econômico estruturalista. Resultado da evolução da ciência econômica, influenciada por outras áreas do conhecimento humano, como a linguística e a antropologia,<sup>127</sup> contrapunha-se ao pensamento evolucionista em voga na época, ao desconsiderar a escala de desenvolvimento e riqueza das nações como algo linear. Para os estruturalistas, o fato de determinada nação ter alcançado ou não o grau de desenvolvimento não significaria que fosse menos avançada que outra nação já em grau de desenvolvimento industrial e tecnológico consolidados. Não havia uma corrida em que algumas nações estavam atrás de outras em um mesmo caminho. Não havia um caminho único a ser percorrido pelas nações supostamente atrasadas para que alcançassem as outras, dentro de um enfoque determinista surgido e desenvolvido no século XIX. O grau de desenvolvimento ou não de uma nação já representa o ponto de chegada, resultante não apenas das forças internas, mas sobretudo do grau de influência externo que o agente sofria. Assim, haveria uma tendência de as nações ditas desenvolvidas concentrarem ainda mais a sua riqueza, enquanto as nações ditas subdesenvolvidas continuariam a sofrer cada vez mais em uma corrida que não haveria fim se o cenário continuasse imutável.<sup>128</sup> Destacam-se na escola estruturalista as figuras de Albert Hirschmann,<sup>129</sup> Raul Prebisch<sup>130</sup> e Celso

---

<sup>127</sup> Sobretudo pelas ideias de Saussure e Levy Strauss, respectivamente.

<sup>128</sup> OLIVEIRA; GENNARI, op. Cit., p. 282.

<sup>129</sup> Albert O. Hirschmann (1915), economista alemão, teve em sua obra como a pioneira em questionar as noções de desenvolvimento. Suas primeiras obras buscavam justamente conceituar e enumerar os fatores necessários para que uma nação fosse “promovida” do grau de subdesenvolvimento para o de desenvolvimento. Posteriormente, sua obra passa a propor a análise dos países subdesenvolvidos não apenas dentro de uma lógica de ausência ou desordem de determinados fatores para o alcance do suposto “desenvolvimento” dentro de um modelo preexistente ditado pelas nações já ditas “desenvolvidas”. Defende uma análise sob uma nova abordagem, visando à busca das potencialidades dentro da realidade local, por intermédio de pesquisas extensas e profundas, a fim de identificar e criar condições necessárias de materialização destas potencialidades e assim alcançar um desenvolvimento real e duradouro.

Furtado.<sup>131</sup>

As ideias de Keynes também foram relidas, sobretudo a partir da década de 1970. Nesta época, os primados da doutrina keynesiana já haviam perdido influência, tendo passado a ser vistos apenas como mais ‘um caso especial da teoria neoclássica geral’. Tal equívoco foi percebido por um grupo de economistas, dentre os quais se destacava Piero Sraffa,<sup>132</sup> que discordava serem as ideias de Keynes compatíveis com uma classificação secundária de uma escola antiga que nada tinha a ver com sua base teórica. Os pós-keynesianos, como foram chamados, questionavam a doutrina liberal clássica, e as correntes daí derivadas, que pugnavam que quem detinha a margem de lucro do capital e, portanto, quem fazia a poupança e os investimentos necessários para o desenvolvimento da sociedade

---

Defendia o Estado como agente coordenador e indutor do desenvolvimento econômico-social dentro de modelos internos, compatíveis com a realidade local, e não baseadas em modelos externos (Ibid., p. 283-286).

<sup>130</sup> O argentino Raul Prebisch (1901-1986) ocupou, dentre outros cargos, o posto de primeiro Diretor-Geral do Banco Central da Argentina e a Direção da CEPAL (Comissão Econômica Para a América Latina), órgão da Organização das Nações Unidas, que tinha como objetivo principal analisar e apresentar propostas para o desenvolvimento dos países latinoamericanos no pós-guerra. Foi justamente no comando do referido órgão que Prebisch elaborou sua obra, baseada na crítica às teorias econômico-desenvolvimentistas convencionais e sua inaplicabilidade na realidade latinoamericana. Sua abordagem visava a superação de um sentimento de descrença às teorias econômicas surgidas fora dos países ditos desenvolvidos. Defendia a ideia de que o caminho a ser percorrido pelos países latinoamericanos para atingir o grau de desenvolvimento não deve ser necessariamente igual ao dos demais países, eis que se tratam de realidades culturais e históricas muito distintas. Criou o conceito de centro-periferia, onde o centro seriam os países geradores e difusores do progresso técnico. O desenvolvimento tecnológico nos países do centro se deu de forma uniforme e natural, enquanto nos países periféricos, se deu de maneira impositiva, visando atender as demandas dos países do centro. Outro ponto crucial de sua doutrina foi a Teoria da Deterioração dos Termos de Troca, onde constatava que, no comércio internacional, os produtos manufaturados, exportados pelos países do centro, tendiam a apresentar um valor maior continuamente, enquanto os produtos primários exportados pela periferia tendem a declinar, sendo assim os benefícios da tecnologia serem absorvidos cada vez mais pelos países integrantes do centro em detrimento aos da periferia. Este desequilíbrio gerava cada vez mais tensões internas nos países periféricos que, segundo o autor, só conseguiriam alcançar um grau de equilíbrio através do planejamento institucional externos (Ibid., p. 287-294).

<sup>131</sup> As ideias de Celso Furtado serão tratadas mais a frente.

<sup>132</sup> Piero Sraffa (1898-1983) é tido como sucessor direto das ideias de David Ricardo e Karl Marx, tendo sua obra marcada por uma releitura das teorias do valor de seus antecessores. Crítico mordaz das teorias neoclássicas do crescimento, da destruição e da eficiência do capital pelas escolas neoclássicas da economia, veio a complementar a teoria marxista do valor e a transformação deste em preço. A Teoria dos Preços de Sraffa, ao contrário da Teoria do valor de Marx, não considera a força de trabalho como uma mercadoria cujo valor é determinado como as outras mercadorias. Não há uma separação entre força de trabalho necessária e excedente, como propunha Marx (que defendia ser este o resultante da mais-valia). Para o autor, toda a produção que excede a reposição das mercadorias usada na produção é tida como excedente. Como salários e lucros são excedentes, o salário passa a ser visto também como variável. O incremento dos salários dos trabalhadores não necessariamente passa a diminuir a margem de lucro do capitalista e o aumento final dos preços. Sua doutrina foi de grande influência na releitura dos postulados de Keynes, muito embora não seja unanimidade mesmo entre seus colegas pós-keynesianos. (HUNT, op. cit., p. 456-460)

como um todo seriam os capitalistas, cabendo aos trabalhadores receber um salário próximo ao nível de subsistência, pois seriam estes inaptos a elaborar qualquer nível de poupança. Grosso modo, para os pós-keynesianos, o grau de desenvolvimento social não pode ser aferido única e exclusivamente pelo grau de acúmulo de capital na mão da classe capitalista, pois depende de uma série de múltiplos fatores, passados e futuros.

A teoria pós-keynesiana se preocupa com a economia real que existe numa situação histórica concreta e que se ajusta a forças de desequilíbrio num processo que ocorre em tempo verdadeiro, tempo histórico. O ajustamento depende, dentre outras coisas, de como os agentes econômicos interpretam o passado e do que esperam do futuro. A exatidão de suas expectativas depende não apenas da adequação de sua avaliação do passado e do presente, mas também da compatibilidade ou incompatibilidade de suas decisões, baseadas nessas expectativas, com as decisões de centenas de milhares de outros agentes econômicos com que são economicamente interdependentes. Assim, um empresário pode estar muito atento, fazer cálculos exatos e investir com cautela, mas o sucesso desse investimento dependerá sempre em parte das decisões tomadas simultaneamente por concorrentes, fornecedores e clientes, bem como de outros fatores que são imprevisíveis. Concorrentes, fornecedores ou clientes podem agir de acordo com expectativas menos sólidas ou totalmente irracionais. Nestes casos, até as projeções elaboradas com o maior cuidado pelo empresário podem estar equivocadas.<sup>133</sup>

No cenário nacional, o século passado veio a romper com toda uma tradição imposta desde o início da colonização pelos portugueses. A economia brasileira foi, por mais de quatrocentos anos, baseada estritamente no setor primário, seja pela produção agrícola de *commodities*, como açúcar e café, seja pela atividade extrativista, de recursos minerais e borracha.

O fim do período imperial trouxe o apogeu da cultura cafeeira, no final do século XIX. O advento da República e o sistema federativo descentralizaram as políticas de crédito e de imigração, fazendo com que o governo central transferisse tais responsabilidades aos estados-membros, o que incrementou significativamente a produção do café, sobretudo no Estado de São Paulo, já dominado pela oligarquia agrícola. Aliado a isso, os grandes concorrentes nacionais na produção do grão – colônias inglesas e francesas do sudeste asiático, como Ceilão e Indochina – sofreram com intempéries climáticas que praticamente dizimaram a produção local. A coincidência destes fatores levou ao crescimento geométrico da produção em pouquíssimo tempo, chegando o Brasil, no final do período, ser responsável por três

---

<sup>133</sup> Ibid., p. 462-463

quartos do mercado mundial, o que propiciou aos produtores brasileiros, por certo tempo, ter a prerrogativa de controle do preço internacional da mercadoria através da manipulação dos estoques.<sup>134</sup>

No entanto, com a crise abatida nos Estados Unidos em 1893, a valorização cambial causou um revés aos produtores nacionais, fazendo que o preço da saca de café despencasse no mercado mundial. Tal fator, aliado ao já encorpado volume dos estoques internos preexistentes, resultantes da manipulação dos preços do mercado externo, fizeram com que a capacidade de estocagem do grão fosse insuportável internamente. Em 1906, foi assinado o chamado Convênio de Taubaté, entre o governo republicano e os produtores, acordo este que visava a valorização do produto nos mercados internos e externos.<sup>135</sup> Tal medida salvou a classe cafeeira até o final da década de 1920. No entanto, a crise mundial de 1929 fez com que a produção sofresse um revés que traz reflexos até os dias de hoje, uma vez que tanto a produção interna quanto o papel do Brasil no cenário internacional do café nunca mais foram os mesmos.

Por mais nefastas que tenham sido as consequências do declínio da cultura cafeeira na economia nacional, não pode se dizer que o Brasil tenha sido um dos países mais afetados pela grande depressão econômica mundial da década de 1930. O crescimento da renda e a qualificação da mão-de-obra europeia migrada fizeram com que a incipiente produção industrial nacional se mantivesse a níveis satisfatórios no período, bem como, sobretudo após a mudança de comando na política central após a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, notou-se um período de incentivo à descentralização da agricultura, tanto geograficamente, com a implementação de políticas de migração e colonização interna, como culturalmente, com a diversificação da produção.

A política econômica de Vargas, ao contrário do período republicano

---

<sup>134</sup> FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 251.

<sup>135</sup> "A ideia de retirar do mercado parte desses estoques amadurece cedo no espírito dos dirigentes dos estados cafeeiros, cujo poder político e financeiro fora amplamente acrescido pela descentralização republicana. No convênio celebrado em Taubaté em fevereiro de 1906, definem-se as bases do que se chamaria política de "valorização" do produto. Em essência, essa política consistia no seguinte: a) com o fim de restabelecer o equilíbrio entre oferta e procura de café, o governo interviria no mercado para comprar os excedentes; b) O financiamento destas compras se faria com empréstimos estrangeiros; c) o serviço destes empréstimos seria coberto com um novo imposto cobrado em ouro sobre cada saca de café exportada; d) a fim de solucionar o problema mais a longo prazo, os governos dos estados produtores deveriam desencorajar a expansão das plantações." (Ibid., p. 253-254).

oligárquico anterior, era de centralização das decisões, de continuidade do apoio à produção agrícola, sobretudo a cafeeira, mas, principalmente, sob um viés nacionalista, de expansão da indústria nacional. A política do Estado Novo, como aliás está expressa em seu nome, remete a uma mudança radical dos rumos da economia política nacional, sendo a industrialização uma questão de Estado. Tem-se aí o crescimento da influência da corrente econômica desenvolvimentista, que teve em Roberto Cochrane Simonsen seu fundador.

A referida corrente defendia a ideia principal de que o atraso no desenvolvimento nacional somente viria, a passos largos, com a industrialização plena do país – leia-se aí, indústria de bens de consumo, bens de capital e indústria de base –, lastreada por ações intervencionistas marcadas pelo protecionismo e planejamento. Tais ações não contrariariam as posições dos países aliados do Brasil, uma vez que favoreciam a importação, não apenas de matérias-primas de países produtores agrícolas como os Estados Unidos, mas também de maquinário de diversos países, especialmente europeus. A corrente ainda defendia a intervenção estatal para o desenvolvimento de setores da economia não agraciados com os interesses privados.<sup>136</sup>

No entanto, foi Celso Furtado o grande nome da corrente desenvolvimentista nacional. O economista paraibano foi membro efetivo da CEPAL por muitos anos, sendo o primeiro teórico nacional a tecer um estudo sistemático da economia brasileira, servindo de base para a adoção dos rumos da economia nacional por várias décadas. Com um viés eminentemente estruturalista, traçou em sua obra um quadro histórico das etapas da economia nacional. Para ele, como aos demais estruturalistas, o subdesenvolvimento dos países da América Latina não era uma etapa a ser necessariamente atravessada ao caminho do desenvolvimento econômico e social, mas resultado de políticas externas dos países centrais aplicadas sobre a periferia, e que o processo inflacionário dos países subdesenvolvidos era devido em grande parte às medidas protecionistas e predatórias dos países desenvolvidos, bem como às buscas das elites brasileiras pelo ganho fácil. Sua preocupação era basicamente com a produção e distribuição da renda interna como fator primordial de desenvolvimento, defendendo, para isto, uma atuação maior do Estado na tributação do consumo conspícuo para elevar a

---

<sup>136</sup> OLIVEIRA; GENNARI, op. cit., p. 334-338.

renda *per capita* nacional, bem como a implementação da reforma agrária, uma vez que a estrutura agrícola arcaica, além da tendência ao consumo de luxo pelos grandes proprietários que não permitiam a formação de poupança nem os investimentos para modernização e aumento da produção.<sup>137</sup>

É evidente que as ideias de Celso Furtado ganharam resistência na política nacional, sobretudo após o advento do Governo Militar, em 1964. Neste período, surge como grande arauto da economia nacional o matogrossense Roberto Campos. Estruturalista de postura conservadora, pautou sua teoria no sentido de que existe uma incompatibilidade entre desenvolvimento econômico e distribuição de renda, devendo ser o primeiro colocado como objetivo principal em detrimento do segundo. Para ele, a distribuição de renda como fator de crescimento é uma ilusão, pois o desenvolvimento econômico, uma vez concretizado, por si só causaria um desequilíbrio social tolerável. O bolo deveria crescer primeiro para depois ser repartido. A divisão de renda em um país subdesenvolvido seria apenas coletivizar ainda mais a miséria social. O processo de industrialização visto no país a partir da década de 1950 seria, para ele, uma arrancada em direção ao desenvolvimento que, aliado à expansão da infraestrutura, da produtividade agrícola e das exportações, teria seu destino fatalmente alcançado.<sup>138</sup> Defensor da estabilidade institucional, foi um dos mais influentes nomes, não apenas na economia, como também na política nacional, a partir da década de 1960, não apenas fornecendo as bases teóricas para a institucionalização da pragmática política econômica do período militar, mas também como um dos mais ardentes defensores do neoliberalismo após a abertura democrática.

O neoliberalismo nacional, a propósito, teve em Eugênio Gudim Filho seu grande expoente. Engenheiro de origem, e articulista de economia na imprensa carioca, acompanhou de perto todas as transformações na economia nacional no século passado. Combatente direto das ideias desenvolvimentistas do período do governo de Getúlio Vargas era contrário a qualquer tipo de intervenção estatal na economia, pois sua prática desfavorecia a concorrência e o incremento da produção, já que aumentava o preço final ao consumidor. Defendia, também, a substituição da matriz agrícola como mola propulsora da economia externa nacional, uma vez que se tratava de um setor da economia de desenvolvimento arcaico e sujeito a

---

<sup>137</sup> Ibid., p. 338-347.

<sup>138</sup> Ibid., p. 347-356.

intempéries e variáveis fora do domínio humano. Crítico mordaz das intervenções estatais nos setores energéticos, como petróleo e energia, e de infraestrutura, defendia a administração destes pela iniciativa privada. Era favorável à ideia de que um nível de tributação superior a 20% seria de natureza confiscatória e impediria o desenvolvimento dos setores produtivos. Combatia também a implementação de uma reforma agrária, sob a alegação de que o desenvolvimento do setor primário dependia, sobretudo, do nível educacional, de saúde e de políticas de crédito e assistência técnica. Aqueles que quisessem ser proprietários rurais lutariam por tal intento, enquanto os agraciados da reforma venderiam seu quinhão. Contrário às leis trabalhistas e ao aumento de salários, que considerava possível apenas quando o aumento na produção assim possibilitasse, o que passava a ser fator de desencadeamento do processo inflacionário.<sup>139</sup> Para Gudin, o modelo ideal era o existente no século XIX e início do século XX, que apresentava a Inglaterra como potência mundial. O desenvolvimento não deveria ser algo a ser perseguido pelo Brasil, devendo este se contentar a cumprir bem o seu papel de fornecedor de produtos primários na ordem econômica liberal. A principal causa do subdesenvolvimento do Brasil não era associada à vocação agrária, mas ao caudilhismo imperante por toda a América Latina.

Outro grande discípulo das ideias de Gudin foi Otávio Gouveia de Bulhões, contemporâneo de Roberto Campos na atividade burocrática durante o período militar. A dupla foi a grande responsável pela criação do Banco Central do Brasil, que descentralizou do Banco do Brasil os papéis de fiscalização e direção da política econômica nacional; pela implementação do instituto da correção monetária, com a criação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN) e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) como fator de poupança interna. Criou o Conselho Monetário Nacional e, no campo tributário, editou o atual Código Tributário e foi o responsável pela criação do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), como instrumento de direcionamento da política de preços.<sup>140</sup> Seu pensamento teórico preconizava o Estado Mínimo e o fortalecimento das corporações, através de processos de fusões e concentrações, como instrumento de condução ao desenvolvimento.

O pensamento econômico clássico, assim construído e consagrado dentro de

---

<sup>139</sup> Ibid., p. 363-369.

<sup>140</sup> Ibid., p. 372-374.

um contexto liberal, dominante na idade moderna, entrou em crise, pois absolutamente se fazia insubsistente para explicar o cenário que se descortinava. A estrutura básica da economia enquanto ciência foi construída em uma época onde figurava como regra uma sociedade simples, na qual tudo era baseado no corte, na separação. A economia era analisada como uma ciência independente, separada da cultura e da religião, por exemplo. Por certo que tal modo de aplicação não é compatível com a realidade atualmente presenciada. Com todos os domínios da vida social interagindo, o isolamento proposto pela doutrina clássica tem sua aplicação impossibilitada atualmente, em uma sociedade em que a impossibilidade de controle e a diluição das relações econômicas são a tônica.<sup>141</sup>

Por trás de todas as teorias econômicas elaboradas nos últimos três séculos, nota-se, juntamente com o crescimento do modo individualista de pensamento, a ascensão do dinheiro como o fator estrutural mais importante da sociedade contemporânea.<sup>142</sup> A invenção de um meio circulante substitutivo dos valores conferidos aos bens e serviços em geral transformou em impessoal a relação entre o indivíduo e determinado produto e por quem o produziu e, conseqüentemente, do próprio homem com as mais diversas esferas sociais, ao contrário do cenário vigente na Idade Média. Nesta época, a corporação medieval integrava e atuava diretamente no homem por inteiro e este, privado de seus direitos, era totalmente absorvido pela comunidade. Com o advento da Modernidade, as inúmeras associações foram surgindo com o intuito de obter lucro e suas atividades passaram a ser de caráter puramente técnico. Além desta objetividade, o dinheiro fez com que os indivíduos se libertassem dos constrangimentos que passavam durante o medievo, pois agora seu vínculo é em razão do dinheiro, e não mais como pessoa

---

<sup>141</sup> MAFESSOLI, op. cit., p. 137-138

<sup>142</sup> Georg Simmel detecta bem esta mudança de paradigma. Nas sociedades pré-modernas, os homens viviam em um número pequeno e limitado de círculos sociais. Suas relações eram baseadas na tradição local, no parentesco. As relações eram de dependência e subordinação. O senhor feudal dominava o servo. A produção era pequena e local. Com o advento da Modernidade, do dinheiro, os indivíduos passaram a pertencer a vários círculos sociais bem definidos, rompendo aquela relação de dominação e subordinação que existia. Cada pessoa passou a ocupar uma posição distinta e específica nos seus círculos. A relação familiar é separada da do trabalho, do clube, da religião... Essa fragmentação das relações trouxe ao homem uma sensação de liberdade. Com o crescimento da capacidade de comunicação e relação entre os homens, em diversas esferas sociais, o dinheiro aparece como o mecanismo de mediação mais eficaz na relação entre sujeito e objeto, tornando esta relação impessoal, sem vínculo, diferentemente das relações anteriores que eram íntimas, estreitas, entre as pessoas e as coisas. Logo, o dinheiro dá liberdade e não vincula o indivíduo a compra de determinado produto, produzido por determinada pessoa. (SIMMEL, Georg. **Psicologia do dinheiro e outros ensaios**. Lisboa: Texto e Grafia, 2009, p. 23-25).

por inteiro (SIMMEL, 2009, p. 23-25).<sup>143</sup> Este caráter impessoal do dinheiro, com ausência de valores específicos, fez com que ocorresse a separação entre sujeito e objeto, diferentemente do que acontecia na Idade Média, onde as relações eram pautadas nos laços e vínculos interpessoais e destes com o produto de seu trabalho.<sup>144</sup>

Avançando ainda mais na evolução das relações financeiras, nota-se, a partir da segunda metade do século passado, uma tendência cada vez maior de virtualização da moeda como resultante de uma sociedade de consumo. A moeda, que já havia nascido como substituta das mercadorias e pessoas, passa a ter cada vez menos limitação em sua circulação, resultante de um mundo cada vez menor, com um número cada vez mais crescente de necessidades individuais e com suas distâncias interligadas.

A economia contemporânea é uma economia da desterritorialização ou da virtualização. O principal setor mundial em volume de negócios, lembremos, é o do turismo: viagens, hotéis, restaurantes. A humanidade jamais dedicou tantos recursos a não estar presente, a comer, dormir, viver fora de sua casa, a se afastar de seu domicílio. Se acrescentarmos ao volume de negócios do turismo propriamente dito o das indústrias que fabricam veículos (carros, caminhões, trens, metros, barcos, aviões etc.), carburantes para os veículos e infraestruturas (estradas, aeroportos...), chegaremos a cerca de metade da atividade econômica mundial a serviço do transporte. O comércio e a distribuição, por sua vez, fazem viajar signos e coisas. Os meios de comunicação eletrônicos e digitais não substituíram o transporte físico, muito pelo contrário: comunicação e transporte, como já sublinhamos, fazem parte da mesma onda de virtualização geral. Pois ao setor da desterritorialização física, cumpre evidentemente acrescentar as telecomunicações, a informática, os meios de comunicação, que são outros setores ascendentes da economia do virtual.<sup>145</sup>

É evidente que esta mudança no cenário e no modo de pensar a economia veio a sofrer críticas contumazes daqueles que não aceitam essa quebra

---

<sup>143</sup> Ibid., p. 23-25.

<sup>144</sup> Do mesmo modo, SIMMEL nos mostra o paradoxo surgido com o dinheiro, pois, ao mesmo tempo que impessoaliza as relações entre as pessoas e sua produção, o dinheiro exerce um papel de união entre as pessoas, pois estabelece um nível de interesse comum entre elas, como a necessidade de obter lucro e de consumo, fazendo com elas que se reúnam pelos mesmos objetivos. Além desta união, o dinheiro possibilitou a divisão do trabalho, pois é com ele que se paga a atividade desempenhada pelo indivíduo e não o indivíduo como um todo. Assim, de um lado, a economia monetária possibilitou a ampliação das relações entre os homens, diminuindo as distâncias sociais entre os mesmos e permitindo um relacionamento entre eles totalmente universal e efetivo no mesmo nível e em todos os lugares, e de outro, trouxe, além da liberdade, um individualismo, que acabou por gerar anonimato e desinteresse pela individualidade da pessoa a qual se está relacionando e uma impessoalidade nas relações, que acabou por separar o sujeito do objeto (Ibid., p. 27-29).

<sup>145</sup> LEVY, Pierre. **O que é o virtual?** 1. ed. 6ª reimp. São Paulo: Editora 34, 2006, p. 51.

paradigmática. Alguns autores falam até em morte da economia como ciência.<sup>146</sup> Outros, um pouco menos alarmistas, fazem uma análise mais equilibrada do panorama. A globalização e a desmaterialização das riquezas, fenômenos presentes atualmente no cotidiano, são vistos de forma positiva por alguns pensadores, como Edgar Morin,<sup>147</sup> por exemplo. Em contraponto, outros, apesar do ceticismo, não creem no fim da ciência econômica, mas numa necessidade de adaptação.<sup>148</sup>

Outro fator a ser levado em consideração no fim do século XX foi a flexibilização das políticas cambiais por parte dos países ocidentais. Resultante de uma necessidade cada vez maior de mobilidade do capital mundial, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, vê-se nas últimas décadas um aumento progressivo do número de países que controlam cada vez menos o fluxo de entrada e saída de capital estrangeiro.

As políticas de taxas fixas de câmbio foram instrumento largamente utilizado por países de tendência intervencionista econômica. Na busca de estabilidade econômica interna, os governos fechavam as portas de entrada dos capitais alienígenas, na busca de 'arrumar a casa' internamente para, uma vez estável a

---

<sup>146</sup> Dentre os pensadores radicais neste sentido podemos citar Baudrillard, que apocalipticamente profere que "Neste sentido, não deixa de ser paradoxal ver a economia voltar em triunfo à ordem do dia. É possível falar ainda de 'economia'? A atual não tem o mesmo sentido da análise clássica ou marxista. Porque seu motor já não é mais a infra-estrutura da produção material nem a superestrutura; é a desestruturação do valor, é a desestabilização dos mercados e das economias reais, é o triunfo de uma economia despida das ideologias, das ciências sócias, da história, de uma economia despida da Economia e entregue à especulação pura, de uma economia virtual despida das economias reais (não realmente, é claro: virtualmente – mas hoje justamente não é realidade, é a virtualidade que detém a força), de uma economia viral que, assim, encontra todos os outros processos virais. É como lugar de efeitos especiais, de acontecimentos imprevisíveis, de jogo irracional que ela volta a ser o teatro exemplar da atualidade (BAUDRILLARD, Jean. **A transparência do mal: ensaio sobre os fenômenos extremos**. 2. ed. Campinas: Papyrus, 1992, p. 41).

<sup>147</sup> Podemos citar como exemplo Edgar Morin. Suas ideias ganharam vulto principalmente após a constatação da profunda ambivalência que caracteriza o movimento da sociedade complexa: "Podemos ver os dois eixos. Não há uma única globalização (ou modernização?), mas duas que são ligadas e antagônicas. E há fenômenos quase ambivalentes, como o desenvolvimento das comunicações. Por que ambivalentes? Porque o desenvolvimento das comunicações, sobretudo nos últimos anos, com o fax, o telefone celular, internet, a comunicação instantânea em todos os pontos do planeta, é um fenômeno notável no sentido que pode ter efeitos muito positivos, que permitam comunicar, entender e intercambiar informações" (MORIN, op. cit. 2002, p. 42).

<sup>148</sup> Neste sentido constata apocalipticamente Rosnay que "com a moeda eletrônica, desenvolve-se outro efeito perverso da lógica das redes: a economia eletrônica parasitária. Uma economia paralela que irá abalar os próprios fundamentos da economia clássica. A moeda eletrônica criptada suprime os malotes das cédulas. Somas ilimitadas podem ser depositadas em contas apropriadas, de um extremo a outro do planeta, o que favorece os circuitos de reciclagem e lavagem de dinheiro. A máfia e os traficantes de toda a espécie já utilizam redes telemáticas internacionais (inclusive a Internet), telefones celulares, pagers e moeda eletrônica para escapar ao controle dos Estados. Empresas e pessoas chegarão mesmo ao ponto de emitir moeda eletrônica privada, fazendo concorrência aos bancos centrais dos Estados. Já não será necessário falsificar cédulas!" (ROSNAY, op. cit., p. 311-312).

situação interna, abrir ao comércio internacional. O Brasil muito utilizou esta prática, principalmente após a abertura democrática na década de 1980, fechando-se ao mundo exterior com a declaração da Moratória da Dívida Externa em 1987 e a penalização da evasão de divisas em 1986.

No entanto, esta combinação entre livre mercado e restrições financeiras não apresentava uma dinâmica econômica estável. O movimento da regionalização internacional, com a criação dos grandes blocos econômicos a partir dos anos 1990, fez com que os países inseridos neste contexto tomassem medidas de flexibilização da banda cambial a fim de permitir a cooperação econômica.<sup>149</sup> Como exemplos, pode-se citar os países da Comunidade Econômica Europeia e sua unificação monetária, e o próprio sistema cambial nacional, que se viu obrigado, em 1999, a flexibilizar os limites do câmbio fixo adotado pelo Plano Real, de 1994. Outros países, por sua vez, como a República Argentina, que detinha um câmbio fixo, paritário e multifacetário, permitindo, inclusive, a circulação e depósitos bancários em moeda norteamericana, não tomaram a mesma medida e sofreram as consequências nefastas da globalização com a sua praticamente quebra em 2001. O movimento de liberação cambial fez com que os países, na tentativa de sanear sua situação econômica interna, mudassem de instrumento para tal fim. Ao invés de manipular a política cambial, têm-se agora as medidas que visam o superávit primário, o enxugamento da estrutura estatal e a manipulação da taxa de juros remuneratórios de seus títulos públicos. Esta evolução do movimento de flexibilização cambial foi uma tônica no cenário econômico mundial no final do século XX. Segundo dados do Fundo Monetário Internacional, em 1984, de um total de 148 países, 62,5% destes tinham políticas de câmbio de taxas fixas, 13,5% de taxas flutuantes controladas e apenas 8,1% de taxas flutuantes liberadas. Apenas dez anos mais tarde, de um total de 178 países, a porcentagem de países que adotavam taxas fixas diminuiu para 38,9%, e os que utilizavam taxas flutuantes liberadas já eram 32,6%, contra 18% de países com taxas flutuantes controladas.<sup>150</sup>

Juntamente com esta tendência macroeconômica, percebe-se, atualmente, no alvorecer deste novo século, uma supervalorização do presente temporal, um dos reflexos mais latentes de uma sociedade ultraindividualista, da busca do prazer

---

<sup>149</sup> EICHENGREEN, Barry. **A globalização do capital: Uma história do sistema monetário internacional**. São Paulo: Editora 34, 2002, p. 249-253.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 250.

imediatamente através do consumo cada vez mais desenfreado de produtos de toda ordem.<sup>151</sup> Cada vez está mais à disposição dos consumidores privados uma gama variadíssima de transações financeiras imateriais, algo até pouco tempo reservado a um pequeno círculo de grandes corporações. Não há como, no mundo atual, ficar sem a possibilidade de efetuar alguma transição financeira, independentemente do contexto fático em que o cliente se encontre. Toma-se, por exemplo, uma situação de greve dos trabalhadores do sistema financeiro. Não há, hoje, como ser alegada impossibilidade prática na realização de alguma transição financeira. Pouquíssimos são os exemplos de operações que não podem ser realizados de algum outro meio que não seja presencialmente ante um funcionário de alguma agência bancária. Tantos são os meios alternativos da circulação do dinheiro e operacionalização das transações – internet, caixas eletrônicos, correspondentes bancários, dentre outros – que o tempo de greve e o grau de adesão do funcionalismo não têm mais o mesmo peso em uma negociação da categoria como o tinha em anos passados. O consumismo atual substituiu a necessidade pelo desejo como fator determinante da escolha individual.

O quadro posto revela uma contextualização da modernidade complexa em todos os seus elementos. A economia enquanto ciência, no momento em que aceita esta mudança, se molda e avança, apesar de todo o descontrole, insegurança e fluidez típicas do cenário atual, para um futuro otimista, o que, com certeza, se põe como vetor a ser seguido de maneira obrigatória pelas demais ciências sociais.

---

<sup>151</sup> “Não se compra apenas comida, sapatos, automóveis ou itens de mobiliário. A busca ávida e sem fim por novos exemplos aperfeiçoados e por receitas de vida é também uma variedade do comprar, e uma variedade da máxima importância, seguramente, à luz das lições gêmeas de que nossa felicidade depende apenas de nossa competência pessoal mas que somos pessoalmente incompetentes, ou não tão competentes como deveríamos, e poderíamos, ser se nos esforçássemos mais. Há muitas áreas em que precisamos ser mais competentes, e cada uma delas requer uma ‘compra’. Vamos às compras pelas habilidades necessárias a nosso sustento e pelos meios de convencer nossos possíveis empregadores de que as temos; pelo tipo de imagem que gostaríamos de vestir e por modos de fazer com que os Outros acreditem que somos o que vestimos; por maneiras de fazer novos amigos que queremos e de nos desfazer dos que não mais queremos; pelos modos de atrair atenção e de nos escondermos do escrutínio; pelos meios de extrair mais satisfação do amor e pelos meios de evitar nossa “dependência” do parceiro amado amante; pelos modos de obter o amor do amado e o modo menos custoso de acabar com uma união quando o amor desapareceu e a relação deixou de agradar; pelo melhor meio de poupar dinheiro para um futuro incerto e o modo mais conveniente de gastar dinheiro antes de ganhá-lo; pelos recursos para fazer mais rápido e que temos que fazer e por coisas para fazer a fim de encher o tempo então disponível; pelas comidas mais deliciosas e pela dieta mais eficaz para eliminar as consequências de comê-las; pelos mais poderosos sistemas de som e as melhores pílulas contra a dor de cabeça. A lista de compras não tem fim. Porém, por mais longa que seja a lista, a opção de não ir às compras não figura nela. E a competência mais necessária em nosso mundo de fins ostensivamente infinitos é a de quem vai às compras hábil e infatigavelmente.” (BAUMAN, op. cit. 2000, p. 87-88).

## **2 O MODELO JURÍDICO-REGULATÓRIO EXISTENTE E SUA (DES)CONFORMIDADE COM A REALIDADE SOCIAL FORJANDO O PAPEL DO DIREITO PENAL**

Passada a primeira parte do presente estudo, baseado na descrição de um cenário histórico da evolução das relações sócio-econômicas do ocidente a partir da modernidade, segue-se para o ponto seguinte, onde será analisada mais detalhadamente a evolução da regulamentação do sistema financeiro nacional – não apenas os instrumentos estatais de controle, mas também os de pressão às autoridades na persecução penal.

### **2.1 A REGULAMENTAÇÃO E CONTROLE DAS RELAÇÕES ECONÔMICAS NO CENÁRIO NACIONAL**

O mercado financeiro brasileiro, apesar de apresentar uma das normatizações mais detalhadas do panorama mundial, pode ser considerado de regramento recente. Até a primeira metade do século XX, a política econômica brasileira era estritamente estatizada e de difícil dinamização.

A ascensão do método capitalista-industrial de mercado em nível mundial, no final do século XIX, fez com que o aumento do fluxo de riquezas no cenário brasileiro fosse uma constante. Apesar deste cenário dinâmico, a economia nacional via-se paralisada pelos dogmas cristãos, que balizavam as diretrizes monetárias, fator predominante em economias de origem ibérica, como a América Latina. Historicamente eram registrados índices internos de inflação de considerável monta. Porém, ainda com base na arcaica Lei de Usura – o Decreto 22.626, de 1933 –, baseada nos ensinamentos antijudaicos da igreja católica, consolidados pelo Direito Canônico, os juros praticados no mercado eram imobilizados na casa dos 12 por cento ao ano. Esta prática levava os investidores a buscar formas à margem da lei para investir suas riquezas, o que gerava, dentre várias consequências, uma grande evasão tributária.<sup>152</sup>

Outras decorrências deste cenário eram a fragilidade do Governo Federal, cuja política externa se limitava em emitir títulos no mercado internacional a uma

---

<sup>152</sup> FORTUNA, op. cit., p. 15.

baixa remuneração, sem perspectiva de lucro para os seus investidores, e a falta de credibilidade dos resultados financeiros apresentados pelo governo no mercado internacional. Estes fatores geravam uma emissão descontrolada da moeda nacional, o que acabava alimentando o processo inflacionário que assolou a economia nacional no século XX.

Visando uma maior adaptação do Brasil à economia mundial, e buscando o ideal milagre econômico, logo após o golpe militar de 1964 foi elaborada uma série de leis que visavam à regulamentação dos agentes da economia nacional. Dentre elas, a Lei da Correção Monetária (Lei 4.357/1964),<sup>153</sup> que indexava os débitos fiscais através da ORTN (Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional), buscando abrandar os efeitos da desvalorização da moeda nacional, antecipando receitas com a finalidade de custear investimentos internos; a Lei do Plano Nacional da Habitação (Lei 4.380/1964),<sup>154</sup> que criava o BNH (Banco Nacional da Habitação), visando à criação de empregos na construção civil com o financiamento direto à população para a aquisição de imóveis residenciais, em uma tentativa de amainar os efeitos da recessão econômica então presente; a Lei do Mercado de Capitais (Lei 4.728/1965),<sup>155</sup> com o objetivo de incentivar a dinamização da poupança interna em títulos mobiliários, que até então eram concentrados em imóveis de renda e reserva de valor, visando suprir a carência da crescente demanda por crédito e popularizar os investimentos desta modalidade; a Lei da CVM (Lei 6.385/1976),<sup>156</sup> que criava a Comissão de Valores Mobiliários, entidade que fiscalizava o mercado de capitais; e a Lei das S.A. (Lei 6.404/1976),<sup>157</sup> que visava modernizar a regulamentação das sociedades anônimas e do mercado acionário e de valores mobiliários no Brasil.

O grande marco legislativo econômico nacional foi a edição da Lei da Reforma do Sistema Financeiro Nacional (Lei 4.595/1964).<sup>158</sup> Com o objetivo principal de normatizar a economia nacional, criou-se o Conselho Monetário

---

<sup>153</sup> BRASIL. Lei 4.357, de 16 de julho de 1964. Autoriza a emissão de Obrigações do Tesouro Nacional, altera a legislação do imposto sobre a renda, e dá outras providências.

<sup>154</sup> BRASIL. Lei 4.380, de 21 de agosto de 1964. Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências.

<sup>155</sup> BRASIL. Lei 4.728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento.

<sup>156</sup> BRASIL. Lei 6.385, de 07 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.

<sup>157</sup> BRASIL. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações.

<sup>158</sup> BRASIL. Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências.

Nacional (CMN), entidade governamental com a finalidade de determinar os rumos da política econômica interna e o Banco Central do Brasil (BACEN), com o intuito de regular a atuação dos bancos, as normas operacionais e procedimentos de funcionamento das instituições financeiras junto ao público, papel este até então reservado ao Ministério da Fazenda, à Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC) e ao Banco do Brasil.

O Sistema Financeiro Nacional constitui-se em uma complexa rede de mecanismos e instituições que operam, regulam e equilibram o mercado financeiro brasileiro.<sup>159</sup> Sua estrutura é constituída pelas chamadas instituições financeiras, cuja conceituação foi criada originalmente pela lei 4.595/1964, que, ao regular o Sistema e as entidades que se submetiam às decisões do Conselho Monetário Nacional (CMN), em seu artigo 17, dispõem serem estas, “para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas e privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, a intermediação ou a aplicação de recursos próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia e valor de propriedade de terceiros”. O texto ainda determina, em seu parágrafo único, que “para os efeitos desta Lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual”.

Fortuna (2011), de acordo com a finalidade das instituições que o compõe, divide o Sistema Financeiro Nacional em dois grandes subsistemas, o normativo e o de intermediação. Segundo ele, no primeiro grupo estariam localizadas as entidades diretivas da economia nacional, responsáveis pela organização e determinação das regras normativas e operacionais dos atores de intermediação. Esse subsistema é composto pelas autoridades monetárias, grupo constituído pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), que, dentre outras atribuições, é responsável pela emissão do papel-moeda, fixar as diretrizes da política cambial e regular a constituição, o funcionamento e a fiscalização de todas as demais instituições financeiras operantes no país e o Banco Central do Brasil (BACEN), principal executor das medidas

---

<sup>159</sup> Segundo José Afonso da Silva, trata-se o Sistema Financeiro Nacional de um “conjunto articulado de instituições financeiras ou entes a elas equiparados, públicos ou privados, que correspondam ao modelo expressamente definido em lei e estruturados com o escopo de 'promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade', instituição em atuação na captação, gestão e aplicação de recursos financeiros e valores mobiliários de terceiros - quer entes públicos ou privados - sob a fiscalização do Estado, bem como as relações jurídicas existentes entre tais instituições, seus usuários, seus funcionários e o poder público”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006<sup>a</sup>, p. 16).

definidas pelo CMN. Ao seu lado operam as autoridades de apoio: a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o Banco do Brasil (BB), o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), a Caixa Econômica Federal (CEF) e o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN).

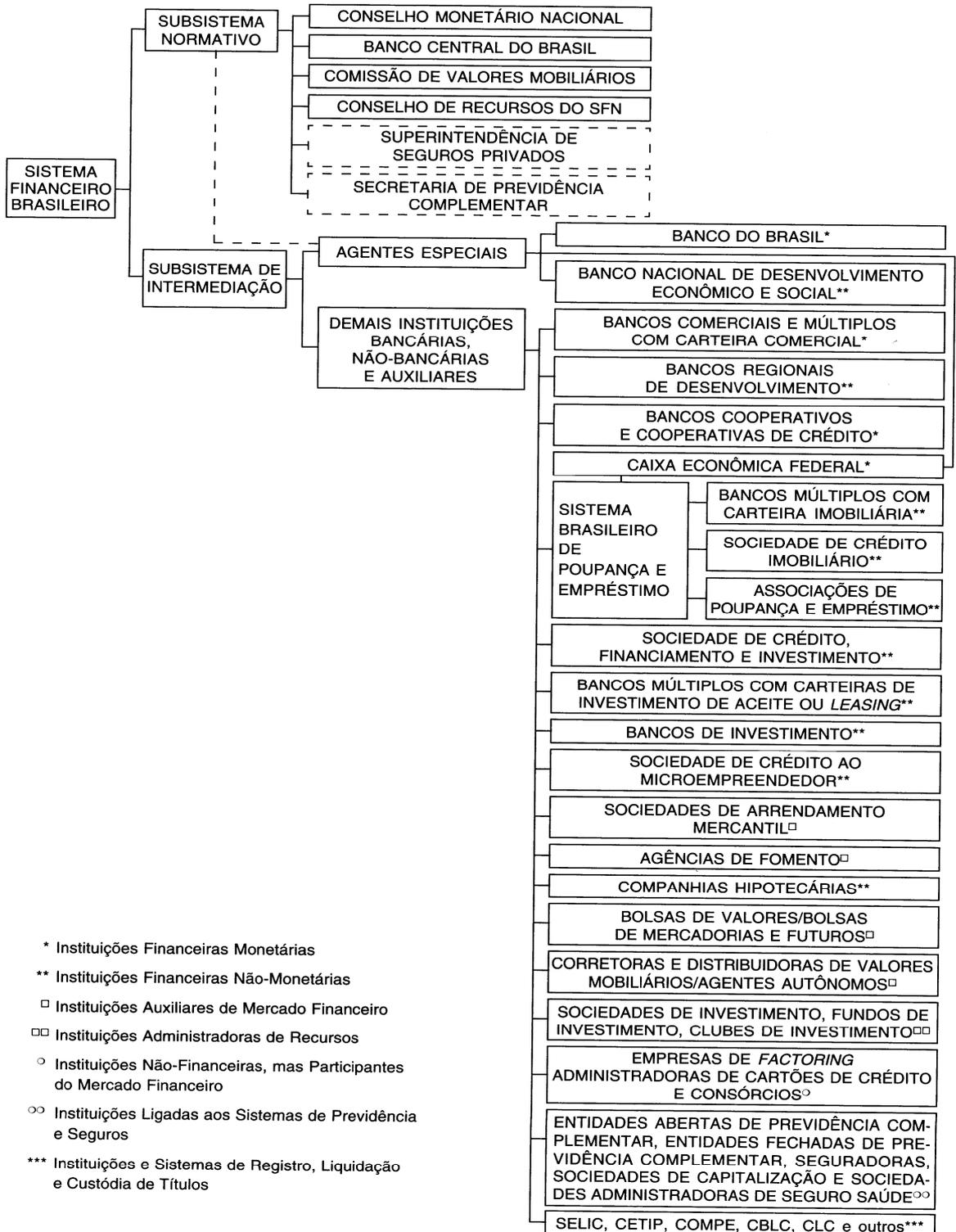
O sistema de intermediação financeira traz em sua composição aquelas instituições atuantes no ramo de varejo financeiro, operando com captação e aplicação de recursos de terceiros. Aí estão agrupados os Bancos Comerciais; as Caixas Econômicas; os Bancos de Desenvolvimento; as Cooperativas de Crédito; os Bancos de Investimento; as Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento (Financeiras); as Sociedades Corretoras e Distribuidoras de Valores Mobiliários; as Sociedades de Arrendamento Mercantil; as Associações de Poupança e Crédito; as administradoras de Cartão de Crédito; Factoring e consórcios; as Bolsas de Valores; as Sociedades de Crédito Imobiliário; os Investidores Institucionais, Seguradoras e Entidades de Previdência Privada; as Companhias Hipotecárias; as Agências de Fomento; os Bancos Múltiplos; os Bancos Cooperativos; entes do Sistema Financeiro da Habitação e da Superintendência de Seguros Privado (figura 02).

Muito embora já se tenha mencionado em textos constitucionais antigos referências a uma tendência dos legisladores constituintes em eligirem a ordem econômica como bem jurídico a receber proteção da carta magna,<sup>160</sup> foi apenas na Carta de 1988 que passou a haver uma previsão expressa do tema.

---

<sup>160</sup> Segundo José Afonso da Silva, no Brasil, a constituição de 1934, foi a primeira a consignar princípios e normas sobre a ordem econômica sob a influência da Constituição alemã de Weimar. (SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 7). Ainda sobre o tratamento constitucional da ordem econômica, Manoel Ferreira Filho escreve que 'A Constituição vigente, ao fixar os princípios fundamentais do ordenamento econômico, não fugiu à linha traçada pela Lei Magna anterior seguindo-a, embora não a copiou'. Antes, explicitou o que na obra dos constantes anteriores fora talvez sintetizado demais (Ibid., p. 19-20).

Figura 1 – Organograma do Sistema Financeiro Nacional



A fim de fazer valer as diretrizes apontadas na Constituição, sobretudo aos referentes à defesa da livre concorrência, foram instituídos instrumentos administrativos de análise e regulação do mercado. Foi criado o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), com as funções de julgar, aplicar, fiscalizar e supervisionar as políticas públicas de proteção à ordem econômica. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é o principal órgão do SBDC, cabendo a ele, de forma preventiva ou repressiva, a defesa da livre concorrência. Em seu viés preventivo, basicamente caberá à autarquia o controle dos atos de concentração, posto que potencialmente causadores de prejuízos à concorrência. Já na face repressiva, aplica sanções que venham a coibir e reprimir as condutas restritivas do processo competitivo. Sua criação se deu pela Lei nº 4.137/1962,<sup>161</sup> mas foi a Lei nº 8.884/1994<sup>162</sup> que o transformou em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, sob regime especial, modificação essa que lhe possibilitou mais independência e autonomia.

Noutro sentido, também visando preservar a ordem econômica, mas sobretudo o combate da criminalidade organizada e as práticas de lavagem de dinheiro, foi criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle das Atividades Financeiras, o COAF. Sua origem se deu quando da promulgação da Lei 9.613/1998,<sup>163</sup> a chamada Lei da Lavagem de Capitais, elaborada visando o atendimento do disposto na Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas – Convenção de Viena, de 1988,<sup>164</sup> Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e Convenção de Palermo<sup>165</sup> – que expressamente prevê em seus artigos 6º<sup>166</sup> e 7º<sup>167</sup> as medidas a

<sup>161</sup> BRASIL. Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico.

<sup>162</sup> BRASIL. Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

<sup>163</sup> BRASIL. Lei 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.

<sup>164</sup> Tal convenção foi referendada pelo Brasil pelo Decreto 154, de 27 de junho de 1991.

<sup>165</sup> Tal convenção foi referendada pelo Brasil pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004.

<sup>166</sup> Artigo 6 - Criminalização da lavagem do produto do crime - 1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente: a) i) A conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem

serem adotadas pelos membros signatários.

O disposto na alínea “a” do Artigo 7º da Convenção de Palermo determina aos países membros a organização e adoção de um regime interno de regularização e fiscalização das transações financeiras a fim de detectar operações dotadas de suspeição através do aumento dos controles administrativos na atividade econômica. No Brasil, o sistema de fiscalização está localizado no âmbito do Ministério da Fazenda, sendo a atribuição dividida em cinco instituições-chave assim dispostas: a) ao Banco Central do Brasil (BACEN) cabe a fiscalização de Instituições Financeiras, empresas de compra e venda de moeda estrangeira ou ouro, de arrendamento mercantil e administradoras de consórcios; b) à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) compete a fiscalização de corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários, bolsas de valores, bolsas de mercadorias e futuros; c) à Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência (SPC) é

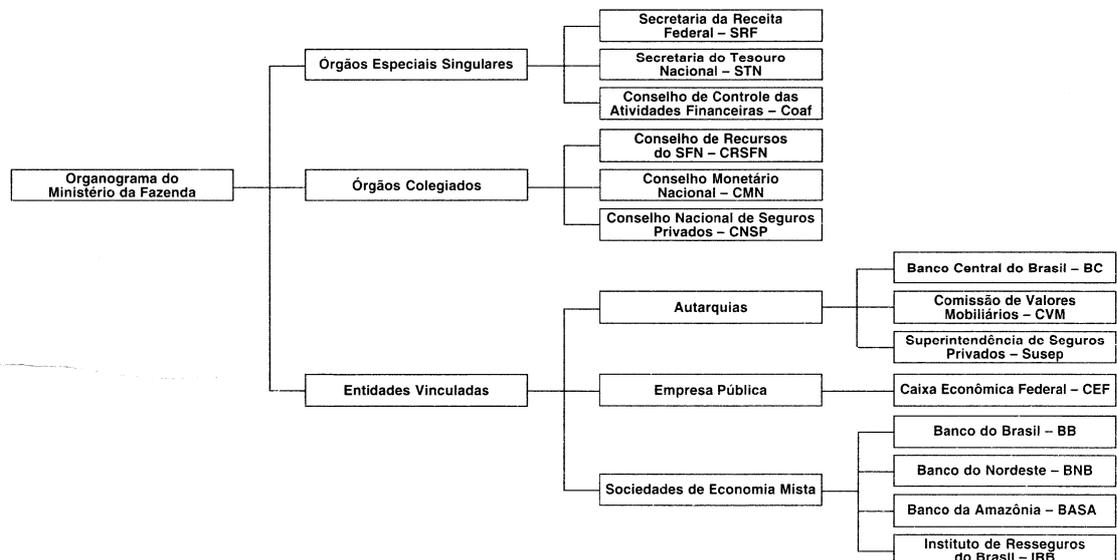
---

conhecimento de que esses bens são produto do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às consequências jurídicas dos seus atos; ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos, sabendo o seu autor que os ditos bens são produto do crime; b) e, sob reserva dos conceitos fundamentais do seu ordenamento jurídico: i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo aquele que os adquire, possui ou utiliza, no momento da recepção, que são produto do crime; ii) A participação na prática de uma das infrações enunciadas no presente Artigo, assim como qualquer forma de associação, acordo, tentativa ou cumplicidade, pela prestação de assistência, ajuda ou aconselhamento no sentido da sua prática.

<sup>167</sup> Artigo 7 - Medidas para combater a lavagem de dinheiro - 1. Cada Estado Parte: a) Instituirá um regime interno completo de regulamentação e controle dos bancos e instituições financeiras não bancárias e, quando se justifique, de outros organismos especialmente suscetíveis de ser utilizados para a lavagem de dinheiro, dentro dos limites da sua competência, a fim de prevenir e detectar qualquer forma de lavagem de dinheiro, sendo nesse regime enfatizados os requisitos relativos à identificação do cliente, ao registro das operações e à denúncia de operações suspeitas; b) Garantirá, sem prejuízo da aplicação dos Artigos 18 e 27 da presente Convenção, que as autoridades responsáveis pela administração, regulamentação, detecção e repressão e outras autoridades responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro (incluindo, quando tal esteja previsto no seu direito interno, as autoridades judiciais), tenham a capacidade de cooperar e trocar informações em âmbito nacional e internacional, em conformidade com as condições prescritas no direito interno, e, para esse fim, considerará a possibilidade de criar um serviço de informação financeira que funcione como centro nacional de coleta, análise e difusão de informação relativa a eventuais atividades de lavagem de dinheiro. 2. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de aplicar medidas viáveis para detectar e vigiar o movimento transfronteiriço de numerário e de títulos negociáveis, no respeito pelas garantias relativas à legítima utilização da informação e sem, por qualquer forma, restringir a circulação de capitais lícitos. Estas medidas poderão incluir a exigência de que os particulares e as entidades comerciais notifiquem as transferências transfronteiriças de quantias elevadas em numerário e títulos negociáveis. 3. Ao instituírem, nos termos do presente Artigo, um regime interno de regulamentação e controle, e sem prejuízo do disposto em qualquer outro artigo da presente Convenção, todos os Estados Partes são instados a utilizar como orientação as iniciativas pertinentes tomadas pelas organizações regionais, inter-regionais e multilaterais para combater a lavagem de dinheiro. 4. Os Estados Partes diligenciarão no sentido de desenvolver e promover a cooperação à escala mundial, regional, sub-regional e bilateral entre as autoridades judiciais, os organismos de detecção e repressão e as autoridades de regulamentação financeira, a fim de combater a lavagem de dinheiro.

atribuída a fiscalização de entidades fechadas de previdência privada (fundos de pensão); d) à Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) cabe a fiscalização das entidades de seguro e capitalização; e e) ao COAF, dotado de competência residual, cabe a fiscalização das empresas que explorar cartões de crédito, meios eletrônicos ou magnéticos para transferência de fundos, factoring, sorteios e promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 609-610).

**Figura 2 – Organograma do Ministério da Fazenda**



Fonte: FORTUNA, 2011, p. 48.

O COAF teve sua criação determinada no corpo da Lei 9.613/1998, mais precisamente em seu artigo 14.<sup>168</sup> Sua composição está determinada no artigo 16<sup>169</sup>

<sup>168</sup> Art. 14. É criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades. § 1º As instruções referidas no art. 10 destinadas às pessoas mencionadas no art. 9º, para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador, serão expedidas pelo COAF, competindo-lhe, para esses casos, a definição das pessoas abrangidas e a aplicação das sanções enumeradas no art. 12. § 2º O COAF deverá, ainda, coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores. § 3º O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas.

e suas funções institucionais, no artigo 15.<sup>170</sup> Visando atender determinação prevista na alínea “b” do Artigo 7º da Convenção de Palermo, trata-se da unidade financeira de inteligência (na sigla em inglês FIU – Financial Intelligence Unit) nacional encarregada, não apenas da fiscalização e apuração de atividades econômicas ilícitas, mas também da regulamentação da comunicação e dos registros das atividades financeiras das pessoas e empresas obrigadas à informação e manutenção de dados de operações financeiras arroladas no artigo 9º da Lei 9.613/1998.<sup>171</sup> O COAF integra, em nível internacional, o GAFI/FATF – Grupo de Ação financeira Sobre Lavagem de Dinheiro (na sigla em inglês FATF – Financial Action Task Force – ou no Francês GAFI – Groupe d’Action Financière), grupo este constante atualmente com 36 membros, sendo 34 países e duas organizações internacionais, além de 21 organismos internacionais observadores e 8 organismos internacionais associados.<sup>172</sup> Sua atuação é pautada nas chamadas 40 Observações Originais do GAFI, publicadas em 1990 e revistas em 1996, além das 09 recomendações especiais referentes ao terrorismo internacional, procedimentos estes baseados em regras de *compliance* e adotados atualmente por mais de 130 países. Outro ponto de destaque é a fixação do COAF, no artigo 14, como entidade central de coordenação e troca de informações necessárias para combate à lavagem de dinheiro, bem como a possibilidade de requisição, aos demais órgãos da administração pública, de informações de pessoas envolvidas em atividades suspeitas.

Os princípios da atuação do Banco Central como entidade de fiscalização seguem as diretrizes de *compliance* ditadas pelo Acordo de Basileia II, sucessor do primeiro acordo firmado em 1988. Este acordo limitava-se ao controle das operações financeiras internas de cada país signatário, tendo por base unicamente o exame do

---

<sup>169</sup> Art. 16. O COAF será composto por servidores públicos de reputação ilibada e reconhecida competência, designados em ato do Ministro de Estado da Fazenda, dentre os integrantes do quadro de pessoal efetivo do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria da Receita Federal, de órgão de inteligência do Poder Executivo, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério das Relações Exteriores e da Controladoria-Geral da União, atendendo, nesses quatro últimos casos, à indicação dos respectivos Ministros de Estado.

<sup>170</sup> Art. 15. O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.

<sup>171</sup> BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 614-616.

<sup>172</sup> Disponível em <[http://www.fatf-gafi.org/document/52/0,3746,en\\_32250379\\_32236869\\_34027188\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.fatf-gafi.org/document/52/0,3746,en_32250379_32236869_34027188_1_1_1_1,00.html)>. Acesso em 27 out. 2011.

risco através do controle do pilar denominado “Requerimento de Capital Mínimo”, qual seja o controle do lastro de capital de cada instituição financeira integrante do sistema financeiro interno. Tal acordo teve de ser ampliado em 2008, uma vez que as medidas primeiramente implantadas não foram necessárias para evitar a crise do mercado financeiro internacional em 2008. Assim, a segunda versão do acordo abrangeu também mais dois pilares, quais sejam a “Supervisão Bancária”, relativo ao controle dos procedimentos internos das instituições financeiras para a identificação dos riscos operacionais, e a “Disciplina de Mercado”, regulamentando as atividades das instituições financeiras através de um conjunto de princípios, exigências e ações a fim de estimular a transparência operacional.<sup>173</sup> A Resolução BACEN 2.554/1998<sup>174</sup> estabeleceu as regras de controles internos a serem adotados pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

Por sua vez, o COAF atua de acordo com as regras prudenciais de controle de operações financeiras visando o combate à Lavagem de Dinheiro. Os ditames da Lei 9.613/1998 foram regulamentados, primeiramente, pela Carta-Circular BACEN 2.826/1998,<sup>175</sup> que determinou a relação das operações e situações que podem configurar indício de ocorrência do crime de lavagem de dinheiro, bem como os procedimentos de sua comunicação ao BACEN. O rol não se limita a instituições bancárias, abrangendo todos os diversos segmentos do mercado financeiro.<sup>176</sup>

<sup>173</sup> FORTUNA, op. cit., p. 886-890.

<sup>174</sup> BANCO CENTRAL DO BRASIL. RESOLUÇÃO Nº 2554, de 24 de setembro de 1998. Dispõe sobre a implantação e implementação de sistema de controles internos.

<sup>175</sup> BANCO CENTRAL DO BRASIL. CARTA-CIRCULAR Nº 2.826, de 04 de dezembro de 1998. Divulga relação de operações e situações que podem configurar indício de ocorrência dos crimes previstos na Lei n. 9.613, de 03.03.98, e estabelece procedimentos para sua comunicação ao Banco Central do Brasil.

<sup>176</sup> O referido rol tenta abranger as situações a ser analisadas em quatro grandes grupos, como nos traz o teor da referida Carta-Circular: “1. A realização das operações ou a verificação das situações abaixo descritas, considerando as partes envolvidas, os valores, as formas de realização, os instrumentos utilizados ou a falta de fundamento econômico ou legal, podem configurar indício de ocorrência dos crimes previstos na Lei n. 9.613, de 03.03.98, tendo em vista o disposto nos arts. 2, parágrafo único, e 4, "caput", da Circular n. 2.852, de 03.12.98: I - situações relacionadas com operações em espécie ou em cheques de viagem; [...] II - situações relacionadas com a manutenção de contas correntes; [...] III - situações relacionadas com atividades internacionais; [...] IV - situações relacionadas com empregados das instituições e seus representantes. 3. Com vistas ao atendimento do disposto no art. 1. , inciso III, da Circular n. 2.852/98: I - os dados relativos às operações ali mencionadas devem ser mantidos à disposição do Banco Central do Brasil, compreendendo, no mínimo, o seguinte: a) tipo; b) valor em reais; c) data de realização; d) número do CPF ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) do titular; II - deve ser considerado o conjunto de movimentações financeiras ativas e passivas realizadas no País, como, por exemplo: a) depósitos de qualquer espécie; b) colocação de títulos de emissão própria ou de quotas de fundos de investimento; c) venda de metais preciosos; d) venda de cheques administrativos ou de viagem; e) ordens de pagamento; f) pagamento ou amortizações antecipadas de empréstimos; III - relativamente às operações que envolvam transferências internacionais, bem como aquelas

O COAF é um órgão de deliberação coletiva, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda e com jurisdição em todo o território nacional, e a finalidade principal é editar, através de suas resoluções, as regras que dão poderes ao governo para combater a lavagem de dinheiro no Brasil. Também é de seu papel institucional coordenar a rede de informações para a detecção de crimes contra o patrimônio público e o sistema financeiro, definindo os procedimentos que as instituições financeiras deverão adotar quando da movimentação financeira de seus clientes. As informações comunicadas ao BACEN estão concentradas no sistema de Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS), criado e regido pela Circular BACEN 3.347/2007,<sup>177</sup> que reúne informações de titulares de contas correntes, poupança, depósitos a prazo e investidores – sejam pessoas físicas ou jurídicas – que possuam qualquer tipo de ativos em instituições financeiras.<sup>178</sup>

Vista a rebuscada regulamentação administrativo-legal do sistema financeiro nacional, bem como o embasamento teórico que deu origem à proposta de controle das relações no âmbito econômico-financeiro no país, passa-se a analisar o dilema constitucional envolvido no aparente conflito que abarca este controle – no caso, o choque entre o direito à privacidade e o direito à informação.

## 2.2 DIREITO À PRIVACIDADE E DIREITO À INFORMAÇÃO

Vista a evolução da regulamentação e dinamização das relações econômicas no âmbito nacional, desde a sua gênese normatizadora, passando por todas as transformações de ordem global – ocorridas especialmente nos dois últimos séculos –, e desembocando na eleição da ordem econômica como bem a receber guarida constitucional, chega-se à análise dos aspectos referentes ao direito de informação e de intimidade, categorias também constitucionalmente guardadas, e sua ponderação de espectros de incidência para que possam coexistir de modo eficiente.

---

relacionadas a pagamentos e recebimentos em decorrência da utilização de cartão de crédito de validade internacional, devem ser observados os procedimentos de registro no SISBACEN e de envio de informações ao Banco Central do Brasil, estabelecidos nas normas cambiais em vigor.

<sup>177</sup> BANCO CENTRAL DO BRASIL. CIRCULAR N° 3.347, de 11 de abril de 2007. Dispõe sobre a constituição, no Banco Central do Brasil, do Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS).

<sup>178</sup> FORTUNA, op. cit., p. 892-898.

### 2.2.1 Direito à privacidade e à intimidade

A passagem entre o feudalismo, passando pela primeira fase da modernidade, com o crescimento das atividades e da população urbana e, via de consequência, da regulamentação estatal da vida social, até chegar ao século das luzes mostrou um crescimento do individualismo como valor crescente à sociedade.<sup>179</sup> Percebe-se um crescimento da distância entre o público e o privado, desembocando no inchaço dos centros urbanos por uma população anônima e sem laços entre si, o que causa uma busca maior do cidadão em delimitar uma esfera de atuação própria ou de espaço privado, geralmente limitado pela sua estrutura familiar. Por mais precária que fossem as condições sociais existentes, os núcleos familiares populares já se faziam presente, muito embora o seu nível de intimidade apresentasse características diversas às vistas atualmente.<sup>180</sup> Comumente, devido às estruturas urbanas da época, a delimitação geográfica era confusa, sendo as famílias agrupadas em bairros, que viviam sob a vigilância estatal, através dos comissários estatais e da Igreja, através da cura da paróquia, guardiões dos bons costumes e da boa conduta das pessoas.<sup>181</sup>

O grande marco do florescimento das discussões acerca da privacidade como direito individual remonta ao fim do século XIX nos Estados Unidos. O então advogado e senador norteamericano Samuel D. Warren, após uma série de divulgações de notícias acerca do casamento de sua filha, pela imprensa de Boston,

---

<sup>179</sup> A busca de um critério balizador de invasão das atividades cotidianas particulares do homem apresenta registro desde a antiguidade. O fato de a modernidade, conforme anteriormente exposto, ter trazido as ideias individualistas como aspecto presente na vida dos cidadãos não significa que, durante a antiguidade, não existisse a percepção do valor da privacidade como direito individual. Faz parte da base ética da sociedade atual os registros bíblicos do Antigo Testamento e da mitologia grega sobre a nudez humana e o pudor sexual. Durante a Idade Média, por mais que já se tenha enraizado no feudalismo europeu o conceito de família de um modo semelhante ao presente hoje em dia, o direito à vida privada era relativo, uma vez que tal preceito se encontrava diretamente ligado ao direito de propriedade. A estrutura social da época favorecia a privatização do poder, com cada feudo apresentando uma estrutura estatal definida e individualizada, voltada a barrar toda e qualquer modalidade de invasão ou influência externa. Na estrutura interna da unidade feudal, o poder doméstico do chefe de família proprietário da residência era praticamente ilimitado. (WEINGARTNER NETO, Jayme. **Honra, privacidade e liberdade de imprensa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62-63).

<sup>180</sup> Segundo Weingarten Neto, três são os fatores históricos determinantes para o desenvolvimento da noção de individualismo na sociedade europeia, quais são, o novo papel regulador do Estado, como mediador de conflitos e estatizador da solução de força; o desenvolvimento da alfabetização e a difusão da cultura popular; e, por fim, as novas modalidades religiosas surgidas a partir do Século XVII, voltadas para a devoção interior e a particularização dos cultos. (Ibid., p. 63-64)

<sup>181</sup> Ibid., p. 65.

procurou orientação do jurista Louis D. Brandeis sobre a existência ou não, no âmbito da *common law*, de uma possibilidade de proteção da vida privada do cidadão. Consultando precedentes que versavam sobre o direito à propriedade (*property*), violações de confiança (*breach of confidence*), direitos autorais (*copyright*) e difamação (*difamation*), chegou-se a uma fórmula a qual foi denominada *right of privacy* (direito à privacidade) ou *right to be let alone* (direito de ser deixado em paz),<sup>182</sup> limitando a difusão generalizada da imprensa de informações de cunho pessoal e a possibilidade de este interferir na vida privada do cidadão.<sup>183</sup> Tal estudo resultou na publicação de um artigo denominado “*The right of privacy*” junto à *Harward Law Rewiew* em 15 de dezembro de 1890.<sup>184</sup> Em 1902, o caso foi levado à apreciação da Suprema Corte dos Estados Unidos, que rejeitou por quatro votos a três a alegação de violação à intimidade. Tal decisão, no entanto, não teve boa aceitação junto à opinião pública local, que se postou ao lado dos vencidos, o que levou a uma inegável adoção, por parte da sociedade, do conceito de privacidade.<sup>185</sup>

Outro *leading case* a ser registrado é o primeiro caso onde houve reconhecimento expresso do direito à intimidade, quando, em Nova York, um juiz local fez uso pela primeira vez do artigo publicado por Warren e Brandeis, no caso *Schuyler vs Curtis*.<sup>186</sup> Em tal decisão, além do deferimento do *right of privacy*, foi estabelecida uma distinção entre a intensidade da proteção da intimidade de pessoas públicas e privadas. O direito à intimidade detém uma maior proteção aos cidadãos comuns àqueles que voluntariamente se expõem ao público, tais como políticos e celebridades. Tal mitigação da intimidade se apresenta como uma espécie de encargo a ser arcado, resultante da fama ou notoriedade. O direito à intimidade, nestes casos, é limitado, mas não suprimido totalmente.<sup>187</sup>

<sup>182</sup> A expressão *right to be let alone*, ou o direito de ser deixado em paz, foi utilizada pela primeira vez na obra “*The elements of torts*”, escrita pelo juiz norteamericano Thomas McIntyre Cooley, publicado em 1873 (FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008, p. 125.).

<sup>183</sup> LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 55.

<sup>184</sup> FARIAS, op. cit., p. 124-125.

<sup>185</sup> WEINGARTNER NETO, op. cit., p. 69.

<sup>186</sup> HAND, Augustus N. Schuyler against Curtis and the Right to Privacy. **The American Law Register and Review**, v. 45, n. 12, p. 745-759, dec. 1897. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3305951>>. Acesso em 2 dez. 2011.

<sup>187</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit., p. 124-125.

Na década de 1960, William Prosser propôs uma sistematização doutrinária da *privacy*, uma vez que até então o limite ao conceito era dado unicamente pela análise de casos concretos. Segundo o autor, seriam quatro as situações de violação ao referido direito protegidas pelo direito norteamericano.<sup>188</sup>

No direito norteamericano, a intimidade apresenta quatro facetas. A primeira consiste em que não haja intromissão no círculo íntimo de uma pessoa, mediante uma conduta ofensiva e/ou molesta. A segunda é marcada pela divulgação de fatos privados pertencentes ao círculo íntimo da pessoa, bem como pelo “direito ao esquecimento”, no caso de fatos verdadeiros que, pelo passar do tempo ou por alguma mudança na vida da pessoa, já tinham deixado de ser conhecidos. A divulgação destes dados atenta ao direito à intimidade. Em terceiro lugar está a apresentação ao público de circunstâncias pessoais sob uma falsa aparência – *false light in public eye*. É o caso de divulgar fatos relacionados a uma pessoa com um aspecto deformado ou equivocado. A quarta faceta diz respeito à apropriação, em benefício próprio, do nome ou imagem de outra pessoa. Em direito espanhol, seria o direito à própria imagem.<sup>189</sup>

Dentre as formulações doutrinárias acerca do tema, destacável também a obra de Robert Alexy, que em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*.<sup>190</sup> apresentou a Teoria das Esferas, segundo a qual o direito geral de liberdade (em que se inclui a privacidade) apresenta-se formatado em três esferas concêntricas, com diferentes níveis de proteção. A primeira esfera, denominada de ‘esfera mais interna’, é delimitada pelo âmbito intocável da liberdade humana, composto por assuntos reservados do indivíduo, os quais não devem chegar ao conhecimento de terceiros. Nele não incidem os outros direitos da coletividade, dentre daquilo que o Tribunal Constitucional Alemão descreve como ‘as relações que não têm lugar em uma ponderação segundo as regras de proporcionalidade’. A segunda esfera, chamada de ‘privada ampla’, compreende as relações privadas levadas pelo indivíduo a terceiros de sua confiança, mas sem conhecimento público. Segundo o Tribunal Constitucional Alemão, nesta esfera deve haver um estrito respeito da regra de proporcionalidade; e a esfera social, em que está abrangido tudo que não está

<sup>188</sup> “1. Intrusion upon the plaintiff’s seclusion or solitude, or into his private affairs. 2. Public disclosure of embarrassing private facts about the plaintiff. 3. Publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye. 4. Appropriation, for the defendant’s advantage, of the plaintiff’s name or likeness” (PROSSER, William. *Privacy*. **Califórnia Law Review**, v. 48, n. 3, p. 389, 1960. Disponível em: <[http://www.californialawreview.org/assets/pdfs/misc/prosser\\_privacy.pdf](http://www.californialawreview.org/assets/pdfs/misc/prosser_privacy.pdf)>. Acesso em: 3 dez. 2011. p. 389).

<sup>189</sup> LIMBERGER, op. cit., 2007, p. 57.

<sup>190</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 318-319.

nos dois círculos anteriormente descritos, é basicamente composta por notícias e fatos os quais o indivíduo deseja excluir do conhecimento de terceiros.<sup>191</sup>

Así, pues, la teoría de las esferas demuestra ser una descripción muy basta 86 de la protección de derecho fundamental que se otorga con diferente intensidad, según las diferentes circunstancias. En la medida en que es correcta, esta teoría expresa que la protección de la libertad es tanto más fuerte cuanto más fuerte es el principio de la libertad negativa sumado a otros principios, especialmente el de la dignidad humana. En el ámbito de la esfera más íntima, los pesos son tan obvios que pueden reformularse en reglas relativamente generales. Por lo demás, lo que decisivamente importa son las ponderaciones en las cuales, en el lado de la libertad se encuentra el principio de la libertad negativa y los principios que le son conexos. Justamente esto corresponde a la concepción formal-material (ALEXY, 2008, p. 319).<sup>192</sup>

No Brasil, historicamente, não se denota uma proteção efetiva e específica do direito à privacidade no ordenamento jurídico nacional. O Código Criminal do Império, de 1830, baseado no Código Napoleônico, foi o primeiro a trazer as noções já dicotomizadas de calúnia e injúria, tendo em vista as já inconformadas manifestações da incipiente imprensa nacional da época.<sup>193</sup> No âmbito penal, não há menção específica a tal direito, mas encontram-se tipos descritivos de condutas atentatórias a tal direito, como a violação de domicílio (artigo 150);<sup>194</sup> violação de correspondência (artigo 151, caput);<sup>195</sup> sonegação ou destruição de correspondência (artigo 151, § 1º);<sup>196</sup> violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica

<sup>191</sup> MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Direito à intimidade e à privacidade**. Revista Jus Vigilantibus, ISSN 1983-4640. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/31767>>. Acesso em 16 nov. 2011.

<sup>192</sup> ALEXY, op. Cit., p. 319.

<sup>193</sup> WEINGARTNER NETO, op. cit., p. 60.

<sup>194</sup> Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências. Pena - detenção, de um a três meses, ou multa. § 1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência. § 2º - Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder. § 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências: I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência; II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser. § 4º - A expressão "casa" compreende: I - qualquer compartimento habitado; II - aposento ocupado de habitação coletiva; III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. § 5º - Não se compreendem na expressão "casa": I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior; II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

<sup>195</sup> Art. 151 - Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

<sup>196</sup> Art. 151 [...] § 1º - Na mesma pena incorre: I - quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada e, no todo ou em parte, a sonega ou destrói.

(artigo 151, inciso II);<sup>197</sup> violação de correspondência comercial (artigo 152);<sup>198</sup> e os crimes contra a inviolabilidade dos segredos (artigos 153 e 154).<sup>199</sup> Por sua vez, na esfera cível, não se encontram dispositivos legais referentes ao tema.<sup>200</sup>

A preocupação com a privacidade tomou impulso no Brasil com a Constituição de 1988, quando, pela primeira vez no ordenamento jurídico nacional, houve a menção da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem individuais como direitos fundamentais merecedores de proteção de ordem constitucional, no inciso X do artigo 5º. Tais elementos, juntamente com o disposto nos incisos XI (inviolabilidade residencial) e XII (inviolabilidade de correspondência e de dados), formam a tríade constitucional de defesa à intimidade do cidadão.

Sobre a disposição do inciso V do artigo 5º, nota-se uma inconsistência conceitual do legislador, no momento em que determina separada e expressamente a proteção à intimidade e à vida privada do cidadão. Segundo Farias, tal distinção demonstra a intenção do legislador constituinte em, a partir do momento em que separou os dois conceitos, utilizar a vida privada em sentido estrito, qual seja, como uma das esferas da intimidade, utilizando-se do critério trazido pela doutrina de Alexy das esferas concêntricas.<sup>201</sup> José Afonso da Silva, por sua vez, menciona que o legislador invocou o *right of privacy* norteamericano, utilizando o termo intimidade apenas por ser o mais usual entre os povos latinos. Para o autor, a intimidade é o gênero de onde se apresentam a vida privada, a honra e a imagem individuais como formas de sua manifestação.<sup>202</sup>

Assim, independentemente da limitação a ser adotada pela conceituação empregada, é inegável a importância do direito à privacidade como corolário da sociedade democrática atual.

<sup>197</sup> Art. 151 [...] § 1º - Na mesma pena incorre: [...] II - quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas.

<sup>198</sup> Art. 152 - Abusar da condição de sócio ou empregado de estabelecimento comercial ou industrial para, no todo ou em parte, desviar, sonegar, subtrair ou suprimir correspondência, ou revelar a estranho seu conteúdo: Pena - detenção, de três meses a dois anos. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

<sup>199</sup> Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. § 1º Somente se procede mediante representação. Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

<sup>200</sup> FARIAS, op. cit., p. 129.

<sup>201</sup> Ibid, p. 131.

<sup>202</sup> SILVA, op. cit., p. 240.

### 2.2.2 Direito à informação

Juntamente com o direito à intimidade e privacidade, outro fator de importância e presença incontestáveis nos regimes democráticos é o direito à informação.

Decorrente do direito de liberdade de pensamento, o direito à informação e expressão sem censura prévia é tido como uma conquista das sociedades modernas, sendo seu âmbito de incidência considerado como termômetro do grau de democracia presente na sociedade.<sup>203</sup>

A luta pela liberdade de expressão de pensamento e opinião apresentou suas primeiras manifestações na Inglaterra, no século XVII, quando o Parlamento local, em 1695, deliberou por não reiterar o *Licensing Act*, que exercia a censura prévia das manifestações públicas, quando o governo local se sentiu ofendido com a divulgação de críticas efetuadas em debates parlamentares acerca da condução dos negócios públicos, apesar dos protestos governamentais.<sup>204</sup>

Medidas semelhantes foram tomadas pelos parlamentos dos Estados Unidos e da França. A liberdade de imprensa foi eleita a baluarte da liberdade e da democracia, não devendo ser restringida em hipótese alguma, exceto por governos despóticos.<sup>205</sup> A revolução francesa, por sua vez, consagrou tal direito na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgando ser livre a manifestação do pensamento e das opiniões, ressalvado o seu abuso, que deveria responder nos termos da lei.<sup>206</sup>

Atualmente, o direito à liberdade de manifestação de pensamento se faz presente nas cartas e tratados internacionais de direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas,<sup>207</sup> o Convênio

<sup>203</sup> FARIAS, op. cit., p. 143.

<sup>204</sup> Ibid., p. 143.

<sup>205</sup> Ibid., p. 143-144.

<sup>206</sup> Article XI - La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la Loi. **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789**. Disponível em <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>. Acesso em 5 dez. 2011.

<sup>207</sup> Artigo 19º - Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** Disponível em

Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Individuais<sup>208</sup> e a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica<sup>209</sup> – são exemplos de diplomas internacionais onde expressamente consta tal direito como elemento essencial dos direitos subjetivos fundamentais do ser humano.

No Brasil, constam na Constituição Federal de 1988 vários dispositivos que reiteram tais valores.<sup>210</sup> Concebida no novel regime democrático vigente após décadas de regime ditatorial, a Carta Magna apresenta as liberdades de informação e expressão como vigas-mestras do estado democrático de direito. José Afonso da Silva, traçando um quadro da abrangência da proteção constitucional, leciona ser a liberdade de pensamento o gênero do qual decorrem a liberdade de opinião (aspecto subjetivo, inerente ao indivíduo) e a de expressão (aspecto externo, exteriorizado pelo indivíduo), de onde se derivam as liberdades de comunicação, de

---

<<http://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em 5 dez. 2011.

<sup>208</sup> Artigo 10º - Liberdade de Expressão - 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial. **Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Individuais.** Disponível em < [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR\\_CONV.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf)>. Acesso em 5 dez. 2011.

<sup>209</sup> Artigo 13 – Liberdade de Pensamento e de Expressão - 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto do inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. **Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos.** Disponível em <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/conv\\_americana\\_dir\\_humanos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm)>. Acesso em 5 dez. 2011.

<sup>210</sup> Destacam-se, neste tópico, a previsão constitucional prevista nos artigos 5º, incisos IV, X, XIII e XIV e 220.

religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção do conhecimento.<sup>211</sup>

Especificamente sobre a liberdade de comunicação, o autor menciona o direito de compreender as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação e a organização dos meios de comunicação – estes, sujeitos a regime jurídico especial. Tal liberdade está regida segundo cinco princípios básicos, quais sejam a não restrição de qualquer natureza, dentro da ordem constitucional, independentemente do processo ou meio de propagação; impossibilidade de dispositivo legal que embarace a plena liberdade de informação jornalística; vedação de qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística; não dependência de licença prévia de qualquer veículo de informação escrito; e, por fim, condicionamento de autorização prévia de serviços de radiodifusão de sons e imagens por permissão do Poder Executivo nacional, sob controle sucessivo do Poder Legislativo Federal. A liberdade de comunicação se subdivide em três direitos: a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de informação em geral e a liberdade de informação jornalística.<sup>212</sup>

A liberdade de manifestação do pensamento vem regida nos artigos 5º, inciso IV<sup>213</sup> e 220<sup>214</sup> da Constituição Federal. Tal modo de exteriorização do pensamento pode se dar entre presentes e ausentes, determinados ou indeterminados, e até mesmo de maneira negativa, através da negação do indivíduo em se manifestar sobre determinado tema ou situação, recolhendo esta à esfera de subjetividade do

---

<sup>211</sup> SILVA, op. cit., p. 241-243.

<sup>212</sup> Ibid., p. 243.

<sup>213</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

<sup>214</sup> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 3º - Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. § 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. § 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

indivíduo. Este direito à negação da manifestação do pensamento vem a garantir o direito à escolha de opção religiosa, filosófica ou política, constitucionalmente previsto, bem como o direito ao silêncio e a não autoincriminação, prevista expressamente no inciso LXIII do artigo 5º.<sup>215</sup> Tal direito apresenta também limitações na órbita constitucional, tais como a vedação ao anonimato, devendo o manifestante identificar-se para o fim de responder por eventuais danos a terceiros, o direito de resposta, como decorrência do direito à intimidade, e possibilidade de indenização do dano moral.<sup>216</sup>

A liberdade de informação em geral apresenta dois vetores de incidência: o direito de informar e o de ser informado. A primeira direção diz respeito diretamente à liberdade de manifestação do pensamento do emissor da informação. A segunda, por sua vez, refere-se ao interesse da coletividade e dos indivíduos em estar informado, para o exercício consciente das liberdades públicas. Tal direito compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias por qualquer meio e sem interferência de censura, respondendo cada qual por eventuais abusos cometidos.<sup>217</sup> Deste tópico, se fazem decorrentes os direitos negativos de sigilo da fonte e preservação de segredo profissional, assegurados nos incisos XIV<sup>218</sup> e X<sup>219</sup> do artigo 5º da Constituição.

Por fim, a liberdade de informação jornalística apresenta um aspecto coletivo. Sua regulação constitucional não se encontra no rol de direitos individuais do artigo 5º, mas, sim, dos direitos coletivos, regidos no artigo 220, § 1º da Carta. Aqui, os direitos de informar e de ser informado alcançam um espectro amplo, muitas vezes indeterminado. Atualmente, o preceito não se limita apenas aos modos tradicionais de jornalismo – escrito, falado e televisionado –, sendo um aspecto que se expande

---

<sup>215</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

<sup>216</sup> Ibid., p. 244-245.

<sup>217</sup> Ibid., p. 245-246.

<sup>218</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

<sup>219</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

mais a cada dia que passa, tendo em vista a crescente diversidade de modalidades de divulgação de informação. Tal direito não é exercido apenas em favor do dono de empresa jornalística, mas também contra ele. Reconhecidamente há o dever de prestação da informação de forma objetiva, sem alteração da verdade ou esvaziamento do sentido original do fato jornalístico, deformando a informação prestada. Como instrumento de formação de opinião pública, exercem os meios de comunicação relevante papel social na formação e estabilidade do estado democrático de direito, não podendo ser objeto de censura, tanto prévia quanto posterior.<sup>220</sup>

### **2.2.3 Colisão e equilíbrio entre os dois valores analisados**

Não é difícil a ocorrência de hipóteses de colisão entre os direitos à intimidade e à informação. Como grandezas devidamente guardadas pela Carta Magna, difícil é a imposição de limites claros entre seu aspecto de abrangência.

Como decorre do choque entre dois institutos basilares do Estado Democrático de Direito, não se apresenta uma resposta definitiva na resolução do problema, sendo as diferentes soluções moldadas principalmente pela jurisprudência, ao passar dos anos. Ingo Sarlet relata que, até meados do século XX, comum era a atividade do poder executivo em esvaziar de sentido efetivo as disposições de ordem principiológica previstas nas diversas cartas constitucionais existentes. Tal cenário foi gradativamente se alterando, sobretudo pela atuação jurisprudencial ativa das cortes constitucionais, que deram às normas diretivas sentido de aplicação direta e efetiva, vinculando a atividade estatal ao seu teor, sobretudo no que diz respeito à dignidade da pessoa humana e à proteção dos direitos fundamentais a ela inerentes.<sup>221</sup>

Tal conduta levou à adoção das novéis cartas constitucionais à previsão expressa de limites aos direitos fundamentais e de fórmulas de resolução de conflitos entre tais primados em casos concretos. São exemplos a ser citados, no caso brasileiro, da oposição disposta nos incisos IX e X do artigo 5º e da presença

---

<sup>220</sup> Ibid., p. 246-248.

<sup>221</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 394-395.

de preposições de natureza adversativa em várias outras disposições, tanto no artigo 5º como em outras normas.<sup>222</sup>

A Constituição Brasileira não apresentou previsão expressa sobre alguma fórmula específica de resolução de colisão, ou ao menos dos chamados limites aos limites dos princípios fundamentais, ao contrário de outros países como a Alemanha e Portugal. As soluções adotadas nacionalmente são resultantes da atuante construção jurisprudencial das cortes superiores, com a aplicação de princípios de ordem geral, em que se destacam a proporcionalidade e a razoabilidade.

O princípio da proporcionalidade aparece como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, servindo de controle efetivo, em um primeiro momento, dos atos de natureza estatal, sem prejuízo de sua aplicação cada vez mais intensa em atos de natureza privada. Instrumento de garantia da efetivação dos valores constitucionalmente previstos, tanto através da ação positiva do Estado, com a adoção de atos e medidas que visam concretizar os preceitos constitucionais, quando negativa, visando à repressão de atos violadores de direitos fundamentais praticados por terceiros. De acordo com posicionamento adotado por grande parte da doutrina e jurisprudência pátrias, a proporcionalidade, enquanto critério de controle da legitimidade constitucional dos atos estatais, pode ser desdobrada em três elementos: a adequação ou viabilidade prática do ato examinado para alcançar a finalidade constitucionalmente prevista; a necessidade ou opção do modo menos gravoso de alcance da meta prevista, através dos exames de adequação da medida e menor prejuízo de outros direitos; e, por fim, a proporcionalidade propriamente dita, o equilíbrio entre os meios utilizados e os fins previstos.<sup>223</sup> Tais grandezas devem ser sopesadas e contrabalançadas no caso concreto, dentro de uma técnica de ponderação.

A técnica da ponderação, tanto no âmbito do direito público quanto na seara do direito privado, a despeito das toneladas de papel e dos verdadeiros

---

<sup>222</sup> Exemplos desta autorrestrição aos preceitos constitucionais são percebidos ao longo de todo o texto da Carta Magna. Citamos aqui como exemplos o disposto no artigo 5º, incisos XI (“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, *salvo em* caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”), LI (“nenhum brasileiro será extraditado, *salvo* o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”) e LXI (“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, *salvo nos casos* de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”).

<sup>223</sup> SARLET, op. cit. 2010, p. 397-398.

oceanos de tinta gastos com o tema, não chega a apresentar maiores novidades, visto que, com o passar do tempo, consolidou sua posição como instrumento apto a determinar a solução juridicamente correta em cada caso, com destaque para a solução dos conflitos entre direitos e princípios fundamentais, embora não se aplique exclusivamente nesta esfera. Isso não afasta, contudo, a necessidade de se encontrar vias por meio das quais sejam mitigados ou evitados os perigos e excessos que tradicionalmente lhe são imputados, com o intuito de conferir à ponderação suporte racional e disciplinado, renunciando, todavia, à sua redução a uma fórmula matemática, esta sim, seguramente condenada ao fracasso. Assim, a despeito da existência de uma série de teorizações a respeito dos meios de controle da utilização não abusiva da própria proporcionalidade e da razoabilidade, assim como dos princípios em geral, não é aqui, ao menos por ora, que teremos condições de desenvolver tais questões, de tal sorte que remetemos, para uma ampliação do debate, à literatura colacionada, que, de resto, não esgota o universo da produção existente, mesmo que restritos ao que foi escrito entre nós nos últimos anos.<sup>224</sup>

Passando ao largo das diferenças conceituais doutrinárias entre princípios e normas – o que, por si só, já seria tema mais que suficiente para um trabalho acadêmico em sua integralidade –, destaca-se que a prática da ponderação se faz de necessária aplicação no cenário apresentado atualmente.<sup>225</sup> É corolário lógico da prática da harmonização que nenhum princípio tem valor absoluto por si só, no sentido de que a atuação de algum anule a força e validade de outro, se fazendo necessária a ponderação para uma delimitação suficiente dos limites entre tais grandezas constitucionalmente garantidas.

A densificação dos princípios constitucionais não resulta apenas da sua articulação com outros princípios ou normas constitucionais de maior densidade de concretização. Longe disso: o processo de concretização constitucional assenta, em larga medida, nas densificações dos princípios e regras constitucionais feitas pelo legislador (concretização legislativa) e pelos órgãos de aplicação do direito, designadamente os tribunais (concretização judicial), a problemas concretos. Qualquer que seja a indeterminabilidade dos princípios jurídicos, isso não significa que eles sejam imprevisíveis. Os princípios não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição (imprevisibilidade dos princípios); permitem, sim, projecções ou irradiações normativas com um certo grau de discricionariedade (indeterminabilidade), mas sempre limitadas

<sup>224</sup> Ibid., p. 401-402.

<sup>225</sup> Necessária, no entanto, a elaboração de algumas considerações acerca da distinção entre princípios e normas. Canotilho traz bem esta distinção traçando um sistema hierárquico-organizacional da estrutura das regras constitucionais. Segundo o autor, as chamadas pela doutrina clássica de “normas constitucionais programáticas” estão mortas, uma vez que tal concepção dá a estes preceitos uma função de “simples programas” ou de “exortações morais”. Deve-se falar de normas-fim e normas-tarefa, que impõe uma atividade estatal e dirigem materialmente a concretização constitucional. Todas as regras são resultantes de princípios, que por sua vez se classificam e se hierarquizam em princípios estruturantes, princípios constitucionais gerais, princípios constitucionais especiais e regras constitucionais (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1158-1166).

pela juridicidade objectiva dos princípios. Como diz Dworkin, o “direito - e, desde logo, o direito constitucional — descobre-se, mas não se inventa”.<sup>226</sup>

Nota-se, portanto, que, para uma efetiva proteção dos direitos – tanto à intimidade como à liberdade de expressão e informação –, necessário se faz um exame minucioso do caso concreto posto à baila, como também do conteúdo da informação objeto de divulgação a até que ponto sua divulgação seja de interesse social ou apenas pessoal. Conforme anteriormente citado no curso do presente trabalho, atualmente se nota uma tendência cultural em tornar cada vez mais fluida a divulgação de informações, diluindo-se a fronteira entre o que seria de interesse público ou privado, com a primeira esfera cada vez alcançando maior abrangência.

O sigilo é uma proteção contra a divulgação não autorizada de informações, que estabelece, demarca e fortalece as fronteiras da privacidade; este é o espaço que quero preservar como domínio meu, o território de minha única e indivisível soberania, dentro do qual detenho o poder absoluto para definir “quem e o que sou”, o domínio a partir do qual posso desencadear a meu bel-prazer campanhas para que minhas decisões sejam reconhecidas e respeitadas. [...] Numa surpreendente inversão dos hábitos dos nossos ancestrais perdemos de certa forma boa parte da coragem, energia e vontade para persistir na defesa da “esfera do privado”. Nos nossos dias, não é tanto a possibilidade de traição ou violação da privacidade que nos assusta, mas seu oposto: fechar todas as saídas do mundo privado, fazer dele uma prisão, uma cela solitária ou uma masmorra do tipo em que antigamente desapareciam as pessoas que perdiam as boas graças do soberano, abandonadas no vácuo da despreocupação e do esquecimento públicos - o dono desse “espaço privado” é condenado a sofrer para sempre as consequências de suas ações.<sup>227</sup>

O direito à privacidade, tão caro valor a ser conquistado e institucionalizado na sociedade ocidental, é cada vez mais renegado pela própria sociedade. Não se fala atualmente no sigilo da vida privada como um bem carecedor de maior consideração. Ao contrário, a banalização da exposição pessoal serve para cada vez mais nos aproximarmos das visões de controle total e absoluto do panoptismo da modernidade. E tal tendência não se apresenta apenas no que se refere a condutas cotidianas pessoais, mas abrangem esferas até pouco tempo atrás tidas como intocáveis ao indivíduo, como ocorre nos casos de quebras de sigilo de dados e de correspondência.

A ponderação entre dois pilares do Estado democrático de direito é necessária para a consagração dos valores da liberdade e democracia – os quais

<sup>226</sup> Ibid., p. 1167.

<sup>227</sup> BAUMAN, op. cit. 2011, p. 40-41.

nos são tão caros e cuja conquista muita luta demandaram. A invasão, por parte do Poder Público e seus órgãos de persecução criminal e administrativa, aproveitando-se desta fluidez de conceitos e espaços delimitadores entre os espectros público e privado, é conduta a ser examinada e devidamente criticada, devendo ser a prática objeto de controle judicial, conforme se vê a seguir.

## 2.3 O PAPEL DO DIREITO PENAL NA RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES FINANCEIROS PELA NÃO PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES

Após o exame do conflito travado no âmbito constitucional sobre qual seria o limite entre o direito à intimidade e a liberdade de informação e expressão, é de se analisar, de modo mais particular, as consequências de tal embate no âmbito do sistema financeiro nacional e os instrumentos de pressão de ordem penal, para que as autoridades investigativas obtenham, sem o intuito de passar pelo crivo judicial, as informações necessárias para seu fim.

### 2.3.1 A sociedade de risco e a reação do Direito Penal

O cenário que se descortinou durante o século XX nas relações econômicas foi, como já visto, marcado por profundas alterações paradigmáticas em relação às teorias clássicas, forjadas de um lado pela burguesia, com o liberalismo, e, posteriormente, pelos defensores das classes proletárias, com o socialismo.

O avanço científico, que acabou por potencializar quantitativamente as operações econômico-financeiras e virtualizar as distâncias concretas entre as diversas partes do globo, aliado às profundas modificações geopolíticas acarretadas, sobretudo, pelas duas grandes guerras e a sucessão de regimes controladores em grande parte das nações foram fatores que abalaram substancialmente um direito forjado sobre um viés extremamente modernista, absoluto e esgotador, baseado na racionalidade legal como regulador das atividades sociais.

Os meios de controle estatal, inicialmente formatados para ter um alcance limitado, restrito apenas a um grupo de relações, tidas como extremamente nocivas à sociedade, ligadas ao conceito inicial de pecado religioso, bastantes para manter

um relativo sossego social, viram-se obrigados a ser estendidos para uma gama de novas relações que, aos poucos, foram, devido ao seu dinamismo, revelando-se alta ameaça à ‘saúde social’, o que levou a um intervencionismo estatal, marca indelével do Direito Penal e sancionador no século passado.<sup>228</sup> Evidente que, na mesma proporção em que se multiplicam as relações sociais em quantidade e velocidade,<sup>229</sup> aumentam os riscos de afronta, não apenas à individualidade dos integrantes da sociedade, mas aos bens jurídico-penais reguladores deste cenário.<sup>230</sup>

Há, sem dúvida, um movimento de hipertrofia legal por parte do Estado contemporâneo, visando alcançar, dentro de uma lógica moderna, todas as relações sociais juridicamente relevantes a fim de normatizá-las, em um cenário de complexidade. Trata-se aí de uma gritante incompatibilidade de paradigmas. A falta de seleção de quais seriam as relações e bens jurídicos realmente relevantes para merecerem proteção estatal na esfera penal levou à relativização demasiada do princípio de legalidade, pedra basilar do Direito Penal moderno.

Atualmente, a realidade afasta o pensamento penal de sua forma classicamente concebida. Impossível estudar as relações jurídico-penais deste cenário complexo por um viés moderno, baseado em aparatos legais ultrapassados, datados de quando apenas a criminalidade clássica apresentava uma real ameaça à dinâmica social. Inconcebível, atualmente, a análise e aplicação do Direito Penal fora de um aspecto principiológico e constitucional. Deixa-se de analisar qual lei a ser

---

<sup>228</sup> “As causas da provável existência de novos bens jurídico-penais são, seguramente, distintas. Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de novas realidades que antes não existiam – ou não com a mesma incidência – e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas; assim, a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de inversão. Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de *realidades tradicionalmente abundantes* que em nossos dias começam a manifestar-se como ‘bens escassos’, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de todo expresso; por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar, há que se contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas; por exemplo, o patrimônio histórico-artístico.” (SILVA-SÁNCHEZ, op. cit., p. 27).

<sup>229</sup> Essa doutrina do tempo é verificada na sociedade moderna, onde as práticas sociais são reexaminadas e reformuladas à luz do triunfo do tempo, ao contrário das sociedades tradicionais baseadas na perpetuação (paralisadas no tempo). A sociedade não é um todo unificado e nem por isso deixa de existir. Essa visão contraria o mundo do Humanismo Renascentista; nesse mundo, o homem foi colocado no centro do universo. Após este período, com base na imagem do homem racional, as revoluções científicas conferiram ao homem a capacidade de decifrar os mistérios da Natureza. a visão da certeza foi eliminada fazendo com que os passos do homem não possam mais ser garantidos pela lógica cartesiana (GAUER, op. cit. 2006, p. 139).

<sup>230</sup> “A sociedade de risco é uma decorrência da rapidez inusitada com que se sucedem os acontecimentos no mundo hoje. O homem atual vive em um ano o que o do Século XIX teria de viver em cem. Essa “evolução tecnológica” foi também responsável pela criação e multiplicação de novos riscos.” (FERNANDES, op. cit., p. 31).

aplicada para a análise de qual princípio a ser escolhido para o caso concreto.

A utopia modernista do Direito Penal foi, após o fim do suplício e do caráter vingativo da pena no fim do século XVIII, a de racionalizar os procedimentos de vigilância e punição da sociedade. O Estado, como entidade supraindividual, resultante, pela ideia contratualista, da renúncia dos indivíduos a uma parte de sua liberdade individual para cedê-la ao controle estatal, seria o responsável pela guarda da segurança e das liberdades.

O controle das relações sociais sempre foi um dos objetivos primazes do Estado Moderno. A criação de uma estrutura burocrática capaz de infiltrar e reger os mais diversos aspectos da vida social, bem como o nascimento da norma escrita, abstrata e impessoal, sob a construção do mito da igualdade entre as pessoas aparecem como retratos latentes deste desejo. Foucault traz um retrato da evolução da tentativa de controle de uma cidade pestilenta do fim do século XVII, baseado em um modelo compacto do dispositivo disciplinar, com vistas a trazer a ordem e a disciplina como resposta à peste, à mistura e à desordem, bem como sua transposição para os institutos prisionais forjados em um modelo modernista nos séculos posteriores. Esse poder, onipresente e onisciente, praticado de forma regular e ininterrupta, é exercido através de mecanismos que manifestam o terror ‘dos contágios’, da peste, das revoltas, dos crimes, da vagabundagem, das pessoas que aparecem e desaparecem, vivem e morrem na desordem.<sup>231</sup>

---

<sup>231</sup> Dentre os mecanismos analisados por Foucault, destaca-se o panóptico de Bentham, assim descrito: “na periferia uma construção em anel, no centro uma torre (onde fica o vigia) de largas janelas que dão para a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas (onde trancam-se celularmente loucos, doentes, operário, escolar e condenado) que atravessam a construção; essas celas têm duas janelas (uma para o interior para a torre e outra para o exterior por onde entra a luz que atravessa a cela de lado a lado)”. O Panóptico inverte o princípio ou funções da masmorra: “trancar, privar de luz e esconder – só se conserva a primeira e suprimem as outras duas. [...] A luminosidade e o olhar do vigia captam melhor que a sombra que na masmorra protegia. A visibilidade é uma armadilha”. Aquele que está na cela é perfeitamente individualizado - “a multidão, local de múltiplas trocas de individualidades, é abolida pela coleção de individualidades separadas” - e constantemente visível de frente por quem está na torre. “É visto mas não vê; objeto de informação, nunca sujeito numa comunicação”: esta é a garantia da ordem”. Os muros laterais da cela não permitem o contato com aqueles que estão na cela ao lado. Evita perigos como “complô, tentativa de evasão coletiva, projeto de novos crimes, más influências recíprocas”. Para Foucault, O efeito mais importante do Panóptico é “induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação”. Que “a perfeição do poder tenda a tornar inútil a atualidade de seu exercício; que esse aparelho arquitetural seja uma máquina de criar e sustentar uma relação de poder independente daquele que o exerce”, ou seja, “[...] que os detentos se encontrem presos numa situação de poder de que eles mesmos são os portadores”. Para isso, ele não tem necessidade de ser efetivamente vigiado, mas é essencial que se saiba vigiado [...]” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 36ª Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 186-194).

O desejo de construção de uma sociedade baseada no controle, na ordem e na disciplina se viu completamente diluído na modernidade tardia. Como anteriormente constatado, o grau de incerteza da atualidade chegou até onde nunca poderia se imaginar. Até mesmo as grandezas da física e da matemática – duas instituições estritamente racionalizadas – hoje já não são vistas como absolutas. Tal insegurança foi transplantada aos meios sociais e difundida por diversos atores, resultando na incerteza como geradora de uma das maiores fobias pós-modernas, a insegurança, ou a sua sensação, como retrata Bauman:

Podemos afirmar que a variedade moderna de insegurança é caracterizada distintivamente pelo medo da maleficência e dos malfeitores humanos. Ela é desencadeada pela suspeita em relação a outros seres humanos e suas intenções, e pela recusa em confiar na constância e na confiabilidade do companheirismo humano, e deriva, em última instância, de nossa inabilidade e/ou indisposição para tornar esse companheirismo duradouro e seguro, e, portanto, confiável. (Robert) Castel atribui à individualização moderna a responsabilidade por esse estado de coisas; sugere que a sociedade moderna, tendo substituído as comunidades e corporações estreitamente entrelaçadas, que no passado definiam as regras de proteção e monitoravam sua aplicação pelo dever individual do interesse, do esforço pessoal e da auto-ajuda, tem vivido sobre a areia movediça da contingência. Numa sociedade assim, os sentimentos de insegurança existencial e os temores disseminados de perigos generalizados são, inevitavelmente, endêmicos. [...] Desde o começo, o Estado moderno foi, portanto, confrontado com a tarefa assustadora de administrar o medo. Precisava tecer uma rede de proteção a partir do zero a fim de substituir a antiga, deixada de lado pela revolução moderna, e prosseguir reparando-a, à medida que a modernização contínua promovida pelo Estado continuava a fragilizá-la e a esticá-la além de sua capacidade.<sup>232</sup>

Atualmente se apresenta, segundo o autor, a administração dos medos e, via de consequência, da chamada segurança pública, como um dos desafios maiores do Estado Moderno. Para isso, é necessária – como, aliás, decorre de toda a administração – a criação de uma estrutura burocrática encarregada de passar a sensação de insegurança aos comandados integrantes da sociedade. O medo vem da incerteza da reação das pessoas com o próximo. Essa reação precisa ser controlada, ou, ao menos, prevista. Nunca se viu na história da humanidade um dispêndio de trabalho e valores em tamanho volume quanto agora na questão da segurança, tanto nas iniciativas pessoais por parte daqueles que têm um pouco a ser protegido, tanto pelo Estado, a fim de controlar o incontrolável. Nunca houve tantas autoridades administrativas encarregadas de regular e policiar as relações

---

<sup>232</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007b, p. 65-67.

sociais, e nunca elas estiveram tão presentes na vida das pessoas.<sup>233</sup>

A institucionalização do medo como fator social de relevância teve seu início a partir da década de 1950, com o apogeu da chamada Guerra Fria. Foi introduzida, sobretudo na sociedade norteamericana, uma contracultura da informação institucional, sendo inculcada na população uma oficialização do medo de ataques de natureza nuclear, tanto vindos do espaço quanto dos inimigos comunistas, bem como do esgotamento dos recursos naturais não renováveis após a crise do petróleo da década de 1970.<sup>234</sup> A cultura do risco se intensificou ao final do século passado, com o fim do bloco comunista, vindo na Europa Ocidental a repulsa quanto aos imigrantes, e no início deste século, principalmente após os atentados terroristas nos Estados Unidos, Inglaterra e Espanha.

No entanto, ao contrário do que os ideais de liberdade e democracia pregados pelos países vencedores das grandes guerras pudessem, a princípio, defender, viu-se a exasperação do medo institucionalizado em uma fenomenologia que Beck

---

<sup>233</sup> “O capitalismo leve, amigável com o consumidor, não aboliu as autoridades que ditam leis, nem as tornou dispensáveis. Apenas deu lugar e permitiu que coexistissem autoridades em número tão grande que nenhuma poderia se manter por muito tempo e menos ainda atingir a posição de exclusividade. Ao contrário do erro, a verdade é só uma, e pode ser reconhecida como verdade (isto é, com o direito de declarar erradas todas as alternativas a ela mesma) justamente por ser única. Parando para pensar, ‘numerosas autoridades’ é uma contradição em termos. Quando as autoridades são muitas, tendem a cancelar-se mutuamente, e a única autoridade efetiva na área é a que pode escolher entre elas. É por cortesia de quem escolhe que a autoridade se torna uma autoridade. As autoridades não mais ordenam; elas se tornam agradáveis a quem escolhe; tentam e seduzem.” (BAUMAN, op. cit. 1998, p. 76).

<sup>234</sup> “A guerra nuclear é potencialmente o mais imediato e catastrófico de todos os perigos globais correntes. Desde o início da década de 1980, reconhece-se que os efeitos climáticos e ambientais de um confronto nuclear bastante limitado poderiam ter um grande alcance. A detonação de um pequeno número de ogivas poderia produzir danos ambientais irreversíveis que poriam em perigo a vida de todas as espécies animais complexas. O limiar para a ocorrência de um ‘inverno nuclear’ foi calculado entre 500 e 2.000 ogivas — menos de dez por cento do total possuído pelas nações nucleares. Ele está abaixo do número possuído durante a década de 1950. Esta circunstância justifica inteiramente a afirmação de que em tal contexto, não existem mais ‘outros’: tanto os combatentes quanto os que não estão envolvidos sofrerão. A segunda categoria de riscos globalizados se refere à extensão planetária dos ambientes de risco, ao invés de uma intensificação dos riscos. Todos os mecanismos de desengate tiram as coisas das mãos de quaisquer indivíduos ou grupos específicos; e quanto mais esses mecanismos forem de escopo global, mais tendem a ser assim. A despeito dos altos níveis de segurança que os mecanismos globalizados podem propiciar, o outro lado da moeda é que novos riscos surgiram: recursos ou serviços já não estão mais sob controle local e não podem portanto ser localmente reordenado no sentido de irem ao encontro de contingências inesperadas, há o risco de que o mecanismo como um todo possa emperra afetando assim a todos que comumente fazem uso dele. Desta forma, alguém que tenha aquecimento central a óleo e nenhum lareira é particularmente vulnerável a mudanças no preço do óleo. Em circunstâncias como a ‘crise do petróleo’ de 1973, produzido como resultado das ações do cartel da OPEP, todos os consumidores de produtos do petróleo foram afetados.” (GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991, p. 134-140).

denominou como “sociedade do risco”.<sup>235</sup> A diminuição das distâncias globais e a facilitação das comunicações fez com que a sociedade tivesse a sensação de que o diferente, o estranho, o inimigo pudesse estar presente a qualquer momento. Silva Sánchez arrola três fatores responsáveis pela institucionalização da sensação social de insegurança.

Com efeito, um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos. [...] Três aspectos concretos, a título puramente exemplificativo, podem ilustrar essa ideia. Por um lado, é inegável que a população experimenta uma crescente dificuldade de adaptação a sociedades em contínua aceleração. Desse modo, depois da revolução dos transportes, a atual revolução das comunicações dá lugar a uma perplexidade derivada da falta - sentida e possivelmente real - de domínio do curso dos acontecimentos, que não pode traduzir-se senão em termos de insegurança. Por outro lado, as pessoas se acham ante a dificuldade de obter uma autêntica informação fidedigna em uma sociedade - a da economia do conhecimento - caracterizada pela avalanche de informações. Estas, que de modo não infrequente se mostram contraditórias, fazem em todo caso extremamente difícil sua integração em um contexto significativo que proporcione alguma certeza. Em terceiro lugar, deve ser ressaltado que a aceleração não é somente uma questão da técnica, mas, precisamente, também da vida. A lógica do mercado reclama indivíduos sozinhos e disponíveis, pois estes se encontram em melhores condições para a competição mercadológica ou laborativa. De modo que, nessa linha, as novas realidades econômicas, às que se somaram importantes alterações ético-sociais, vêm dando lugar a uma instabilidade emocional-familiar que produz uma perplexidade adicional no âmbito das relações humanas. Pois bem, nesse contexto de aceleração e incerteza, de obscuridade e confusão, se produz uma crescente desorientação pessoal, que se manifesta naquilo que já se denominou perplexidade da ‘relatividade’.<sup>236</sup>

A velocidade das relações econômico-sociais, bem como a institucionalização do medo na sociedade do risco, veio a produzir reações por parte do Estado. Weber defendia que o controle estatal da sociedade se daria através da racionalidade instrumentalizada, refletida através da burocracia do Estado Moderno, que guiaria os cidadãos a fins planejados e predeterminados. Estes já não se preocupariam com seus objetivos, mas, sim, com os meios pelos quais se chegaria a tais destinos.<sup>237</sup>

<sup>235</sup> Beck baseia sua conceituação de sociedade do risco na ausência dos fatores naturais de condução do futuro, gerando alterações repentinas e imprevisíveis de paradigmas, típicas das sociedades pós-industriais. Para o autor, “somos testemunhas oculares – sujeitos e objetos – de uma ruptura no interior da modernidade, na qual se destaca dos contornos da sociedade industrial clássica e assume uma nova forma – denominada ‘sociedade (industrial) do risco’.” (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: 34, 2010, p. 12).

<sup>236</sup> SILVA-SÁNCHEZ, op. cit., p. 33-34.

<sup>237</sup> “Podemos dizer que o rumo dos eventos no mundo do capitalismo provou ser o exato oposto do que Max Weber previa quando escolheu a burocracia como protótipo da sociedade por vir e a retratou como a forma por excelência da ação racional. Extrapolando sua visão do futuro a partir da

Como visto, o panorama anteriormente demonstrado veio a acabar com as certezas predeterminadas. O Estado é incapaz de alcançar o controle social, isso incluindo as relações e a própria criminalidade em si.

A resposta à criminalidade, desde a gênese do "actual" Estado moderno, tem sido encabeçada unicamente pela própria estrutura e intencionalidade jurídico-política decorrentes, precisamente, desse mesmo Estado moderno. Sucede, porém, que a criminalidade económica - e só dessa agora curamos - tem cada vez menos um espaço, um território nacional, onde se desenvolva e perpetre. Efectivamente, se até aos anos oitenta essa mesma criminalidade já tinha plúrimos territórios onde se desenvolvia, hoje está, cada vez mais, em lugar nenhum. De sorte que, não obstante o efeito desvalioso se produzir, é certo, em um ou em vários territórios nacionais, é indiscutível que procurar ou destrinçar quem é quem, por exemplo, na cadeia de autoria se torna, não só tarefa labiríntica, mas também atitude ou empenhamento, por banda da Polícia, Ministério Público e Juízes, que tem muito de exasperante síndrome de Sísifo. Neste sentido, poder-se-á dizer - utilizando propositadamente uma linguagem simplista, mas que pretende ser impressiva - que o tipo de criminalidade com o qual nos temos que debater tem a qualidade ou característica de não ter *locus delicti*, pelo menos na interpretação clássica que a dogmática nos dá de local do crime.<sup>238</sup>

O incremento da estrutura burocrática visando um desejo expansionista de controle levou a outra consequência notável da modernidade tardia. A distância que separava o privado do público cada vez diminui mais, quando, dependendo do caso, já não mais existe. Tudo hoje parece ser objeto de vigilância, numa alusão ao panóptico em sua versão pós-moderna. As relações pessoais tidas de cunho eminentemente privado, resultantes da ascensão do individualismo moderno – relações pessoais, familiares e, por que não dizer, as de cunho sexual –, estão cada vez mais sujeitas à vigilância, não apenas do estado institucional, mas também do público em geral.<sup>239</sup> A vigilância e o voyeurismo cada vez estão mais fundidos. As visões apresentadas no pós-guerra por George Orwell, com *1984*, e Aldous Huxley, com *Admirável Mundo Novo*, marcadas por uma sociedade extremamente vigiada,

---

experiência contemporânea do capitalismo pesado (o homem que cunhou a expressão 'gaiola de ferro' não podia estar ciente de que o 'peso' era um mero atributo temporário do capitalismo e que outras modalidades da ordem capitalista eram concebíveis e estavam em gestação). Weber previu o triunfo iminente da 'racionalidade instrumental': com o destino da história humana dado como sabido, e a questão dos fins da ação humana acertada e não mais aberta à contestação, as pessoas passariam a se ocupar mais, talvez exclusivamente, da questão dos meios — o futuro seria, por assim dizer, obcecado com os meios. Toda racionalização adicional, em si mesma uma conclusão antecipada, consistiria em afiar, ajustar e aperfeiçoar os meios. Sabendo que a capacidade racional dos seres humanos tende a ser solapada constantemente por propensões afetivas e outras inclinações igualmente irracionais, poder-se-ia suspeitar de que a disputa sobre os fins dificilmente chegaria a um final; mas essa disputa seria no futuro expulsa da corrente principal, impulsionada pela inexorável racionalização - e deixada para os profetas e pregadores à margem dos superiores (e decisivos) afazeres da vida." (BAUMAN, op. cit. 1998, p. 71).

<sup>238</sup> FARIA COSTA, op. cit., p. 86-87.

<sup>239</sup> BAUMAN, Zigmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 64-65.

dividida entre controladores e controlados, que tanto amedrontaram não apenas seus leitores, mas também os entusiastas das teorias conspiratórias, estão consagradas e presentes no mundo atual, com uma pequena diferença: ao invés de serem visões amedrontadas de uma sociedade vigiada, elas estão presentes com apoio maciço das autoridades, da população e dos chamados formadores de opinião.

Muitos pensadores influentes [...] advertem sobre a possibilidade de que a 'esfera privada' seja invadida, conquistada e colonizada pela 'pública'. Voltando à memória recente da era que inspirou as distopias como as de Huxley ou de Orwell, pode-se compreender tal temor. As premonições parecem, no entanto, surgir da leitura do que acontece diante de nossos olhos com as lentes erradas. De fato, a tendência oposta à advertência é a que parece estar se operando — a colonização da esfera pública por questões anteriormente classificadas como privadas e inadequadas à exposição pública. O que está ocorrendo não é simplesmente outra renegociação da fronteira notoriamente móvel entre o privado e o público. O que parece estar em jogo é uma redefinição da esfera pública como um palco em que dramas privados são encenados, publicamente expostos e publicamente assistidos. A definição corrente de "interesse público", promovida pela mídia e amplamente aceita por quase todos os setores da sociedade, é o dever de encenar tais dramas em público e o direito do público de assistir à encenação.<sup>240</sup>

Tal movimento de panoptismo verificado nos tempos atuais apresenta seu reflexo direto na dinamização das relações econômicas atuais. Os processos de globalização e virtualização da economia fizeram com que as operações financeiras, antes vigiadas tranquilamente e diretamente pelo Estado, fugissem do controle da estrutura burocrática moderna, achando fendas por onde a circulação possa escoar e livrar-se das regulamentações estatais.<sup>241</sup>

Assim como na segurança pública, notou-se uma tentativa de incremento da estrutura burocrática econômica, a fim de retomar o controle da economia, sob o fundamento de combate a um novo e crescente ramo da criminalidade que se fazia presente na sociedade. Juntamente com a criação destas novas entidades regulatórias, veio também o inchaço da legislação que tenta, em vão, dar o suporte legal necessário para a atuação dos novos entes de controle.

O resultado, como já era possível prever, não foi o esperado. De um lado há um cenário, nas palavras dos autores aqui citados, extremamente diluído e dinâmico, sempre inovador e criativo, dotado cada vez mais de novos instrumentos

---

<sup>240</sup> BAUMAN, op. cit. 2000, p. 82-83.

<sup>241</sup> Ibid., p. 69.

responsáveis pela fluidez e circulação de riquezas. De outro, uma estrutura burocrática resultante da utopia moderna do controle, estática, dotada de regras administrativas rígidas, cuja velocidade a passos de tartaruga tenta correr atrás do dinamismo do mercado. Cada um usa as armas que detêm. O Estado se utiliza da ameaça, sobretudo através de leis de natureza penal, para ainda manter um pseudocontrole sobre o dinamismo financeiro.

A resposta, no entanto, é cobrada do Estado, por mais difícil que possa parecer a persecução a essa criminalidade ausente de um *locus delicti* ou *modus operandi* definidos. Para isso, uma vez que por suas próprias forças o Estado Policial não apresentou sucesso, tanto na definição das condutas delitivas, quanto na persecução aos próprios monstros criados – os tipos penais vagos, abertos e sem nenhuma precisão terminológica técnica<sup>242</sup> –, utiliza-se de instrumentos de ameaça e extorsão, travestidos de cooperação, sobre outros ramos estatais e paraestatais para a obtenção de subsídios necessários para a apuração dos fatos típicos. A função primeira do Direito Penal, elaborada em um plano modernista como instrumento de garantia individual contra a sanha punitiva estatal, passa ser subvertida como instrumento coator de produção de provas para a instrumentalização de um processo penal, atropelando todas as garantias individuais já consagradas pela evolução do pensamento sociocultural dos últimos três séculos.

### **2.3.2 A natureza subsidiária do Direito Penal: a efetiva aplicação do art. 10 da Lei 7.347/85 como ferramenta de proteção dos interesses difusos**

Vem há tempo a tentativa do Estado, em seu viés policialesco, invadir a esfera legal. Conforme demonstrado anteriormente, o sistema jurídico-legal, na

---

<sup>242</sup> Podemos citar como exemplo desta panaceia legislativa a elaboração e promulgação da Lei 7.492/1986, a lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional. O projeto de lei que originou o texto legal foi de autoria do então Deputado Federal Nilson Gibson. Apreciado pelas Comissões de Constituição, Justiça e de Redação, de Economia, Indústria e Comércio e de Fiscalização Financeira e de Tomada de Contas da Câmara dos Deputados, a lei teve sua redação final aprovada, em regime de urgência, em 16.05.1985. Ficou claro, desde o início de sua tramitação, que o referido texto legal vinha como uma solução emergencial e imperfeita aos anseios da época. As críticas às suas disposições foram claras, a começar pelas feitas pelos próprios membros do Congresso Nacional que, ao aprovar a referida lei “às pressas”, praticamente condicionaram a sua existência a um suposto caráter transitório da mesma, uma vez que dotada de paupérrima terminologia jurídica, pois elaborada por uma comissão de técnicos economistas do Banco Central do Brasil. O texto, no entanto, perpetuou-se inalterado, tornando definitivo o que fora elaborado provisoriamente, ao contrário das previsões governamentais expressadas na própria exposição de motivos.

perspectiva ainda vigente atualmente, foi concebido dentro de uma perspectiva de controle social típica da modernidade. O atual cenário fará com que sempre a ordem estatal esteja em defasagem com esta criminalidade, pois a velocidade das mudanças em um e outro é de espantosa diferença.

Assim, nota-se uma reação estatal a esta perspectiva, em uma tentativa de controlar o incontrolável e, via de consequência, partindo de premissas equivocadas – como, por exemplo, utilizar o Direito Penal como ponto de partida de uma atividade de natureza estritamente administrativa –, levando ao desvirtuamento dos princípios mais tradicionais do Direito Penal:

[...] o direito penal parece já nada querer com o desvalor dos resultados do presente, quer olhar exclusivamente para o desvalor dos resultados que irão acontecer no futuro e, por outro lado, quer vestir o fato de polícia de giro, quer ser preventivo, quer está antes que os factos aconteçam, parece que se quer abandonar a ideia nobre e profunda de liberdade, que é a que cinge um direito penal do facto, para se defender um direito penal, para sermos generosos, do ante-facto ou, no outro extremo, do post-facto. Aquilo que foi sempre um ponto de honra do Direito Penal clássico, que a função preventiva do ante-delictum não devia pertencer à essência do Direito Penal, parece que hoje passou a ser um ponto nevrálgico e inescapável para o Direito Penal 'proteiforme' que alguns querem que seja o Direito Penal do futuro.<sup>243</sup>

Justamente esta resposta estatal à necessidade de controle de uma sociedade extremamente dinâmica e veloz como a atual é o que está sob exame. O questionamento dos instrumentos legais que passam à margem das garantias consubstanciadas na Constituição, tais como obrigações legais descritas em preceitos vagos e imprecisos, que dão ampla margem de interpretação em favor dos agentes responsáveis pela busca de informações necessárias para seu mister, se fazem cada vez mais atuais e necessárias nesta época, quando cada vez mais difícil se torna a efetivação de certos direitos individuais.

Exemplo desta situação se percebe quando da análise do disposto no artigo 10 da Lei 7.347/1985,<sup>244</sup> a chamada Lei da Ação Civil Pública. Tal preceito expressamente tipifica penalmente a conduta de recusar, retardar ou omitir dados técnicos para a propositura da referida ação coletiva.

---

<sup>243</sup> FARIA COSTA, op. cit., p. 10.

<sup>244</sup> Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

A lei da Ação Civil Pública, em seu artigo 8º, § 1º,<sup>245</sup> trouxe para o ordenamento jurídico nacional<sup>246</sup> a figura do Inquérito Civil, assim definido por Didier Jr.

O inquérito civil é um instrumento de atuação exclusiva do Ministério Público. Trata-se de um procedimento administrativo investigatório, de caráter inquisitivo, instaurado e presidido pelo Ministério Público, sem maiores formalidades. Como simples procedimento, não é imperativo o respeito contraditório, embora em muitos casos possa ser aconselhável. Seu objeto é, basicamente, a coleta de elementos de prova e de convicção para as atuações processuais ou extraprocessuais a cargo do Parquet. Daí que: 'O inquérito civil também serve para que o Ministério Público colha elementos de convicção que lhe permitam desempenhar algumas atuações subsidiárias, como a tomada de compromissos de ajustamento, a realização de audiências públicas, a emissão de relatórios e recomendações'. Embora somente possa ser instaurado e conduzido pelo Ministério Público, qualquer cidadão pode pedir a abertura do inquérito civil, comunicando um fato que repute relevante e que careça de investigação. Trata-se de manifestação do direito fundamental de petição [...].<sup>247</sup>

Trata-se de figura de paradoxal existência no ordenamento jurídico nacional. Instrumento de cunho processual civil, seguiu o caminho inverso à tendência histórica de inserção de instituição de Direito Civil e Processual Civil nos instrumentos de natureza Penal e Processual Penal. Apresenta-se como o instrumento que possui o Ministério Público para a apuração administrativa – ou seja, sem um trâmite processual legal previamente definido – de fatos hábeis à propositura, não apenas de Ação Civil Pública, mas também de demais ações que visem à garantia de direitos de natureza supraindividual, como também de coação para a assinatura dos Termos de Ajustamento de Conduta – TACs.

Justamente por ser materialmente muito semelhante ao Inquérito Policial, detém basicamente as mesmas prerrogativas de ausência de contraditório e liberalidade nos rumos da investigação pelo seu titular – no caso, o membro do Ministério Público. No entanto, não apresenta as limitações constitucionais

<sup>245</sup> Art. 8º. Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. § 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis. § 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.

<sup>246</sup> Tal instituto também apresenta previsão legal nos artigos 6º da Lei 7.853/1989, 223 c/c 201, inciso V da Lei 8.625/1993 e 6º da Lei Complementar 75/1993, além da previsão constitucional do artigo 129, inciso III.

<sup>247</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil volume 4: processo coletivo**. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 216.

referentes aos atos de persecução penal e processual penal previstas no rol constitucional de direitos e garantias individuais.

Não é sem frequência que, no curso do Inquérito Civil, se chega à conclusão ou descoberta da prática de algum fato típico penal. Como a ação penal também é de titularidade do Ministério Público e, para o seu ajuizamento, é perfeitamente dispensável a prévia abertura de Inquérito Policial, nada obsta que, com base nas provas colhidas exclusivamente em um procedimento de Inquérito Civil – desde que, conforme já falado, ausentes as limitações de ordem constitucional previstas apenas para os procedimentos de natureza penal –, possa ser movida uma ação penal.

Outro ponto de discussão sobre a confusão conceitual entre os inquéritos civil e policial é a possibilidade não desprezível de que uma Ação Civil Pública e uma Ação Penal tramitem sob a condução de uma mesma autoridade judicial, como ocorre usualmente nos caso de apuração de atos de improbidade administrativa. Na ação penal já se sabe da impossibilidade de condenação com base em provas produzidas única e exclusivamente no inquérito policial e não submetidas a posterior contraditório no curso da ação penal, algo que não acontece na ação civil pública. Não há como não haver contaminação do senso de decisão do juiz que decide a Ação Civil Pública de tramitação concomitante com uma Ação Penal cujo objeto probatório é idêntico.

Não há, a princípio, uma limitação legal certa e determinada tanto quanto à atuação do Ministério Público no Inquérito Civil quanto ao objeto de investigação. Apenas se menciona no texto legal a possibilidade de negativa de fornecimento de informações “nos casos em que a lei impuser sigilo”, que, neste caso, necessitará de ordem judicial. A limitação trazida é tecnicamente imprecisa, uma vez que, em muitos casos, não há previsão expressa de sigilo em várias modalidades de informação. No demais dos casos, perfeitamente possível a requisição das informações e documentos pelo Ministério Público.

Quando da promulgação da Lei 7.347/1985, o instrumento da requisição era tido como algo indispensável para a real efetivação do papel do Ministério Público para o cumprimento de seu papel institucional. O texto previsto no artigo 10º abre margem para várias discussões terminológicas. A doutrina e a jurisprudência, mesmo depois de mais de duas décadas enfrentando o tema, ainda hoje não conseguem satisfatoriamente reduzir a complexidade do significado de termos como

“dados técnicos”<sup>248</sup> e “indispensabilidade”<sup>249</sup> para a ação. Além disso, há que ser questionado se haveria, nos dias de hoje, margem útil para a utilização de tal poder de requisição pelo Ministério Público diante dos atuais recursos informativos disponíveis.

Necessária uma aproximação, a fim de conferir legitimidade à atuação do Ministério Público como exclusivo detentor da titularidade e condução do inquérito civil, com o já desenvolvido entendimento que se tem acerca do inquérito policial. Da maneira como é conduzido, o inquérito civil apresenta consequências piores aos investigados que o seu correlato de natureza penal. Os princípios e garantias insculpidos pelo ordenamento constitucional ao inquérito policial devem ser estendidos obrigatoriamente ao inquérito civil, sobretudo a tendência cada vez maior de institucionalização de um contraditório mínimo no seu procedimento,<sup>250</sup> bem

---

<sup>248</sup> Dados técnicos, segundo a doutrina, não podem ser confundidos com informações em geral. Carvalho Filho (1999, p. 289-290) os conceitua como “todos aqueles que resultem da atividade especializada de peritos nas diversas áreas do conhecimento artístico ou científico”. A jurisprudência, por sua vez, firmou o entendimento de que a expressão “se refere a qualquer informação dependente de um conhecimento ou trabalho específico, que seja peculiar de determinado ofício ou profissão.” (RHC nº 12359MG, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 01/07/2002), entendimento este que vem sendo mantido atualmente, conforme vemos quando do julgamento do REsp 785.129/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 29/06/2006, DJ 14/08/2006, p. 327. No *leading case* citado, a definição pela tecnicidade dos dados solicitados foi assim decidida: “Assim, os documentos solicitados e não fornecidos pela paciente, os quais poderiam estar relacionados a contratos de bens e serviços ou licitações procedidas pela Câmara Municipal, como destacou a Subprocuradoria-Geral da República, só poderiam ser provenientes das atividades exercidas naquela Casa, em razão das necessidades e urgências surgidas. Daí concluir-se que, ao contrário do que sustenta o recorrente, os documentos e informações requeridas pelo Parquet estão, sim, inseridos no conceito de dados técnicos”, pois dizem respeito tão-somente aos procedimentos observados na rotina de funcionamento da Câmara Municipal de Ribeirão das Neves/SP”.

<sup>249</sup> A mesma imprecisão terminológica se encontra quando do exame da indispensabilidade dos dados requisitados. Comum a confusão entre dados técnicos indispensáveis e necessários ou úteis. De acordo com a doutrina, o conceito de dados necessários à propositura da ação deve ser buscado junto ao Código de Processual Civil, em seus artigos 282 e 283. Carvalho Filho (1999) considera que a recusa de fornecimento dos dados que possam ser juntados durante o transcorrer do processo também configura fato típico. Por sua vez, Mancuso (2007) limita a incidência do tipo não apenas à sua literalidade, mas também considera como não incidência do tipo quando se tratar de dados úteis ou complementares. A jurisprudência, por sua vez, relaciona diretamente a indispensabilidade com a possibilidade de estes dados serem requisitados pelo Ministério Público. Dados de ordem financeira que estejam abrangidos na delimitação legal do sigilo bancário exigidos diretamente pelo Ministério Público sem a passagem pelo crivo do judiciário e não apresentados pela instituição financeira teve a recusa justificada, uma vez que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica a respeito da ilegitimidade do parquet em requisitar documentos que impliquem a quebra do sigilo bancário (REsp 633.250/AM, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 21/11/2006, DJ 26/02/2007, p. 632).

<sup>250</sup> Didier Jr. (op. cit., p. 221-224) defende a adoção de vários dos princípios já consagrados quando do procedimento do Inquérito Policial no Inquérito Civil. Para isto utiliza as lições de Aury Lopes Jr., no sentido de serem necessários alguns elementos, como a existência de um contraditório mínimo na condução do procedimento; a comunicação imediata da existência de uma imputação ao indiciado; a razoabilidade no tempo de duração do segredo interno e a participação do indiciado na

como a efetivação da participação dos defensores quando da análise das provas já produzidas, de acordo com a Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal,<sup>251</sup> visando a estabelecer um caráter democrático ao procedimento investigatório.

### 2.3.3 O Direito Penal como forma de pressão: artigos 330 do Código Penal e 66 do Decreto-Lei 3.688/1941

Os mais conhecidos dispositivos penais de coação ao cumprimento de uma determinação de autoridade pública são as famosas tipificações dos crimes de desobediência, prevista no artigo 330 do Código Penal,<sup>252</sup> e da contravenção de omissão de comunicação de crime de ação pública à autoridade competente, descrita no artigo 66 e incisos do Decreto-Lei 3.688/1941.<sup>253</sup>

Os tipos acima arrolados possuem em sua redação um retrato da ideologia fascista que dominava o Estado à época da sua edição.<sup>254</sup> Trata-se de tipos abertos

---

produção antecipada de provas e provas técnicas irrepetíveis. Soma-se a estas citadas a identidade pessoal de um juiz responsável pela condução e averiguação das garantias na fase investigativa e atribuição de valor probatório limitado dos atos de investigação e exclusão de peças não necessárias ao deslinde da causa dos autos do processo (LOPES Jr., Aury, **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 285-302).

<sup>251</sup> Súmula Vinculante 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (DJe nº 26 de 9/2/2009, p. 1; DOU de 9/2/2009, p. 1).

<sup>252</sup> Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

<sup>253</sup> Art. 66. Deixar de comunicar à autoridade competente: I – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação; II – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal: Pena – multa, de trezentos mil réis a três contos de réis.

<sup>254</sup> Um retrato da época da edição dos Códigos Penal, de Processo Penal e da Lei das Contravenções Penais é descrito no editorial do Boletim Informativo nº 01 do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal – IBRAPP, lavrado nestes termos: “O ano era 1941. Em pleno Estado Novo, regime político inspirado na ditadura portuguesa de Salazar, o Brasil, então governado por Getúlio Vargas, firmava seu compromisso, junto aos Estados Unidos da América, de entrar na II Guerra Mundial. Grandes manifestações cívicas e patrióticas eram promovidas pelo governo. A imprensa, por sua vez, era censurada sem pudores. Militantes ligados aos movimentos comunistas, como Luis Carlos Prestes, e intelectuais, como Monteiro Lobato, eram presos por manifestações públicas contrárias ao governo. Pois justamente em meio a esse turbilhão político-social, sob a égide da denominada Constituição Polaca, de 1937, há exatos 70 anos, em 03 de outubro de 1941, era sancionado o Código de Processo Penal brasileiro — Decreto-Lei n. 3.689/41 — que entraria em vigor em 1º de janeiro de 1942 e assim permaneceria por longo período, atravessando — e se adaptando com — os mais variados regimes políticos, desde a ditadura militar das décadas de 1960 e 1970, até a democracia instaurada pela Constituição Federal de 1988.”

dotados de ameaça a quem não atendesse aos anseios estatais personalizados no “funcionário público”, independentemente do grau hierárquico e burocrático que ocupasse o emanador da ordem a ser atendida. Não se discute, outrossim, à letra fria da lei, o caráter justo ou útil da ordem, uma vez que se requer que esta seja apenas “legal”.

Dentro da lógica da época da sua promulgação, ordem era ordem, e ponto final. Não havia espaço para discussão, apenas para a obediência. No texto original do Código Penal, em seu artigo 15, já havia a previsão do dolo no tipo penal, sendo a persecução e punição por crimes culposos a exceção à regra.<sup>255</sup> Assim, apenas a desobediência dolosa era, e ainda é, passível de punição. O que, por sua vez, não ocorria na contravenção, cujo texto legal expressamente não fazia distinção entre as duas modalidades do tipo subjetivo.<sup>256</sup>

No que tange ao objeto de análise do presente trabalho, tais instrumentos normativos apresentam-se bastante utilitários como ferramentas de apuração de supostas ilegalidades por parte de autoridades administrativas, sobretudo o Ministério Público, Receita Federal e Polícia Judicial. Não é incomum a requisição de fornecimento de informações, principalmente de ordem financeira e pessoal, por tais autoridades, sem o exame prévio de autoridade judicial competente, sob a ameaça de imputação aos requeridos dos termos dos citados preceitos legais.

Já visto no presente trabalho que as regras regentes do Sistema Financeiro Nacional foram resultantes de uma crescente evolutiva da regulamentação econômico-financeira nacional a fim de ajustá-la ao cenário configurado, sobretudo, no final do século XX. Não se trata de uma legislação originada por espasmos de uma sanha legislativa estatal, mas, sim, da aplicação dos princípios insculpidos em tratados internacionais e, sobretudo, na Constituição Federal, de modo com que a Lei de Regência do sistema – Lei 4.595/1964 – foi eligida ao patamar de Lei Complementar. A segurança jurídica dos cidadãos é guardada pela legislação e jurisprudência que dotam de extrema responsabilidade os integrantes do Sistema Financeiro Nacional por qualquer lesão injustificadamente causada a seus clientes.

---

(INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL - IBRAPP. **Boletim informativo nº 01**. 2011/12. Porto Alegre, 2011).

<sup>255</sup> Art. 15. Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

<sup>256</sup> Art. 3º. Para a existência da contravenção, basta a ação ou omissão voluntária. Deve-se, todavia, ter em conta o dolo ou a culpa, se a lei faz depender, de um ou de outra, qualquer efeito jurídico.

No tocante aos tipos em análise, a determinação judicial que é dirigida ao administrador, ou a quem detenha os poderes de gerência de algum integrante do Sistema Financeiro nacional, necessariamente tem que ser dotada de algum efeito prático, como também é requisito necessário, como visto, para a configuração do delito previsto no artigo 10º da Lei da Ação Civil Pública. O objeto da ordem dada ao receptor com a ameaça de tipificação de suposta omissão deve ser específico e não alcançável por outro meio que não seja através da informação a ser prestada. Igualmente, a ordem deve ser eficaz, principalmente no que tange ao aproveitamento das informações requisitadas em eventual processo futuro. Uma possível ação penal contra o receptor da ordem não deve ser um processo abstrato, sem fundamento jurídico-social algum, sob pena de termos um feito inútil e a aplicação de uma sanção sem finalidade alguma.

Nesse sentido, argumenta-se que quem impõe uma pena sem que a pessoa que vai ser castigada mereça uma reprovação pelo fato cometido, ou, em todo caso, quando merece uma reprovação menor a que corresponderia à medida da pena, inclui aquela pessoa - diferente do que ocorre no caso da pena merecida - entre os objetos do direito das coisas. Dito de outro modo: argumenta-se que a pena não deve reger-se exclusivamente pela utilidade pública que se espera dela, e sim que se deve manter dentro do marco da culpabilidade do autor (...). Assim, podemos partir da base de que uma pena inútil não pode legitimar-se de nenhum modo em um Estado secularizado; a pena deve ser necessária para a manutenção da ordem social - sem esta necessidade, seria por sua vez um mal inútil.<sup>257</sup>

São critérios, portanto, que sempre devem ser objeto de análise quando da imputação de crime desta natureza a serem questionados: a ofensividade ao bem jurídico da conduta praticada e a efetividade da resposta estatal ao pretense crime.

A ofensividade está relacionada ao nível de reprovação à conduta praticada pelo sujeito passivo e o nível de lesão ao bem jurídico tutelado, no caso, a administração da pública. Conforme já visto, o crime de desobediência não pode ser punível na sua forma culposa. O dolo deve estar presente, ao menos em sua forma eventual. A prática mostra que, no mais das vezes, não se trata de dolo do agente no não cumprimento da ordem, mas de uma não compreensão clara acerca do teor da ordem ou do seu grau de legalidade formal, como a competência para a sua emanção.

Em casos práticos, nota-se que as condutas tipificadas podem ser

---

<sup>257</sup> JAKOBS, Günther. **Fundamentos de Direito Penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 12.

classificadas como inofensivas, beirando o denominado crime de bagatela. E, como tal, por critérios de política criminal, não merecem a movimentação da máquina estatal para que lhes seja dado o caráter retributivo da pena, infringindo o Princípio da Ofensividade, nas palavras de D'Ávila:

Aqui (na ofensividade penal), a ofensa exigida pelo ilícito-típico é assumidamente o desvalor expresso pela ofensa ao bem normativamente tutelado e, portanto, nos estritos limites do tipo penal. Muito embora a necessária recepção de uma noção crítica e trans-sistemática de bem jurídico permita uma aproximação entre a ofensividade e a sua ressonância comunitária — e isto é inegável, mas também absolutamente adequado —, trata-se de uma aproximação mediata que não é diretamente chamada na respectiva verificação da ofensa, mas apenas através da figura do bem jurídico-penal. Um tal modelo de crime, por outro lado, conquanto estabelecido no desvalor da ofensa a bens jurídicos, encontra-se longe de reivindicar uma ilicitude penal exclusivamente informada por esta específica fonte de desvalor. Ele se opõe, é verdade, a reconhecer uma efetiva autonomia ao desvaler de ação, capaz de, sem mais, justificar a existência do ilícito penal, o que, contudo, não significa excluí-lo de uma convivência não só profícua, mas verdadeiramente necessária. Ao desvalor de ação — aqui entendido não só nos estritos limites de um desvalor subjetivo [...], mas, salienta-se, também no desvaler objetivo da conduta em si corresponde um papel irrenunciável na formação do ilícito penal, o que, inclusive, parece-nos incontestável à luz do estado atual da teoria do crime. Afinal, somente através da união de ambos, desvalor de ação e desvalor de resultado, é que o ilícito pode ser apreendido em toda a sua complexidade.<sup>258</sup>

Na mesma seara, não são poucas as vozes atuais na doutrina mais abalizada sobre a multiplicação de tipos penais de consequência prática duvidosa. Tais preceitos acabam constituindo uma profusão de textos legais que visam unicamente apresentar uma justificativa estatal para sua inoperância prático-administrativa, desvirtuando por completo o sistema onde localizados e gerando uma completa falta de ponderação entre os valores basilares do complexo jurídico ao qual estão inseridos.

Quando a interpretação de tipos, avalorada e quase automática, em correspondência ao ideal positivista-liberal, não alcança soluções claras ou aceitáveis, a solução é procurada teleologicamente, através do bem jurídico protegido. Quando, após o exame da antijuridicidade formal, a busca por uma causa escrita de justificação se mostra infrutífera, mas o juízo de antijuridicidade parece político-criminalmente errôneo, pode-se chegar à negação da antijuridicidade material através de uma ponderação de bens e interesses. Ao mesmo tempo, na teoria da culpabilidade, a rigidez dos preceitos da lei positiva é atenuada por considerações de exigibilidade.

---

<sup>258</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2005, p. 42-44.

Todas essas iniciativas revelam valiosos pontos de partida para a introdução de orientações político-criminais no trabalho dogmático, mas também para aquele enfraquecimento individual-valorativo do sistema, cuja questionabilidade já se demonstrou e que impediu que, por ex., fossem reconhecidas amplamente a teoria do fim como formulação do estado de necessidade supralegal ou a inexigibilidade como causa geral de exclusão de culpabilidade.<sup>259</sup>

Necessária a intervenção, portanto, dos aplicadores e intérpretes do direito, a fim de sanar a lacuna deixada pelo legislador ao não regulamentar, de forma clara, os instrumentos de pretensão punitiva aos atos de baixa lesividade, como é o caso em análise. Há uma flagrante desproporção entre as consequências lesivas ao bem jurídico supostamente atingido e as causadas geralmente pelos imputados no crime de desobediência, cujas condutas não apresentam qualquer juízo de reprovabilidade.

Há de ser observada, também, a real efetividade da contraprestação estatal nos casos sob exame. O Direito Penal, como *ultima ratio* da atividade estatal de preservação da ordem jurídica, não apresenta resultado prático algum, tanto à movimentação de um processo, quanto à aplicação de pena ao paciente.

Não apresenta justificativa considerável a movimentação da estrutura judicial-penal, via de regra, em delitos desta natureza, e a possível aplicação de pena aos agentes a fim de corrigir eventual lesão ao bem jurídico atingido pela sua conduta. Na maioria das vezes, não há lesão, não há dolo, tampouco há consequências.

Por sua vez, a contravenção prevista no artigo 66 do Decreto-Lei 3.688/1941 é de utilização rara nos tribunais nos dias de hoje, seja pela inaplicabilidade prática de sua tramitação no âmbito dos Juizados Especiais, seja pela pena em abstrato de valor reduzido, a ponto de ver caracterizada a prescrição na maioria dos casos levados a julgamento. Independentemente dos fatores acima arrolados, a comunicação de crime à autoridade competente acaba por fazer necessário o acompanhamento deste de indícios e provas da prática do ilícito por meio do denunciante, uma vez que a denúncia vazia também configura fato típico, previsto nos artigos 339<sup>260</sup> e 340<sup>261</sup> do Código Penal.

---

<sup>259</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 26-27.

<sup>260</sup> Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa. § 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto. § 2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

Já não é de hoje a preocupação com tal aspecto político-criminal pelo legislador nacional. A nova parte geral do Código Penal (Lei 7.209/1984) foi editada visando evitar estas distorções. A diretriz da política criminal adotada na ocasião, e válida até os dias atuais, foi no sentido de dar efetividade à apuração dos delitos e aplicação das penas, como assim está exposto na sua Exposição de Motivos, na parte denominada “Das Penas”, em seu parágrafo 26:

Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.<sup>262</sup>

Ao analisar os termos da preocupação expressada pelo legislador, necessária se faz a adequação, não só das penas, mas do Processo Penal como um todo àqueles casos que realmente mereçam uma contraprestação efetiva do Estado, o que, definitivamente, não se trata dos casos sob análise.

#### **2.3.4 A ausência de efetividade do modelo atual ante as limitações de ordem histórica, antropológica e constitucional**

Ante o cenário acima exposto, nota-se um descompasso muito grande da evolução dos sistemas administrativos de detecção e persecução de sintomas nocivos ao bom funcionamento do mercado, através da atuação direta dos entes responsáveis pelo seu bom funcionamento, do cenário relativo ao Direito Penal e processual penal.

O que se depreende é a diferença de, por um lado, termos um mecanismo de controle, baseado em tratados internacionais, com fiscalização geral multifacetada e extremamente especializada, capitaneada por agentes de atuação direta, discreta e técnica no ramo das operações financeiras. De outro lado, está um sistema

---

<sup>261</sup> Art. 340 - Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

<sup>262</sup> BRASIL. Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências – Exposição de Motivos.

investigatório inquisitorial, cuja titularidade se dá por entes de qualificação técnica duvidosa acerca de operações financeiras, dentro de um processo hermético e arcaico, que buscam, por intermédio da ameaça, angariar informações sobre a suposta prática de crimes de forma não clara, vaga e imprecisa, direcionada a pessoas que, em geral, não tem autoridade para conseguir os dados requeridos e, sobretudo, atropelando garantias e direitos individuais constitucionalmente previstos.

Não é necessário um exame apurado do quadro prático para se chegar ao entendimento de que a atividade de requisição de dados às instituições financeiras pelas autoridades investigativas diretamente aos integrantes dos quadros funcionais das operações financeiras não apresenta quase nenhum resultado prático. O Direito Penal, originalmente organizado como modo de garantia do cidadão contra o desejo punitivo estatal, é utilizado como instrumento de coação aos receptores das ordens de fornecimento de informações, o que, ao fim e ao cabo, acaba por não ter grau algum de eficiência no caso concreto. A partir do momento em que o Direito Penal não é utilizado em seu fim original, qual seja, a proteção a bens jurídicos relevantes, ele não cumpre, em absoluto, o seu papel, exatamente como ocorre nas hipóteses em análise, pois não se sabe qual o bem jurídico ameaçado pela desobediência de uma ordem (mal dada e mal dirigida) emanada por funcionário público.

A questão se minimiza significativamente quando a solicitação de informações passa pela análise e pelo crivo judicial acerca da sua efetividade e conveniência na persecução penal. O Juiz, ao decidir um pedido de informações proveniente de uma entidade investigadora, deverá motivar sua decisão com base não apenas no ordenamento jurídico penal ou processual, mas sobretudo constitucional. O fato de não estarem os dados financeiros ou bancários dos indivíduos abarcados expressamente no rol de garantias constitucionais não significa que a abrangência destes direitos não os alcance. O texto constitucional traz expressamente a proteção da intimidade e o sigilo de dados como garantias fundamentais, e sua flexibilização há que se dar quando do choque com outros direitos e garantias da mesma hierarquia.

Exemplo clássico da relativização destas garantias é o dever de informação das instituições financeiras de atividades suspeitas de lavagem de dinheiro ao Banco Central. Tal providência foi originada de tratados internacionais onde o Brasil é signatário e hoje exerce papel de destaque na regulação do sistema econômico internacional. Cabe a ressalva de que, neste caso, não está se falando da proteção

ao indivíduo usuário do sistema, mas, sim, visando o bom funcionamento do sistema financeiro como um todo, a fim de evitar novos choques e colapsos na economia global, que tantas consequências nefastas causaram a população, especialmente a partir do século XIX.

É latente a confusão adotada por certos atores sociais quando fazem brado acerca da aplicação do princípio da eficiência, erigido à categoria constitucional no *caput* artigo 37 da Constituição como um dos nortes a ser perseguido pela administração pública, com o da eficácia – que não necessariamente são sinônimos.<sup>263</sup> A persecução penal, a fim de apurar crimes de característica específica como os aqui tratados, deve ter como base a eficácia nos meios de persecução, através da técnica e da inteligência, ao invés da eficiência baseada apenas em um vetor temporal. A eficiência aqui não está diretamente ligada com a rapidez. Invariavelmente, um dos pontos primeiros a sofrer os efeitos dessa flexibilização é o direito ao sigilo e à intimidade dos investigados.

Neste quadro, é comum o clamor pela flexibilização dos limites à investigação estatal. O Processo Penal deve visar, antes de tudo, um resultado final constitucionalmente adequado, pois de nada valerá um procedimento investigativo baseado em ilegalidades cujas provas colhidas de nada servirão para seu desiderato, pois eivadas de nulidades.

Esse movimento acaba por gerar um enfraquecimento do Direito Penal como meio de controle e regulação da sociedade pelo Estado. Uma vez que não apenas a própria noção de Estado, mas também de seus elementos constituintes – território, sobretudo –,<sup>264</sup> se encontra em crise, a resposta prática dada aos meios de

---

<sup>263</sup> MORAES conceitua o princípio da eficiência como sendo “aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social.” (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 310). DI PIETRO complementa a conceituação explanando que “a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas. 2007, p. 76).

<sup>264</sup> “Os riscos na era da globalização transcendem no tempo e no espaço. Um desastre ecológico, a poluição, as guerras, trazem consequências não só para hoje, e não só para determinado país. São problemáticas a serem resolvidas por toda a humanidade. Estes novos riscos provocam maior temor devido a sua imprevisibilidade. Não se sabe a sua dimensão e o alcance dos seus efeitos.” (FERNANDES, op. cit., p. 61).

repressão<sup>265</sup> estatal pelos reprimidos, e vice-versa, é cada vez mais simbólica. De um lado, há um Estado impossibilitado de apresentar uma resposta repressiva eficaz à nova delituosidade,<sup>266</sup> com falta de operadores e estrutura qualificados para esse enfrentamento. De outro, uma massa popular que, ao sentir esta inoperância, acaba por perder a confiança no Estado em dar uma resposta efetiva e direta aos delitos em geral, e não apenas aos novos crimes. É notável a diferença de velocidade notada entre as relações a serem controladas com a efetiva resposta estatal, seja no âmbito legislativo, seja no âmbito executório.

A incompatibilidade entre o Direito Penal clássico e a nova delituosidade acaba por gerar uma resposta praticamente nula do Estado na regulamentação e controle destas novas relações.<sup>267</sup> Para isso, as respostas estatais a esta vasta gama de delitos passam a ser paliativas – penas alternativas, transação penal e terceirização da função penal –, absolutamente fora do propósito do caráter repressivo original do Direito Penal.

Tal prática acarreta consequências bem latentes. Primeiramente, não é absurdo se dizer que este expansionismo, esta tentativa de utilizar tipos penais como forma de simplificar a produção da prova no processo penal não tem gerado

---

<sup>265</sup> “A noção de repressão [...] é mais pífida; em todo caso, tive mais dificuldade em me livrar dela na medida em que parece se adaptar bem a uma série de fenômenos que dizem respeito aos efeitos do poder. (...) Ora, me parece que a noção de repressão é totalmente inadequada para dar conta do que existe justamente de produtor no poder. Quando se define os efeitos do poder pela repressão, tem-se uma concepção puramente jurídica deste mesmo poder; identifica-se o poder a uma lei que diz não. O fundamental seria a força da proibição. Ora, creio ser esta uma noção negativa, estreita e esquelética do poder que curiosamente todo mundo aceitou. Se o poder fosse somente repressivo, se não fizesse outra coisa a não ser dizer não você acredita que seria obedecido? O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. Deve-se considera-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem como função reprimir.” (FOUCAULT, op. cit. 2009, p. 7-8).

<sup>266</sup> “Da mesma forma que o mundo se tornou global, o crime também passou a ser de preocupação internacional. Hoje é comum a existência de criminalidade organizada em sociedades cujo único intuito é infringir as leis. Alguns exemplos disso são os crimes econômicos, de colarinho branco e crimes de poder.” (FERNANDES, op. cit., p. 36).

<sup>267</sup> Gomes e Bianchini listam uma série de características da chamada modernidade penal que estão se acentuando ou deteriorando na era da globalização, são elas a deliberada política de criminalização, ao invés de descriminalização; as frequentes e parciais alterações pelo legislador da Parte Especial ou a edição de leis penais especiais; o aumento dos marcos penais dos delitos clássicos; a proteção institucional (ou funcional) dos bens jurídicos; a ampla utilização da técnica dos delitos de perigo abstrato; o menosprezo patente ao princípio da lesividade ou ofensividade; erosão do conteúdo da norma de conduta; uso do direito penal como instrumento de política de segurança; transformação funcionalista de clássicas diferenciações dogmáticas; a responsabilidade penal de pessoas jurídicas; endurecimento da fase executiva da pena; privatização ou terceirização da justiça; e alterações no processo penal em nome da efetividade (GOMES, Luiz Flávio & BIANCHINI, Alice. **O Direito Penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25-33).

os efeitos esperados e, longe disso, em nada colabora para a elucidação dos casos em que utilizada. Por fim, conforme se verifica nos processos examinados no próximo capítulo, o único caso em que se reconheceu a possibilidade de apuração direta pelo Ministério Público, sem autorização judicial, envolvia verba de caráter público em conta corrente de titularidade de ente público. Mesmo assim, tal prática só foi permitida após um intenso exercício de flexibilização e relativização de garantias constitucionalmente elencadas.

### **3 ANÁLISE DE CASOS PRÁTICOS**

Este estudo, ao avaliar casos judiciais práticos, concentra-se nos limites do poder de requisição de informações pelo Ministério Público em crimes econômicos sem autorização judicial. Por essa razão, a pesquisa analisa e discute as garantias constitucionais, infraconstitucionais e o entendimento jurisprudencial.

Ambos os casos retratados passam ao largo do exame da legislação atual de regência, qual seja, a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, tendo sido, inclusive, a segunda decisão analisada proferida anteriormente a vigência da referida legislação.

A pesquisa busca explorar entendimentos jurisprudenciais, aspectos inovadores sobre a desnecessidade de autorização judicial para quebra de sigilo bancário envolvendo recursos públicos com base nos textos legais examinados no presente estudo.

A escolha das presentes decisões se deu em razão da necessidade geral e permanente de avaliação dos resultados da aplicação das normas e do entendimento jurisprudencial aos casos concretos, a fim de saber se, de tais aplicações, é possível extrair um juízo sobre a efetividade da norma.

#### **3.1 EXAME DAS DECISÕES – REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – PROCESSO 2006.71.17.002657-2 – VARA FEDERAL DE ERECHIM - RS – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO 2006.71.17.002657-2 – OITAVA TURMA – TRIBUNAL REGIONAL DA QUARTA REGIÃO – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL X PAULO KETTNER E OUTROS**

##### **3.1.1 Relatório**

Trata-se de Representação Criminal de nº 2006.71.7.002657-2, da Vara Federal da Subseção Judiciária da Subseção Judiciária de Erechim, RS, denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, em face de três funcionários do Banco do Brasil que teriam se recusado a fornecer informações bancárias ao Ministério Público Federal.

Visando instruir um inquérito que apurava irregularidade em licitações de obras financiadas por convênio firmado entre a Prefeitura Municipal de Machadinho

e o MEC, o Procurador Regional da República, Dr. Januário Paludo, requisitou os comprovantes de movimentação bancária com a identificação dos beneficiários referente à conta conveniada à Prefeitura Municipal de Machadinho.

Diante da requisição do Ministério Público Federal por informações bancárias, os gerentes da Agência do Banco do Brasil do referido município, através de orientação do jurídico do Banco do Brasil, comunicaram ao Procurador Federal do Ministério Público Federal a impossibilidade de prestar as informações devido a impedimento legal, que protege o sigilo bancário, o qual somente poderia ser suprido por ordem judicial.

O Ministério Público Federal, contudo, entendeu que os funcionários do Banco do Brasil, na qualidade de gerentes e advogado, negaram, reiteradamente, o fornecimento de dados indispensáveis requisitados pelo Ministério Público Federal para propositura de ação civil.

Assim, o *parquet* federal ofereceu denúncia contra os funcionários do Banco do Brasil, dois gerentes e um advogado, por incurso na sanção prevista do artigo 10 da Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), combinado com o artigo 29, *caput* do Código Penal, visto que recusaram o fornecimento de tais informações.

Importante constar que, com a negativa de prestar informações sem autorização judicial, o Ministério Público Federal, então, solicitou ordem judicial sob o fundamento de que precisavam dos extratos da conta para que pudessem ser identificados os beneficiários dos saques.

O Ministério Público Federal fundamentou tal pedido na decisão do STF no Mandado de Segurança nº 2179/DF, em que foi Relator o Ministro Marco Aurélio e Impetrante do Banco do Brasil, em face de ato do Procurador Geral da República, que proclamou a desnecessidade de autorização judicial para quebra de sigilo bancário envolvendo recursos públicos, devendo ser atendida a requisição do Ministério Público Federal. Sustentou ainda que a alegação de sigilo bancário, para movimentação de recursos públicos, é descabida, uma vez que, de regra, públicos devem ser todos os atos administrativos, não podendo ser alegado sigilo bancário sequer ao particular, que tem assegurado o direito de fiscalizar os atos dos agentes públicos e, mormente, ao Ministério Público Federal, que tem o dever legal de zelar pelo patrimônio Público e probidade administrativa.

O Relator Desembargador Federal Luiz Fernando W. Penteado deferiu, então, o requerido pelo Ministério Público Federal, determinando que fosse oficiado à

Gerência da Agência de Machadinho que fornecessem as informações e documentos ao Ministério Público Federal. Acrescentando ainda, no despacho, que é sabido que, dentre as atribuições do Ministério Público, está a de solicitar informações e documentos para instruir processos administrativos (artigo 129, inciso VI da Constituição Federal), ainda mais quando se tratar de verba pública, e o Banco do Brasil atua apenas como intermediário de um plano de amparo.

Devidamente instruída a representação criminal com as negativas do fornecimento dos dados via administrativo, bem como com a posterior ordem judicial, em sentença, a denúncia foi rejeitada por atipicidade da conduta perpetrada pelos denunciados, em 09 de outubro de 2006, pelo Juiz Federal Dr. Luiz Carlos Cervi, em sentença cujo texto integral encontra-se em anexo.

Interposto Recurso em Sentido Estrito pelo Ministério Público, o mesmo restou negado, por unanimidade, pela Oitava Turma do TRF da 4ª Região, em acórdão também anexado ao presente trabalho.

Após, com o trânsito em julgado, a Representação Criminal foi baixada para a vara de origem e arquivada administrativamente.

### **3.1.2 Análise das decisões de 1º e 2º Grau**

A sentença da Representação Criminal contra os funcionários do Banco do Brasil rejeitou a denúncia.

No caso em questão, a conduta típica imputada aos denunciados é a constante do Artigo 10, da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).<sup>268</sup>

O juízo *a quo* considerou que restou, comprovado dos autos, que o Ministério Público Federal requisitou junto à agência do Banco do Brasil do Município de Machadinho os extratos da movimentação bancária com a identificação dos beneficiários dos saques, referentes à conta conveniada à Prefeitura Municipal de Machadinho, bem como que a negativa por partes dos denunciados deu-se sob argumento de que as informações solicitadas estavam protegidas pelo sigilo bancário, o qual somente poderia ser suprido por ordem judicial. Tal ordem foi posteriormente requerida, deferida e atendida pelos funcionários do Banco do Brasil.

---

<sup>268</sup> Artigo 10: Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

A decisão ressaltou que dentre as funções do Ministério Público, previstas no artigo 129, inciso VI da Constituição Federal, está a de solicitar informações e documentos para instruir procedimentos administrativos. Em se tratando de ação civil pública, a possibilidade de requisição de informações está estampada no artigo 8º, da Lei 7.347/85, a chamada Lei da Ação Civil Pública.<sup>269</sup>

Contudo, o juízo *a quo* baseado no parágrafo segundo do mesmo artigo confirma que o referido artigo é claro ao afirmar que “somente nos casos em que a lei impuser sigilo poderá ser negada certidão ou informação, hipótese com que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los”.

Ainda, destacou que o direito ao sigilo bancário é garantido constitucionalmente, no artigo 5, inciso XII da Constituição Federal,<sup>270</sup> e infraconstitucionalmente, através da Lei Complementar nº 105/2001, somente podendo ser quebrado por autorização judicial, mesmo com o requerimento do Ministério Público.

A sentença foi fundamentada com base em jurisprudências do TRF da 4ª Região, como o habeas corpus nº 2006.04.00.019493-3 e a correição nº 2004.04.01.005131-9, as quais consideraram que a quebra do sigilo bancário somente pode se dar mediante autorização judicial.

Por fim, a decisão ressaltou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8.716/GO, onde ficou decidido que o sigilo bancário não é um direito absoluto, quando demonstradas fundadas razões, podendo ser desvendado por requisição do Ministério Público em medidas e procedimentos administrativos, inquéritos e ações mediante requisição submetida ao poder judiciário.

Assim, a sentença considerou que, mesmo havendo entendimento

---

<sup>269</sup> Artigo 8º: Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. § 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis. § 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.

<sup>270</sup> Artigo 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

jurisprudencial no sentido de que, em havendo investigação de atos praticados por ente público, a quebra de sigilo não necessita de intervenção judicial, não pode este se sobrepor à lei, de forma a imputar a prática de ato criminoso ao cidadão que agiu em obediência às determinações legais e constitucionais.

Para o juízo *a quo* não restou verificada a prática de qualquer ato criminoso pelos funcionários do Banco do Brasil ao não atender a solicitação do Ministério Público Federam sem ordem judicial, tendo em vista que, após deferida a ordem judicial, os funcionários do Banco do Brasil cumpriram a ordem devidamente, conforme requerido.

Embasando seu entendimento no Recurso Especial 79.026, julgado pela Sexta Turma do STJ, que não considerou crime de desobediência a negativa de atendimento à requisição do Ministério Público sobre o assunto protegido pelo sigilo bancário. Salientando, ainda, que não houve qualquer dolo dos denunciados, haja vista que agiram em conformidade com a orientação do jurídico do Banco do Brasil.

Deste modo, restou rejeitada a denúncia oferecida, com base no artigo 43, inciso I do Código de Processo Penal, por atipicidade da conduta perpetrada pelos denunciados, sendo tal entendimento confirmado pela Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, por unanimidade, ao negar provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Federal.

O voto do Relator Desembargador Federal Elcio Pinheiro de Castro foi no sentido de que restou verificada, claramente, a ausência de elemento objetivo do tipo inculcado no artigo 10 da Lei nº 7.437/85, o qual exige que os dados em tese recusados se destinem, de forma precípua, à propositura da ação disciplinada nesse mesmo diploma legal, e não a *persecutio criminis*, bem como também não foi constatada a presença do elemento subjetivo, pois a análise do crime em comento deve salientar a existência de vontade livre e consciente de se negarem, os agentes, a prestar, sem justificativa plausível, as informações solicitadas. Portanto, não se configurou o delito quando a recusa tem por base entendimento equivocado ou incorreta interpretação das normas legais, pois não há forma culposa.

### **3.1.3 Conclusão**

O presente estudo analisa se as informações requisitadas pelo Ministério Público Federal dispensam ou não autorização judicial para sua liberação. A dúvida

ainda persiste se, afinal, há ou não sigilo bancário quando o objeto da investigação é verba pública.

Para o Ministério Público Federal, a garantia constitucional de sigilo de dados não tem caráter absoluto. E nem assim o poderia, principalmente quando o objeto sob investigação envolve patrimônio público, como no caso analisado. A persecução criminal não pode e não deve encontrar percalços infundados a dificultar a punição daqueles agentes públicos que atentam contra os princípios basilares da administração pública, e o ordenamento jurídico não pode ser interpretado de modo a servir de escudo à má utilização da *res publica*.

Tem-se que não há justificativa para a negativa de órgãos em prestar informações requisitadas pelo Ministério Público sem prévia autorização judicial.

Com efeito, deve o exercício administrativo estar sempre pautado pela supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público. Nesse diapasão, a Constituição Federal elencou dentre os princípios norteadores da Administração Pública a observância indeclinável ao princípio da publicidade.

O objetivo único do sigilo bancário é preservar a privacidade da pessoa, valor assegurado pela Constituição Federal aos particulares. Contudo, quando se trata de Administração Pública, há uma mitigação sensível da privacidade. A proteção dada aos particulares é absolutamente incompatível com os princípios norteadores da Administração Pública.

A conta bancária objeto da requisição promovida pelo *parquet* federal referia-se a conta-convênio. Se ao administrador é obrigada a prestação de contas aos administrados de tudo que envolver dinheiro público, o que se poderá dizer ao órgão legitimado a fiscalizar e combater a má utilização de verbas públicas? No entendimento do Ministério Público Federal não existe sigilo quando se fala em administração do patrimônio público, principalmente quando há indícios suficientes de irregularidades. Não podem existir barreiras infundadas que dificultem ao Ministério Público o acesso a qualquer informação quando tratar-se de atos que atendem à probidade administrativa e à integridade da coisa pública. O sigilo bancário não deve servir de respaldo para a prática de atos ilícitos, ainda mais que a Lei Complementar nº 75/93, em seu artigo 8º, autorizou o acesso a tais informações ao Ministério Público.<sup>271</sup>

---

<sup>271</sup> Artigo 8: Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva,

Nesse sentido, para o Ministério Público Federal, pode-se haver requisição direta de informações às instituições financeiras quando houver envolvimento de verbas públicas, com base no poder de requisição referido pela Lei Complementar citada acima e na publicidade dos atos governamentais. Contudo, tanto para o juiz singular quanto para o tribunal de segundo grau, as informações denegadas não tinham por fim instruir futura ação civil pública, mas, sim, o inquérito criminal nº 2003.04.01.026483-9, que visava investigar a possível prática, pelo Prefeito, da conduta ilícita descrita no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67.

Portanto, ausente o elemento objetivo do tipo inculcado no artigo 10 da Lei nº 7.437/85, o qual exige que os dados em tese recusados se destinem, de forma precípua, à propositura da ação disciplinada nesse mesmo diploma legal, e não a *persecutio criminis*.

Ainda que assim não fosse, também não se constata a presença do elemento subjetivo, pois a análise do crime em comento deve salientar a existência de vontade livre e consciente de se negarem, os agentes, a prestar, sem justificativa plausível, as informações solicitadas. Assim, não se configura o delito quando a recusa tem por base entendimento equivocado ou incorreto da interpretação das normas legais, pois não há forma culposa.

Bem se vê, desde logo, que só preenchem o tipo penal as recusas de apresentação de dados imprescindíveis à propositura de ação civil pública, afinal, o

---

no caso de ausência injustificada; II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas; IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas; V - realizar inspeções e diligências investigatórias; VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio; VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; IX - requisitar o auxílio de força policial. § 1º O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar; a ação penal, na hipótese, poderá ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal. § 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido. § 3º A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa. § 4º As correspondências, notificações, requisições e intimações do Ministério Público quando tiverem como destinatário o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, membro do Congresso Nacional, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro de Estado, Ministro de Tribunal Superior, Ministro do Tribunal de Contas da União ou chefe de missão diplomática de caráter permanente serão encaminhadas e levadas a efeito pelo Procurador-Geral da República ou outro órgão do Ministério Público a quem essa atribuição seja delegada, cabendo às autoridades mencionadas fixar data, hora e local em que puderem ser ouvidas, se for o caso. § 5º As requisições do Ministério Público serão feitas fixando-se prazo razoável de até dez dias úteis para atendimento, prorrogável mediante solicitação justificada.

princípio da legalidade penal estrita não admite extensão da abrangência do tipo.

Ocorre que as informações requisitadas pelo Ministério Público Federal no caso concreto não visavam instruir ação civil, pois não há qualquer dúvida de que se destinavam a subsidiar o inquérito policial tombado perante esse Tribunal sob o nº 2003.04.01.026483-9. É o que se extrai da requisição (fl. 10) e dos documentos juntados às fls. 37/40, nos quais se vê que, ante a negativa do banco, o Ministério Público Federal postulou e obteve decisão do ilustre relator do inquérito criminal.

Não se diga, ademais, que poderia haver transferência posterior dos dados para eventual investigação civil. Primeiro, porque os autos não dão conta de nada nesse sentido e, segundo, porque a apuração de improbidade administrativa ou outro ilícito civil, mesmo praticada por Prefeito, não estava afeta ao Tribunal Regional da Quarta Região nem à Procuradoria Regional da República. Nesse passo, como a requisição tinha nítido interesse criminal, não há como invocar a proteção do artigo 10 da Lei nº 7.347, que tem clara e indiscutível limitação à proteção da investigação destinada à propositura de ação civil.

De fato, o caso analisado demonstra que tanto o entendimento do juízo *a quo* como da 8ª Turma do TRF da 4ª Região foi no sentido de que não pode a jurisprudência se sobrepor à lei para o tipo penal.

### 3.2 EXAME DA DECISÃO – MANDADO DE SEGURANÇA 21.729-4 – TRIBUNAL PLENO – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – BANCO DO BRASIL S/A X PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

#### 3.2.1 Relatório

Trata-se de Mandado de Segurança nº 21.729-4, sendo impetrante o Banco do Brasil S/A e impetrado o Procurador Geral da República, tendo como Relator do acórdão o Ministro do STF Marco Aurélio.

Diante da requisição do Ministério Público Federal de informações bancárias, o Banco do Brasil ajuizou o referido Mandado de Segurança, arguindo como ato de constrangimento o ofício do Procurador Geral da República, visando ao fornecimento da lista dos beneficiários de liberação de recursos, em caráter emergencial.

O Banco sustentou, com base no artigo 38 da Lei 4.595/64, que está compelido a guardar sigilo de suas operações ativas e passivas, bem como dos

serviços prestados. Caso contrário, com base também no referido artigo, em seu § 7º, o dever de assim proceder, sob pena de responderem criminalmente. Ressaltou ainda que a Lei Complementar 75/93, que dispõe sobre as atribuições do Ministério Público, não derogou a Lei 4.595/64, requerendo a concessão de liminar, a fim de não ser constrangido a fazer o que está defeso em lei.

O Relator Ministro Marco Aurélio deferiu a liminar pleiteada, afastando possível iniciativa da autoridade tida como coatora, bem como procedimentos decorrentes da recusa em prestá-las. Após, seu voto foi para conceder a ordem para, tornando definitiva a liminar, eximir o banco impetrante do fornecimento dos dados que lhe foram requisitados pelo Ministério Público.

O Ministro Maurício Corrêa, após pedido de vista, acompanhou o voto do Relator para confirmar a liminar e conceder a segurança para que o banco impetrante não forneça as informações requisitadas, salvo por ordem judicial. Contudo, não acompanha o voto do Relator no que concerne à declaração de inconstitucionalidade do §2 do Art. 8º da Lei Complementar 75/93.

O Ministro Celso de Mello concordou com o voto do Relator, deferindo o pedido, mas sem a declaração da inconstitucionalidade da norma referida. Já o Ministro Francisco Rezek indeferiu a segurança.

O Ministro Ilmar Galvão acompanhou o voto do Relator, concedendo a segurança, do mesmo modo que o Ministro Carlos Velloso.

Acolhendo a conclusão do voto do Ministro Rezek, o Ministro Octavio Gallotti indeferiu o pedido. No mesmo sentido, o Ministro Néri da Silveira também indeferiu o Mandado de Segurança. Da mesma forma, acompanhando o voto do Ministro Octavio, o Ministro Sidney Sanches indeferiu a segurança.

O Ministro Moreira Alves e o Ministro Sepúlveda Pertence acompanharam o voto do Ministro Rezek e indeferiram o Mandado de Segurança.

Assim, por maioria de votos, foi indeferido o Mandado de Segurança, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Celso de Mello, Ilmar Galvão e Carlos Velloso.

### **3.2.2 Análise dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal**

#### **3.2.2.1 Ministro Relator Marco Aurélio**

Para o Ministro Relator, a teor da regra do inciso VI do art. 129 da CF, ao Ministério Público cumpre tão somente requisitar informações e documentos visando a instruir quer os procedimentos administrativos, quer os inquéritos policiais.

No seu entendimento, existindo norma legal impondo o sigilo de dados, não cabe ao Ministério Público o acesso às informações protegidas pelo sigilo. Conclui que não concebe, em face à regra excepcionadora do sigilo de dados contida no inciso XII do artigo 5º da CF, vinculada que se encontra a ordem judicial, e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, seja viável, constitucionalmente, a possibilidade de órgão do Ministério Público, pouco importando a hierarquia, vir a afastá-lo. Nem por isso é dado dizer que fica inviabilizada a atuação salutar do Ministério Público. A ordem jurídico-processual contempla medidas preparatórias e estas podem ser requeridas quando indispensável o acesso, pelo Órgão, a determinadas informações que a Carta da República agasalha como sigilosas, o mesmo ocorrendo quanto à legislação específica. No particular, o Ministro ainda entendeu que o § 2º do artigo 8º da Lei Complementar 75/93 não coabita o mesmo teto dos incisos X e XII do rol das garantias constitucionais, no que revela que nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação do registro, do dado ou documento que lhe seja fornecido. A preservação de dados ocorre considerada a órbita daquele que a detém, somente sendo afastável, via ato emanado, em processo próprio, de órgão investido do ofício judicante.

Em última análise, destacou o Relator que o sigilo bancário, em seu entendimento, está sob a proteção do disposto nos incisos X e XII do artigo 5º da CF, e que somente é possível afastá-lo por ordem judicial.

Por fim, declarou o disposto no §2º do artigo 8º da Lei Complementar 75/93 como inconstitucional e concedeu a ordem para tornar definitiva a liminar e eximir o banco do fornecimento dos dados que lhe foram requisitados pelo Ministério Público.

### **3.2.2.2 Ministro Maurício Corrêa**

Para o Ministro, não há na Constituição uma disposição expressa que institua o sigilo bancário. Ressalta que era norma consuetudinária. Ainda que, quanto à

inexistência do dever legal de guardar sigilo sobre informações recebidas, não sobreviveu com o advento do art. 38 da Lei nº 4.595/64; o mesmo não ocorre quanto ao exame da natureza do dever de guardar o sigilo, cujo entendimento se cristalizou nas decisões da Corte.

Outras Leis, inclusive penais, de alguma forma abordaram a questão do sigilo bancário.

Para o Ministro, a mais enfática, por ser expressa, na época, era a Lei nº 4.595/64, mais precisamente, seu artigo 38,<sup>272</sup> sendo este artigo revogado pela Lei Complementar nº 105/2001. Cita, ainda, o Código Tribunal Nacional, que dispõe em seu artigo 197 sobre o sigilo bancário em relação ao Fisco. E o artigo 198 que regula o sigilo das informações fiscais, que desfruta da mesma natureza do sigilo bancário, abrindo exceção para as requisições determinadas pelo Judiciário.

Da mesma forma cita a Lei 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, em seu artigo 18, tipificando penalmente a conduta de violação do sigilo bancário.

Registra ainda, no seu voto, outras disposições que abordam a matéria: art. 44 da Lei 5.010/66; art. 8º e seu parágrafo único da Lei 8.021/90 e art. 10 da lei 8.033/90. Contudo, ressaltou que as referidas leis são de discutível constitucionalidade por alterarem lei recepcionada como complementar (Lei 4.595/64) e pelo conteúdo; entretanto, destacou que não cabe exame, tanto quando não cabe exame do artigo 29 da Lei 7.492/86, por não ter sido invocado pelas partes

---

<sup>272</sup> Artigo 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. § 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma. § 2º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo. § 3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei nº 1579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil. § 4º Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º, deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros. § 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente. § 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente. § 7º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

e não terem pertinência com o desate da lide.

Por fim, ressalta que a Lei 9.034 trouxe novas exceções à quebra do sigilo bancário e fiscal ao regular os meios de prova em crimes de quadrilha, permitindo “o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais (art. 2º, III), mas fazendo expressa ressalva ao sigilo constitucionalmente assegurado, estabelecendo que a sua quebra só pode ocorrer por determinação judicial”. Referiu que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é rica em precedentes que nunca deixaram de entender que o sigilo bancário é um direito individual não absoluto, podendo ser rompido somente em casos especiais.

Entendeu o Senhor Ministro que, no contexto da inviolabilidade dos direitos à intimidade e à vida privada, assegurados pela Constituição aos brasileiros e aos estrangeiros aqui residentes, estão contidos os desdobramentos do direito à privacidade, entre os quais, o direito ao sigilo bancário e fiscal. Sendo este direito individual assegurado de forma tal que não se permite, sequer, que a sua abolição seja objeto de deliberação em proposta de emenda à Constituição (artigo 60, §4º, inciso IV).<sup>273</sup>

Também o inciso XII do art. 5º da CF, com os seus múltiplos sentidos, permite extrair, ao menos, o princípio de que o sigilo bancário só pode ser rompido por determinação judicial.

Concluiu que os precedentes analisados estão calcados em dois princípios fundamentais: o primeiro diz que o direito ao sigilo bancário é um direito individual, mas não absoluto, porque cede diante do interesse público; o segundo princípio informa que a violação do sigilo bancário só é permitida no interesse da justiça e por determinação judicial. As leis examinadas no seu voto põem em evidência que a orientação legislativa predominante, seja no ramo do direito comercial, penal, tributário, administrativo ou civil, tem se orientado no mesmo sentido.

Assim, entendeu por não acolher a tese que dá interpretação ampliativa ao artigo 129, inciso VI da Carta Magna,<sup>274</sup> a ponto de entender que nele está contida autorização para a quebra do sigilo bancário por autoridade administrativa. E, por

---

<sup>273</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>274</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

esta razão, concluiu que o art. 8º, II, IV e §2º da Lei Complementar 75/93 não inclui a quebra de sigilo quando constitucionalmente previsto e assegurado este direito, de forma que, em tais casos, qualquer autoridade ou particular pode opor a exceção de sigilo.

Acompanhando as conclusões do voto do Ministro Relator, confirmou a liminar e concedeu a segurança, com base na obrigação que lhe decorre do direito à privacidade dos seus clientes, previsto no artigo 5º, inciso X da Carta Magna, não forneça as informações requisitadas, salvo por ordem judicial. Contudo, não declarou a constitucionalidade do §2º do artigo 8º da Lei Complementar 75/93.

### **3.2.2.3 Ministro Celso de Mello**

Fundamentou tratar-se o presente caso de discussão sobre valor constitucionalmente assegurado no artigo 5º, inciso X, cuja proteção normativa busca erigir e reservar, sempre em favor do indivíduo e contra a ação expansiva do árbitro do Poder Público, uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade desenvolvida pelo aparelho de Estado.

Trouxe que a doutrina tem acentuado que o sigilo bancário que possui extração constitucional reflete, na concreção do seu alcance, um direito fundamental da personalidade, expondo-se, em consequência, à proteção jurídica a ele dispensada pelo ordenamento positivo do Estado.

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

Salientou, neste ponto, que a jurisprudência do STF proclamou a plena compatibilidade jurídica da quebra do sigilo bancário permitida pela Lei nº 4.595/64 em seu artigo 38, com a norma inscrita no art. 5º, incisos X e XII da Constituição, reconhecendo ser possível autorizar, quando presentes fundadas razões, as informações bancárias reservadas.

Ainda que, sem conotação de regra absoluta, e especialmente à vista da situação registrada no presente caso, em que o direito individual à preservação do sigilo opõe-se a um bem jurídico de valor coletivo (a primazia do interesse público

subjacente à tutela dos direitos metaindividuais ou à investigação, à persecução criminal e à repressão aos delitos em geral), torna-se relevante admitir, no que concerne à superação do conflito entre direitos fundamentais, a adoção de critério fundado em juízo de ponderação e de valoração.

Sendo assim, impõe-se o deferimento da quebra de sigilo bancário, sempre que essa medida se qualificar como providência essencial e indispensável à satisfação das finalidades inderrogáveis da investigação estatal, desde que não exista nenhum meio menos gravoso para a consecução de tais objetivos.

Contudo, para que essa providência extraordinária e sempre excepcional, que é a decretação da quebra do sigilo bancário, seja autorizada, revela-se imprescindível a existência de causa provável, vale dizer, de fundada suspeita quanto à ocorrência de fato cuja apuração resulte exigida pelo interesse público.

A quebra do sigilo bancário importa, necessariamente, em inquestionável restrição à esfera jurídica das pessoas afetadas por este ato excepcional do Poder Público. A pretensão estatal voltada às operações financeiras constituiu fator de grave ruptura das delicadas relações, já estruturalmente tão desiguais, existentes entre o Estado e o indivíduo, tornando possível, até mesmo, quando indevidamente acolhida, o próprio comprometimento do sentido tutelar que inequivocadamente qualifica, em seus aspectos essenciais, o círculo de proteção estabelecido em torno da prerrogativa pessoal fundada no direito constitucional à privacidade.

A exigência de preservação do sigilo bancário, enquanto meio expressivo de proteção ao valor constitucional da intimidade, impõe ao Estado o dever de respeitar a esfera jurídica de cada pessoa. A ruptura desse círculo de imunidade só se justificará desde que ordenada por órgão estatal investido, nos termos do estatuto constitucional, de competência jurídica para suspender, excepcional e motivadamente, a eficácia do princípio da reserva das informações bancárias.

Em tema de ruptura do sigilo bancário, somente os órgãos do Poder Judiciário dispõem do poder de decretar essa medida extraordinária, sob pena de a autoridade administrativa interferir indevidamente na esfera de privacidade constitucionalmente assegurada às pessoas. Apenas o Judiciário pode eximir as instituições financeiras do dever que lhes incumbe em tema de sigilo bancário.

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.

Assim, entendeu o Ministro que a decretação do sigilo bancário pressupõe sempre a existência de ordem judicial, sem o que não se impõe à instituição financeira o dever de fornecer legitimamente as informações que lhe tenham sido requisitadas. Concedendo, assim, o mandado de segurança, por entender que não assiste ao Ministério Público o poder de requisitar, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa, instituição ou órgão. E concordando com o voto do relator, exceto no que concerne à declaração de inconstitucionalidade do §2º do artigo 8º da Lei Complementar 75/93.

#### **3.2.2.4 Ministro Francisco Rezek**

O voto do Ministro Rezek foi no sentido de indeferir o mandado de segurança impetrado pelo Banco do Brasil, entendendo perfeitamente legítima – segundo a ordem jurídica a que o Tribunal deve garantir vigência – a requisição de informações endereçada ao banco pelo Procurador-Geral da República.

Para o Ministro, a questão jurídica trazida à corte no mandado de segurança analisado não tem estatura constitucional. Tudo quanto se estampa na própria Carta de 1988 são normas que abrem espaço ao tratamento de determinados temas pela legislação complementar.

É neste terreno, pois, e não naquele da Constituição da República, que se consagra o instituto do sigilo bancário – o qual já se repetiu *ad nauseam*, neste país e noutros, e não tem caráter absoluto. Cuida-se de instituto que protege certo domínio – de resto nada transcendental, mas bastante prosaico – da vida das pessoas e das empresas, contra a curiosidade gratuita, acaso malévola, de outros particulares, e sempre até o exato ponto de onde alguma forma de interesse público reclame sua justificada prevalência.

Não afirmou, em absoluto, que o magistrado seja essencial e necessariamente melhor do que qualquer outro servidor do Estado. O que sucede é que a polícia é, ela mesma, a executora do grampeamento telefônico que lhe pareça útil à investigação criminal, e que se faz sempre sob o véu do sigilo. O aval do juiz é a garantia de que a quebra da privacidade, nesse caso, parece necessária, e ficará

registrada nos autos, sob a responsabilidade conjugada de quem a pediu e de quem a autorizou, sem espaço algum para o capricho e para o arbítrio. Este, de outro modo, haveria de incorporar-se à rotina, como ao tempo das últimas sombras da história política do Brasil, quando os esbirros do sistema de informações se compraziam na escuta telefônica não só de supostos subversivos e corruptos, mas também na de ministros de Estado e membros do STF.

A inovar um temperamento à regra do sigilo bancário estampada na Lei de 31 de dezembro de 1964, a lei complementar do Ministério Público não arranhou, de modo algum, a integridade do artigo 5º da Constituição. Deu sequência curial e necessária ao artigo 129, VI do texto maior, e o fez, admita-se ainda, de modo exemplar. O Ministério Público não age na sombra: suas requisições desse gênero, a que, na linguagem da norma em exame, não se há de opor sob qualquer pretexto e exceção do sigilo, têm forma documental. Para que assim não fosse, era preciso que a Carta mesma entronizasse tal sigilo. Ela decididamente não o faz no caso de operações bancárias, e custa imaginar o Ministério Público requisitando informações sobre o domínio – este, sim, resguardado pelo texto maior – da estrita intimidade das pessoas, ou das comunicações. Modelo de sobriedade e prudência, a lei complementar impõe que o Procurador Geral da República seja, ele próprio, o requisitante de informações a algumas centenas de servidores graduados do Estado (art. 8º, §4º). Diz da subsistência do caráter sigiloso – por força de alguma outra norma – das informações assim obtidas. E enfatiza (art. 8º - §1º) a responsabilidade civil e criminal do membro do Ministério Público que faça “uso indevido das informações e documentos que requisitar”.

Nesse quadro, o voto do Ministro Rezek foi no sentido de indeferir a segurança, pois concluiu que não viu inconstitucionalidade alguma no §2º do art. 8º da Lei Complementar 75, cujo texto só faz ampliar, dentro da prerrogativa legítima do legislador, o escopo da exceção já aberta ao sigilo bancário no texto da lei originalmente comum que o disciplinou nos anos 60. E o faz em nome de irrecusável interesse público, adotando um mecanismo operacional que em nada arranha direitos, ou sequer constrange a discrição com que se portam os bancos idôneos e as pessoas de bem.

### **3.2.2.5 Ministro Ilmar Galvão**

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

A Constituição, ao dizer, no art. 129, VI, que tem o Ministério Público a atribuição de requisitar informações e documentos para instruir aos procedimentos administrativos de sua competência, não investiu o órgão do poder de devassa. Competência dessa natureza, por interferir no direito fundamental da privacidade, consagrado no art. 5º, X, da CF, haveria de vir expressa, não podendo resultar de interpretação ampliativa do mencionado inciso do art. 129, nem, muito menos, de disposição da lei complementar destinada a regulamentá-lo, já que constitui restrição a dois postulados básicos, quais sejam os valores da privacidade e da intimidade, e o dever de sigilo sobre conhecimento decorrente do exercício profissional (incs. X e XIV, do art. 5º, da CF).

Veja-se que nem sequer ao Fisco, a quem incumbe prevenir a sonegação de impostos, notadamente os que recaem sobre rendimentos auferidos pelos contribuintes, outorgou a Constituição o poder de devassa das contas bancárias, havendo, ao revés, no art. 145, § 1ª, da CF, ao facultar-lhe o poder de identificar o patrimônio, os rendimentos e atividades econômicas do contribuinte, consignado a ressalva – “*respeitados os direitos individuais*” –, cláusula que vale pela indicação de que o poder investigatório, próprio, do Físico, encontra limite na intimidade, na vida privada, na casa, na correspondência e nas comunicações em geral, mesmo de dados, valores que se encontram ao abrigo da garantia constitucional de inviolabilidade.

Trata-se de limite somente afastável pela via judicial, em devido processo legal, e diante de razões bastantes para justificarem a decisão do Juiz.

Assim, se antes da Constituição de 1988 havia dúvidas sobre se a quebra do sigilo, nos casos dos parágrafos do art. 38 da Lei nº 4.595/65, exigia decisão em processo judicial, ou, se, ao revés, bastava a instauração de processo administrativo, v.g., de natureza fiscal, para obrigar a instituição financeira a prestar informações sobre a conta de determinado correntista, essa dúvida já não subsiste

diante do dispositivo retro mencionado, onde foram ressalvados os direitos individuais, que, no caso, correspondem aos dos referidos incs. X, XII e XIV do art. 5º da CF.

Cabe a providência ao Poder Judiciário, cuja decisão, como já se viu, ainda assim, além de fundamentada e respaldada pelo devido processo legal, deverá contemplar caso específico, não podendo consistir numa ordem indiscriminada ou de efeitos permanentes, havendo, ainda, de ser justificada por evidente interesse público, ameaçado não por um perigo duvidoso e remoto, mas por um perigo evidente e atual.

Ressaltou que esse parece ser também o entendimento do legislador ordinário, como dá prova eloquente a edição da Lei nº 9.034/1995,<sup>275</sup> com redação dada pela Lei 10.217/2001. Essa Lei, nos seus artigos 2º<sup>276</sup> e 3º,<sup>277</sup> dispõe sobre as providências a serem postas em prática para a comprovação dos crimes dessa ordem.

Vê-se, portanto, que o legislador cercou a quebra do sigilo das informações,

---

<sup>275</sup> BRASIL. Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

<sup>276</sup> Artigo 2º - Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: I - vetado. II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a elas vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações; III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais. IV - a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; V - infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.

<sup>277</sup> Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. § 1º Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo. § 2º O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc. § 3º O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação. § 4º Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz. § 5º Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça.

até mesmo bancárias, relativas aos acusados dos referidos ilícitos, da cautela, obviamente excessiva, de restringir a exceção ao juiz, a quem incumbe, nesses casos, realizar pessoalmente e diligência, sob “o mais rigoroso segredo de justiça”.

Com essas considerações, o voto do Ministro acompanhou o voto do eminente Relator e dos Ministros que o seguiram, deferindo a segurança.

### **3.2.2.6 Ministro Carlos Velloso**

O Sr. Ministro abordou que, para o caso analisado, a primeira questão a ser enfrentada é esta: o dispositivo inscrito no § 2º do art. 8º da Lei Complementar nº 75/93 dirige-se à autoridade. Diz o seguinte: “nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado e do documento que lhe seja fornecido”. Isto poderia representar a não aplicação, às entidades bancárias, do citado dispositivo legal, tendo em vista que as entidades bancárias não são autoridade, quer as entidades bancárias denominadas estatais – sociedades de economia mista – quer as puramente privadas, já que não seria possível distinguir banco estatal de banco privado. Outra questão seria a do sigilo bancário.

O Ministro sustentou a tese de que o sigilo bancário protege interesses privados; ele é espécie do direito à privacidade, que é inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra no art. 5ª, inciso X, além de atender a uma finalidade de ordem pública, qual seja a de proteção do sistema de crédito.

Não é do sigilo bancário, na verdade, um direito absoluto, devendo, portanto, ceder diante do interesse público, diante do interesse da justiça, diante do interesse social, conforme, aliás, tem decidido esta Corte.

Certo é que as exceções ao sigilo bancário estão basicamente nos parágrafos do art. 38 da Lei 4.595/1964. As novas disposições que vieram com as Leis 8.033/1990 e 8.021/1990, no ponto em que alteram normas inscritas na Lei 4.595/64, seriam inconstitucionais para alguns, dado que esta última teria sido recebida pela Constituição de 1988 como Lei Complementar, tendo em vista o disposto no artigo 192 da Constituição.

Ressaltou, no voto, que não era hora de debater o tema. O registro é feito apenas no reforço da afirmativa no sentido de que as exceções ao sigilo bancário

estão basicamente nos parágrafos do art. 38 da Lei 4.595/64. Então, o que se expõe é que o segredo bancário não é um direito absoluto, que cede diante do interesse da justiça.

Deixando assentado, como premissa maior, esta: é possível à norma infraconstitucional estabelecer caso em que será aceita a quebra do sigilo bancário. Como, entretanto, isso poderá ocorrer? Para o Ministro, tratando-se de um direito que tem *status* constitucional, esta quebra não pode ser feita por quem não tem o dever da imparcialidade. Somente pode ser realizada a quebra do sigilo pela autoridade judiciária, dado que esta procederá sempre com cautela, com prudência, com moderação, porque estas são virtudes inerentes à magistratura, ou virtudes que os magistrados devem possuir. Não se pode admitir que a parte que não tem o dever ou a obrigação de ser imparcial – e que há de ser parcial, porque é inerente à parte ser parcial – possa, ela própria, por suas próprias mãos, efetivar a quebra de um direito inerente à privacidade, que a Constituição consagra, que tem, portanto, *status* constitucional.

As funções do Ministério Público, data vênua, por mais importantes que sejam, são, sobretudo, de parte, de quem requer e não decide, a quem não compete a obrigação de ser imparcial. O advogado é sempre parcial, porque defende a parte. E o Ministério Público é advogado da sociedade, é órgão de acusação na ação penal. O Judiciário tem conhecimento de que o Ministério Público excepcionalmente age como se fosse magistrado. Mas ele tem o papel de defensor da sociedade, é o órgão que promove a ação penal, é parte, pois. Portanto, ele é parte, e a parcialidade é inerente à parte. De modo que penso ser possível à lei conferir ao Ministério Público o direito de promover a quebra do sigilo bancário, num procedimento ou num devido processo legal, mediante a atuação do Poder Judiciário, da autoridade que tem a obrigação de ser imparcial e que, portanto, deverá proceder, repito, com cautela, com prudência e com moderação.

Assim, encerrou seu voto deferindo o mandado de segurança e concluiu que, emprestando-se interpretação conforme ao dispositivo inscrito na Lei Complementar nº 75, de 1993,<sup>278</sup> em seu artigo 8º,<sup>279</sup> há de ser entendido que a quebra do sigilo

---

<sup>278</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

<sup>279</sup> Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada; II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de

bancário poderia ocorrer a requerimento do Ministério Público e somente seria concedida por decisão judicial, num devido processo legal.

### **3.2.2.7 Ministro Octavio Gallotti**

Primeiramente, ressaltou em seu voto que se impressionou, em primeiro lugar, com a graduação qualificada que os votos anteriores empreenderam da espécie do sigilo bancário, na compreensão do inciso X do art. 5º da Constituição Federal; também as considerações feitas sobre a estatura constitucional do Ministério Público e a correspondente responsabilidade que cabe a seus membros, na seleção e na preservação dos dados a ser requisitados.

Contudo, assentou sua conclusão numa premissa menos ampla: aquela de que se justifica a quebra do sigilo pela circunstância de aqui se tratar de uma hipótese de requisição à autoridade pública.

Assim o fez porque considerou que não estavam julgando uma ação direta, exercendo um controle de caráter abstrato, mas decidindo um caso concreto, posto num mandado de segurança, em que se alega direito subjetivo ferido.

No caso, o Banco do Brasil não está simplesmente atuando como banco comercial. Verifica-se, do parecer, que as operações, que se pretende investigar, residem no empréstimo a empresas do setor sucroalcooleiro de cerca de um bilhão e

---

autoridades da Administração Pública direta ou indireta; III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas; IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas; V - realizar inspeções e diligências investigatórias; VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio; VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; IX - requisitar o auxílio de força policial. § 1º O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar; a ação penal, na hipótese, poderá ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal. § 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido. § 3º A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa. § 4º As correspondências, notificações, requisições e intimações do Ministério Público quando tiverem como destinatário o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, membro do Congresso Nacional, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro de Estado, Ministro de Tribunal Superior, Ministro do Tribunal de Contas da União ou chefe de missão diplomática de caráter permanente serão encaminhadas e levadas a efeito pelo Procurador-Geral da República ou outro órgão do Ministério Público a quem essa atribuição seja delegada, cabendo às autoridades mencionadas fixar data, hora e local em que puderem ser ouvidas, se for o caso. § 5º As requisições do Ministério Público serão feitas fixando-se prazo razoável de até dez dias úteis para atendimento, prorrogável mediante solicitação justificada.

cem milhões de dólares americanos bancados pelo Governo Federal, por intermédio do Banco do Brasil, ou seja, entrega subsidiada pelos cofres públicos. Uma operação na qual o Banco do Brasil não age como banco comercial. Não se pretende devassar conta de particulares, mantida em depósito no Banco do Brasil. Está, ele, nesse caso, desempenhando a função de agente delegado do Governo Federal, e, por isso, não se acha em causa, propriamente, a quebra de um sigilo. Deste se acha imune por sua natureza, a operação realizada com dinheiros públicos, cujo dispêndio, ao revés, está sujeito, pelo art. 37 da Constituição, para não dizer ao princípio da moralidade, pelo menos, sem dúvida alguma, ao princípio da publicidade.

Por esse fundamento, e deixando para maior reflexão a hipótese de sigilo de operação do Banco do Brasil como banco comercial, acolheu a conclusão do voto do Ministro Francisco Rezek e indeferiu o pedido.

### **3.2.2.8 Ministro Néri da Silveira**

O voto do Ministro começa ressaltando o disposto no artigo 129, incisos VI e VIII, da Constituição.<sup>280</sup>

Está na Lei Complementar a que se refere a Constituição, no artigo 8º, que, para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União – destacando que essa lei diz respeito ao Ministério Público da União – poderá, nos procedimentos de sua competência, requisitar informações, exames, perícias, documentos de autoridades da administração pública direta ou indireta; requisitar da administração pública serviços etc.; requisitar informações, documentos a entidades privadas; realizar inspeções e diligências investigatórias.

Pois bem, no caso, não se examina esta matéria no âmbito de uma ação direta de inconstitucionalidade, desvinculada dos fatos concretos, em que apenas é julgada a norma de direito em abstrato. Aprecia-se um mandado de segurança, impetrado pelo Banco do Brasil S.A., que entende ter direito a não completar informações que lhe foram solicitadas pelo Ministério Público Federal.

Para dirimir a controvérsia, entendeu o Ministro que não havia necessidade

---

<sup>280</sup> Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público: [...] VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; [...] VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

de examinar, em profundidade, o problema do sigilo bancário e da extensão de sua proteção.

Com efeito, no caso concreto, em face de informações vindas a lume, na imprensa, de que cogitadas operações de empréstimos seriam eventualmente suspeitas, quanto ao prejuízo causado ao erário e a benefícios carreados a determinados setores, o Ministério Público agiu dentro dos limites da sua competência de investigar, apurar e atuar, se fosse o caso. As informações complementares eram tidas como necessárias para o ajuizamento do procedimento a eventualmente seguir. É a expressão do Ministério Público Federal, atuando no âmbito das suas atribuições, com independência. Pediu, assim, essas informações para seu esclarecimento e com vistas a instruir sua agir. Fê-lo dentro dos limites previstos na Lei que lhe confere, para o exercício das suas atribuições constitucionais, tal aptidão, a faculdade e o poder de solicitar informações e documentos a entidades privadas e entidades públicas.

O sigilo bancário, conclui, não pode englobar esse tipo de informação, em se cuidando da aplicação de recursos públicos. Pretender o Ministério Público Federal saber se já houve contratos, quem são os contratantes, a data de sua celebração, a edição do Diário Oficial em que estão publicados esses contratos, tudo isso não há de ficar sob o manto do sigilo bancário, conforme o disposto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.<sup>281</sup>

Desse modo, indagou o Ministro: pode um banco oficial, o Banco do Brasil, atuando em nome do Governo, realizando operações de Governo – e isto está confirmado –, dizer que o sigilo bancário impede de fornecer ao Ministério Público federal informações a esse respeito, em ordem a instruir estudos sobre essas operações, em virtude de denúncias ou notícias de irregularidades?

Na forma por que analisou este caso concreto, não pode deferir ao Banco do Brasil tal indenidade pretendida – de deixar de prestar, ao Procurador-Geral da República, as informações, que há de ser públicas, porque dizem com a aplicação de dinheiro público e são destinadas a se esclarecerem notícias da existência de ilegalidades, no particular.

Nesses termos e limites, indeferiu, no caso concreto, o mandado de

---

<sup>281</sup> Art. 37 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: (omissis).

segurança requerido pelo Banco do Brasil S.A.

### **3.2.2.9 Ministro Sidney Sanches**

O Ministro Sanches acompanhou o voto do Ministro Octavio Gallotti, realçando as peculiaridades justificadoras da não prevalência, no caso, do sigilo bancário, indeferindo o Mandado de Segurança.

### **3.2.2.10 Ministro Moreira Alves**

O Ministro, destacando a circunstância de que no caso se trata de empréstimo em que há parcela representada por dinheiro público, entendeu que não é de invocar o instituto do sigilo bancário, acompanhando o voto do Ministro Rezek, mas com a fundamentação dos votos dos demais colegas que assim votaram, indeferindo a segurança.

### **3.2.2.11 Ministro Sepúlveda Pertence**

Para o Ministro, o sigilo bancário só existe no Direito brasileiro por força de lei ordinária. Não entende que se cuide de garantia com status constitucional. Não se trata da “intimidade” protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Da sua leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação “de dados” e não os “dados”, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse. Reportou-se, no caso, *brevitatis causae*, a um primoroso estudo a respeito do Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior.

Em princípio, por isso, admitiria que a lei autorizasse autoridades administrativas, com função investigatória, e sobretudo o Ministério Público, a obter dados relativos a operações bancárias.

Não obstante, a sua dúvida estaria em saber se o art. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 75, abrangeria operações bancárias normais do Banco do Brasil. Para isso seria necessário entender que o Banco do Brasil, porque sociedade de economia mista com controle acionário da União, seria autoridade pública, ainda com relação à exploração de atividade econômica não monopolizada a que se

dedica, vale dizer, quando efetua operações bancárias comuns, idênticas às efetivadas por qualquer outra instituição financeira privada. A discriminação inviabilizaria os bancos estatais. Daí, a minha dificuldade em aceitar que o poder de requisitar informações de qualquer autoridade, dado na lei complementar ao Ministério Público, abrangesse sociedades de economia mista, quando no exercício de atividade econômica comum não monopolizada.

No caso, entretanto, há um dado, já acentuado por vários dos Ministros: a revelação de que o mecanismo da equalização das taxas de juros importa utilização de recursos públicos, de recurso do Tesouro Nacional para viabilizar as questionadas operações de crédito privilegiado à lavoura canvieira. Há, pois, como objeto das indagações do Procurador-Geral ao Banco do Brasil, não operações bancárias comuns, mas atos de gestão de dinheiros públicos. Ora, em matéria de gestão de dinheiro público, não há sigilo privado, seja ele de status constitucional ou meramente legal, a opor-se ao princípio basilar da publicidade da administração republicana.

Por essas razões, indeferiu o mandado de segurança.

### **3.2.3 Conclusão**

Da análise da decisão extrai-se conflito de entendimentos. De um lado, a obrigatoriedade do Banco de manter sigilo quanto às operações financeiras que formaliza, bem como a situação creditícia daqueles que se apresentaram, junto a si, como devedores, de outro lado, a posição do Ministério Público do tocante ao alcance da Lei Complementar nº 75/93, pois a mesma afasta o sigilo bancário, independentemente do crivo de órgão investigado do ofício judicante e, portando, da atuação do judiciário.

A questão a ser dirimida consiste em saber se ao Ministério Público é dado negar informações requisitadas, opondo-se à exceção do sigilo.

O pedido formulado no Mandado de Segurança analisado esbarra nos preceitos dos artigos 129, inciso VI, da Constituição Federal e na Lei Complementar 75/93.

Assim, chega-se a várias conclusões. São elas: a) as informações solicitadas são indispensáveis à instrução de procedimentos administrativos no âmbito do Ministério Público Federal para investigar verba pública e, neste caso, o sigilo

bancário apenas obstaculiza o fornecimento de informações a terceiros; b) o sigilo bancário é instituto delineado e estruturado em lei, não se alcançando do processo constitucional, de maneira que as exceções podem ser validamente estabelecidas em normas infraconstitucionais, contanto que atribuídas a órgãos estatais dotados de poder de investigação; c) o parágrafo segundo do artigo 8º da Lei Complementar nº 75/1993 respalda a exigência de fornecimento das informações, no que preceitua que nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da substância do caráter sigiloso da informação do registro, do dado, do documento que lhe seja fornecido, prerrogativa esta já anteriormente conferida pela Lei nº 7.492/1986 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro) em seu artigo 2º, parágrafo único; e d) os responsáveis pelas Instituições Financeiras têm a qualificação de autoridade, já que se encontram investidos do poder de proteger o sistema de crédito, sendo que o Banco do Brasil, no caso, ao conceder os empréstimos, encontrava-se no exercício da função delegada do Poder Público.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após tecidas estas considerações acerca da evolução das ciências econômicas e sociais, bem como dos mecanismos de controle do Estado e seu poder de extorsão a autoridades financeiras por meio do Direito Penal, pode-se arrolar alguns resultados.

No primeiro capítulo, foi analisada a formação do Estado Moderno e seu consectário ideológico dentro de um modelo liberal, baseado na razão humana e na não intervenção estatal. Na tentativa de controle e domínio de todas as forças naturais pela razão humana, foi visto que a dinâmica social não pode ser de todo comandada, o que acarretou historicamente um movimento de crítica às ideias originalmente lançadas pelos iluministas. O pensamento econômico clássico, assim construído e consagrado dentro de um contexto de liberalidade, expoente do pensamento dominante na modernidade, entrou em crise. A estrutura básica da economia enquanto ciência foi construída em uma época onde todos os fatores de produção eram seccionados. A economia era analisada como uma ciência independente, separada da cultura e da religião, por exemplo. Por certo que tal modo de aplicação não é compatível com a realidade atualmente presenciada. Atualmente, com todos os domínios da vida social se interagindo, o isolamento proposto pela doutrina clássica é visto como algo superado.

Com o fenômeno da globalização, da desmaterialização das riquezas e da dinamização das relações econômicas, a economia e, conseqüentemente, o sistema jurídico que o legitima, tal qual originalmente formulados, tiveram seus paradigmas rompidos. Como detectado por Levy (2006, p. 52), a economia contemporânea é uma economia da desterritorialização ou da virtualização, em um movimento que se potencializou nas últimas décadas do século passado.

Diante deste novo paradigma, a falta de potencialidade e preparo por parte do Estado repressor acaba gerando, via de consequência, uma sensação de insegurança institucional sobre a população em geral, acarretando naquilo que Beck muito bem diagnosticou como sendo a consagração da Sociedade do Risco (BECK, 2006). As respostas dadas pelo Direito Penal, como atualmente instituído, apresentam muita dificuldade em gerar algum efeito. A diversificação das condutas delituosas levou o sistema jurídico a uma confusão de referenciais, gerando uma inflação legislativa de forma totalmente desarrazoada, ante a pressão da opinião

pública.

O princípio da legalidade foi praticamente desvirtuado. A criação cada vez maior de normas penais sem a determinação clara e objetiva sobre qual seria a conduta a ser considerada como criminosa vem a se pôr, lado a lado, com a falta de proporcionalidade das penas fixadas. O trabalho de decidir sobre o que é punível ou não foi repassado para o arbítrio do Juiz de cada causa, não raro a partir de elementos normativos contidos nos tipos penais. Há um choque claro entre a tendência da descriminalização e aplicação de penas alternativas com a criminalização exacerbada, como resposta ao clamor popular. As garantias constitucionais encontram-se cada vez mais relativizadas e fora do seu real espectro protetivo necessário para sua efetividade. A perspectiva a se fazer do atual sistema é a da ineficácia total do Direito Penal clássico ante estas novas condutas. O sistema jurídico-legal atual foi concebido dentro de uma perspectiva de controle social típica da modernidade. O atual cenário fará com que sempre a ordem estatal esteja em defasagem com esta criminalidade, pois a velocidade das mudanças entre um e outro é de espantosa diferença.

Nota-se uma reação estatal a esta perspectiva, em uma tentativa de controlar o incontrolável e, via de consequência, partindo de premissas equivocadas – como, por exemplo, utilizar o Direito Penal como ponto de partida de uma atividade de natureza estritamente administrativa. Há o desvirtuamento dos princípios mais tradicionais do Direito Penal. Ao analisar a conceituação e estrutura, não apenas do Sistema Financeiro Nacional, ficou demonstrado que o referido sistema, assim como todo o mercado financeiro mundial que hoje se apresenta, é de recente regulamentação. Persiste ainda o grande dilema entre as novas correntes ainda baseadas nas ideias liberais originais, do *laissez faire*, da não intervenção estatal na economia e as originadas dos preceitos socialistas e do Estado assistencialista e do bem-estar social, com um mercado regulado por uma entidade maior.

No Brasil, assim como em toda América Latina, devido à grande influência religiosa resultante de séculos de dominação colonial ibérica, os conceitos básicos de uma economia de mercado capitalista não estão ainda de todo solidificados. Concluimos também que a evolução legislativa do Sistema Financeiro Nacional apresenta falhas históricas. As leis que ainda hoje regem o complexo econômico brasileiro, sobretudo na sua face penal, tiveram sua origem durante o regime militar, quando a tônica era a elaboração legislativa por técnicos não especializados nas

ciências jurídicas, sendo eles, em sua maioria, economistas. Isto levou a inconsistências estruturais gritantes da citada legislação.

O sistema econômico nacional apresenta uma faceta esquizofrênica. Uma faceta se apresenta como um complexo de instituições e relações extremamente regulado, com um arcabouço normativo-administrativo de excelente qualidade ao mister a que se propõe, baseado em normas e tratados internacionais que visam à adoção de preceitos de *compliance* e regulamentação de mercado. As constantes crises por qual a economia global passou, sobretudo a partir do século XX, fizeram com que tal normatização se caracterize pelo tecnicismo e rapidez da normatização das relações em análise. Por sua vez, a legislação nacional, sobretudo a referente ao Direito Penal Econômico, anda a passos de tartaruga, quilômetros atrás da velocidade do mercado, adotando conceitos legais arcaicos, em desuso no veloz e dinâmico mercado financeiro mundial. Ainda se busca na legislação nacional um conceito definitivo do que seria o alcance do chamado Sistema Financeiro Nacional. O que há são normas legais esparsas e sobrepostas, resultantes do reexame de outras pré-existentes, que não visam definir a discussão, dificultando muito a sua correta aplicação pelos operadores do Direito. As tentativas legislativas de controle do Estado e, sobretudo, na obtenção de informações acerca da movimentação financeira de sujeitos passivos de investigações administrativas se mostram praticamente inócuas. Isso foi analisado no capítulo posterior.

Há um notório descompasso entre a evolução da dinâmica das relações econômico-sociais, principalmente neste limiar de século, com a capacidade regulamentar do Estado. A sensação de descontrole e insegurança é cada vez mais crescente, e o estado constituído não dispõe de mecanismos de controle de natureza dinâmica que consigam aliar efetividade prática com o respeito aos valores democráticos constitucionalmente previstos. O que ocorre são gritantes distorções entre o que deveria e o que realmente é praticado, sobretudo na persecução de infrações e crimes no âmbito do sistema financeiro atual.

Por fim, quando da análise dos casos práticos, nota-se que há a discussão latente entre os preceitos constitucionais de independência administrativa, nos casos em análise, do Ministério Público na condução de investigações, sem a passagem de sua atuação pelo crivo judicial e os direitos e garantias insculpidos nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal. A negativa de fornecimento das informações, no primeiro caso, foi justificável, uma vez que a requisição afrontava

garantias constitucionais. No segundo caso, devido à sua especificidade, houve a aceitação da requisição das informações por uma diferença de votos mínima por parte do Pleno do Supremo Tribunal Federal, mas com a ressalva de que, neste caso, as garantias individuais foram relativizadas, notando-se que tal decisão teve caráter excepcional.

Resta claro que o estudo de um sistema multiestrutural como o arcabouço legislativo-normativo regulador das relações econômicas e suas implicações no âmbito do Direito Penal não se esgota nas observações traçadas no presente trabalho. As considerações aqui feitas servem como um ponto de partida, não apenas para outras reflexões futuras, mas principalmente para o acompanhamento de um processo de desenvolvimento e aperfeiçoamento do sistema financeiro global como um todo, uma vez que se está vivendo uma fase de transição entre a ascensão das ideias neoliberais, cujo ápice ocorreu na década de 1980 e acabou resultando nas crises globais de 1998 e 2008, e um novo pensamento eclético, baseado na adoção de preceitos de responsabilidade social ao capitalismo, florescido a partir da primeira década deste século. A análise histórica e as conclusões a que se chegaram neste estudo podem ser consideradas apenas como um marco inicial para novas análises do sistema dentro do âmbito do Direito Penal Econômico, visando sugestões consistentes para o aprimoramento, não só do seu estudo e estruturação doutrinária, mas também da própria legislação sob análise.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A nova interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios do Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUDRILLARD, Jean. **A transparência do mal: ensaio sobre os fenômenos extremos**. 2. ed. Campinas: Papyrus, 1992.

BAUMAN, Zigmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

\_\_\_\_\_. **Europa: uma aventura inacabada**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

\_\_\_\_\_. **Legisladores e intérpretes**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.

\_\_\_\_\_. **Modernidade líquida**. Jorge Zahar Editor, 2000.

\_\_\_\_\_. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007a.

\_\_\_\_\_. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007b.

\_\_\_\_\_. **44 cartas do mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2011.

BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno. Volume 1: séculos XVII e XVIII**. Edições 70: Rio de Janeiro, 1977a.

\_\_\_\_\_. **O pensamento europeu moderno. Volume 2: séculos XIX e XX**. Edições 70: Rio de Janeiro, 1977b.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: 34, 2010.

BERMAN, Marshall. **Tudo o que é sólido se desmancha no ar: a aventura da modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BÍBLIA. **A Bíblia Sagrada: o Antigo e o Novo Testamento**. São Paulo: Editora Ave Maria. 2010.

BITENCOURT, César Roberto & BREDÁ, Juliano. **Crimes contra o sistema financeiro nacional e o mercado de capitais**. Lúmen Júris, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CALLEGARI, André Luís & GIACOMOLLI, Nereu José. **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5, ed. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARDOSO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes & SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. (org). **Curso de direito administrativo econômico, volumes I, II e III**. Malheiros, 2006.

CARVALHO, Amilton Bueno de & CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Garantias processuais penais: a efetividade e ponderação das garantias no processo penal. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

\_\_\_\_\_. **Antimanual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública: comentários por artigo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1988.

COELHO, Teixeira. **Moderno pós-moderno**. 4. ed. São Paulo: Iluminuras, 2001.

COSTA JR., Paulo José da.; MACHADO, Charles M. & QUEIJO, Maria Elisabeth.

**Crimes do colarinho branco.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico.** Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil volume 4: processo coletivo.** 4. ed. Salvador: Podivm, 2009.

DUARTE, Maria Carolina de Almeida. **Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma abordagem interdisciplinar – crimes do colarinho branco.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DUMONT, Louis. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna.** Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

DURKHEIM, Emile. **Lições de sociologia.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EICHENGREEN, Barry. **A globalização do capital: Uma história do sistema monetário internacional.** São Paulo: Editora 34, 2002.

ESTORILIO, Jairo Amodio. **Investigação criminal nos delitos empresariais.** Curitiba: Juruá, 2005.

FARIA COSTA, José Francisco de. **Direito penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais.** Coimbra, Portugal: Wolters Kluwer, 2010.

\_\_\_\_\_. **Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis).** Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. O fenómeno da globalização e o direito penal económico. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, v. 34, 2001.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.** 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

FARIAS NETO, Pedro Sabino de. **Ciência Política.** São Paulo: Atlas, 2011.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e Direito Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **Tutela penal dos interesses difusos e crimes do colarinho branco.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FELDENS, Luciano & SCHMIDT, Andrei Zenker. **Investigação criminal e ação penal.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FERNANDES, Antônio Scarance de; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (coord.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal: panorama de alguns problemas comuns.** Coimbra: Almedina, 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal parte geral: tomo I.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro: produtos e serviços.** 18 ed. Rio de Janeiro: QualityMark, 2011.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do poder.** 23. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões.** 36ª Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil.** 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia do poder.** 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1986.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **A fundação da norma: para além da racionalidade histórica.** Porto Alegre: Edipucrs, 2011.

\_\_\_\_\_. (org.). **A qualidade do tempo: para além das aparências históricas.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

\_\_\_\_\_. **O reino da estupidez e o reino da razão.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: UNESP, 1991.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado.** Salvador: Podivm, 2009.

GODÓI, Marciano Seabra de (coord.). **Sistema tributário nacional na jurisprudência do STF**. São Paulo: Dialética, 2002.

GOMES, Luiz Flávio & BIANCHINI, Alice. **O Direito Penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HAND, Augustus N. Schuyler against Curtis and the Right to Privacy. **The American Law Register and Review**, v. 45, n. 12, p. 745-759, dec. 1897. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3305951>>. Acesso em 2 dez. 2011.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre a origem da mudança cultural**. 11. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOBSBAWM, Eric John. **A era do capital: 1848-1875**. São Paulo: Paz e Terra, 2011a.

\_\_\_\_\_. **A era dos impérios: 1875-1914**. São Paulo: Paz e Terra, 2011b.

HUNT, Emery Kay; **História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL. **Boletim informativo nº 01**. 2011/12. Porto Alegre, 2011.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos de Direito Penal**. São Paulo: RT, 2003.

KANT, Immanuel. **Introducción a la teoría del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 1997. 159 p.

\_\_\_\_\_. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 408-434.

KHALED JR., Salah Hassan. **Ambição de verdade no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2008.

LEMONS, André. **Cibercultura: tecnologia e vida social na cultura contemporânea**. Porto Alegre: Sulina, 2002.

LEVY, Pierre. **O que é o virtual?** 1. ed. 6ª reimp. São Paulo: Editora 34, 2006.

LIMA, Sebastião de & LIMA, Carlos Augusto Tosta de. **Crimes contra o sistema financeiro nacional**. São Paulo: Atlas, 2003.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional – volumes I e II**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

LYOTARD, Jean-François. **O inumano: considerações sobre o tempo**. Lisboa: Editorial Estampa, 1997.

\_\_\_\_\_. **A condição pós-moderna**. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002.

LYRA, Roberto. **Criminalidade econômico-financeira**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LUIZI, Luiz. **O tipo penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1987.

\_\_\_\_\_. **Princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003.

MACHADO, Agapito. **Crimes do colarinho branco e contrabando/descaminho**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MAFESSOLI, Michel. **A contemplação do mundo**. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 1995.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à lei federal n. 7.492/86**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARINUCCI, Giorgio & DOLCINI, Emilio. **Corso di diritto penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Direito à intimidade e à privacidade**. Revista Jus Vigilantibus, ISSN 1983-4640. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/31767>>. Acesso em 16 nov. 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte: pesquisas tributárias – nova série – 6**. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

- MAZLOUM, Ali. **Crimes do colarinho branco**. São Paulo: Síntese, 1999.
- MAZZACUVA, Nicola. **Diritto penale dell'economia: problemi e casi**. Verona: CEDAM, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MILARÉ, Edis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 166.
- MORIN, Edgar. **As duas globalizações: complexidade e comunicação, uma pedagogia do presente**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina/EDIPUCRS, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Sulina, 2005.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. São Paulo: Martin Claret, 2002a.
- \_\_\_\_\_. **Ecce Homo**. São Paulo: Martin Claret, 2002b, p. 67-70.
- OLIVEIRA, Roberson de, e GENNARI, Adilson Marques. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à lei 7.492, de 16.6.86**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- \_\_\_\_\_. **Direito Penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A crise do conhecimento moderno e a motivação das decisões judiciais como garantia fundamental. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. (Org.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.
- \_\_\_\_\_. Imparcialidade, verdade e certeza no processo penal: o mito da motivação judicial objetiva. In: FAYET JR., Ney; André Machado Maya. (Org.). **Ciências penais e sociedade complexa II**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.
- \_\_\_\_\_. Motivação Compartilhada e Prova no Processo Penal. In: FAYET JR., Ney; André Machado Maya. (Org.). **Ciências penais e sociedade complexa II**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal**. 2005. 569 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

\_\_\_\_\_. **Violência no trânsito: (in)eficácia e funcionalidade da repressão.** 2000. 132 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000.

PROSSER, William. Privacy. **Califórnia Law Review**, v. 48, n. 3, p. 389, 1960. Disponível em: <[http://www.californialawreview.org/assets/pdfs/misc/prosser\\_privacy.pdf](http://www.californialawreview.org/assets/pdfs/misc/prosser_privacy.pdf)>. Acesso em: 3 dez. 2011.

QUESADO, Paulo Napoleão Gonçalves & LIMA, Rogério Silva. **Sigilo bancário.** São Paulo: Dialética, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROSNAY, Joël de. **O homem simbiótico: perspectivas para o novo milênio.** Petrópolis: Vozes, 1997.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein.** 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Maquiavel”, “O Príncipe” e a formação do estado moderno. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 63, 1995.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARTORI, Giovanni. **A Teoria da democracia revisitada – Volume 1: o debate contemporâneo.** São Paulo: Ática, 1994.

\_\_\_\_\_. **A Teoria da democracia revisitada – Volume 2: as questões clássicas.** São Paulo: Ática, 1994

SCHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século).** São Paulo: Método, 2001.

SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. **Crimes do colarinho branco.** Brasília: Brasília

Jurídica, 1999.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006a.

SILVA, Paulo Cezar da. **Crimes contra o sistema financeiro nacional: Aspectos penais e processuais da lei 7.492/86**. São Paulo: Quartier Latin, 2006b.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesus-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal econômico como Direito Penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SIMMEL, Georg. **Psicologia do dinheiro e outros ensaios**. Lisboa: Texto e Grafia, 2009.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. São Paulo: Madras, 2009.

STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa**. Petrópolis: Vozes, 1995.

TURCZYN, Sidnei. **O sistema financeiro nacional e a regulação bancária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WALD, Arnaldo (coord.). **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

\_\_\_\_\_. **História geral da economia**. São Paulo: Centauro, 2010.

WEFFORT, Francisco Carlos (org). **Os clássicos da política volume 2**. São Paulo: Ática, 2010.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Honra, privacidade e liberdade de imprensa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

WUNDERLICH, Alexandre (coord.). **Política criminal contemporânea:**

**Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WUNDERLICH, Alexandre. Sociedade de consumo e globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re)afirmação dos direitos humanos. In: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquim; CARVALHO, Salo de (coord.). **Anuário ibero-americano de direitos humanos (2001-2002).** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

**ANEXO A – SENTENÇA E ACÓRDÃO - REPRESENTAÇÃO CRIMINAL –  
PROCESSO 2006.71.17.002657-2 – VARA FEDERAL DE ERECHIM – RS –  
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO 2006.71.17.002657-2 – OITAVA TURMA  
TRIBUNAL REGIONAL DA QUARTA REGIÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
X PAULO KETTNER E OUTROS**

**REPRESENTAÇÃO CRIMINAL Nº 2006.71.17.002657-2/RS**

**REPTE.** : **MINISTERIO PUBLICO FEDERAL**  
**REPDO.** : **PAULO KETTNER**  
: **SERGIO RENATO PINHEIRO**  
: **CESAR LUIS SCORTEGAGNA PEREIRA**

**SENTENÇA**

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, ofereceu denúncia contra PAULO KETTNER, brasileiro, bancário, nascido em 02.01.1960, filho de Erich Ervin Kettner e de Olinda Kettner, residente e domiciliado na Avenida Frei Teófilo nº 270, Município de Machadinho/RS, SERGIO RENATO PINHEIRO, brasileiro, bancário, nascido em 05.06.1957, filho de Ermelindo Pinheiro e de Eva Maria Pinheiro, residente e domiciliado na Avenida Frei Teófilo nº 270, Município de Machadinho/RS e CESAR LUIS SCORTEGAGNA PEREIRA, brasileiro, advogado, filho de Domingos Scortegagna e de Ana Maria Scortegagna, portador da Cédula de Identidade nº 4020402006, residente e domiciliado na Rua São Roque nº 578, Município de Passo Fundo/RS, pela prática do delito descrito no artigo 10 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, combinado com o artigo 29, caput, do Código Penal, assim descrito na inicial:

*"No dia 17 de dezembro de 2003, nas dependências da Agência do Banco do Brasil no Município de Machadinho, RS, os denunciados PAULO KETTNER, SÉRGIO RENATO PINHEIRO e CESAR LUIS SCORTEGAGNA, em comunhão de esforços e vontades, recusaram o fornecimento de dados indispensáveis à propositura de ação civil, requisitados pelo Ministério Público Federal.*

*Ocorre que, perante a Procuradoria Regional da República da 4ª Região tramitava o Inquérito nº 2003.04.01.26483-9, o qual apurava irregularidades em licitações de obras financiadas por convênio firmado entre a Prefeitura Municipal de Machadinho e o MEC.*

*Visando instruir o procedimento, o Procurador Regional da República, Dr. Januário Paludo, requisitou informações à agência do Banco do Brasil em Machadinho. Na ocasião do fato, os denunciados Paulo e Sérgio, na qualidade de gerentes do Banco do Brasil, orientados por César, advogado, negaram-se a fornecer as informações requisitadas pelo Ministério Público Federal."*

**RELATEI. DECIDO.**

No caso em questão, a conduta típica imputada aos denunciados é a constante do artigo 10, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública):

*"Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público."*

Conforme se verifica do documento da fl. 10, o Ministério Público Federal requisitou junto à agência do Banco do Brasil do Município de Machadinho, os comprovantes de movimentação bancária, nos anos de 1992 e 1993, com a identificação dos beneficiários, referentes à conta convênio nº 7.395-4, da Prefeitura de Machadinho/RS.

A negativa por parte dos dois primeiros denunciados deu-se sob o argumento de que as informações solicitadas estavam protegidas pelo sigilo bancário, o qual somente poderia ser suprido por ordem judicial (fl. 07). Tal negativa foi baseada em informação passada pelo terceiro denunciado, pertencente ao Núcleo Jurídico do Banco do Brasil

É de todos sabido que, dente as funções do Ministério Público prevista no artigo 129, da Constituição Federal, está a de solicitar informações e documentos para instruir procedimentos administrativos. Em se tratando de ação civil pública, a possibilidade de requisição de informações está estampada no artigo 8º, da Lei nº 7.343/85.

Contudo, o parágrafo 2º do mesmo artigo é claro ao afirmar que "somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los".

O direito ao sigilo bancário é garantido constitucionalmente (art. 5º, XII, da CF/88) e infraconstitucionalmente através da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, somente podendo ser quebrado por autorização judicial, mesmo que a requerimento do Ministério Público. Nesse sentido:

*"HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. PODERES DE INVESTIGAÇÃO. REQUISICÃO DE DOCUMENTOS. SIGILO FISCAL. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE. PROVA ILÍCITA. INOCORRÊNCIA.*

*1. Possui o Ministério Público a prerrogativa de requisitar documentos e informações diretamente à Receita Federal, sem necessidade de prévia autorização judicial (Inteligência dos arts. 129 da Constituição Federal e art. 8º da Lei Complementar n.º 75/93)*

*2. O art. 198, § 1º, inc. II, do Código Tributário Nacional, com a redação dada pela Lei Complementar 104/2001, exige apenas que o repasse de documentos de natureza fiscal seja feito em razão da instauração de processo administrativo, que vise a apuração de eventuais práticas de infrações, hipótese dos autos.*

*3. A troca de dados entre Ministério Público e Receita Federal não constitui quebra de sigilo fiscal, considerando que se trata de um conjunto de informações voltadas para o exercício de fiscalização pública (v.g., representação fiscal para fins penais), o que difere do sigilo bancário, onde predomina a proteção de interesses privados, a evidenciar a necessidade de autorização judicial para a sua quebra, razão pela qual descabe falar-se em prova obtida de forma ilícita."*

*(TRF4, HC 2006.04.00.019493-3, Sétima Turma, Relator Marcelo de Nardi, publicado em 19/07/2006)*

*"CORREIÇÃO PARCIAL. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE REQUISICÃO DE DOCUMENTOS PROTEGIDOS POR SIGILO FISCAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.*

*1. Em sendo o Parquet o destinatário final das investigações elaboradas pela Polícia Judiciária não é razoável que seja aliado das investigações que lastrearão sua opinio delicti.*

*2. A matriz constitucional do Ministério Público (artigo 129), bem como as atribuições*

*enumeradas na Lei Complementar nº 75/93 não deixam qualquer margem de dúvida quanto à possibilidade de condução de investigações pelo Ministério Público.*

*3. O intercâmbio de informações entre a Receita Federal e o Ministério Público não constitui quebra de sigilo fiscal. Hipótese peculiar em que o pedido havia sido deduzido duas vezes perante o juízo e, ante o indeferimento, houve requisição diretamente à Receita Federal.*

*4. A quebra de sigilo bancário somente pode se dar mediante autorização judicial, quando cabalmente demonstrada sua necessidade e quando os fatos reputados ilícitos não puderem ser comprovados por outro meio de prova.*

*5. Correição parcial indeferida."*

*(TRF4, COR 2004.04.01.005131-9, Sétima Turma, Relator Maria de Fátima Freitas Labarrère, publicado em 01/12/2004)*

De outra banda, conforme bem decidi o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, "o sigilo bancário não é um direito absoluto, quando demonstradas fundadas razões, podendo ser desvendado por requisição do ministério público em medidas e procedimentos administrativos, inquéritos e ações, mediante requisição submetida ao poder judiciário" (ROMS 8716/GO; Relator Ministro Luiz Pereira; DJ 25.05.1998, pág 11).

Dessa forma, em que pese haver entendimento jurisprudencial no sentido de que, em havendo investigação de atos praticados por ente público, a quebra de sigilo não necessita de intervenção judicial, não pode a jurisprudência se sobrepor à lei, de forma a imputar a prática de ato criminoso ao cidadão que agiu em obediência as determinações legais e constitucionais.

Assim, não verifico a prática de qualquer ato criminoso pelos denunciados.

Em caso similar ao presente, já decidi o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

*"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. REQUISIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. NEGATIVA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. INOCORRÊNCIA.*

*- Não consubstancia crime de desobediência a negativa de atendimento a requisição do Ministério de informações sobre o assunto protegido pelo sigilo bancário.*

*- Recurso especial não conhecido.*

*(RESP nº 79026; 6ª Turma do STJ; Rel. Min. Vicente Leal; DJ de 03.05.1999)*

Hei por bem salientar ainda, que não há qualquer dolo dos denunciados, haja vista que os dois primeiros agiram em conformidade com informação passada pelo terceiro denunciado, pertencente ao Núcleo Jurídico do Banco do Brasil, e este último, agiu em conformidade com as orientações do referido núcleo jurídico.

ANTE O EXPOSTO, **rejeito a denúncia** oferecida contra PAULO KETTNER, SERGIO RENATO PINHEIRO e CESAR LUIS SCORTEGAGNA PEREIRA, com fundamento no artigo 43, inciso I, do Código de Processo Penal.

Com o trânsito em julgado, dê-se baixa na distribuição e arquivem-se os autos.

**Publique-se. Registre-se. Intimem-se.**

Erechim, 09 de outubro de 2006.

**Luiz Carlos Cervi**  
**Juiz Federal**

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 2006.71.17.002657-2/RS****RELATOR : Des. Federal ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO****RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL****RECORRIDO : PAULO KETTNER****: SERGIO RENATO PINHEIRO****ADVOGADO : Cesar Luis Scortegagna Pereira e outros****RECORRIDO : CESAR LUIS SCORTEGAGNA PEREIRA****ADVOGADO : Cesar Luis Scortegagna Pereira**

D.E.

Publicado em 14/06/2007

**EMENTA**

PENAL. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. ART. 10 DA LEI Nº 7.437/85. RECUSA DE PRESTAR INFORMAÇÕES AO MINISTÉRIO PÚBLICO. ATIPICIDADE. AUSÊNCIA DE DOLO.

1. Não se constata a prática do crime previsto no artigo 10 da Lei nº 7.437/85 se as informações denegadas visavam suprir inquérito policial, e não ação civil pública. 2. Também não se verifica o dolo, quando a recusa de prestar informações não foi injustificada, mas fruto da rigorosa observância da expressa letra da lei, mostrando-se descabido incriminar quem atua por equívoco ou pelo desconhecimento da jurisprudência do Egrégio STF.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Oitava Turma do Tribunal Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que integram o presente julgado.

Porto Alegre, 06 de junho de 2007.

**Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro**  
**Relator**

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 2006.71.17.002657-2/RS****RELATOR : Des. Federal ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO****RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL****RECORRIDO : PAULO KETTNER****: SERGIO RENATO PINHEIRO****ADVOGADO : Cesar Luis Scortegagna Pereira e outros****RECORRIDO : CESAR LUIS SCORTEGAGNA PEREIRA**

**ADVOGADO** : Cesar Luis Scortegagna Pereira

## RELATÓRIO

DES. ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO: - O Ministério Público aviou denúncia contra PAULO KETTNER, SÉRGIO RENATO PINHEIRO e CÉSAR LUIS SCORTEGAGNA PEREIRA, dando-os como incurso nas sanções do artigo 10 da Lei nº 7.347/85.

A exordial acusatória (fls. 02/04) narrou os fatos nestas letras:

*"No dia 17.12.2003, nas dependências da Agência do Banco do Brasil do Município de Machadinho, RS, os denunciados, em comunhão de esforços e vontades, recusaram o fornecimento de dados indispensáveis à propositura de ação civil, requisitados pelo Ministério Público Federal.*

*Perante a Procuradoria Regional da República da 4ª Região, tramitava o inquérito nº 2003.04.01.026483-9, o qual apurava irregularidades em licitações de obras financiadas por convênio firmado entre a Prefeitura Municipal de Machadinho e o MEC.*

*Visando instruir tal procedimento, o Procurador Regional da República, Dr. Januário Paludo, requisitou informações à agência do Banco do Brasil em Machadinho. Na ocasião, os denunciados Paulo e Sérgio, na qualidade de gerentes do Banco do Brasil, orientados por César, advogado, negaram-se, reiteradamente, a fornecer as informações requisitadas ao Ministério Público Federal."*

O douto magistrado *a quo*, entretanto, rejeitou a denúncia, sob os seguintes fundamentos:

*"Conforme se verifica do documento da fl. 10, o Ministério Público Federal requisitou junto à agência do Banco do Brasil do Município de Machadinho, os comprovantes de movimentação bancária durante os anos de 1992 a 1993, com a identificação dos beneficiários, referentes à conta convênio nº 7.395-4, da Prefeitura de Machadinho/RS.*

*A negativa por parte dos dois primeiros denunciados deu-se sob o argumento de que as informações solicitadas estavam protegidas pelo sigilo bancário, o qual somente poderia ser suprido por ordem judicial (fl. 07). Tal negativa foi baseada em informação passada pelo terceiro denunciado, pertencente ao Núcleo Jurídico do Banco do Brasil.*

*É sabido que, dentre as funções do Ministério Público, previstas no artigo 129 da Constituição Federal, está a de solicitar informações e documentos para instruir procedimentos administrativos. Em se tratando de ação civil pública, a possibilidade de requisição de informações está estampada no artigo 8º da Lei nº 7.347/85.*

*Contudo, o parágrafo 2º do mesmo artigo é claro ao afirmar que 'somente nos casos em que a lei impuser sigilo poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em*

*que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.*

*O direito ao sigilo bancário é garantido constitucionalmente (art. 5º, XII, da CF/88) e infraconstitucionalmente através da Lei Complementar nº 105 de 10 de janeiro de 2001, somente podendo ser quebrado por autorização judicial, mesmo que a requerimento do Ministério Público (...).*

*De outra banda, conforme bem decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, 'o sigilo bancário não é um direito absoluto, quando demonstradas fundadas razões, podendo ser desvendado por requisição do Ministério Público em medidas e procedimentos administrativos, inquéritos e ações, mediante requisição submetida ao Poder Judiciário (ROMS 8716/GP; Relator Ministro Luiz Pereira; DJ 25.05.1998, pág. 11).*

*Dessa forma, em que pese haver entendimento jurisprudencial no sentido de que, havendo investigação de atos praticados por ente público, a quebra de sigilo não necessita de intervenção judicial, não pode a jurisprudência se sobrepor à lei, de forma a imputar a prática de ato criminoso ao cidadão que agiu em obediência às determinações legais e constitucionais.*

*Assim, não verifico a prática de qualquer ato criminoso pelos denunciados (...).*

*Hei por bem assinalar ainda, que não há qualquer dolo dos denunciados, haja vista que os dois primeiros agiram em conformidade com informação passada pelo terceiro denunciado, pertencente ao Núcleo Jurídico do Banco do Brasil, e este último agiu em conformidade com essas orientações (...)." (fls. 50/54).*

Irresignado, recorreu o *Parquet* (fl. 57). Às fls. 58/64, aduz que '*as informações requisitadas pelo MPF dispensam prévia autorização judicial, tornando assim típica a conduta perpetrada pelos denunciados*'. Sustenta, ainda, restar claro '*que a prática dolosa se amolda à figura prevista no art. 10 da Lei nº 7.347/85*'.

Apresentadas contra-razões (fls. 72/81 e 123/131) e restando mantido o *decisum* (fl. 145) subiram os autos.

A ilustrada Procuradoria Regional da República, oficiando no feito (fls. 149/152), opinou pelo desprovimento do inconformismo ministerial.

É o relatório.

**Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro**  
**Relator**

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 2006.71.17.002657-2/RS**  
**RELATOR** : **Des. Federal ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO**  
**RECORRENTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**RECORRIDO** : **PAULO KETTNER**



*"Em primeiro lugar, é mister concordar com a afirmação do recorrente no sentido de que os dados bancários requisitados pelo Ministério Público Federal não estavam protegidos por sigilo. Com efeito, a requisição da fl. 10 deixa claro que se trata de conta-convênio, destinada à operacionalização financeira de convênio celebrado entre o Município de Machadinho e o MEC/FNDE. Logo, trata-se, exclusivamente, da verificação de transações bancárias relativas a verbas públicas em ambiente de convênio celebrado entre a União e o Município, o que leva à certeza de que não se está a descortinar a intimidade de quem quer que seja, mas sim de se fiscalizar a regularidade do emprego de obras públicas, matéria que não só está excluída da proteção de sigilo, como exige amplíssima publicidade (...).*

*Porém, tal exame tem por escopo, apenas, a devida sistematização da matéria, porquanto o caso concreto apresenta circunstância outra a inviabilizar o recebimento da peça de acusação.*

*Ora, diz o artigo 10 da Lei nº 7.347/85:*

*"Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público."*

***Bem se vê, desde logo, que só preenchem o tipo penal as recusas de apresentação de dados imprescindíveis à propositura de ação civil pública, afinal o princípio da legalidade penal estrita não admite extensão da abrangência do tipo.***

***Ocorre que as informações requisitadas pelo Ministério Público Federal no caso concreto não visavam a instruir ação civil, pois não há qualquer dúvida de que se destinavam a subsidiar o inquérito policial tombado perante esse E. Tribunal sob o nº 2003.04.01.026483-9. É o que se extrai da requisição (fl. 10) e dos documentos juntados às fls. 37/40, nos quais se vê que, ante a negativa do banco, o Ministério Público Federal postulou e obteve decisão do ilustre relator do inquérito criminal.***

*Não se diga, ademais, que poderia haver transferência posterior dos dados para eventual investigação civil. Primeiro, porque os autos não dão conta de nada nesse sentido e, segundo, porque a apuração de improbidade administrativa ou outro ilícito civil, mesmo praticada por Prefeito, não estava afeta ao Tribunal Regional da 4ª Região nem à Procuradoria Regional da República da 4ª Região.*

***Nesse passo, como a requisição tinha nítido interesse criminal, não há como invocar a proteção do artigo 10 da Lei nº 7.347, que tem clara e indiscutível limitação à proteção da investigação destinada à propositura de ação civil.***

*Dito isso, cumpre verificar se a conduta poderia ser enquadrada em outro tipo.*

*Primeiramente, surge o artigo 330 do Código Penal, que trata do crime de desobediência, cuja incidência chegou a ser cogitada pelo Procurador Regional da República que apresentou a notícia-crime à fl. 06.*

*Surgiria aqui interessante debate sobre a possibilidade de praticarem os denunciados, funcionários do Banco do Brasil, tal conduta, que é reservada aos particulares, em detrimento da Administração.*

*Porém, não se mostra necessário ir adiante no tema porque, ante a pena máxima do*

*crime (seis meses) está sujeito a prescrição em dois anos (art. 109 do CP) tendo já transcorrido esse tempo entre o fato (17.12.2003) e a apresentação da denúncia (14.09.2006). Extinta, pois, a punibilidade relativa a eventual desobediência.*

*Por fim, outro tipo residual, que seria o de prevaricação (art. 319 do CP) resta afastado pela constatação de que a denúncia não faz qualquer referência ao elemento subjetivo do injusto (dolo específico) consistente na satisfação de sentimento pessoal. Nesse particular, deve-se ressaltar que eventual investigação e nova denúncia que apontem tal elemento não resta inviabilizada pelo improvimento deste recurso." (fls. 149/152).*

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

**Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro**  
**Relator**

**ANEXO B – ACÓRDÃO – MANDADO DE SEGURANÇA 21.729-4 – TRIBUNAL  
PLENO - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – BANCO DO BRASIL S/A X  
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

*Supremo Tribunal Federal*

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA  
D.J. 19.10.2001  
EMENTÁRIO Nº 2 0 4 8 - 1

67

05/10/1995

MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.729-4

TRIBUNAL PLENO  
DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO  
REDATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. NÉRI DA SILVEIRA  
IMPETRANTE: BANCO DO BRASIL S/A  
ADVOGADO : EDSON LAURA CARDOSO E OUTROS  
IMPETRADO : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

**EMENTA:** - Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder inferir os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido.

**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o mandado de segurança.

Brasília, 05 de outubro de 1995.

MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - PRESIDENTE

*Jose Neri da Silveira*  
MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - RELATOR P/O ACÓRDÃO  
(RISTF, ART. 38, IV, b)



*Supremo Tribunal Federal*

68

07/04/95

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21729-4 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO  
 IMPETRANTE: BANCO DO BRASIL S/A  
 IMPETRADO : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

## R E L A T Ó R I O

SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ao proceder ao exame do pedido de concessão de liminar, assim relatei a hipótese dos autos:

I. O Banco do Brasil S/A ajuíza mandado de segurança arguindo como ato de constrangimento o ofício do Procurador-Geral da República de folha 21, reclamando o atendimento a pedidos anteriores, da Coordenadoria da Defesa dos Direitos da Pessoa Humana da Procuradoria da República no Distrito Federal, visando ao fornecimento da lista dos beneficiários de liberação de recursos, em caráter emergencial, ao setor sucroalcooleiro, bem como dados sobre encontrarem-se, ou não, os favorecidos com os créditos em débito para com o Banco, pedindo-se deste, ainda, esclarecimentos sobre a natureza das operações e as respectivas situações.

Em síntese, sustenta o Impetrante que, pelo artigo 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, está compelido a guardar sigilo de suas operações ativas e passivas, bem como dos serviços prestados, impondo-se-lhe o § 7º do citado artigo o dever de assim proceder sob pena de incursão no campo criminal. Consoante as razões desenvolvidas, a Lei Complementar nº 75, ao dispor sobre a organização, as atribuições e ao consubstanciar o Estatuto do Ministério Público não implicou derrogação da Lei nº 4.595/64, pois, ao prever a impossibilidade de opor-se, à requisição de informações do Ministério Público, a exceção de sigilo, fá-lo apenas relativamente às autoridades - § 2º do artigo 8º. A partir da premissa de que tem personalidade jurídica de direito privado, atuando como gestor, diz da inaplicabilidade, à espécie, da Lei Complementar. Com base na ilação de que concorrem o sinal do bom direito e o risco

*Supremo Tribunal Federal*

69

MS 21.729-4 DE

de manter-se o quadro atual, revelador da imposição de prazo para a entrega das informações, requer a concessão de liminar "a fim de não ser constrangido a fazer o que está defeso em lei", observando-se a regra insculpida no inciso II do artigo 5º da Carta.

Então, fundamentei o que decidido da seguinte

forma:

2. Destes autos exsurge conflito de entendimentos que está a exigir maior reflexão. De um lado, alega o Banco do Brasil a obrigatoriedade de manter sigilo quanto às operações financeiras que formaliza, bem como a situação creditícia daqueles que se apresentam, junto a si, como devedores. De outro, vem à balha a posição do Ministério Público no tocante ao alcance da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Toma-se a citada Lei como a encerrar o afastamento do sigilo bancário independentemente do crivo de órgão investido do ofício judicante e, portanto, da atuação do Judiciário.

3. Defiro a liminar pleiteada, afastando, por hora, possível iniciativa da autoridade tida como coatora, objetivando a obtenção das informações noticiadas nos documentos de folhas 19 a 21, bem como procedimentos decorrentes da recusa em prestá-las.

Solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, prestou-as à peça de folhas 34 e 35, consignando que os fatos são incontroversos e que a única questão jurídica a ser dirimida consiste em saber se ao Ministério Público é dado negar informações requisitadas no "estrito cumprimento de suas atribuições constitucionais, opondo-se a exceção do sigilo". Consoante o sustentado, o pedido formulado neste mandado de segurança esbarra nos preceitos dos artigos 129, inciso VI, da Constituição Federal e 8º, incisos II e IV e § 2º, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

À folha 36, despachei, abrindo vista ao Vice-Procurador-Geral da República. Aos autos veio a

*Supremo Tribunal Federal*

70

MS 21.729-4 DF

manifestação de folhas 40 a 66. Após o relato da matéria, foram apontados os seguintes aspectos como óbices à concessão da segurança:

- a) as informações reclamadas são indispensáveis à instrução de procedimento administrativo no âmbito do Ministério Público Federal para investigar a concessão de empréstimos de 1 bilhão e 100 milhões de dólares pelo Governo Federal, por intermédio do Impetrante, a empresas do setor sucroalcooleiro em que pese a existência de débito para com a instituição bancária e também para com a Previdência Social;
- b) o sigilo bancário apenas obstaculiza o fornecimento de informações a terceiros;
- c) o artigo 38 da Lei nº 4.595/64 contempla exceções, considerados os documentos requeridos pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo, sendo que legislação posterior as estendeu às requisições do Ministério Público;
- d) a proteção a dados de que cogita o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal não alcança a hipótese;
- e) no caso, a requisição de dados diz respeito a financiamentos específicos concedidos a pessoas jurídicas, não se podendo cogitar da inviolabilidade da vida privada;
- f) o sigilo bancário é instituto delineado e estruturado em lei, não se alçando ao plano constitucional, de maneira que as exceções podem ser validamente estabelecidas em normas infra-constitucionais, contanto que atribuídas a órgãos estatais dotados de poder de investigação;
- g) os poderes conferidos pelo artigo 129 ao Ministério Público viabilizam ampla margem de discricão ao legislador;
- h) o § 2º do artigo 8º da Lei Complementar nº 75/93 respalda a exigência de fornecimento das informações, no que preceitua que "nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da substância do caráter sigiloso da informação do registro, do dado, ou do documento que lhe seja fornecido";
- i) as Comissões Parlamentares de Inquérito, que têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, estão compelidas a remeterem suas conclusões ao Ministério Público o que revela o acesso deste a dados sigilosos;

*Supremo Tribunal Federal*

71

**MS 21.729-4 DF**

j) a Lei nº 7.492, de 16.06.86, - Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro - já conferira ao Ministério Público a prerrogativa de requisitar informações, documentos e diligências no âmbito do sistema financeiro nacional, proibindo a invocação do sigilo dos serviços e operações financeiras, como óbice ao atendimento dessas requisições - artigo 29 e seu parágrafo único;

l) os incisos II e IV do artigo 8º e o respectivo § 2º da Lei Orgânica do Ministério Público da União, conferem respaldo as requisições de informações e documentos;

m) a referência a autoridade contida no artigo 12 da Lei Complementar nº 75/93 há de ser entendida de forma alargada, ou seja, a envolver não só as autoridades do poder público como também aquelas responsáveis pela prestação de serviço de relevância pública a que alude o artigo 11;

n) os responsáveis pelas instituições financeiras têm a qualificação de autoridade, já que se encontram investidos do poder de proteger o sistema de crédito, sendo que o Banco do Brasil, ao conceder os empréstimos, encontrava-se no exercício de função delegada do poder público;

o) a Lei Complementar nº 75/93 impõe ao membro do Ministério Público, sob pena de ser responsabilizado sob o ângulo civil e criminal, o uso comedido das informações e documentos que requisitar, razão pela qual não há o risco alegado.

A conclusão do parecer é no sentido da denegação da ordem.

Recebi estes autos no dia 8 de novembro de 1994 e os liberei, para julgamento, em 25 de fevereiro de 1995, ou seja, após o recesso do ano judiciário de 1994 e as férias coletivas de janeiro de 1995.

É o relatório.

*Supremo Tribunal Federal*

72

MS 21.729-4 DF

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - A competência do Supremo Tribunal Federal para julgar este mandado de segurança está definida na alínea "b" do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal, sendo que a específica do Pleno restou estabelecida no inciso V do artigo 5º do Regimento Interno desta Corte. Em questão faz-se ato do Procurador-Geral da República que, diante da relutância do Banco do Brasil em atender à requisição formulada por Procuradora da República - Drª Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira -, determinou fossem fornecidas, no prazo de dez dias, as informações.

A Constituição Federal forma um grande conjunto, e da interpretação sistemática surge o alcance seguro de cada um dos preceitos que a integram. No rol das garantias constitucionais tem-se como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. O direito à preservação da intimidade mostra-se de forma alargada, valendo notar que o inciso seguinte, o XII, prevê o sigilo quanto a dados e comunicações telefônicas, isto sem considerar-se o trecho inicial do dispositivo, no que preserva a correspondência e as comunicações telegráficas. No parecer da Procuradoria Geral da República, evocam-se, para justificar o acesso às informações, as normas insertas nos incisos VI e VIII do artigo 129 da Lei Básica Federal, que revelam competir ao Ministério Público a expedição de

**MS 21.729-4 DF**

notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva, cabendo-lhe, ainda, requisitar diligências investigatórias, bem como proceder à instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. A partir do disposto no inciso VI, ressalta-se que o artigo 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 75, de 1993, viabiliza, por ato próprio, até mesmo o afastamento do sigilo bancário, previsto no artigo 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Ninguém coloca em dúvida os objetivos institucionais do Ministério Público. Todavia, a teor da regra insculpida no inciso VI do artigo 129 em comento, cumpre-lhe, tão-somente, requisitar informações e documentos visando a instruir quer os procedimentos administrativos, quer os inquéritos policiais. Ora, existente norma legal impondo o sigilo de dados, descabe concluir que a órgão do Ministério Público, ou seja, a profissional que o integre, é assegurado o acesso, em nome do órgão, às informações protegidas pelo sigilo. A teor do inciso XII do rol das garantias constitucionais - ainda que se despreze a expressão limitativa "no último caso", para muitos ligada apenas às comunicações telefônicas - o afastamento da inviolabilidade quanto aos dados pressupõe ordem emanada de órgão investido do ofício judicante. Repita-se o que se contém no aludido preceito:

*"é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal."*

No caso dos autos, consoante esclarecido, os

*Supremo Tribunal Federal*

74

MS 21.729-4 DF

dados objeto da requisição do Ministério Público tiveram em mira não a investigação criminal ou a instrução processual penal, mas instrumentalizar processo administrativo em curso. Difícil é conceber, em face à regra excepcionadora do sigilo de dados contida no inciso XII do artigo 5º da Carta, vinculada que se encontra a ordem judicial, e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, seja viável, constitucionalmente, a possibilidade de órgão do Ministério Público, pouco importando a hierarquia, vir a afastá-lo. Nem por isso é dado dizer que fica inviabilizada a atuação salutar do Ministério Público. A ordem jurídico-processual contempla medidas preparatórias e estas podem ser requeridas quando indispensável o acesso, pelo Órgão, a determinadas informações que a Carta da República agasalha como sigilosas, o mesmo ocorrendo quanto à legislação específica. No particular, tenho que o § 2º do artigo 8º da Lei Complementar nº 75, de 1993, não coabita o mesmo teto dos incisos X e XII do rol das garantias constitucionais, no que revela que nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação do registro, do dado ou documento que lhe seja fornecido. A preservação de dados ocorre considerada a órbita daquele que a detém, somente sendo afastável, repita-se, via ato emanado, em processo próprio, de órgão investido do ofício judicante. Conforme salientado em decisão monocrática pelo Ministro Celso de Mello, com alusão ao que decidido por esta Corte na petição nº 77, concernente a certa questão de ordem, "a quebra do sigilo bancário - ato que se reveste de extrema gravidade jurídica - e cuja prática pressupõe, necessariamente, a competência do órgão judiciário que a determina - só deve ser

**MS 21.729-4 DF**

decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos de suspeita, que se apoiem em indícios idôneos, reveladores de possível autoria de prática delituosa por parte daquele que sofre a investigação penal realizada pelo Estado" (reclamação nº 511-9, cuja decisão foi prolatada em 20 de outubro de 1994).

Em última análise, tenho que o sigilo bancário está sob a proteção do disposto nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal. Entendo que somente é possível afastá-lo por ordem judicial. Assim, tenho o disposto no § 2º do artigo 8º da Lei Complementar nº 75, de 1993, como inconstitucional.

Concedo a ordem para, tornando definitiva a liminar, eximir o Banco impetrante do fornecimento dos dados que lhe foram requisitados pelo Ministério Público.

É o meu voto.

## PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

## MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.729-4

PROCED. : DISTRITO FEDERAL  
 RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO  
 IMPTE. : BANCO DO BRASIL S/A  
 ADV. : EDSON LAURA CARDOSO E OUTROS  
 IMPDO. : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: Adiado o julgamento pelo pedido de vista do Ministro Maurício Corrêa, depois do voto do Relator, deferindo o pedido e declarando a inconstitucionalidade do § 2º do art. 8º da L.C. n. 75, de 20.5.93. Falaram, pelo impetrante, o Dr. Paulo César Calleri e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Moacir Antonio Machado da Silva, Vice-Procurador-Geral da República. Plenário, 07.04.95.

Presidência do Senhor Ministro Octavio Gallotti. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Maurício Corrêa. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Francisco Rezek.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antonio Machado da Silva.

Luiz Tomimatsu  
 Secretário

*Supremo Tribunal Federal*

**77**

24/05/95

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.729-4 DISTRITO FEDERAL

V I S T A

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: Senhor Presidente, trago meu voto vista no MS nº 21.729-4-DF, impetrado pelo Banco do Brasil contra ato do Procurador Geral da República, que, diante de notícia publicada pela "Folha de São Paulo", exige informações sobre empréstimos concedidos a empresas do setor sucroalcooleiro.

1.1 A autoridade impetrada respalda a exigência no art. 129, VI, da Constituição e no art. 8º, II e IV e seu § 2º, da Lei Complementar nº 75, de 20.05.93 e afirma que "os incisos citados aludem a autoridades da administração indireta - sem excluir as empresas públicas e sociedades de economia mista - e a entidades privadas".

Dizem as disposições invocadas, in verbis:

— "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

.....

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.

....."

"Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

*Supremo Tribunal Federal*

.....  
II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;  
.....

IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;  
.....

§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.  
....."

1.2 O impetrante alega que as informações só poderiam ser prestadas por determinação judicial, como previsto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31.12.64, que impõe a guarda do sigilo das operações bancárias, a qual foi recepcionada como lei complementar em face do que dispõe o caput do art. 192 da Constituição Federal; acrescenta que a Lei Complementar nº 75 não revogou esta disposição de lei especial. Alega, ainda, que o § 2º do art. 8º da Lei Complementar nº 75 é dirigido exclusivamente às autoridades e acrescenta que não é o seu caso, pois o Banco do Brasil é uma sociedade de economia mista, estando sujeito ao regime jurídico próprio das empresas privadas, a teor do que dispõe o art. 173, § 1º, da Constituição, não sendo, assim, alcançado pelo conceito de autoridade contido no art. 1º, § 1º, da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 1.533. de 21.12.51). Alega, finalmente, que o sigilo das operações está resguardado no art. 5º, X, da Constituição.

—  
1.3 O Ministro Relator MARCO AURÉLIO confirma a liminar concedida e defere o pedido impetrado e, ainda, declara a



*Supremo Tribunal Federal***79**

inconstitucionalidade do § 2º do art. 8º da Lei Complementar nº 75/93.

2. Passo a proferir o meu voto.

3. Senhor Presidente, não há na Constituição uma disposição expressa que institua o sigilo bancário, razão pela qual farei breve incursão sobre a evolução do instituto, observando, em princípio, a sua cronologia.

3.1 "No Brasil, o sigilo bancário era norma consuetudinária, recebida do velho direito reinícola", registra Eduardo de Carvalho Chaves Filho em erudito parecer sobre o tema.

3.2 Prossegue o parecerista lembrando que a primeira notícia sobre sigilo bancário no direito positivo brasileiro aparece no Título IV da Parte Primeira do Código Comercial - Lei nº 556, de 25.06.1850 - quando equipara os banqueiros aos comerciantes e determina que se lhes apliquem as regras gerais dos contratos comerciais, in verbis:

-  
"Art. 119. São considerados banqueiros os comerciantes que têm por profissão habitual do seu comércio as operações chamadas de Banco.

Art. 120. As operações de Banco serão decididas e julgadas pelas regras gerais dos contratos estabelecidos neste Código, que forem aplicáveis segundo a natureza de cada uma das transações que se operarem."

*Supremo Tribunal Federal*

80

Entre estas regras gerais mencionadas estão aquelas que se referem às "Obrigações Comuns a todos os Comerciantes" (arts. 10 a 20), onde está previsto o princípio geral da garantia do segredo do comércio, in verbis:

— "Art. 17. Nenhuma autoridade, Juízo ou Tribunal, debaixo de pretexto algum por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligência para examinar se o comerciante arruma ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou neles tem cometido algum vício".

Noto que naquela época eram raros os casos de rompimento do sigilo da escrituração mercantil e que, mesmo assim, só poderia ocorrer por ordem judicial, a requerimento da parte ou ex-offício (arts. 18 a 20).

3.3 O Código Penal - Decreto-lei n° 2.848, de 7.12.1940 - no capítulo dos "crimes contra a liberdade individual" (arts. 146 a 154), ao cuidar dos "crimes contra a inviolabilidade dos segredos", crimina a "violação do segredo profissional", tipificando como criminosa a conduta de quem, sem justa causa, revela atos e fatos particulares da vida alheia revelados ou conhecidos como decorrência necessária da atividade profissional exercida, in verbis:

— "Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

*Supremo Tribunal Federal*

81

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação."

3.4 O Código de Processo Penal - Lei n° 3.689, de 03.10.41 - no capítulo destinado às "testemunhas" (arts. 202 a 225), proíbe expressamente a revelação de segredos por quem tem o dever de guardá-lo, salvo se autorizado pelo interessado, in verbis:

— "Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho."

3.5 Desta época vêm notícias de quebra do sigilo bancário determinada por autoridades judiciárias no interesse da Justiça, mas sem que os destinatários da ordem tenham a ela resistido. O primeiro caso que encontrei em rápida pesquisa é o do RMS n° 1.047-SP, Rel. Min. RIBEIRO DA COSTA, j. em 06.09.49, RF 143/154, assim ementado:

— "SIGILO BANCÁRIO - ACEPTÃO E EXTENSÃO - MANDADO DE SEGURANÇA.

- Os bancos não se podem eximir de ministrar informações, no interesse público, para o esclarecimento da verdade, essenciais e indispensáveis ao julgamento e desenlace das demandas submetidas ao Poder Judiciário."

O voto do Relator nesta Corte transcreve as informações do Dr. Edgar de Moura Bittencourt, Juiz da 16ª Vara Cível de São Paulo, prestadas ao Tribunal de Justiça para sustentar a sua decisão, objeto da impetração. Transcorrido quase meio século, suas palavras

*Supremo Tribunal Federal*

82

são tão atuais que peço vênia para transcrever os seguintes excertos:

— "O Banco Central de São Paulo S.A. impetra mandado de segurança contra ato meu, requisitando, sob pena de desobediência, contra seu gerente, as informações sobre a conta-corrente de diversos litigantes, na ação ordinária que a Empresa Imobiliária Lutfalla Ltda. move contra Salim Gabriel e outros.

Entende o impetrante que não pode ministrar tais informações porque infringiria o segredo profissional, a respeito dos negócios de seus clientes.

Mantenho a orientação que não fere o direito certo e incontestável, mas assenta-se em fortes princípios de direito, como tentarei demonstrar:

.....

II - Dá o impetrante uma errada extensão do segredo profissional. Este não pode, de modo algum, ser absoluto. Deve ceder, quando se trata de auxiliar a Justiça, pois o interesse da sociedade prima sobre o dos indivíduos (vede CUNHA GONÇALVES, ...)

Certo - observa o desembargador NÉLSON HUNGRIA - já não há falar no segredo profissional como um dever absoluto. Todo dever tem sua razão e limite na utilidade social e não pode deixar de ser, portanto, relativo. A noção do dever de silêncio é tudo quando há de menos absoluto (...).

O insigne Ministro COSTA MANSO apóia a doutrina: "O dever de guardar o segredo profissional não é, pois, absoluto. O que a lei proíbe é a revelação ilegal, a que tenha por móvel a simples leviandade, a jactância, a maldade (...)

Depois do sacerdote, talvez seja o médico quem detenha mais sérios segredos das pessoas com quem lida. Quem ousaria, então,

*Supremo Tribunal Federal*

83

afirmar que o médico deva guardar sigilo, quando o mal do cliente ameaça a coletividade, como nos casos de moléstias contagiosas, ou quando ameaça a felicidade da mulher com quem pretende contrair matrimônio, como no caso de impotência e moléstias incuráveis?

III - Se as considerações supra não bastassem para a afirmação da legalidade da medida, poder-se-á ainda aduzir que nada há mais relativo e insustentável que o segredo profissional do banqueiro, em face de requisições da autoridade judiciária, com o propósito de pesquisar a verdade no processo, a fim de que com a perfeição da justiça consiga o Estado a sua mais elevada finalidade.

Os bancos são organizações de caráter coletivo. Apesar da sua finalidade comercial, não podem desenvolver suas atividade de maneira anti-social. Ao contrário, auxiliando as fontes produtoras, concorrem para a felicidade do povo. Não se compreende que se sobreponham à autoridade do juiz, interpretando leis precipitadamente, como no caso, de modo a negarem-se a colaborar com a descoberta da verdade, e assumindo o risco de concorrerem para o erro judiciário, que gera a desconfiança do cidadão e estimula a revolta.

Tese tão despropositada, como a do segredo profissional absoluto do banqueiro, conduziria a situações absurdas. O ladrão que depositasse o dinheiro furtado em um banco teria o produto do crime resguardado da apreensão pelo poder público e da reivindicação da vítima.

A universalidade dos tratadistas, que cuidam da matéria, dirige-se a um único ponto - o banco não pode recusar as informações que lhe são requisitadas pelo juiz de instrução. Rebuscando todas as obras ao meu alcance, em nenhuma sequer encontrei abrigo à assertiva do impetrante. Todas lhes são adversas."

*Supremo Tribunal Federal*

84

Após citar Joseph Hamel, prossegue:

— "No mesmo passo, Georges Vignes, estudando o segredo profissional do banqueiro, conclui que é seu dever conservar o segredo do cliente; mas não o autoriza, com isso, a prejudicar a apuração da verdade pela autoridade. A reserva só existe até o instante em que surge o interesse social."

Cita Anatole Sacker, e acrescenta:

— "Eis, pois, a verdadeira orientação. Banqueiro deve guardar segredo, até que o interesse coletivo, apreciado pelo Poder Judiciário, exija a informação.

IV - A jurisprudência dos tribunais do país é omissa a respeito, ou pelo menos nada encontrei na pesquisa a que procedi. Não concluo, com isso, senão que tal matéria nunca tenha subido à apreciação dos tribunais, porque não me consta que nunca banco algum tenha recusado informações à Justiça, no tocante às contas de seus clientes."

3.6 A legislação posterior atenuou a rigidez do princípio do sigilo mercantil e, por consequência, do bancário, mas apenas no interesse da fiscalização tributária e da fiscalização administrativa da atividade dos Bancos. Assim, o quarto registro que faço de ato legislativo sobre o sigilo das operações bancárias é o referido no Decreto-lei n° 8.495, de 28.12.1945 - que transferiu para a SUMOC as atribuições até então cometidas à Caixa de Fiscalização e Mobilização Bancária pelo Decreto-lei n° 6.419, de 13.04.44 - ao determinar no seu art. 3° e § 1° que as informações

8

*Supremo Tribunal Federal*

85

obtidas pelo órgão fiscalizador deveriam preservar o sigilo das operações dos Bancos, in verbis:

— "Art. 3º A inspeção dos estabelecimentos bancários far-se-á através de documentos e informações requisitados pela Superintendência da Moeda e do Crédito, em impressos próprios por ela fornecidos, sendo-lhe facultado sempre que julgar necessário, efetivar a inspeção direta de qualquer estabelecimento bancário.

§ 1º Os documentos e informações que venham a ser fornecidos pelos estabelecimentos bancários, serão tratados em caráter estritamente confidencial.

....."

3.7 Nesta altura da sucessão dos fatos, assinalo o julgamento do MS nº 1.959-DF na Sessão de 23.01.1953, rel. Min. LUIZ GALLOTTI, in Ementário da Jurisprudência do S.T.F. nº 138-1-49, impetrado pelo Sindicato dos Bancos do Rio de Janeiro contra ato da Mesa da Câmara dos Deputados, o qual "determinou a publicação do relatório da Comissão de Inquérito, constituída para examinar os atos e operações do Banco do Brasil no período de novembro de 1945 a janeiro de 1951, na parte que se refere aos interesses dos seus associados, e, por conseguinte, também no seu próprio interesse". Consta do precedente que a Comissão de Inquérito, pretendendo estender a devassa aos Bancos particulares, obteve da SUMOC a delegação dos poderes a ela conferidos pelo citado art. 3º do Decreto-lei nº 8.495/45, obrigando-se ao sigilo previsto no seu § 1º. Lê-se nos votos dos Ministros Relator, AFRÂNIO DA COSTA, NELSON HUNGRIA, MÁRIO GUIMARÃES, HAHNEMANN GUIMARÃES e RIBEIRO DA COSTA que esta Corte entendeu que o sigilo bancário é um direito individual ao qual se sobrepõe o interesse coletivo, de índole política, e que o dever de

*Supremo Tribunal Federal*

86

resguardá-lo é exclusivo do seu depositário designado por lei, não se aplicando a quem foi revelado - no caso, à Câmara dos Deputados - tal como se verifica nestes excertos do voto do Ministro NELSON HUNGRIA, in verbis:

— "... o que há a fixar é a extensão da tutela do segredo profissional.

A inviolabilidade do segredo, mesmo o confiado aos chamados confidentes necessários, é de ordem pública eminentemente relativa.

O que a lei veda ... é a revelação do segredo por parte do seu depositário, isto é, da pessoa que é obrigada a guardá-lo, em razão de ofício ou profissão. ...

Ora, sr. Presidente, segredo revelado a terceira pessoa não obrigada a guardá-lo, não obrigada a mantê-lo, deixa de ser segredo, "cai na boca do mundo", é "segredo de Polichinelo". Não há proteger segredo que já se tornou conhecido de quem não está adstrito a não divulgá-lo.

Pergunto eu: Será a Câmara dos Deputados, por acaso, depositária de segredos bancários? Que tem ela com segredos bancários ...?"

3.7.1 A interpretação desta Corte passou pelo crivo de Pontes de Miranda, com se lê no seu Comentário à Constituição de 1946, ao dizer que o § 1º do art. 3º do Decreto-lei nº 8.495/45, in verbis:

— "... somente se dirige à Superintendência da Moeda e do Crédito. Nada tem com a atividade investigadora e acusadora da Câmara dos Deputados."

*Supremo Tribunal Federal*

87

3.7.2 Entendo, Senhor Presidente, que a lição deste precedente, quanto à inexistência do dever legal de guardar sigilo sobre informações recebidas não sobreviveu com o advento do art. 38 da Lei nº 4.595/64; o mesmo não ocorre quanto ao exame da natureza do dever de guardar o sigilo, cujo entendimento se cristalizou nas decisões desta Corte que se lhe seguiram. Esta decisão é, também, o nascedouro da doutrina que após 35 anos de amadurecidas reflexões influenciou para a atribuição de competência jurisdicional extraordinária às Comissões Parlamentares de Inquérito, fato relevante para o julgamento desta lide, que retomarei adiante.

3.8 Outras leis, inclusive penais, de alguma forma abordaram a questão do sigilo bancário. Registro as que seguem.

3.8.1 A mais enfática, por ser expressa, é a Lei nº 4.595, de 31.12.1964, que no seu art. 38 estabelece que:

— "Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestadas pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a elas ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2º O Banco Central do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

*Supremo Tribunal Federal*

88

§ 3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central do Brasil.

§ 4º Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º deste artigo deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta dos seus membros.

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7º A quebra de sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis."

3.8.2 Tenho como certo que esta Lei, que regula o sistema financeiro como um todo, foi recepcionada pela ordem constitucional de 1988 como lei complementar, em face do que dispõe o seu art. 192, in verbis:



*Supremo Tribunal Federal*

89

"Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado por lei complementar, ..."

3.8.3 Observo, entretanto, que em casos como o da segunda parte do § 4º do art. 38 há pouco citado, o qual exige o quorum qualificado da maioria absoluta dos membros de comissão parlamentar, deve ser feita adaptação às disposições do art. 47 da Constituição, que passou a exigir o quorum simples (maioria de votos, presente a maioria absoluta), da mesma forma que tais decisões de comissão parlamentar de inquérito, referidas na primeira parte do mesmo § 4º, não mais estão sujeitas à aprovação do Plenário da Câmara ou do Senado (art. 58, § 3º, da Constituição). Em suma, vigem as exceções ao sigilo bancário previstas nos §§ 1º ao 6º do citado art. 38. Neste sentido a doutrina de José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos e outros.

Quanto ao § 7º do citado art. 38 cabe registrar que a disposição penal nele contida foi revogada pelo art. 18 da Lei nº 7.492/86, eis que a lei posterior regulou novamente a mesma matéria (art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil); cabe registrar, ainda, que a Lei Complementar nº 70, de 30.12.91, que institui a contribuição para financiamento da seguridade social, por seu art. 12, § 1º, manda aplicar este § 7º, então revogado, ao sigilo das informações cadastrais recebidas de instituições financeiras pela Receita Federal (!). Faço estas observações tendo em vista que, de qualquer forma, este § 7º não teria sido recepcionado como lei complementar, mas ordinária, porque não há previsão constitucional para que disposições penais sejam veiculadas por meio de lei complementar: não basta que uma lei seja formalmente

*Supremo Tribunal Federal*

90

complementar para que todos os seus dispositivos adquiram esta natureza; é preciso que tenham como conteúdo matéria que deva ser regulada por lei complementar por expressa previsão constitucional.

3.9 O Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.66), editado como lei ordinária e também recepcionado como lei complementar pelas sucessivas ordens constitucionais, dispõe sobre o sigilo bancário em relação ao fisco, ao dizer, in verbis:

— "Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

.....

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

.....

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

3.9.1 O mesmo Código Tributário regula o sigilo das informações fiscais, que desfruta da mesma natureza do sigilo bancário, abrindo exceção para as requisições determinadas pelo Judiciário, quando diz, in verbis:

— "Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira

*Supremo Tribunal Federal***91**

dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.

Parágrafo único. Excetua-se do disposto neste artigo, unicamente, os casos previstos no artigo seguinte (troca de informações entre as Fazendas Públicas dos três níveis governamentais) e os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça."

3.10 A Lei n° 7.492, de 16.06.86, ao definir os crimes contra o sistema financeiro nacional, tipifica penalmente a conduta de violação do sigilo bancário ao estabelecer que, *in verbis*:

— "Art. 18. Violar sigilo de operação ou de serviço prestado por instituição financeira ou integrante do sistema de distribuição de títulos mobiliários de que tenha conhecimento, em razão de ofício:

Pena: reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos."

3.11 Registro outras disposições que abordam a matéria sob exame: art. 44 da lei n° 5.010, de 30.05.66; art. 8° e seu par. único da Lei n° 8.021 e art. 10 da Lei n° 8.033, ambas de 12.04.90 e de discutível constitucionalidade, por alterarem lei recepcionada como complementar (Lei n° 4.595/64) e pelo conteúdo; entretanto, não cabe aqui o seu exame, tanto quanto não cabe o do art. 29 da Lei n° 7.492, de 16.06.86, por não terem sido invocados pelas partes nestes autos e não terem pertinência com o desate da lide. Finalmente, a recente Lei n° 9.034, de 3 deste mês, traz novas exceções à quebra do sigilo bancário e fiscal ao regular os meios de prova em crimes de quadrilha, permitindo "o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais" (art. 2°, III), mas

*Supremo Tribunal Federal***92**

fazendo expressa ressalva ao sigilo constitucionalmente assegurado, estabelecendo que à sua quebra só pode ocorrer por determinação judicial, in verbis:

— "Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação do sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça.

....."

4. A jurisprudência desta Corte, consolidada e cristalizada a partir do julgamento dos citados MS n° 1.047-SP e n° 1.959-DF, é rica em precedentes que nunca deixaram de entender que o sigilo bancário é um direito individual não absoluto, podendo ser rompido somente em casos especiais onde há prevalência do interesse público e, mesmo assim, por determinação judicial. Além dos dois citados, anoto os seguintes precedentes que, de alguma forma, abordam o tema: RHC n° 31.611, Rel. designado Min. AFRÂNIO COSTA, j. em 25.07.51, in DJU de 28.09.53, pág. 2.880 (apenso ao n° 222); MS n° 2.172, Rel. Min. NELSON HUNGRIA, j. em 10.07.53, in DJU de 05.01.54; RMS n° 2.574-MG, rel. Min. VILLAS BOAS, j. em 08.07.57, in RTJ 2/429; RMS n° 9.057-MG, rel. Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, j. em 13.09.61, in RTJ 20/84; RMS n° 15.925-GB, rel. Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, j. em 20.05.66, in RTJ 37/373; AG n° 40.883-GB, rel. Min. HERMES LIMA, j. em 10.11.67, in DJU de 06.03.68; RE n° 71.640-BA, rel. Min. DJACI FALCÃO, j. em 17.09.71, in RTJ 59/571; RE n° 82.700-SP, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, j. em 11.11.75, in RTJ 76/655; MS n° 21.172-AM, rel. Min. SOARES MUÑOZ, j. em 27.09.78, in DJU de 20.10.78; RE n° 94.608-SP, rel. Min. CORDEIRO GUERRA, j. em 06.04.84, in RTJ 110/195; AG (AgRg) n° 115.469-1-SP, Rel. Min. RAFAEL MAYER, j. em

*Supremo Tribunal Federal***93**

28.11.86, in DJU de 12.12.86; HC n° 66.284-MG, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, j. em 24.05.88, in RTJ 127/891; HC n° 67.913-SP, Rel. p/o ac. Min. CARLOS VELLOSO, j. em 16.10.90, in RTJ 134/309; PET n° 577 (Questão de Ordem)-SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. em 25.03.92, in RTJ 148/366; AGRINQ n° 897, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, j. em 23.11.94, in DJU de 24.10.95.

5. A Constituição estabelece que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação" (art. 5°, X). O Prof. José Afonso da Silva escreve na última edição do seu "Curso de Direito Constitucional Positivo" que não é fácil distinguir vida privada de intimidade. Acrescenta que, in verbis:

— "O dispositivo põe, desde logo, uma questão, a de que a intimidade foi considerada um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputava, com outros, manifestação daquela. De fato, a terminologia não é precisa. Por isso, preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou. Toma-se, pois, a privacidade, como "o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legamente sujeito" (cf. J. Matos Pereira, no seu Direito de Informação).

*Supremo Tribunal Federal*

5.1 Senhor Presidente, também eu entendo que no contexto da inviolabilidade destes direitos à intimidade e à vida privada assegurados pela Constituição aos brasileiros e aos estrangeiros aqui residentes, estão contidos os desdobramentos do direito à privacidade, entre os quais, inexoravelmente, o direito ao sigilo bancário e ao fiscal. Este direito individual está assegurado de forma tal que não se permite, sequer, que a sua abolição seja objeto de deliberação em proposta de emenda à Constituição (art. 60, § 4º, IV).

5.2 A própria Constituição volta ao assunto para impor, pleonasticamente, o respeito aos direitos individuais em geral - mas em especial ao direito à privacidade - fazendo-o numa passagem especialmente dedicada à ação típica de pesquisa dos órgãos fiscalizadores fazendários, como que lembrando fatos que há 1.000 (anos) levaram à elaboração da primeira Constituição que a História registra, in verbis:

— "Art. 145. ....

§ 1º 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, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte."

.....

5.3 Também o controvertido inciso XII do art. 5º da Constituição, com os seus múltiplos sentidos, permite extrair, ao



*Supremo Tribunal Federal*

95

menos, o princípio de que o sigilo bancário só pode ser rompido por determinação judicial.

6. Uma das conseqüências do entendimento de que o direito ao sigilo bancário pertence à categoria maior do direito à privacidade é que, destinado a proteger o indivíduo, não protege operações bancárias praticadas em contas fictícias - que não têm privacidade a ser juridicamente protegida - nem pode ser invocado para acobertar crimes ou outros ilícitos, sejam administrativos ou civis. Em suma, este direito tutela, apenas, as operações lícitas.

6.1 Além disto, deve ser considerado que o direito à privacidade é um direito individual que pode ser oposto erga omnes e com mais ênfase ao Estado, mas ele, por outro lado, tem por limite interesses maiores - de natureza política - que dizem respeito ao interesse público. Quando dois direitos unidos em leis da mesma hierarquia entram em conflito, a prevalência de um sobre o outro é decidida segundo uma escala axiológica; mas este padrão de valores não é fornecido pela Constituição, cabendo ao intérprete da lei, orientado pelas regras de hermenêutica e de exegese e levando em conta o estágio sócio-cultural contemporâneo aos fatos, dizer sobre esta prevalência. Hoje, é aceito pela quase unanimidade que o interesse público prevalece sobre o particular. Esta Corte, em inúmeros julgados, vem dizendo reiteradamente e com sabedoria que o direito ao sigilo bancário é um direito limitado, não absoluto, e que pode ceder a interesses públicos em determinadas e restritas situações, sempre orientadas para a busca da verdade no interesse da justiça, seja em causas de natureza penal, administrativa ou civil.

*Supremo Tribunal Federal*

96

6.2 Tratando-se de direito individual constitucionalmente assegurado, a quebra do sigilo bancário ou fiscal exige absoluta independência de quem deve assim decidir, além de ser necessário ter sempre presente que, em se tratando de situação excepcional, devem ser restritas as possibilidades da sua ocorrência. E esta é uma das tarefas típicas do Poder Judiciário ou de órgãos que exercem jurisdição extraordinária, como é o caso das comissões parlamentares de inquérito, às quais a Constituição concedeu expressamente tais poderes, in verbis:

— "Art. 58. ....  
 § 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, ...  
 ...."

6.3 Esta competência excepcional, expressamente outorgada pela Constituição às comissões parlamentares de inquérito, tem uma explicação singular com suporte na experiência, que recomenda a excepcional celeridade dos trabalhos investigatórios; ela foi conferida a parlamentares na qualidade de representantes diretos do povo e em nome de relevantes interesses públicos.

7. Entendo que esta competência excepcional de jurisdição extraordinária não foi concedida ao Ministério Público pelo art. 129, VI, da Constituição, ao incluir entre as suas funções institucionais a de "expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva".

20

*Supremo Tribunal Federal*

97

7.1 A Constituição outorgou ao Ministério Público novos e amplos poderes para o desempenho de suas elevadas funções, mas não foi tão longe ao ponto de lhe dar competência para exercer jurisdição extraordinária, como fez com as comissões parlamentares de inquérito. Para tanto, é importante considerar que a atividade típica do Ministério Público se desenvolve perante o Poder Judiciário, onde deve postular pelas providências que entender necessárias. A propósito e tendo em vista o parecer da Procuradoria Geral da República, lembro que em outros países, como na Itália, o Ministério Público pode ser considerado órgão da Magistratura, segundo percuciente construção que se tem feito em cima do art. 104 da Constituição Italiana: "L'appartenenza del pubblico ministero alla magistratura e la sua indipendenza da ogni altro potere risultano, infatti, dall'art. 104 const.; e le vicende meno remote dell'ordinamento giudiziario italiano evidenziano una progressiva, totale assimilazione della sua posizione istituzionale a quella del giudice" (in "Enciclopedia Del Diritto", XXXVII, pág. 1.077/1.078, Giuffrè Editore). E não é demais lembrar que a Constituição não exige dos membros do Ministério Público os requisitos inerentes ao múnus da magistratura, dando aos seus membros, por outro lado, a possibilidade de exercer a advocacia (art. 29, § 3º, in fine, do ADCT federal), de exercer, excepcionalmente, atividade político-partidária (art. 128, § 5º, II, e, in fine, da Constituição), e outras liberdades que não se pode dizer compatíveis com o exercício de jurisdição extraordinária.

8. Senhor Presidente, os 17 (dezessete) precedentes aqui examinados ou apenas mencionados permitem extrair com segurança a doutrina desta Corte firmada no transcorrer de quase cinqüenta anos,

*Supremo Tribunal Federal*

98

sendo de se notar que ela está calcada em dois princípios fundamentais: o primeiro diz que o direito ao sigilo bancário é um direito individual, mas não absoluto, porque cede diante do interesse público; o segundo princípio informa que a violação do sigilo bancário só é permitida no interesse da justiça e por determinação judicial.

8.1 As leis aqui examinadas ou apenas citadas também põem em evidência que a orientação legislativa predominante, iniciada há quase um século e meio, seja no ramo do direito comercial, penal, tributário, administrativo ou civil, tem se orientado no mesmo sentido.

9. Presentes estes fundamentos, não vejo como acolher a tese que dá interpretação ampliativa ao art. 129, VI, da Constituição, a ponto a entender que nele está contida autorização para a quebra do sigilo bancário por autoridade administrativa. E por esta razão, concluo que o art. 8º, II, IV, e especialmente o seu § 2º, da Lei Complementar nº 75, não incluem a quebra de sigilo quando constitucionalmente previsto e assegurado este direito, de forma que em tais casos, qualquer autoridade ou particular pode opor a exceção de sigilo.

9.1 Ressalvo, contudo, que se ao Ministério Público não é dado quebrar o sigilo bancário, nem o fiscal, isto não quer dizer que, no interesse da justiça e para a consecução das suas atribuições institucionais, não possa formular tal requerimento perante o Órgão competente do Poder Judiciário para que este decida, em cada caso, sobre ser a hipótese, ou não, de sobreposição do interesse público

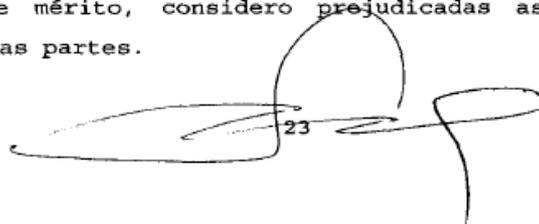
*Supremo Tribunal Federal***99**

ao privado e, em caso positivo, sobre os limites da quebra do sigilo.

10. Senhor Presidente, assim examinada a controvérsia instaurada entre as partes, acompanho as conclusões do voto do Relator Min. MARCO AURÉLIO para confirmar a liminar e conceder a segurança para que o Banco impetrante, com base na obrigação que lhe decorre do direito à privacidade dos seus clientes, previsto no art. 5º, X, e assegurado pelo art. 145, § 1º, ambos da Constituição, não forneça as informações requisitadas, salvo por ordem judicial.

11. Por fim, pedindo vênias ao Ministro Relator MARCO AURÉLIO, não declaro a inconstitucionalidade do § 2º do art. 8º da Lei Complementar nº 75/93, mas lhe dou interpretação conforme, no sentido de ficar ressalvado que a expressão sob qualquer pretexto nele contida não alcança o sigilo bancário, e assim o fiscal, porque estão constitucionalmente previstos e assegurados, e só podem ser violados no interesse da justiça e por ordem judicial. A declaração de inconstitucionalidade deste § 2º subtrairia do Ministério Público importante instrumento para a consecução dos seus objetivos precípuos - de defender a sociedade, o Estado de Direito e a Constituição - e para que possa cumprir o desígnio de ser o principal fiador da moralização dos costumes, visto que a disposição pode ser aplicada em outras situações sem que haja ofensa à Constituição, ficando preservada a sua utilidade residual.

12. Decidida a lide por esta questão constitucional, prejudicial de mérito, considero prejudicadas as demais questões suscitadas pelas partes.



*Supremo Tribunal Federal*

100

24/05/95

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.729-4 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR 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 projete - 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 intangível e indevassável pela atividade desenvolvida pelo aparelho de Estado.

O magistério doutrinário, **bem por isso**, tem acentuado que o sigilo bancário - que possui extração constitucional - reflete, na concreção do seu alcance, um direito fundamental da personalidade, expondo-se, em consequência, à proteção jurídica a ele dispensada pelo ordenamento positivo do Estado.



*Supremo Tribunal Federal***101****MS 21.729-4 DF**

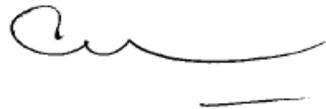
O eminente Prof. ARNOLDO WALD, em precisa abordagem do tema, expendeu lúcidas considerações a respeito dessa questão, **destacando** a essencialidade da tutela constitucional na proteção político-jurídica da intimidade pessoal e da liberdade individual:

**"Se podia haver dúvidas no passado, quando as Constituições brasileiras não se referiam especificamente à proteção da intimidade, da vida privada e do sigilo referente aos dados pessoais, é evidente que, diante do texto constitucional de 1988, tais dúvidas não mais existem quanto à proteção do sigilo bancário como decorrência das normas da lei magna.**

Efetivamente, as Constituições Brasileiras anteriores à de 1988, não só não asseguravam o direito à privacidade como também, quando tratavam do sigilo, limitavam-se a garanti-lo em relação à correspondência e às comunicações telegráficas e telefônicas, não se referindo ao sigilo em relação aos **papéis** de que tratam a Emenda nº IV à Constituição Americana, a Constituição Argentina e leis fundamentais de outros países. Ora, foi em virtude da referência aos **papéis** que tanto o direito norte-americano quanto o argentino concluíram que os documentos bancários tinham proteção constitucional.

Com a revolução tecnológica, os 'papéis' se transformaram em 'dados' geralmente armazenados em computadores ou fluindo através de impulsos eletrônicos, ensejando enormes conjuntos de informações a respeito das pessoas, numa época em que todos reconhecem que a informação é poder. A **computadorização da sociedade exigiu uma maior proteção à privacidade, sob pena de colocar o indivíduo sob contínua fiscalização do Governo, inclusive nos assuntos que são do exclusivo interesse da pessoa. Em diversos países, leis especiais de proteção contra o uso indevido de dados foram promulgadas e, no Brasil, a inviolabilidade dos dados individuais, qualquer que seja a sua origem, forma e finalidade, passou a merecer a proteção constitucional em virtude da referência expressa que a**

2



*Supremo Tribunal Federal*MS 21.729-4 DF

102

eles passou a fazer o inciso XII do art. 5º, modificando, assim, a posição anterior da nossa legislação, na qual a indevassabilidade em relação a tais informações devia ser construída com base nos princípios gerais que asseguravam a liberdade individual, podendo até ensejar interpretações divergentes ou contraditórias.

Assim, agora em virtude dos textos expressos da Constituição e especialmente da interpretação sistemática dos incisos X e XII do art. 5º da CF, ficou evidente que a proteção ao sigilo bancário adquiriu nível constitucional, impondo-se ao legislador, o que, no passado, podia ser menos evidente." ("Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas", vol. 1/206, 1992, RT - grifei)

O direito à inviolabilidade dessa franquia individual - que constitui um dos núcleos básicos em que se desenvolve, em nosso País, o regime das liberdades públicas - ostenta, no entanto, caráter meramente relativo. Não assume e nem se reveste de natureza absoluta. Cede, por isso mesmo, e sempre em caráter excepcional, às exigências impostas pela preponderância axiológica e jurídico-social do interesse público.

A pesquisa da verdade, nesse contexto, constitui um dos princípios dominantes e fundamentais no processo de disclosure das operações celebradas no âmbito das instituições financeiras. Essa busca de elementos informativos - elementos estes que compõem o quadro de dados probatórios essenciais para que o Estado desenvolva regularmente suas atividades e realize os fins institucionais a que



*Supremo Tribunal Federal***103****MS 21.729-4 DF**

se acha vinculado -, sofre os necessários condicionamentos que a ordem jurídica impõe à ação do Poder Público.

Tenho enfatizado, por isso mesmo, que a quebra do sigilo bancário - ato que se reveste de extrema gravidade jurídica - só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos que justifiquem, a partir de um critério essencialmente apoiado na prevalência do interesse público, a necessidade da revelação dos dados pertinentes às operações financeiras ativas e passivas resultantes da atividade desenvolvida pelas instituições bancárias.

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

É preciso salientar, neste ponto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal proclamou a plena compatibilidade jurídica da quebra do sigilo bancário, permitida pela

4



*Supremo Tribunal Federal***MS 21.729-4 DF****104**

Lei nº 4.595/64 (art. 38), com a norma inscrita no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição (Pet nº 577 - Questão de Ordem, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU de 23/4/93), **reconhecendo possível** autorizar - **quando presentes fundadas razões** -, a pretendida **disclosure** das informações bancárias reservadas (RTJ 148/366).

Mais do que isso, esta Suprema Corte salientou, ao julgar o Inq 897-DF (AgRg), Rel. Min. FRANCISCO REZEK, DJU de 02.12.94, que, **não sendo absoluta a garantia pertinente ao sigilo bancário**, torna-se lícito afastar, **quando de investigação criminal se cuidar**, a cláusula de reserva que protege as contas bancárias nas instituições financeiras, revelando-se ordinariamente **inaplicável**, para esse específico efeito, a garantia constitucional do contraditório.

Impõe-se observar, por necessário - e tal como adverte JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE ("Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 220/224, 1987, Livraria Almedina, Coimbra) - que a ampliação da esfera de incidência das franquias individuais e coletivas, **de um lado**, e a intensificação da proteção jurídica dispensada às liberdades fundamentais, **de outro**,

*Supremo Tribunal Federal*MS 21.729-4 DF

105

tornaram inevitável a ocorrência de situações caracterizadoras de **colisão de direitos** assegurados pelo ordenamento constitucional.

Com a evolução do sistema de tutela constitucional das liberdades públicas, dilataram-se os **espaços de conflito** em cujo âmbito antagonizam-se, em função de situações **concretas** emergentes, posições jurídicas revestidas de **igual** carga de positividade normativa.

Vários podem ser, **dentro desse contexto excepcional de conflituosidade**, os critérios hermenêuticos destinados à solução das colisões de direitos, **que vão desde o estabelecimento** de uma ordem hierárquica pertinente aos valores constitucionais tutelados, **passando pelo reconhecimento** do maior ou menor grau de fundamentalidade dos bens jurídicos em posição de antagonismo, **até a consagração** de um processo que, **privilegiando a unidade e a supremacia da Constituição**, viabilize - a partir da adoção "de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito" (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *op. loc. cit.*) - a harmoniosa composição dos direitos em situação de colidência.



*Supremo Tribunal Federal***106****MS 21.729-4 DF**

Ainda que sem conotação de regra absoluta, e especialmente à vista da situação registrada na espécie destes autos - em que o direito **individual** à preservação do sigilo **opõe-se** a um bem jurídico de valor coletivo (a **primazia** do interesse público subjacente à tutela dos direitos metaindividuais ou à investigação, à persecução criminal e à repressão aos delitos em geral) - torna-se relevante admitir, **no que concerne à superação do conflito entre direitos fundamentais**, a adoção de critério que, **fundado em juízo de ponderação e de valoração** (J. J. GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional", p. 660/661, 5ª ed., 1991, Livraria Almedina, Coimbra; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 220/224, 1987, Livraria Almedina, Coimbra), **faça prevalecer, em face das circunstâncias concretas**, o direito vocacionado à plena elucidação da verdade real e da pesquisa referente aos fatos qualificados pela nota da ilicitude jurídica.

Sendo assim, impõe-se o deferimento da quebra de sigilo bancário, sempre que essa medida se qualificar como providência **essencial e indispensável** à satisfação das finalidades inderrogáveis da investigação estatal, desde que - consoante adverte a doutrina - não exista **"nenhum meio menos gravoso para a consecução de tais**

7 

MS 21.729-4 DF

objetivos" (IVES GANDRA MARTINS/GILMAR FERREIRA MENDES, "Sigilo Bancário, Direito de Autodeterminação sobre Informações e Princípio da Proporcionalidade", in Repertório IOB de Jurisprudência n° 24/92 - 2ª quinzena de dezembro/92).

Contudo, para que essa providência extraordinária, e sempre excepcional, que é a decretação da quebra do sigilo bancário, seja autorizada, revela-se imprescindível a existência de **causa provável**, vale dizer, de **fundada** suspeita quanto à ocorrência de fato cuja apuração resulte exigida pelo interesse público.

Na realidade, **sem causa provável**, não se justifica, sob pena de inadmissível consagração do arbítrio estatal e de inaceitável opressão do indivíduo pelo Poder Público, a **disclosure** das contas bancárias, eis que a decretação da quebra do sigilo **não pode** converter-se num instrumento de indiscriminada e ordinária devassa da vida financeira das pessoas.

A existência de **causa provável** atua, pois, como um insuperável obstáculo à decretação da quebra do sigilo bancário. Constitui, em suma, **quando devidamente configurada**, fator de



*Supremo Tribunal Federal*MS 21.729-4 DF**108**

legitimação dessa medida, que sempre se apresenta - **não custa reiterar** - qualificada pela nota da excepcionalidade.

A exigência de caracterização de **causa provável** coloca-se, **desse modo**, como projeção concretizadora do postulado fundamental do **devido processo legal** no que especificamente concerne à atividade estatal direcionada à **revelação** da matéria e das operações abrangidas pela cláusula de **riservatezza** oriunda da proteção constitucional dispensada ao sigilo bancário.

A quebra do sigilo bancário importa, **necessariamente**, em inquestionável **restrição** à esfera jurídica das pessoas afetadas por esse ato **excepcional** do Poder Público. A pretensão estatal voltada à **disclosure** das operações financeiras constitui fator de grave ruptura das delicadas relações - **já estruturalmente tão desiguais** - existentes entre o Estado e o indivíduo, tornando possível, **até mesmo**, quando indevidamente acolhida, o próprio comprometimento do sentido tutelar que inequivocamente qualifica, **em seus aspectos essenciais**, o círculo de proteção estabelecido em torno da prerrogativa pessoal fundada no direito constitucional à privacidade.



*Supremo Tribunal Federal*

109

MS 21.729-4 DF

Dentro dessa perspectiva, revela-se de inteira pertinência a invocação doutrinária da cláusula do **substantive due process of law** - já consagrada e reconhecida, em diversas decisões proferidas por este Supremo Tribunal Federal, como instrumento de expressiva limitação constitucional ao próprio poder do Estado (ADIN 1.063-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO; ADIN 1.158-AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) -, para efeito de submeter o processo de **disclosure** às exigências de seriedade e de razoabilidade. Daí o registro feito por ARNOLDO WALD (op. cit. p. 207, 1992, RT), no sentido de que "A mais recente doutrina norte-americana fez do **due process of law** uma forma de controle constitucional que examina a necessidade, razoabilidade e justificação das restrições à liberdade individual, não admitindo que a lei ordinária desrespeite a Constituição, considerando que as restrições ou exceções estabelecidas pelo legislador ordinário devem ter uma fundamentação razoável e aceitável conforme entendimento do Poder Judiciário. Coube ao Juiz Rutledge, no caso *Thomas v. Collins*, definir adequadamente a função do devido processo legal ao afirmar que: 'Mais uma vez temos de enfrentar o dever, imposto a esta Corte, pelo nosso sistema constitucional, de dizer onde termina a liberdade individual e onde começa o poder do Estado. A escolha do limite, sempre delicada, é-o, ainda mais, quando a presunção usual em favor

*Supremo Tribunal Federal***110****MS 21.729-4 DF**

da lei é contrabalançada pela posição preferencial atribuída, em nosso esquema constitucional, às grandes e indispensáveis liberdades democráticas asseguradas pela Primeira Emenda (...). Esta prioridade confere a essas liberdades santidade e sanção que não permitem intromissões dúbias. E é o caráter do direito, não da limitação, que determina o **standard** guiador da escolha. Por essas razões, **qualquer tentativa de restringir estas liberdades deve ser justificada por evidente interesse público, ameaçado não por um perigo duvidoso e remoto, mas por um perigo evidente e atual'**" (grifei).

Cumpra ter presente, por isso mesmo, a advertência constante de decisão proferida pelo em. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE que, ao versar esse particular aspecto da questão, salientou, **verbis**:

"Estou, **data venia**, em que, nos termos em que solicitada, a diligência não é de deferir.

Certo, ao decidir a Petição 577 (Caso Magri), de 25/3/92, Velloso, RTJ 148/366, o Tribunal - embora o filiasse à garantia constitucional de intimidade (CF, art. 5º, XII) -, assentou a relatividade do direito ao sigilo bancário, que há de ceder a interesses públicos relevantes, quais os da investigação criminal: por isso, afirmou-se a recepção pela ordem constitucional vigente do art. 38, § 1º, da L. 4.595/64, que autoriza a sua quebra por determinação judicial.

Do mesmo julgado se extrai, contudo, segundo penso, que não cabe autorizar a ruptura do sigilo bancário, senão quando necessária, por sua pertinência, à informação de procedimento investigatório em curso sobre suspeita razoavelmente determinada de infração

11

*Supremo Tribunal Federal*

111

MS 21.729-4 DF

penal, incumbindo a demonstração de tais pressupostos ao requerente da autorização respectiva.

Ao contrário, entendo, não pode, a **disclosure** das informações bancárias, servir de instrumento de devassa exploratória, isto é, não destinada à apuração de uma suspeita definida, mas, sim, à busca da descoberta de ilícitos insuspeitados."

(Inq 901-DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU de 23/2/95)

A exigência de preservação do sigilo bancário - enquanto meio expressivo de proteção ao valor constitucional da intimidade - impõe ao Estado o **dever** de respeitar a esfera jurídica de cada pessoa. A ruptura desse círculo de imunidade só se justificará desde que ordenada por órgão estatal investido, nos termos de nosso estatuto constitucional, de competência jurídica para suspender, excepcional e motivadamente, a eficácia do princípio da reserva das informações bancárias.

Em tema de ruptura do sigilo bancário, **somente** os órgãos do Poder Judiciário dispõem do poder de decretar essa medida extraordinária, sob pena de a autoridade administrativa interferir **indevidamente** na esfera de privacidade constitucionalmente assegurada às pessoas. **Apenas** o **Judiciário** pode eximir as instituições financeiras do dever que lhes incumbe em tema de sigilo bancário.



12

*Supremo Tribunal Federal*MS 21.729-4 DF

112

A efetividade da ordem jurídica, a eficácia da atuação do aparelho estatal e a reação social a comportamentos qualificados pela nota de seu desvalor ético-jurídico não ficarão comprometidas e nem afetadas, se se reconhecer aos órgãos do Poder Judiciário, com fundamento e apoio nos estritos limites de sua competência institucional, a prerrogativa de ordenar a quebra do sigilo bancário. Na realidade, a intervenção jurisdicional constitui fator de preservação do regime das franquias individuais e impede, pela atuação moderadora do Poder Judiciário, que se rompa, injustamente, a esfera de privacidade das pessoas, pois - tal como pude anteriormente enfatizar - a quebra do sigilo bancário não pode e nem deve ser utilizada, ausente a concreta indicação de uma causa provável, como instrumento de devassa indiscriminada das contas mantidas em instituições financeiras.

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.



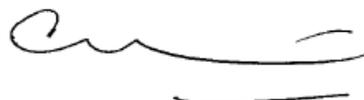
*Supremo Tribunal Federal*MS 21.729-4 DF

113

Impõe-se destacar, neste ponto, que **nenhum** embaraço resultará do controle judicial **prévio** dos pedidos de decretação da quebra de sigilo bancário, pois, consoante já proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, não sendo absoluta a garantia pertinente ao sigilo bancário, torna-se lícito afastar, em favor do interesse público, a cláusula de reserva que protege as contas bancárias nas instituições financeiras.

Não configura demasia insistir, Sr. Presidente, na circunstância - que assume indiscutível relevo jurídico - de que a natureza eminentemente constitucional do **direito à privacidade** impõe, no sistema normativo consagrado pelo texto da Constituição da República, a **necessidade de intervenção jurisdicional** no processo de revelação de dados (**disclosure**) pertinentes às operações financeiras, ativas e passivas, de **qualquer** pessoa eventualmente sujeita à ação investigatória do Poder Público.

A inviolabilidade do sigilo de dados, tal como proclamada pela Carta Política em seu art. 5º, XII, **torna essencial** que as exceções derogatórias à prevalência desse postulado só possam emanar de órgãos estatais - **os órgãos do Poder Judiciário** -



*Supremo Tribunal Federal***MS 21.729-4 DF****114**

aos quais a própria Constituição Federal outorgou essa especial prerrogativa de ordem jurídica.

A equação **direito ao sigilo - dever de sigilo** exige, para que se preserve a necessária relação de harmonia entre uma expressão essencial dos direitos fundamentais reconhecidos em favor da generalidade das pessoas (**verdadeira liberdade negativa**, que impõe ao Estado um claro dever de abstenção), **de um lado**, e a prerrogativa que inquestionavelmente assiste ao Poder Público de investigar comportamentos de transgressão à ordem jurídica, **de outro**, que a determinação de quebra do sigilo bancário provenha de ato emanado de órgão do Poder Judiciário, cuja **intervenção moderadora** na resolução dos litígios revela-se garantia de respeito tanto ao regime das liberdades públicas quanto à supremacia do interesse público.

É preciso ter presente, na perspectiva do sistema normativo consagrado pelo ordenamento positivo brasileiro, que, **sem causa provável**, não se justifica a ruptura da esfera de privacidade individual, pois a decretação da quebra do sigilo bancário - **é preciso insistir - não pode e não deve** transformar-se num instrumento de indiscriminada devassa da vida privada dos cidadãos.

15



*Supremo Tribunal Federal*MS 21.729-4 DF

115

Sendo assim, Sr. Presidente, e tendo em consideração as razões expostas, entendo que a decretação do sigilo bancário pressupõe, **sempre**, a existência de ordem judicial, sem o que **não se impõe** à instituição financeira o dever de fornecer **legitimamente** as informações que lhe tenham sido requisitadas.

Com estas considerações, Sr. Presidente, **concedo** o mandado de segurança ora impetrado, por entender que **não assiste** ao Ministério Público o poder de requisitar, **por autoridade própria**, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa, instituição ou órgão.

Ao assim fazer, **concordo** com o voto do em. Relator, **exceto** no que concerne à declaração de inconstitucionalidade do § 2º do art. 8º da Lei Complementar nº 75/93, pois - tal como o fez o ilustre Ministro MAURÍCIO CORRÊA, a quem acompanho neste **específico** ponto -, **também** dou a essa norma legal interpretação conforme à Constituição.

É o meu voto.



*Supremo Tribunal Federal*

116

## PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

## MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.729-4

PROCED. : DISTRITO FEDERAL  
 RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO  
 IMPTE. : BANCO DO BRASIL S/A  
 ADV. : EDSON LAURA CARDOSO E OUTROS  
 IMPDO. : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

**Decisão:** Adiado o julgamento pelo pedido de vista do Ministro Maurício Corrêa, depois do voto do Relator, deferindo o pedido e declarando a inconstitucionalidade do § 2º do art. 8º da L.C. n. 75, de 20.5.93. Falaram, pelo impetrante, o Dr. Paulo César Calleri e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Moacir Antonio Machado da Silva, Vice-Procurador-Geral da República. Ausentes, justificadamente, os Ministros Sepúlveda Pertence e Francisco Rezek. Plenário, 07.04.95.

**Decisão:** Adiado o julgamento pelo pedido de vista do Ministro Francisco Rezek, depois do voto do Relator, que deferia o pedido e declarava a inconstitucionalidade do § 2º do art. 8º da L.C. n. 75, de 20.05.93, e dos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello, que também deferiam o pedido, mas sem declaração da inconstitucionalidade da norma referida. Plenário, 24.05.95.

Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antonio Machado da Silva.

pl *Luiz Tomimatsu*  
 Luiz Tomimatsu  
 Secretário

*Supremo Tribunal Federal*

117

30/08/95

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.729-4 DISTRITO FEDERAL

## V O T O

**O SR. MINISTRO FRANCISCO REZEK:** - Meu voto é no sentido de indeferir o mandado de segurança impetrado pelo Banco do Brasil, entendendo, como entendo, perfeitamente legítima — segundo a ordem jurídica a que o Tribunal deve garantir vigência — a requisição de informações endereçada ao banco pelo Procurador-Geral da República.

Parece-me, antes de qualquer outra coisa, que a questão jurídica trazida à corte neste mandado de segurança não tem estatura constitucional. Tudo quanto se estampa na própria Carta de 1988 são normas que abrem espaço ao tratamento de determinados temas pela legislação complementar. É neste terreno, pois, e não naquele da Constituição da República, que se consagra o instituto do sigilo bancário — do qual já se repetiu ad nauseam, neste país e noutros, que não tem caráter absoluto. Cuida-se de instituto que protege certo domínio — de resto nada transcendental, mas bastante prosaico — da vida das pessoas e das empresas, contra a curiosidade gratuita, acaso malévola, de outros particulares, e sempre até o exato ponto onde alguma forma de interesse público reclame sua justificada prevalência.

Não que ainda não se tenha tentado levar ao texto constitucional a garantia do sigilo bancário, qual sucedeu, sem êxito, em 1984, conforme lembrado nestes autos



*Supremo Tribunal Federal*

MS 21.729-4 DF

118

pelo Vice-Procurador-Geral Moacir Machado Silva — numa das peças mais consistentes, e de maior brilho, que o Ministério Público tem produzido em feitos da competência desta casa. O empreendimento frustrou-se, e a mesma lei de 31 de dezembro de 1964, sede explícita do sigilo bancário, disciplina no seu artigo 38 exceções, no interesse não só da justiça, mas também no do parlamento e mesmo no de repartições do próprio governo — mal se entendendo por quê um diploma ulterior, como a Lei Complementar 75/93, não as poderia modificar ou estender.

Tenho dificuldade extrema em construir, sobre o artigo 5º, sobre o rol constitucional de direitos, a mística do sigilo bancário somente contornável nos termos de outra regra da própria Carta. O inciso X afirma invioláveis "a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas", valores que não têm merecido, diga-se de passagem, maior respeito por parte da sociedade brasileira de nossa época — e dos meios de comunicação de massa, que em última análise atendem à demanda e ao gosto, ainda no que têm de menos nobre ou construtivo, dessa mesma sociedade.

O inciso X do rol de direitos fala assim numa intimidade onde a meu ver seria extraordinário agasalhar a contabilidade, mesmo a das pessoas naturais, e por melhor razão a das empresas. Observa, a propósito, o parecer do Vice-Procurador-Geral:

"Não obstante essa repercussão mais ampla, o núcleo da 'privacy' situa-se na esfera das convicções íntimas do indivíduo, como as religiosas e políticas, nas relações de convivência familiar e afetiva, nos costumes sexuais, hábitos, dados clínicos, enfim

*Supremo Tribunal Federal*

MS 21.729-4 DF

119

naquele reduto que não se exteriorize no âmbito da vida pública. Refere Zacharias Toron que Georges Duby, prefaciando a obra História da Vida Privada, chama a atenção para a circunstância de que a locução 'vida privada' sempre exprimiu o contraste claramente detectado pelo senso comum, que opõe o privado ao público, e que se agrega a um conjunto constituído em torno da idéia de família, de casa, de interior.

É possível que os dados bancários, em certos casos, deixem entrever aspectos da vida privada, como ocorreria, por exemplo, na revelação de gastos com especialidades médicas de certas enfermidades ou de despesas com pessoas das relações afetivas mais íntimas, que o cliente queira manter em segredo. Isso, contudo, é exceção, porque, em regra, as operações e serviços bancários não podem ser referidos à privacidade, no sentido em que é protegido no inciso X do art. 5º da Constituição. Assim, os dados bancários concernentes a pagamentos de compra de imóveis, os financiamentos para aquisição de casa própria ou os financiamentos públicos para o desenvolvimento de atividades produtivas são alguns dos exemplos de informações que não se inserem no núcleo irredutível da privacidade."

Do inciso XII, por seu turno, é de ciência corrente que ele se refere ao terreno das comunicações: a correspondência comum, as mensagens telegráficas, a comunicação de dados, e a comunicação telefônica. Sobre o disparate que resultaria do entendimento de que, fora do domínio das

*Supremo Tribunal Federal*

MS 21.729-4 DF

120

comunicações, os dados em geral — e a seu reboque o cadastro bancário — são invioláveis, não há o que dizer. O funcionamento mesmo do Estado e do setor privado enfrentaria um bloqueio. A imprensa, destacadamente, perderia sua razão de existir.

A mais alentada e notória obra doutrinária de análise da Constituição brasileira de 1988 deixa claro o significado restrito dos "dados" a que se refere o inciso XII, e ainda mais o restringe ao associá-lo tão-só a certa espécie de alta tecnologia na comunicação interbancária de informações contábeis. Essa obra traz a marca de Celso Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, juristas de primeira grandeza, insuspeitos, ademais, de qualquer vocação pelo patrocínio do abuso de autoridade, como de qualquer prevenção contra os direitos individuais, ou contra o setor privado da economia (v. Bastos & Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, S. Paulo, Saraiva, 1989, vol. 2, p. 73). Tércio Sampaio Ferraz Júnior observa, por seu turno:

"A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação. Doutro modo, se alguém, não por razões profissionais, ficasse sabendo legitimamente de dados incriminadores relativos a uma pessoa, ficaria impedido de cumprir o seu dever de denunciá-los!"

(Revista da Faculdade de Direito da USP, vol. 88,

*Supremo Tribunal Federal*

MS 21.729-4 DF

121

1993, p. 447).

Numa reflexão extra-legal, observo que a vida financeira das empresas e das pessoas naturais não teria mesmo por quê enclausurar-se ao conhecimento da autoridade legítima — não a justiça tão-só, mas também o parlamento, o Ministério Público, a administração executiva, já que esta última reclama, pela voz da autoridade fiscal, o inteiro conhecimento do patrimônio, dos rendimentos, dos créditos e débitos até mesmo do mais discreto dos contribuintes assalariados. Não sei a que espécie de interesse serviria a mística do sigilo bancário, a menos que se presumam falsos os dados em registro numa dessas duas órbitas, ou em ambas, e por isso não coincidentes o cadastro fiscal e o cadastro bancário das pessoas e empresas.

Ainda sob o enfoque metajurídico, haveria de perguntar-se por quê não quis o constituinte, seguido pelo legislador complementar (e vozes ilustres neste plenário, a quem rendo homenagem, estimam que quiseram ambos), dar ao cadastro bancário proteção igual à das comunicações telefônicas, só devassáveis mediante endosso judiciário à autoridade executiva investigante. Quer parecer-me, desde logo, que a comunicação telefônica cobre nas mais das vezes aquela estrita privacidade pessoal de cuja importância já falara o inciso X do rol de garantias, distinguindo-se nesse ponto da relação contábil entre uma casa bancária e seus clientes.

Acima de tudo, entretanto, vale considerar que a escuta telefônica, se autorizada à máquina policial sem abono judiciário, induziria inevitavelmente abusos dos quais é improvável que algum dia transparecessem e se pudessem punir.

*Supremo Tribunal Federal*

MS 21.729-4 DF

122

Não afirmo, em absoluto, que o magistrado seja essencial e necessariamente melhor do que qualquer outro servidor do Estado. O que sucede é que a polícia é, ela mesma, a executora do grampeamento telefônico que lhe pareça útil à investigação criminal, e que se faz sempre sob o véu do sigilo. O aval do juiz é a garantia de que a quebra da privacidade, nesse caso, parece necessária, e ficará registrada nos autos, sob a responsabilidade conjugada de quem a pediu e de quem a autorizou, sem espaço algum para o capricho e para o arbítrio. Estes, de outro modo, haveriam de incorporar-se à rotina, como ao tempo das últimas sombras na história política do Brasil, quando os esbirros do sistema de informações se compraziam na escuta telefônica não só de supostos subversivos e corruptos, mas também na de ministros de Estado e membros desta mesma casa.

.....

A inovar um temperamento à regra do sigilo bancário estampada na lei de 31 de dezembro de 1964, a lei complementar do Ministério Público não arranhou de modo algum, ao que entendo, a integridade do artigo 5º da Constituição. Deu seqüência curial e necessária ao artigo 129-VI do texto maior, e o fez, admita-se ainda, de modo exemplar. O Ministério Público não age na sombra: têm a melhor forma documental suas requisições desse gênero, a que, na linguagem da norma em exame, não se há de opor sob qualquer pretexto a exceção do sigilo. Para que assim não fosse, era preciso que a Carta mesma entronizasse tal sigilo. Ela decididamente não o faz no caso de operações bancárias, e custo a imaginar o Ministério Público requisitando informações sobre o domínio — este sim resguardado pelo texto maior — da estrita intimidade das



*Supremo Tribunal Federal*

123

MS 21.729-4 DE

pessoas, ou das comunicações. Modelo de sobriedade e prudência, a lei complementar impõe que o Procurador Geral da República seja, ele próprio, o requisitante de informações a algumas centenas de servidores graduados do Estado (art. 8º-§4º). Diz da subsistência do caráter sigiloso — por força de alguma outra norma — das informações assim obtidas. E enfatiza (art.8º-§1º) a responsabilidade civil e criminal do membro do Ministério Público que faça "uso indevido das informações e documentos que requisitar".

Nesse quadro, e com todas as homenagens aos votos até agora proferidos, o meu é no sentido de indeferir a segurança. Não vejo inconstitucionalidade alguma no §2º do art. 8º da Lei Complementar 75, cujo texto só faz ampliar, dentro da prerrogativa legítima do legislador, o escopo da exceção já aberta ao sigilo bancário no texto da lei originalmente comum que o disciplinou nos anos 60. E o faz em nome de irrecusável interesse público, adotando um mecanismo operacional que em nada arranha direitos, ou sequer constrange a discrição com que se portam os bancos idôneos e as pessoas de bem.

*Supremo Tribunal Federal*

124

30/08/95

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.729-4 DISTRITO FEDERALV Q T Q  
EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE): Antes de prosseguir, gostaria de ponderar ao eminente Ministro Francisco Rezek, dado que as premissas gerais do seu voto sensibilizam-me muito, uma dúvida relevante.

É que essa norma da Lei Complementar do Ministério Público da União restringe a inoponibilidade da exceção de sigilo ao chefe da instituição às autoridades públicas. De duas uma, ou seria duvidoso que ao Banco do Brasil - sociedade de economia mista voltada ao exercício de uma atividade econômica típica - se aplicasse a norma, porque não se cuidaria de autoridade; ou se teria um tratamento claramente discriminatório entre os bancos estatais e os privados.

O SENHOR MINISTRO FRANCISCO REZEK - A este propósito, Ministro-Presidente, ocorreu-me que o § 2º do art. 8º, quando diz que nenhuma autoridade poderá invocar a exceção de sigilo, visa apenas a enfatizar algo que fluía das normas anteriores, relativas à prerrogativa que tem o Ministério Público de requisitar essas informações.

Se esse parágrafo não figurasse na lei complementar em questão, já decorria dos incisos que compõem o

*Supremo Tribunal Federal*

125

MS 21.729-4 DE

art. 8º a prerrogativa de obter informações, mesmo quando possa haver norma anterior consagrando o sigilo destas. Os incisos II e IV referem-se às informações, respectivamente, da administração pública direta ou indireta e às informações e documentos de entidades privadas.

nbc.

*Supremo Tribunal Federal*

126

30/08/95

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 21.729-4 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO: Também tenho por certo que toda pretensão à quebra do sigilo bancário -- salvo a exceção prevista no art. 58, § 3º, da Constituição, relativa às Comissões Parlamentares de Inquérito, que têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais --, haverá de passar pelo crivo do Poder Judiciário, incumbindo a este verificar, observadas as cautelas do devido processo legal e do direito à ampla defesa, se está ela apoiada em motivo revestido da relevância necessária a justificá-la.

A Constituição, ao dizer, no art. 129, VI, que tem o Ministério Público a atribuição de requisitar informações e documentos para instruir os procedimentos administrativos de sua competência, não investiu o órgão do poder de devassa. Competência dessa natureza, por interferir no direito fundamental da privacidade, consagrado no art. 5º, X, da CF, haveria de vir expressa, não podendo resultar de interpretação ampliativa do mencionado inciso do art. 129, nem, muito menos, de disposição da lei complementar destinada a regulamentá-lo, já que constitui restrição a dois postulados básicos, quais sejam, os valores da privacidade e da intimidade, e o dever de sigilo sobre conhecimento decorrente do exercício profissional

27

*Supremo Tribunal Federal*

MS 21.729-4 DF

127

(incs. X e XIV, do art. 5º, da CF).

Veja-se que nem sequer ao Fisco, a quem incumbe prevenir a sonegação de impostos, notadamente os que recaem sobre rendimentos auferidos pelos contribuintes, outorgou a Constituição o poder de devassa das contas bancárias, havendo, ao revés, no art. 145, § 1º, da CF, ao facultar-lhe o poder de identificar o patrimônio, os rendimentos e atividades econômicas do contribuinte, consignado a ressalva -- "respeitados os direitos individuais" --, cláusula que vale pela indicação de que o poder investigatório, próprio, do Fisco, encontra limite na intimidade, na vida privada, na casa, na correspondência e nas comunicações em geral, mesmo de dados, valores que se encontram ao abrigo da garantia constitucional de inviolabilidade.

Trata-se de limite somente afastável pela via judicial, em devido processo legal, e diante de razões bastantes para justificarem a decisão do Juiz.

Assim, se antes da Constituição de 1988 havia dúvidas sobre se a quebra do sigilo, nos casos dos parágrafos do art. 38 da Lei nº 4.595/65, exigia decisão em processo judicial, ou, se, ao revés, bastava a instauração de processo administrativo, v.g., de natureza fiscal, para obrigar a instituição financeira a prestar informações sobre a conta de determinado correntista, essa dúvida já não subsiste diante do dispositivo retromencionado, onde foram ressalvados os direitos individuais, que, no caso, correspondem aos dos referidos incs. X, XII, e XIV do art. 5º da CF.

Note-se que o CTN, no art. 197, parágrafo único, prevê que a obrigação, que incumbe às pessoas relacionadas nos incs. I a VII, entre os quais os bancos e demais instituições

*Supremo Tribunal Federal*

MS 21.729-4 DF

128

financeiras (inc. II), de prestar ao Fisco "todas as informações de que disponha com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros", ressalvou, no parágrafo único, que não abrange ela "a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão do cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão."

É fora de dúvida que essa norma, notadamente, em face do caráter de lei complementar de que se reveste o CTN, revogou os dispositivos dos §§ 5º e 6º da Lei nº 4.595/64, de onde ainda se busca tirar interpretação favorável à pretensão do Fisco, de acesso direto às contas bancárias dos contribuintes. Mas, ainda que assim não fosse, seriam os referidos dispositivos incompatíveis com a Constituição.

Se assim é, relativamente ao Fisco, cuja atividade precípua, no caso, é fiscalizar os rendimentos do contribuinte, os quais têm na conta bancária um espelho de sua vida econômico-financeira, não poderia ser diverso quanto ao Ministério Público, relativamente aos procedimentos administrativos (não judiciais!) de sua competência.

Na verdade, se exceção houvesse à regra, revestir-se-ia ela, inegavelmente, de muito mais plausibilidade, v.g. relativamente à Fiscalização do Imposto de Renda, que há de estar em permanente vigilância, na busca de sinais de riqueza dos contribuintes, do que em relação ao Ministério Público, cuja iniciativa tem em mira casos específicos, em face dos quais o requerimento ao Juiz não acarreta maiores transtornos.

Segundo percuciente observação de Miguel Reale e Geraldo Vidigal -- transcrita pelo Prof. Geraldo Facó Vidigal,

*Supremo Tribunal Federal*

129

MS 21.729-4 DF

em texto básico de palestra recentemente proferida sobre o assunto -- (I Ciclo de Direito Econômico, ICBD 93, pág. 139) "se nem mesmo o Juiz pode determinar a suspensão de sigilo previsto em lei, a não ser no âmbito de um processo judicial, cujo caráter contraditório e da ampla defesa é pressuposto intangível, fundamentando devidamente a sua decisão, como pode um Procurador, de qualquer categoria, exigir, unilateralmente, o fornecimento compulsório de informações ou de dados sigilosos, "inaudita altera pars", sem o devido procedimento legal, e sem obediência às garantias constitucionais?"

É claro, observa o palestrante, invocando, ainda, lição de Miguel Reale, "que ninguém, a esta altura da evolução do Direito Econômico, invoca o sigilo bancário como um direito absoluto, tais e tantos já são os casos em que o Poder Judiciário houve por bem quebrá-lo para serem colhidos dados indispensáveis à justa solução dos litígios."

A sua quebra, entretanto, não pode ficar ao talante de qualquer autoridade, sob pena de configurar-se poder de "devassa que levaria de roldão os (...) direitos públicos subjetivos".

Cabe a providência ao Poder Judiciário, cuja decisão, como já se viu, ainda assim, além de fundamentada e respaldada pelo devido processo legal, deverá contemplar caso específico, não podendo consistir numa ordem indiscriminada ou de efeitos permanentes, havendo, ainda, de ser justificada por evidente interesse público, ameaçado não por um perigo duvidoso e remoto, mas por um perigo evidente e atual.

Registre-se, Sr. Presidente, que esse parece ser também o entendimento de nosso legislador ordinário, como nos dá prova eloquente a edição da Lei n° 9.034, de 03 de maio

*Supremo Tribunal Federal*

MS 21.729-4 DF

130

último, que "dispõe sobre a utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas."

Essa lei, no art. 2º, dispondo sobre as providências a serem postas em prática para a comprovação dos crimes dessa ordem, inclui no inc. III:

"III. O acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais."

E não fica aí, porque, no art. 3º enuncia:

"Art. 3º. Nas hipóteses do inc. III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo Juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça."

Vê-se, portanto, que o legislador cercou a quebra do sigilo das informações, até mesmo bancárias, relativas aos acusados dos referidos ilícitos, da cautela, obviamente excessiva, de restringir a exceção ao juiz, a quem incumbe, nesses casos, realizar pessoalmente a diligência, sob "o mais rigoroso segredo de justiça".

*Supremo Tribunal Federal***MS 21.729-4 DF****131**

Com essas considerações, Sr. Presidente, meu voto, com a vênia do eminente Ministro Francisco Rezek, acompanha o voto do eminente Relator e dos eminentes Ministros que o seguiram.

\*\*\*\*\*



emo

*Supremo Tribunal Federal*COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA  
D.J. 19.10.2001  
EMENTÁRIO Nº 2 0 4 8 - 1**132**

30/08/1995

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.729-4 DISTRITO FEDERALV O T O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: - Sr. Presidente, a primeira questão a ser enfrentada é esta: o dispositivo inscrito no § 2º do art. 8º da Lei Complementar nº 75/93 dirige-se à autoridade. Diz o seguinte: "*nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado e do documento que lhe seja fornecido*". Isto poderia representar a não aplicação, às entidades bancárias, do citado dispositivo legal, tendo em vista que as entidades bancárias não são autoridade, quer as entidades bancárias denominadas estatais — sociedades de economia mista — quer as puramente privadas, já que não seria possível distinguir banco estatal de banco privado. Outra questão seria a do sigilo bancário.

Em voto que proferi na Petição 577-DF, caso MAGRI, sustentei a tese de que o sigilo bancário protege interesses privados; ele é espécie do direito à privacidade, que é inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra no art. 5º, inciso X, além de atender a uma finalidade de ordem pública, qual seja a de proteção do sistema de crédito, conforme registra o

*mv*

MS 21.729-4 DF*Supremo Tribunal Federal***133**

Professor Carlos Alberto Hagstrom, forte no magistério de Rota: "Le Secret Bancaire in Droit Italien". Rapport, página 17. Carlos Alberto Hagstrom "O Sigilo Bancário e o Poder Público", in Revista de Direito Mercantil, nº 79, página 34.

Não é o sigilo bancário, na verdade, Sr. Presidente, um direito absoluto, devendo, portanto, ceder diante do interesse público, diante do interesse da justiça, diante do interesse social, conforme, aliás, tem decidido esta Corte. Menciono, **inter plures**, RMS 15.925, Relator o Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira; RE 71.640/BA, Relator o Sr. Ministro Djaci Falcão (RTJ 59/571); MS 1.047, Relator o Sr. Ministro Ribeiro da Costa (Revista Forense 143/154); MS 2.172, Relator o Sr. Ministro Nelson Hungria (Diário da Justiça de 5/1/1954); RE 94.608-SP, Relator o Sr. Ministro Cordeiro Guerra (RTJ 110/195).

E esse caráter não absoluto do segredo bancário, que constitui regra em Direito Comparado, no sentido de que deve ele ceder diante do interesse público, é reconhecido pela maioria dos doutrinadores. O segredo há de ceder, entretanto, na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei. Na ordem jurídica brasileira, o segredo profissional está disciplinado em nível infraconstitucional em diversas leis, em diversos dispositivos legais como, por exemplo, no Código Comercial, arts. 17 e 19; no Código Civil, art. 144; no Código de Processo Civil, art. 347; na

*mm*

Lei 5.010/66, lei da Justiça Federal, art. 44; no Código de Processo Penal, art. 207; no Código Penal, art. 196, inciso XII, art. 325, arts. 153 e 154; na Lei 4.595/64, art. 38, sigilo bancário; na Lei 4.728/65, art. 4º; na Lei 4.492/86, arts. 18, 28 e 29; na Lei 8.033, de 12/4/90, art. 10; na Lei 8.020 de 12/4/90, art. 8º, parágrafo único; no Código Tributário Nacional, arts. 195 e 197, inciso II, parágrafo único.

O Sr. Ministro Ilmar Galvão dá notícia de recente lei, a de nº 9.034, de 3/5/95, que dispõe sobre a "utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas". Ela cuida, também, a respeito da quebra do sigilo bancário.

Certo é que as exceções ao sigilo bancário estão basicamente nos parágrafos do art. 38 da Lei 4.595, de 31/12/64. As novas disposições que vieram com as Leis 8.033/90 e 8.021/90, no ponto em que alteram normas inscritas na Lei 4.595/64, seriam inconstitucionais para alguns, dado que esta última, 4.595/64, teria sido recebida pela Constituição de 1988 como lei complementar, tendo em vista o disposto no art. 192 da Constituição.

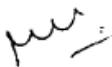
Não é hora, entretanto, de debatermos o tema. O registro é feito apenas no reforço da afirmativa no sentido de que as exceções ao sigilo bancário estão basicamente nos parágrafos do art. 38 da

Lei 4.595/64. Então, o que estamos expondo é que o segredo bancário não é um direito absoluto, que cede diante do interesse da justiça.

O Sr. Ministro **MOREIRA ALVES**: - Sr. Ministro, só uma observação. Dizer-se que não é direito absoluto é uma construção; pelo texto, a inviolabilidade seria absoluta, porque ao contrário do inciso XII, nem sequer se admite a possibilidade de o juiz autorizar. Ora, em virtude até da finalidade desse direito, considera-se que é um direito relativo, e não absoluto, e que, portanto, a legislação infraconstitucional pode disciplinar as exceções a essa inviolabilidade, obviamente também pode disciplinar as autoridades que possam requisitar, seja o juiz, seja em outros casos, outras autoridades que não o juiz.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: - Continuo: não é o sigilo bancário, assento esta premissa, um direito absoluto. As normas infraconstitucionais podem estabelecer regras, no sentido da sua quebra. Tenho, em primeiro lugar, que essas regras devem vir em lei complementar, tendo em vista a norma posta no art. 192 da Constituição.

No caso, não teríamos o problema, dado que a lei do Ministério Público, em que se sustenta ser possível ao Ministério Público promover a quebra do sigilo bancário, é a Lei Complementar nº 75.



Então deixo assentado, como premissa maior, esta: é possível à norma infraconstitucional estabelecer caso em que será aceita a quebra do sigilo bancário. Como, entretanto, isso poderá ocorrer? Penso que, tratando-se de um direito que tem "status" constitucional, esta quebra não pode ser feita por quem não tem o dever da imparcialidade. Somente pode ser realizada, a quebra do sigilo, pela autoridade judiciária, dado que esta procederá sempre com cautela, com prudência, com moderação, porque estas são virtudes inerentes à magistratura, ou virtudes que os magistrados devem possuir. Não posso admitir que a parte, que não tem o dever ou a obrigação de ser imparcial, e que há de ser parcial, porque é inerente à parte ser parcial, não posso admitir que possa ela própria, por suas próprias mãos, efetivar a quebra de um direito inerente à privacidade, que a Constituição consagra, que tem, portanto, "status" constitucional.

As funções do Ministério Público, **data venia**, por mais importantes que sejam, elas são, entretanto, sobretudo, de parte, de quem requer e não decide, a quem não compete a obrigação de ser imparcial. O advogado é sempre parcial, porque defende a parte. E o Ministério Público é advogado da sociedade, é órgão de acusação na ação penal. Nós que somos juízes há muito tempo, sabemos que o Ministério Público excepcionalmente age como se fosse magistrado. Mas ele tem o papel de defensor da sociedade, -é o órgão



que promove a ação penal, é parte, pois. Portanto, ele é parte, e a parcialidade é inerente à parte. De modo que penso ser possível à lei conferir ao Ministério Público o direito de promover a quebra do sigilo bancário, num procedimento ou num devido processo legal, mediante a atuação do Poder Judiciário, da autoridade que tem a obrigação de ser imparcial e que, portanto, deverá proceder, repito, com cautela, com prudência e com moderação.

Disse bem o Sr. Ministro Maurício Corrêa que, permitir que representantes do Ministério Público — e estes são aos milhares, temos o Ministério Público Federal, o Ministério Público Estadual, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar, enfim, há um mundo de representantes do Ministério Público pelo Brasil afora — promover a quebra do sigilo bancário sem possibilidade de se recorrer a uma autoridade judicial, sem um devido processo legal, não é conveniente e trata mal a Constituição. Outro dia, lendo declaração do eminente Procurador-Geral da República, S.Exa. dizia que os procuradores são autônomos para agir do modo como desejarem na fiscalização da lei. Lembro-me de uma afirmativa que fazia, no Tribunal Federal de Recursos, o eminente Ministro Paulo Távora, no sentido de que o erro do juiz comumente o Tribunal corrige. Mas o erro do Ministério público, quem corrigiria?

O Sr. Ministro **MAURÍCIO CORRÊA**: - Gostaria de prestar um esclarecimento, se V. Exa. me permite, com base no que afirmava,



ainda há pouco, o Ministro Francisco Rezek. Quando fiz essa referência, pareceu a S. Exa. que, no fundo, havia um certo despreço, ou algo parecido, com relação ao Ministério Público. Posso me vangloriar de que na Constituinte fui um dos mais assíduos defensores dessa instituição e lutei exatamente para que essas prerrogativas fossem ali consignadas. Evidentemente tenho o maior respeito pelo membros do Ministério Público, e não se trata de uma alusão pejorativa a quem quer que seja, mas que esse fenômeno ocorre, V. Exa. sabe que sim, porque há, sobretudo, no interior do Brasil, comprometimentos, facciosidades, parcialidades, entre promotores, e às vezes até com o envolvimento de juizes, todos sabemos disso, com determinados ajustamentos políticos. É por isso que tenho receio, se se deferir a segurança, dado que poderá passar a ser uma regra de interpretação genérica. Se fosse a outorga, para a quebra desse sigilo, a determinadas autoridades do Ministério Público, na sua base hierárquica, vá lá, mas isso será interpretado genericamente. Aí é que está o risco.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: - Faço minhas as palavras do Ministro Maurício Corrêa. Se se deferisse a prerrogativa a alguns representantes do Ministério Público, que conheço de perto, eu não expendia o raciocínio anterior. Tenho proposto, em trabalhos e conferências — e o fiz a partir de 1985, no Rio Grande do Sul—, a possibilidade do recurso constitucional, conferindo-se ao Chefe do Ministério Público a legitimação para interpor citado recurso. Tenho

pelo Ministério Público a maior estima, o maior apreço, e o primeiro concurso público que prestei foi para o Ministério Público de Minas. Mas temos que reconhecer — e muitas vezes, em conversas que temos mantido com eminentes membros do Ministério Público, eles próprios reconhecem isto — a impossibilidade de se recorrer do ato de um representante do Ministério Público. No ano passado, no TSE, vimos como agiram certos representantes do Ministério Público em um ou outro Estado-membro, soltos e livres no fazer política partidária em nome do Ministério Público, infelizmente.

O Sr. Ministro **MOREIRA ALVES**: - Talvez a posição de V. Exa. se coloque da seguinte forma: V.Exa. considera que é um direito inerente à privacidade, porém que admite exceções. Agora, essas exceções, V. Exa. sustentou que só seriam possíveis com autorização judicial. Pergunta-se: qual o fundamento constitucional disso? Poderia ser que o inciso XII, quando admite que se afaste a inviolabilidade, só admite para o Poder Judiciário. Então admitir-se-ia apenas para o Poder Judiciário também com relação ao inciso X, em que a inviolabilidade não é expressamente afastada por ninguém. Assim ficaria uma construção estritamente constitucional e não precisaríamos entrar em problema de razoabilidade, porque daqui a pouco poderiam dizer que há juiz que não tem a prudência necessária, mas acontece que a própria Constituição, no inciso XII, admitiu.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: - Mas veja V. Exa., que é sempre possível o recurso ao Tribunal.

O Sr. Ministro **MOREIRA ALVES**: - Se V. Exa. se basear no fato de que tanto o inciso X quanto o XII são direitos relativos, e o inciso XII é expresse, só admitindo o afastamento pelo Poder Judiciário, por construção dever-se-á também, com relação à outra inviolabilidade, só se admitir pelo Poder Judiciário.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: - Esse inciso XII, de certa forma também pode ser trazido ao debate, tendo em vista que ele protege o sigilo de dados.

O Sr. Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE)**: Preocupa-me muito essa afirmação, porque se se protegem os dados em si — e o eminente Relator mostrou isso, recordando, salvo engano, o estudo do Professor Tércio Ferraz —, leva a conseqüências absolutamente irreais.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: - O Constituinte não tem a obrigação de utilizar palavras com rigor técnico. O Constituinte dirige-se ao povo de um modo geral, e esta é uma regra de hermenêutica constitucional. Então, na verdade, na proteção de dados, de certa forma pode-se incluir a proteção ao sigilo bancário,

que contém dados também. Com rigor científico, dados se referem à informática, mas é possível, de certa forma, incluir aí também os dados de uma conta bancária. Penso, pois, que o raciocínio expandido pelo Sr. Ministro Moreira Alves é razoável.

O Sr. Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE (Presidente)**: — Seja qual for o conteúdo da referência dada no inciso XII, este é absolutamente inviolável. O que, a meu ver, mostra, para não se chegar a uma desabrida absurdidade da Constituição, a ter que concluir que se refere à comunicação de dados. Só, afinal, a telefônica é relativa, porque pode ser quebrada por ordem judicial, o que é fácil de entender, pois a comunicação telefônica é instantânea, ou se colhe enquanto ela se desenvolve, ou se perdeu a prova; já a comunicação de dados, a correspondência, a comunicação telegráfica, não, elas deixam provas que podem ser objeto de busca e apreensão. O que se proíbe é a intervenção de um terceiro num ato de comunicação, em todo o dispositivo, por isso só com relação à comunicação telefônica se teve de estabelecer excepcionalmente a possibilidade da intervenção de terceiros para se obter esta prova, que de outro modo perder-se-ia.

E há mais uma circunstância, ao contrário das outras comunicações, que deixam dados muitas vezes difíceis de apagar — no notório caso Collor isso veio à baila quando, decodificado um computador, foi possível reavivar os seus dados —, o telefone tem

dois elementos, de um lado ele é instantâneo, a prova é irrecuperável; de outro lado, ela tem que ser feita sigilosamente, ninguém pode avisar a quem vai ter a sua conversa telefônica violada de que ela vai ser violada.

O Sr. Ministro **MOREIRA ALVES**: - Mas veja V.Exa. que isso reforça ainda a possibilidade de que só a autoridade judiciária pode autorizar, porque mesmo com relação àquelas outras comunicações não se fala em ordem judicial, porque é ordem judicial para efeito de interceptação, mas ninguém nega que pode haver ordem judicial para busca e apreensão. Agora, a Constituição se refere a isso para efeito de interceptação, porque as palavras voam, enquanto que os escritos permanecem, então isso demonstra que esse texto constitucional, que não afasta evidentemente a busca e apreensão judicial, mesmo nesse caso excepcional de comunicação, que é de palavras, e que, portanto, precisa ser feito de imediato, isso mostra que só o Poder Judiciário é que poderia, conseqüentemente naquela outra violação, levando-se em conta o conceito de privacidade, com um certo elastério, mesmo assim esse conceito não seria absoluto, seria relativo, e sendo assim aplicar-se-ia o mesmo princípio daqueles outros que também são relativos e que estão no inciso XII, que são a autorização judicial para comunicação realmente, enquanto que nos outros casos é a busca e apreensão, porque nunca ninguém sustentará que busca e apreensão ficaria

barrada por inviolabilidade constitucional, senão seria o paraíso do crime.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: - Penso, Sr. Presidente — e peço licença para fazer uma consideração meta jurídica — que todas essas agressões à intimidade, essas agressões, enfim, aquilo que diz respeito à vida privada ou à imagem das pessoas, estão na linha do "Grande Irmão" de que fala George Orwel, no seu "1984". Já estamos em 1995, onze anos depois. Essas agressões, na verdade, nos fazem ficar, de certa forma, atemorizados. É o "Grande Irmão" avançando na perspectiva de George Orwel.

Sr. Presidente, encerro o meu voto deferindo o mandado de segurança e entendendo que, emprestando-se interpretação conforme ao dispositivo inscrito no § 2º do art. 8º da Lei Complementar nº 75, de 1993, há de ser entendido que a quebra do sigilo bancário poderia ocorrer a requerimento do Ministério Público e somente seria concedida por decisão judicial, num devido processo legal.

É como voto, Sr. Presidente, assim na linha dos votos que me antecederam, a partir do eminente Ministro-Relator, com a vênua sempre devida ao Sr. Ministro Francisco Rezek. *mueller*

*Supremo Tribunal Federal*

144

30/08/95

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.729-4 DISTRITO FEDERAL

## V O T O

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI: - Sr. Presidente, com a devida vênua dos que dele divergiram, estou antecipando concordância com a conclusão do voto do eminente Ministro FRANCISCO REZEK.

Impressionou-me, em primeiro lugar, a graduação qualificada que S. Exa. empreendeu da espécie do sigilo bancário, na compreensão do inciso X do art. 5º da Constituição Federal; também as considerações que fez S. Exa. sobre a estatura constitucional do Ministério Público e a correspondente responsabilidade que cabe a seus membros, na seleção e na preservação dos dados a ser requisitados. Peço vênua, porém, e também a S. Exa., para assentar minha conclusão numa premissa menos ampla: aquela de que se justifica a quebra do sigilo pela circunstância de aqui se tratar de uma hipótese de requisição à autoridade pública.

Assim o faço porque considero que não estamos julgando uma ação direta, ou seja, não estamos exercendo um controle de caráter abstrato, mas decidindo um caso concreto, posto num mandado de segurança, onde se alega direito subjetivo ferido.

Quando se trata de sociedade de economia mista, a Constituição estabeleceu, no art. 173, uma equiparação, em regime jurídico, às pessoas jurídicas de direito privado, mas essa equiparação comportou sempre um temperamento, quando se

*Requisição*

*Supremo Tribunal Federal*MS 21.729-4 DF

145

cuida do controle das operações financeiras dessas entidades, que estão sujeitas, até mesmo, ao controle do Tribunal de Contas da União.

No caso, Sr. Presidente, o Banco do Brasil não está simplesmente atuando como banco comercial. Verifica-se, do parecer, que as operações, que se pretende investigar, residem no empréstimo a empresas do setor sucroalcooleiro de cerca de um bilhão e cem milhões de dólares americanos bancados pelo Governo Federal, por intermédio do Banco do Brasil ou seja, entrega subsidiada pelos cofres públicos.

Penso, Sr. Presidente, que essa é uma operação na qual o Banco do Brasil não age como banco comercial. Não se pretende devassar conta de particulares, mantida em depósito no Banco do Brasil. Está, ele, nesse caso, desempenhando a função de agente delegado do Governo Federal, e, por isso, não se acha em causa, propriamente, a quebra de um sigilo. Deste se acha imune por sua natureza, a operação realizada com dinheiros públicos, cujo dispêndio, ao revés, está sujeito, pelo art. 37 da Constituição, para não dizer ao princípio da moralidade, pelo menos, sem dúvida alguma, ao princípio da publicidade.

Por esse fundamento, Sr. Presidente, e deixando para maior reflexão a hipótese de sigilo de operação do Banco do Brasil como banco comercial, acolho a conclusão do voto do eminente Ministro FRANCISCO REZEK e, com a devida vênias dos Colegas que se manifestaram em sentido diverso, indefiro o pedido. *Alberto*

*Supremo Tribunal Federal*

146

30/08/95

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.729-4 DISTRITO FEDERAL**A D I T A M E N T O   A O   V O T O**

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI: - Sr. Presidente, apenas para deixar mais claro o meu voto em função do fundamento do voto do eminente Ministro Sydney Sanches, não estou, pelo menos nesse caso concreto, considerando que haja autorização de quebra de sigilo para o Ministério Público Federal.

Considero, apenas, estarmos diante de um ato de autoridade, agente do Poder Público, repassando recursos públicos. E pelo próprio art. 37 da Constituição impõe-se todo tipo de publicidade a essa operação.

Não há, portanto, a meu ver, quebra de sigilo, mas a revelação de algo que não só não estava sujeita ao sigilo, como para o qual se recomendava a publicidade. *Octavio Gallotti*.

vccca\

*Supremo Tribunal Federal*

147

30/08/95

PLENÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.729-4 DISTRITO FEDERAL

## V O T O

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA: - Sr. Presidente. Está no art. 129, incisos VI e VIII, da Constituição:

"Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial ..."

Está na lei complementar a que se refere a Constituição, no art. 8º, que, para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União - anoto que essa lei diz respeito ao Ministério Público da União - poderá, nos procedimentos de sua competência, requisitar informações, exames, perícias, documentos de autoridades da administração pública direta ou indireta; requisitar da administração pública serviços etc.; requisitar informações, documentos a entidades privadas; realizar inspeções e diligências investigatórias.

Reza o § 1º:

§ 1º - O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar; a ação penal, na hipótese, poderá ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal.

§ 2º - Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido."

*J. Néri*

*Supremo Tribunal Federal*

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.729-4

DISTRITO FEDERAL

**148**

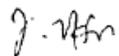
Pois bem, no caso, não se examina esta matéria no âmbito de uma ação direta de inconstitucionalidade, desvinculada dos fatos concretos, em que apenas é julgada a norma de direito em abstrato. Aprécia-se um mandado de segurança, impetrado pelo Banco do Brasil S.A., que entende ter direito a não completar informações que lhe foram solicitadas pelo Ministério Público Federal.

Está nas informações:

"2. Relata o impetrante que a Procuradoria no Distrito Federal, pela Procuradora Regional da República Doutora Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira, dirigiu-lhe o Ofício n° 002/93-DD-RF, de 12.04.93, requisitando as informações nos seguintes termos:

"Diante de recente notícia publicada pela 'Folha de São Paulo' (cópia anexa), a respeito de concessão de empréstimo a empresas do setor sucroalcooleiro de cerca de US\$ 1.1 bilhão, pelo Governo Federal por intermédio do Banco do Brasil S.A., vimos solicitar-lhe as informações que dispuser a respeito, inclusive, em caso positivo, com indicação da base legal, da fonte de recursos, da previsão orçamentária, da relação dos beneficiários e da espécie do contrato. No caso de os contratos já terem sido firmados, indicar a data de sua publicação no Diário Oficial. Queira remeter-nos as informações no prazo de quinze dias."

3. Em resposta à primeira solicitação, esclareceu a Presidência que o Banco do Brasil, como executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, recebeu orientação no sentido de adotar as medidas necessárias ao financiamento da lavoura de cana-de-açúcar e operações de warrantagem de álcool, a serem realizados com recursos captados no mercado. Como o custo de captação desses recursos mais as despesas administrativas e tributárias das operações situavam-se acima dos encargos financeiros cobrados ao tomador final do crédito rural, o Governo Federal comprometeu-se a proceder à



*Supremo Tribunal Federal*

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.729-4

DISTRITO FEDERAL

**149**

equalização da taxa de juros, em forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427, de 1992. Acrescentou que, enquanto aguardava anuência do Exmo. Sr. Ministro da Fazenda para a operacionalização dos negócios, providenciou a liberação, em caráter emergencial, de duas parcelas, em fevereiro e março de 1993, à taxa de mercado, comprometendo-se a revê-la tão logo definidas as condições para o programa.

4. Tendo sido omissas as informações na identificação dos beneficiários dos empréstimos, a Procuradoria da República reiterou a requisição, através dos Ofícios nºs 11/93-00, de 06.05.93, e 20/93-DD/CODID, de 1°.06.93, argumentando a Presidência do Banco, em novo ofício, que essa matéria estava coberta pelo sigilo bancário, ocasião em que pediu prazo de trinta dias para o exame da Lei Complementar nº 75, de 1993.

5. Considerando o tempo decorrido, sem resposta do Presidente do Banco, o Procurador-Geral da República enviou o Ofício PGR/GAB nº 909, de 12.07.93, com o seguinte teor:

"Em face do tempo decorrido sem resposta aos ofícios nº 011 e 020, da Coordenadoria da Defesa dos Direitos da Pessoa Humana da Procuradoria da República do Distrito Federal, datados, respectivamente, de 06.05.93, e 1°.06.93, cópias anexas, solicito a Vossa Excelência sejam prestados, no prazo de 10 (dez) dias úteis, contados a partir do recebimento deste, os esclarecimentos devidos."

6. Segundo o impetrante, não é possível atender ao requerimento de informações sobre operações bancárias ativas efetivadas ou a serem efetivadas com seus clientes, porque existe lei que impõe sigilo à instituição financeira, relativamente aos negócios bancários realizados com terceiros, cuja violação

*J. V. V. V.*

*Supremo Tribunal Federal*

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.729-4

DISTRITO FEDERAL

150

constitui crime. Desenvolvendo a tese, argumenta o impetrante:

a) a Lei nº 4.595, de 31.12.64, que tem eficácia de lei complementar, a partir do advento da Constituição Federal de 05.10.88, em razão do disposto em seu art. 192, determina, no art. 38, que as instituições financeiras estão obrigadas a guardar sigilo de suas operações ativas e passivas e serviços prestados, que só pode ser quebrado mediante ordem judicial ou requisições feitas pelas pessoas ou instituições relacionadas no dispositivo;

b) a Lei Complementar nº 75, de 20.05.93, em seu art. 8º, incisos II e IV, confere ao Ministério Público da União a prerrogativa de requisitar informações de autoridades da Administração Pública direta ou indireta e entidades privadas, e o § 2º do mesmo artigo só impõe a uma autoridade o dever de fornecê-las ao Ministério Público, não alcançando o Banco do Brasil S.A.;

c) o Banco do Brasil S.A., como sociedade de economia mista, sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas (CF/88, art. 173, § 1º, Dec.-lei nº 200/67, art. 5º), sendo certo que seus dirigentes só assumem a condição de autoridade pública quando se encontrem no exercício de atribuições delegadas pelo Poder Público, o que não se configura nas operações bancárias, que são meros atos de gestão, com o caráter eminentemente comercial com terceiros, a respeito das quais não só a Lei do Sigilo Bancário, como também a Constituição Federal, no art. 5º, inciso X, garantem a inviolabilidade de sua intimidade e de sua vida privada;

*J. M. S. F.*

*Supremo Tribunal Federal*

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.729-4

DISTRITO FEDERAL

**151**

d) a doutrina distingue nitidamente os atos privados das entidades paraestatais dos atos de autoridade, que os praticam no exercício de atividade delegada do Poder Público, distinção esta relevante ao campo do controle administrativo, que só se refere a estes últimos; assinala Othon Sidou, nesse sentido, que não se consideram atos de autoridade, passíveis de mandado de segurança, os praticados por estabelecimentos bancários, cuja atividade é apenas autorizada pelo Poder Público;

e) a jurisprudência está orientada nesse mesmo sentido, inadmitindo mandado de segurança contra atos de dirigentes de entidades da Administração indireta que não decorram de delegação do Poder Público (STF, Proc. 85.290, Relator Ministro Thompson Flores, DJ 14.04.78, p. 2347; TFR, MS 93.196-DF, Relator Ministro José Cândido, DJ de 14.10.82; MS 97.793-DF, idem DJ de 26.06.86; MS 85.565-RJ, Relator Ministro Aldir Passarinho, DJ de 11.09.81; e MS 82.798, Relator Ministro Lauro Leitão, DJ de 26.08.80; TACSP, AC 22.287, Relator Juiz Lair Ferreira, Jur. Brasileira, v. 9, p. 310-11, e Ap 345.179, Relator Juiz Marcus Andrade, 17.09.85); e f) a privacidade, tutelada no art. 5º, X, da Constituição Federal, e o sigilo bancário não são absolutos, mas só podem ser quebrados mediante a intervenção da Justiça."

Essa é a questão que está posta ao exame do STF.

Para dirimir a controvérsia, com a devida vênia, não vejo necessidade de examinar, em profundidade, o problema do sigilo bancário e da extensão de sua proteção.

Com efeito, penso que, no caso concreto, em face de informações vindas a lume, na imprensa, de que cogitadas

5 J. Neri

*Supremo Tribunal Federal*

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.729-4

DISTRITO FEDERAL

152

operações de empréstimo seriam eventualmente suspeitas, quanto ao prejuízo causado ao erário e a benefícios carreados a determinados setores, o Ministério Público agiu dentro dos limites da sua competência de investigar, apurar e atuar, se fosse o caso. As informações complementares eram tidas como necessárias para ajuizar acerca do procedimento a eventualmente seguir. É a expressão do Ministério Público Federal, atuando no âmbito das suas atribuições, com independência. Pediu, assim, essas informações para seu esclarecimento e com vistas a instruir seu agir. Fê-lo dentro dos limites previstos na Lei que lhe confere, para o exercício das suas atribuições constitucionais, tal aptidão, a faculdade e o poder de solicitar informações e documentos a entidades privadas e entidades públicas.

No que concerne a entidades da Administração, está na Lei Complementar que nenhuma autoridade pode deixar de prestar informações ao Ministério Público.

Pois bem, a primeira parte do que era importante foi informada, qual seja, o tipo das operações, confirmando-se que se tratava da execução de um plano de Governo por intermédio do Banco. O que foi negado? O nome dos beneficiários. Tal parte foi omitida, com esta justificativa: não é possível informar quem são os beneficiários dessa operação, porque não o permite o sigilo bancário. Isso é o que decorre das informações e tal depreendi dos autos. É, pois, nesses limites, que examino a controvérsia.

Ora, entendo que não cabe chegar ao ponto de afirmar que mera referência ao nome de quem teria sido beneficiado ou contratante, em um determinado empréstimo subsidiado pelo erário federal, em razão de um plano de Governo, constituiria matéria encoberta pelo sigilo bancário.

Em primeiro lugar, se se trata de operação em que há dinheiro público, a publicidade deve ser nota característica dessa operação. Não há razão, portanto, para o Banco não dizer quem são os beneficiados por esses empréstimos. Se o Governo Federal está atuando, por intermédio do Banco do Brasil, na execução de um plano de amparo a um setor de produção, compreendo que, acerca dessas operações do Banco, com recursos do Tesouro Nacional, não pode lograr procedência a negativa de informações, com a invocação do sigilo bancário.

Com efeito, o sigilo bancário não pode englobar esse tipo de informação, em se cuidando da aplicação de recursos públicos. Pretender o Ministério Público Federal saber se já houve contratos, quem são os contratantes, a data de sua celebração, a edição do Diário Oficial em que estão publicados esses contratos, tudo isso não há de ficar, sob o manto do

*Supremo Tribunal Federal*

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.729-4

DISTRITO FEDERAL

**153**

sigilo bancário, se se cogita de transações subsidiadas com recursos do erário.

Está no art. 37 da Constituição:

"Art. 37 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: (omissis)."

Desse modo, indago: pode um banco oficial, o Banco do Brasil, atuando em nome do Governo, realizando operações de Governo - e isto está confirmado -, dizer que o sigilo bancário impede de fornecer ao Ministério Público Federal informações a esse respeito, em ordem a instruir estudos que vem fazendo sobre essas operações, em virtude de denúncias ou notícias de irregularidades?

Na forma por que vejo este caso concreto, não posso deferir ao Banco do Brasil tal indenidade pretendida de deixar de prestar as informações ao Procurador-Geral da República, que não de ser públicas, porque dizem com a aplicação de dinheiro público e são destinadas a se esclarecerem notícias da existência de ilegalidades, no particular.

Nesses termos e limites, indefiro, no caso concreto, o mandado de segurança requerido pelo Banco do Brasil S.A..

*J. Néri*

*Supremo Tribunal Federal***154**

30/08/1995

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.729-4 DISTRITO FEDERAL

## PROPOSTA DE DILIGÊNCIA

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Sr. Presidente, do exame que fiz dos autos, verifico que a notícia de se tratar de uma operação em que o Banco do Brasil atua como executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, inclusive aplicando na operação dinheiro público, consta do parecer da Procuradoria-Geral da República e não propriamente das informações.

Como nos debates surgiu esse fato novo, e que diz respeito à qualificação da situação em causa, vou fazer uma proposta que não é muito ortodoxa: a de se converter o julgamento em diligência, para que seja juntada aos autos essa correspondência, aludida no parecer, que caracterizaria a natureza da operação em causa.



*Supremo Tribunal Federal*

155

30/08/95

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.729-A DISTRITO FEDERAL

## V O T O

(VOTO S/ PROPOSTA DE DILIGÊNCIA)

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO: Senhor Presidente, quando pronunciei meu voto tive em conta que estava diante de operações bancárias.

Para mim é desinfluyente a natureza dos recursos que teriam sido utilizados pelo Banco para respaldar essas operações.

Como afirmei, não tenho o sigilo por absoluto e parece-me que, se demonstrado que se trata de operações que foram incrementadas pelo poder público, essa seria uma razão suficiente para que o juiz determinasse a quebra do sigilo.

Mas, pela tradição da Casa, como disse o eminente Ministro Francisco Rezek, não há como indeferir o pedido. Concordo com S. Exa.

\* \* \* \* \*



emo

*Supremo Tribunal Federal*

156

30.8.1995

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.729-4-DFVOTO SOBRE PROPOSTA DE DILIGÊNCIA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Senhor Presidente, o próprio Ministro proponente apontou que não estamos diante de uma demanda comum, em que possível a abertura de fase probatória, em que possível, portanto, o procedimento de instrução.

Defrontamo-nos, Senhor Presidente, com um mandado de segurança, e o mandado de segurança, todos nós sabemos, não enseja a abertura de uma fase de instrução propriamente dita. Enseja, sim, a coleta de informações, considerada a autoridade tida como coatora e, posteriormente, a remessa dos autos ao Ministério Público para oficiar.

Em face ao teor do parecer, eu assentaria, até mesmo para preservar princípios já sedimentados, a desnecessidade da diligência. Não abriria exceção, considerada a hipótese vertente. Lembrou-se muito, aqui, que não estamos julgando ação direta de inconstitucionalidade. Estamos julgando um caso concreto.

Todavia, V. Ex<sup>ª</sup> esteve com os autos, Ministro-Presidente, e salientou que, nas informações prestadas pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, houve referência à uma certa documentação anexa. A expressão tem um sentido ambíguo. Seria a documentação já constante dos autos?

Senhor Presidente, vejo essa alusão como, pelo

*Supremo Tribunal Federal*

157

menos, ambígua, pode pois estar ligada a documentos que viriam com as informações. É plausível, é aceitável, e temos aceitado, a juntada de certos documentos às informações prestadas no mandado de segurança. A alusão feita ao fecho das informações é específica. O trecho tem o seguinte teor:

"Note-se ainda pela documentação anexa que o Ministério Público já obteve algumas das informações solicitadas sem qualquer oposição."

Por isso, voto favoravelmente à diligência para que venha aos autos a documentação mencionada ao término do parecer, ou seja, a documentação concernente aos dados obtidos pelo Ministério Público junto ao Banco do Brasil.

É o meu voto.

\*\*\*



*Supremo Tribunal Federal*

158

30/08/95

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.729-4 DISTRITO FEDERAL

V O T O

(S/PROPOSTA DE DILIGÊNCIA)

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: Sr. Presidente, para mim, não há a menor dúvida de que estamos diante de uma operação bancária e, talvez, com interesse público na quebra do sigilo.

Os argumentos que surgiram nesse sentido e nesta sessão fundamentariam o pedido do Ministério Público ao juiz, o que autorizaria o juiz a decidir pela quebra de sigilo.

De modo que, Sr. Presidente, para mim, a diligência é da mais absoluta desnecessidade. Mas, tendo em vista a tradição desta Casa, tão-somente por isso, em homenagem ao nosso eminente decano, é que concordo com a diligência.

*Carlos Velloso*

*Supremo Tribunal Federal*

159

PLENARIO

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.729-4  
 ORIGEM : DISTRITO FEDERAL  
 RELATOR PARA O ACORDAO : MIN. FRANCISCO REZEK  
 IMPTE. : BANCO DO BRASIL S/A  
 ADVS. : EDSON LAURA CARDOSO E OUTROS  
 IMPDO. : PROCURADOR-GERAL DA REPUBLICA

Decisão: Adiado o julgamento pelo pedido de vista do Ministro Mauricio Corrêa, depois do voto do Relator, deferindo o pedido e declarando a inconstitucionalidade do § 2º do art. 8º da L.C. n. 75, de 20.5.93. Falaram, pelo impetrante, o Dr. Paulo César Calleri e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Moacir Antonio Machado da Silva, Vice-Procurador-Geral da República. Ausentes, justificadamente, os Ministros Sepúlveda Pertence e Francisco Rezek. Plenário, 07.04.95.

Decisão: Adiado o julgamento pelo pedido de vista do Ministro Francisco Rezek, depois do voto do Relator, que deferia o pedido e declarava a inconstitucionalidade do § 2º do art. 8º da L.C. n. 75, de 20.05.93, e dos votos dos Ministros Mauricio Corrêa e Celso de Mello, que também deferiam o pedido, mas sem declaração da inconstitucionalidade da norma referida. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antonio Machado da Silva. Plenário, 24.05.95.

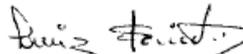
Decisão: Depois dos votos dos Ministros Relator (Ministro Marco Aurélio), Mauricio Corrêa, Celso de Mello, Ilmar Galvão e Carlos Velloso, deferindo o mandado de segurança e emprestando interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 8º, § 2º da Lei Complementar n. 75, de 20.05.93, e dos votos dos Ministros Francisco Rezek, Octavio Gallotti, Néri da Silveira e Sydney Sanches, indeferindo o mandado de segurança, o julgamento foi convertido em diligência, por proposta do Ministro Moreira Alves, independentemente da lavratura de acórdão, para requisitar a documentação relativa à correspondência mantida sobre o tema da causa com o Banco do Brasil, a que aludem as informações. Votou o Presidente na diligência. O Ministro Marco Aurélio (Relator) retificou, em parte, o voto proferido anteriormente. Plenário, 30.8.95.

Decisão: Prossequindo no julgamento, o Tribunal, por maioria de votos, indeferiu o mandado de segurança, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Mauricio Corrêa, Celso de Mello, Ilmar Galvão e Carlos Velloso. Votou o Presidente. Relator para o acórdão o Ministro Francisco Rezek. Plenário, 05.10.95.

Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Francisco Rezek e Mauricio Corrêa.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

  
 LUIZ TOMIMATSU  
 Secretário

*Supremo Tribunal Federal*

160

5.10.1995

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.729-4 DISTRITO FEDERAL

V O T O

## DA DILIGÊNCIA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Esta Corte houve por bem, em sessão realizada em 30 de agosto último, converter o julgamento em diligência, para virem aos autos os documentos concernentes às informações prestadas e que estariam ligados à correspondência mantida entre a Procuradoria Geral da República e o Banco do Brasil sobre a concessão de empréstimos. É que, para os integrantes de uma das correntes que surgiram com as discussões então travadas, o sigilo bancário não prevaleceria, no que diz respeito à Procuradoria Geral da República, em se tratando de numerário do Tesouro.

Aos autos veio a peça de folha 76, subscrita pelo ilustre Procurador-Geral da República, Doutor Geraldo Brindeiro, acompanhada dos documentos de folhas 77 a 90. Em síntese, revelam a tentativa da Procuradoria Geral da República de alcançar as informações sobre a fonte dos recursos, a previsão orçamentária, a relação dos beneficiários e a espécie do contrato.

O primeiro ofício da Procuradoria fora encaminhado ao Banco em 12 de abril de 1993 (folha 77), e merecera resposta em 29 imediato, conforme o documento de folhas 78 e 79. Em suma, após alusão ao que seria concessão de

*Supremo Tribunal Federal*

MS 21.729-4 DF

161

empréstimo pelo Governo Federal a empresas do setor sucro-alcooleiro, consignou-se a atuação do Banco do Brasil na qualidade de agente do Tesouro Nacional, executando, em princípio, a política creditícia e financeira do Governo Federal. Em passo seguinte, registrou-se a preocupação dos Ministros de Estado da Fazenda, das Minas e Energia, da Integração Regional e da Agricultura, Abastecimento e Reforma Agrária com o risco de desagregação do setor sucro-alcooleiro nacional. Os citados Ministros teriam encaminhado, ao Presidente da República, sugestões para o equacionamento dos problemas do setor. Em reunião realizada no dia 5 de fevereiro de 1993, o Ministro da Fazenda orientara o Banco no sentido de adotar as medidas necessárias ao início do financiamento da lavoura de cana-de-açúcar em operações relativas ao álcool a serem realizadas "com recursos captados no mercado". Preocupação com os encargos financeiros cobrados do tomador final do crédito rural levava o Governo Federal a proceder à devida equalização de taxas de juros, "como forma de subvenção econômica ao setor produtivo, conforme previsto na Lei nº 8.427, de 27.05.92". Antes mesmo da definição do tema, teria o Banco providenciado a liberação, em caráter emergencial, de recursos da ordem de quinhentos milhões de cruzeiros (fevereiro de 1993) e de quinhentos e quarenta e seis milhões, quinhentos e três mil cruzeiros (março de 1993), "à taxa de mercado, comprometendo-se a revê-las tão logo definidas as condições de operacionalização do referido programa".

Em 6 de maio de 1993, seguiu para o Banco novo ofício, também subscrito pela Procuradora da República Doutora Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Solicitou-se informação sobre a situação dos beneficiários dos empréstimos.

*Supremo Tribunal Federal*

MS 21.729-4 DF

162

isto quanto a débito para com o Banco, bem como sobre a natureza das operações e as respectivas situações. Em 1º de junho de 1993, a referida Procuradora, reportando-se ao ofício anterior (folha 80), requereu informações acerca da lista dos beneficiários de liberação de recursos, indagando também se os mesmos encontravam-se em débito com o Banco do Brasil, e reiterando o pedido de esclarecimento (folha 81). Em 16 seguinte, o Banco respondeu, articulando com o óbice do sigilo bancário imposto pela Lei nº 4.595, de 1964, e aludindo a estudo sobre o alcance da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, ainda não liberado pelo setor competente (folhas 82 e 83). Em 12 de julho, oficiou o então Procurador-Geral da República, Doutor Aristides Junqueira Alvarenga, solicitando as informações já requeridas, a serem prestadas no prazo de dez dias úteis. O Banco, em 22 imediato, respondeu noticiando ter ingressado, na via judicial, com medida cautelar inominada, objetivando resguardar a situação dos respectivos administradores (folhas 85 e 86). À folha 87 está cópia do ofício endereçado ao Banco avisando da representação feita por Deputado Federal. Em 18 de agosto, o Banco remeteu ao Procurador-Geral da República ofício dando conta de portaria baixada pelo Ministro da Fazenda sobre a equalização das taxas de juros sobre o saldo médio mensal dos financiamentos rurais concedidos pelo Banco para custeio e renovação de lavouras de cana-de-açúcar da safra de 1993 e 1994, mencionando a liberação dos recursos.

Estes autos vieram-me conclusos em 20 de setembro de 1995, após o cumprimento da diligência. Liberei-os para continuidade do julgamento no dia 22 imediato.

Senhor Presidente, diante das peças trazidas ad

*Supremo Tribunal Federal*MS 21.729-4 DF

163

autos, concluo que, na verdade, ocorre a participação do erário visando a mitigar as altas taxas de juros e encargos praticados no mercado. Todavia, para mim, este dado não altera a solução do mandado de segurança. Conforme tive oportunidade de consignar no voto anteriormente proferido, o sigilo em comento consubstancia direito e garantia previstos na Carta Política da República, cujo afastamento somente é possível via atuação de órgão investido do ofício judicante. A norma constitucional não distingue considerada a origem das informações, nem tendo presente a natureza dos recursos envolvidos, valendo notar que o alijamento da garantia constitucional somente deve ocorrer em casos excepcionais, a critério de órgão eqüidistante, como é todo aquele que integra o Judiciário. Estou convencido, mais do que nunca, que as razões em jogo servem não ao acesso direto às informações pelo Ministério Público, mas a respaldar requerimento deste a Juízo, objetivando a autorização cabível de quebra do sigilo. Por tais fundamentos, reafirmo o voto que proferi concedendo a segurança.

É o meu voto.

*Supremo Tribunal Federal*

164

05/10/95

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.729-4 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (RELATOR): Senhor Presidente, também mantenho o meu voto, porque uma resposta à diligência, no sentido em que foi dada, já foi nele considerada e afastada como motivo para quebra de sigilo, determinada pelo próprio órgão do Ministério Público.

Acompanho o Senhor Ministro-Relator, concedendo a segurança.

\* \* \* \* \*

dfm

*Supremo Tribunal Federal*

165

05/10/95

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.729-4 DISTRITO FEDERAL

## V O T O

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI: - Sr. Presidente, também eu peço vênha para manter o voto que proferi na Sessão anterior, cujos pressupostos de fato foram confirmados pelo cumprimento da diligência.

Indefiro, portanto, a segurança. *Octavio Galotti*

/amn/

*Supremo Tribunal Federal*

166

05/10/95

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.729-4 DISTRITO FEDERAL

## V O T O

**O SENHOR MINISTRO SIDNEY SANCHES: -**

Sr. Presidente, peço vênia ao eminente Relator para acompanhar o voto do ilustre Ministro OCTAVIO GALLOTTI, que bem realçou as peculiaridades justificadoras da não prevalência, no caso, do sigilo bancário.

Indefiro, pois, o Mandado de Segurança.



167

05.10.95  
MANDADO DE SEGURANÇA

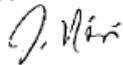
TRIBUNAL PLENO  
Nº 00217294/160

V O T O

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (RELATOR): -  
Sr. Presidente. A diligência confirma os aspectos de fato  
examinados em meu voto.

Por se tratar de empréstimos subsidiados, com  
recursos do Tesouro Nacional, aquilo que pretendia o Dr.  
Procurador-Geral da República - informação relativamente  
àquelas pessoas que teriam sido beneficiárias desses  
empréstimos -, entendi que exatamente isso não poderia deixar  
de ser informado ao Procurador-Geral da República, o qual  
procedia, com base no art. 129, VI, da Constituição, isto é,  
solicitando informações de documentos para instruir  
procedimentos administrativos, sob invocação de sigilo  
bancário.

Dessa maneira, confirmando os termos do voto que  
então proferi, também indefiro o mandado de segurança por esse  
fundamento.



BOA/

*Supremo Tribunal Federal*

168

05/10/95

TRIBUNAL PLENO

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.729-4 DISTRITO FEDERAL****V O T O**

**O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES:** - Sr. Presidente, também, com a devida vênia do Ministro-Relator, e tendo em vista a circunstância de que no caso se trata de empréstimo em que há parcela representada por dinheiro público, entendo que não é de invocar-se o instituto do sigilo bancário.

Por essas razões, acompanho, na conclusão, o voto do eminente Ministro FRANCISCO REZEK, mas com a fundamentação dos votos dos demais Colegas que assim votaram.

Indefiro a segurança.



*Supremo Tribunal Federal*

169

05/10/95

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.729-4 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE): Em linha de princípio, tenderia a subscrever o voto do Sr. Ministro Francisco Rezek.

O sigilo bancário só existe no Direito brasileiro por força de lei ordinária.

Não entendo que se cuide de garantia com **status** constitucional. Não se trata da "intimidade" protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação "de dados" e não os "dados", o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse. Reporto-me, no caso, **brevitatis causae**, a um primoroso estudo a respeito do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

Em princípio, por isso, admitiria que a lei autorizasse autoridades administrativas, com função investigatória e sobretudo o Ministério Público, a obter dados relativos a operações bancárias.

Não obstante, a minha dúvida estaria em saber se o art. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 75, de 20.05.93, a Lei

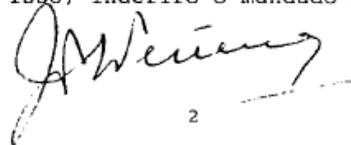
*Supremo Tribunal Federal*  
 MS 21.729-4 DF

170

Orgânica do Ministério Público da União, abrangeria operações bancárias normais do Banco do Brasil. Para isso seria necessário entender que o Banco do Brasil, porque sociedade de economia mista com controle acionário da União, seria autoridade pública, ainda com relação à exploração de atividade econômica não monopolizada a que se dedica, vale dizer, quando efetua operações bancárias comuns, idênticas às efetivadas por qualquer outra instituição financeira privada. A discriminação inviabilizaria os bancos estatais. Daí, a minha dificuldade em aceitar que o poder de requisitar informações de qualquer autoridade, dado na lei complementar ao Ministério Público, abrangesse sociedades de economia mista, quando no exercício de atividade econômica comum não monopolizada.

No caso, entretanto, há um dado, para mim bastante, já acentuado por vários dos Senhores Ministros: a revelação de que o mecanismo da equalização das taxas de juros importa utilização de recursos públicos, de recursos do Tesouro Nacional para viabilizar as questionadas operações de crédito privilegiado à lavoura canavieira. Há pois, como objeto das indagações do Procurador-Geral ao Banco do Brasil, não operações bancárias comuns, mas atos de gestão de dinheiros públicos. Ora, em matéria de gestão de dinheiro público, não há sigilo privado, seja ele de *status* constitucional ou meramente legal, a opor-se ao princípio basilar da publicidade da administração republicana.

Por isso, indefiro o mandado de segurança.



2

## PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA**MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.729-4**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL  
 RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO  
 REDATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. NÉRI DA SILVEIRA (ART.38,IV, b, DO RISTF)  
 IMPTE. : BANCO DO BRASIL S/A  
 ADV. : EDSON LAURA CARDOSO E OUTROS  
 IMPDO. : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

**Decisão:** Adiado o julgamento pelo pedido de vista do Ministro Maurício Corrêa, depois do voto do Relator, deferindo o pedido e declarando a inconstitucionalidade do § 2º do art. 8º da L.C. n. 75, de 20.5.93. Falaram, pelo impetrante, o Dr. Paulo César Calleri e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Moacir Antonio Machado da Silva, Vice-Procurador-Geral da República. Ausentes, justificadamente, os Ministros Sepúlveda Pertence e Francisco Rezek. Plenário, 07.04.95.

**Decisão:** Adiado o julgamento pelo pedido de vista do Ministro Francisco Rezek, depois do voto do Relator, que deferia o pedido e declarava a inconstitucionalidade do § 2º do art. 8º da L.C. n. 75, de 20.05.93, e dos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello, que também deferiam o pedido, mas sem declaração da inconstitucionalidade da norma referida. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antonio Machado da Silva. Plenário, 24.05.95.

**Decisão:** Depois dos votos dos Ministros Relator (Ministro Marco Aurélio), Maurício Corrêa, Celso de Mello, Ilmar Galvão e Carlos Velloso, deferindo o mandado de segurança e emprestando interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 8º, § 2º da Lei Complementar n. 75, de 20.05.93, e dos votos dos Ministros Francisco Rezek, Octavio Gallotti, Néri da Silveira e Sydney Sanches, indeferindo o mandado de segurança, o julgamento foi convertido em diligência, por proposta do Ministro Moreira Alves, independentemente da lavratura de acórdão, para requisitar a documentação relativa à correspondência mantida sobre o tema da causa com o Banco do Brasil, a que aludem as informações. Votou o Presidente na diligência. O Ministro Marco Aurélio (Relator) retificou, em parte, o voto proferido anteriormente. Plenário, 30.8.95.

*C*

**Decisão:** Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria de votos, indeferiu o mandado de segurança, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Maurício Corrêa, Celso de Mello, Ilmar Galvão e Carlos Velloso. Votou o Presidente. Redator para o acórdão o Ministro Francisco Rezek. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso. Plenário, 05.10.95.

Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence.  
Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

*Gilda Tomimatsu*  
Luz Tomimatsu  
7) Coordenador