

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 467

(ano VII)

23/10/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



23/10/2015 Daniel Moreira

» [Pagamento parcelado de Rescisões na Justiça do Trabalho](#)

ARTIGOS

23/10/2015 Carlos Henrique Rossi

» [Revisão judicial dos contratos de alienação fiduciária e seus reflexos](#)

23/10/2015 João Marcelo Ribeiro Duarte

» [PCC-Primeiro Comando da Capital: reflexos das suas ações terroristas](#)

23/10/2015 Fernanda Lima França Piersanti

» [A Função Social do Direito](#)

23/10/2015 Jose Victor Henrique Pessoa

» [A Marcha da Maconha e o Labirinto das Políticas Proibitivas](#)

23/10/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Comentários ao Protocolo de San Salvador: Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais](#)

23/10/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [O desconto de contribuição sindical de advogado é indevido](#)

MONOGRAFIA

23/10/2015 Mariana Mattos Dantas

» [Sigilo bancário/fiscal e a segurança jurídica](#)

PAGAMENTO PARCELADO DE RESCISÕES NA JUSTIÇA DO TRABALHO

DANIEL MOREIRA: Nagel & Ryzeweski Advogados.

Com a crise econômica, as empresas não têm conseguindo pagar sua folha de pagamento e, na tentativa de reduzir custos e evitar mais atrasos de salários, precisam demitir seus funcionários e, infelizmente, não dispõem de todo numerário para pagar o total das verbas rescisórias. Neste cenário, o poder Judiciário registra um significativo aumento desse tipo de demanda na Justiça do Trabalho. Nas Varas do Trabalho, por exemplo, já existe um aumento de 15%, em âmbito nacional.

As demandas interpostas pelos trabalhadores não poupam nenhum setor e, entre os mais acionados, estão serviços diversos - indústria, transporte e comércio - com enxurradas de ações distribuídas diariamente. Tal situação de crise também provocou elevação dos dissídios coletivos e a intervenção do Tribunal Regional do Trabalho em demissões coletivas.

Vivemos, atualmente, em efeito cascata, onde a cadeia produtiva está estagnada e todos setores sofrem seus efeitos, fazendo com que o desaquecimento da economia gere inadimplência para o empregador que, na ponta final, acaba refletindo no seu passivo trabalhista. Quem lá em cima da cadeia não está contratando e nem pagando o que já contratou, vem descendo até o simples microempreendedor que, não recebendo seu pagamento, não tem como pagar seu funcionário.

No atual cenário, a conciliação é o melhor caminho para resolver essas questões, contudo, nossa legislação não prevê a possibilidade de pagar verbas rescisórias de forma parcelada, impossibilitando um acordo extrajudicial porque não acontece a homologação no sindicato e, dessa forma, o funcionário não consegue resgatar seu FGTS e encaminhar seu Seguro Desemprego. Todavia, o grande paradoxo é que na Justiça do Trabalho, em audiência de conciliação, é possível as partes acordarem

valores, pagar parcelado e o juiz liberar - mediante alvará - o FGTS e Guias Seguro Desemprego.

Nesse contexto, se o empregador de médio e pequeno porte contar com amparo legal, poderá ter a prerrogativa de parcelar o montante devido. Dessa forma, as partes podem firmar um acordo com homologação no sindicato dando plena quitação e nada a reclamar após o pagamento da última parcela. Imediatamente após com esse termo, poderá liberar o FGTS e o seguro e, assim, evitar muitas demandas na justiça, desafogando o Judiciário e ganhando celeridade na solução dessas lides, sobretudo encorajando mais o empresário a empreender e a contratar mão de obra sem tantos receios.

Não se trata de criar leis que desamparem o trabalhador ou alterem seus legítimos direitos conquistados, mas criar amparo e apoio aos empreendedores que geram o emprego porque, dessa forma, tendo mais livre negociação entre empregado e empregador, fomentaria mais o desenvolvimento econômico, gerando mais coragem de abrir ou investir em crescimento das empresas.

Enquanto isso não acontece, o próprio empregador aguarda ou pede que o funcionário ajuíze uma reclamatória objetivando que, na Justiça, por meio de um acordo, possa parcelar o débito e, como a validade da quitação geral do contrato de trabalho é de exclusividade da Justiça do Trabalho, os empresários ficam com a dita: “coloquem na Justiça que lá pago de uma vez só”.

Diante desse quadro, resta às empresas se socorrerem de bons acordos no âmbito da Justiça para pagamentos de verbas legitimamente devidas e não pedidos infundados.

REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E SEUS REFLEXOS

CARLOS HENRIQUE ROSSI: Advogado.

Resumo: O presente artigo tem por escopo apresentar, em breves linhas, os fundamentos idôneos para revisão judicial de contrato de alienação fiduciária bem como tecer críticas às proposituras indiscriminadas de ações judiciais com esse desiderato e, ainda, analisar os reflexos negativos das reportadas ações quando intentadas sem nenhum critério jurídico.

Palavras-Chave: Contratos de alienação fiduciária; Ação Revisional; Fundamentos jurídicos; Abuso de Direito; Reflexos negativos.

1 Introdução

Quando um contrato estabelece vantagem excessiva para um dos contratantes, a parte prejudicada pode pedir a intervenção estatal, que na qualidade de detentor do monopólio jurisdicional, analisará o pedido, e sendo constatada a desproporção das obrigações, restabelecerá o equilíbrio da avença.

Nos últimos tempos, as revisionais têm crescido de modo exponencial. No presente estudo buscaremos entender este fenômeno. Para tanto, estudaremos as situações autorizadas das revisões contratuais, sob o prisma do Código Civil de 2002, bem como do Código de Defesa do consumidor; discorreremos acerca do princípio da boa-fé contratual; e, por fim, os reflexos econômicos que o aumento dos pedidos de revisionais acarreta.

2 Desenvolvimento

2.1. Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos

Se os contratos celebrados não tivessem força vinculatória, liberando as partes a cumprir quando lhes aprouver, a sociedade estaria fadada ao caos. Por isso é que se atribui obrigatoriedade aos contratos, ficando os contratantes “presos” ao enlace contratual até que satisfaça a obrigação avençada. Embora necessário relativizar a afirmação, o contrato faz lei entre as partes.

Nesse sentido, é o magistério de Venosa (2009, p. 453) “[...] uma vez concluído o contrato, deve ele permanecer incólume, imutável em suas disposições por vontade unilateral de um dos contratantes. É decorrência do princípio tradicional *pacta sunt servanda*”.

De outro modo, pondera Gonçalves:

Embora o princípio *pacta sunt servanda* ou da *intangibilidade do contrato* seja fundamental para a segurança nos negócios e fundamental a qualquer organização social, os negócios jurídicos podem sofrer as conseqüências de modificações posteriores das circunstâncias, com quebra insuportável da equivalência. Tal constatação deu origem ao *princípio da revisão dos contratos* ou *onerosidade excessiva*, que se opõe àquele, pois permite aos contratantes recorrerem ao Judiciário, para obterem alteração da convenção e condições mais humanas, em determinadas situações (GONÇALVES, 2008, p. 168).

Significa que, em situações excepcionais, os contratos podem ser revisados, mediante intervenção judicial. As hipóteses que autorizam as revisões assumem feições diferenciadas conforme a

natureza do negócio. É que em sede de contrato consumerista, o diploma adotado é o Código de Defesa do Consumidor, que trata a matéria diferentemente do Código Civil, o qual incide nas relações civis.

2.2. Fundamentos para Revisão Judicial dos Contratos

A revisão do contrato é autorizada quando fica patente a excessiva onerosidade na prestação de um dos pactuantes.

Ocorre que sob a ótica do Código Civil de 2002, a intervenção judicial no contrato somente se justifica quando um fato superveniente e imprevisível rompe o equilíbrio das prestações.

No Código do Consumidor, Lei 8.078/90, para a revisão contratual, não precisa que a onerosidade excessiva derive de um fato imprevisível, bastando-se comprovar que o enlace negocial colocou uma das partes em situação de extrema desvantagem, *ab initio*, ou por fato superveniente.

2.2.1 Revisão Contratual no Código Civil de 2002

O Código Civil vigente admite a revisão contratual, conforme já afirmado, quando há o exacerbamento do ônus de uma prestação em decorrência de fato superveniente e imprevisível. Conforme previsão do seu art. 478, *in verbis*:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Extrai-se do dispositivo que o princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode ser afastado por fatos perfeitamente previsíveis. Assim, alegar inflação ou alterações na economia, por exemplo, como causas para a revisão dos contratos já não são mais aceitas pelos magistrados brasileiros.

A teoria da imprevisão tem como pressuposto o fato de que na assinatura do contrato, as partes não tinham como prever os acontecimentos que acabaram por surgir.

Desta forma, os requisitos para a resolução do contrato por onerosidade excessiva podem ser identificados como sendo: a vigência de um contrato comutativo de execução diferida ou trato sucessivo; ocorrência de fato extraordinário e imprevisível; considerável alteração da situação de fato existente no momento da execução, em confronto com a que existia por ocasião da celebração; e nexo causal entre o evento superveniente e a consequência excessiva onerosidade (GONÇALVES, 2007).

2.2.2 Revisão Contratual no Código de Defesa do Consumidor

Preliminarmente, faz mister realçar que a Lei 8.078/90, denominada de Código de Defesa do Consumidor (CDC), aplica-se aos contratos bancários, não restando mais divergência jurisprudencial em virtude do julgamento da ADI nº 2591, em 07 de Junho de 2006. A referida lei traz, inclusive, regramentos específicos para os contratos de concessão de crédito e para os financiamentos de aquisições de produtos e serviços, estabelecidos no seu art. 52.

Na sistemática do Código de Defesa do Consumidor não há necessidade de se demonstrar a imprevisibilidade do fato, na data do fechamento do contrato. Para se conceber a revisão, basta restar

comprovado alteração substancial capaz de tornar o contrato excessivamente oneroso para o consumidor.

A garantia de revisão das cláusulas contratuais em razão dos fatos supervenientes que tornem excessivamente onerosas as obrigações assumidas pelo consumidor, tem fundamento, também, nos princípios da boa-fé e equilíbrio (art. 4º, III, do CDC), vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC), todos insculpidos no Código de Defesa do Consumidor (NUNES, 2008).

2.2.3 Desequilíbrio contratual

Conforme visto, é garantido, na legislação brasileira, o direito de modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, seja por fato superveniente e imprevisível, segundo disposição do Código Civil vigente, seja por fato apenas superveniente, na sistemática da lei consumerista, colocando o consumidor em desvantagem.

Nas revisionais, alega-se que os contratos apresentam vantagem demasiada para a financeira em prejuízo do consumidor, asseverando serem leoninas as cláusulas que fixam os juros que incidem naqueles negócios. Tais alegações encontram supedâneo no art. 6º, inciso V do Código do consumidor declarando que o consumidor pode pleitear a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, bem como, no seu art. 51, IV e § 1º que define o viria a ser vantagem exagerada.

Nesse sentido, leciona Marques (2004, p. 536):

O juiz, reconhecendo que houve cláusula estabelecendo prestação desproporcional ao consumidor, ou que houve fatos supervenientes que tornaram as prestações excessivamente onerosas para o consumidor, deverá solicitar

das partes a composição no sentido de modificar a cláusula ou rever efetivamente o contrato. Caso não haja acordo, deverá o magistrado, atendendo aos princípios da boa-fé, da equidade e do equilíbrio que devem presidir as relações de consumo, estipular a nova cláusula ou novas bases do contrato revisto judicialmente. Emitirá sentença determinativa, de conteúdo constitutivo-integrativo e mandamental, vale dizer, exercendo verdadeira atividade criadora, complementando ou mudando alguns elementos da relação jurídica de consumo já constituída.

É bem verdade que os bancos exageram, em muitos dos seus negócios, na fixação das taxas. Diversos exemplos podem ser aqui usados para ilustrar e corroborar com nossa afirmação, tais como as taxas do cheque especial, do crédito direto ao consumidor sem garantia, entre outros. Os juros cobrados nessas operações, temos que nos dobrar aos fatos, são, em verdade, desarrazoados, merecendo revisão.

O mesmo, contudo, não se pode dizer dos contratos de financiamento de automóvel de um modo geral. No capítulo 3, apresentamos uma tabela com as taxas média de juros praticada nesse segmento da atividade financeira (Tabela 3), segundo informações do Banco Central do Brasil. E, tomando por base o ano de 2009, contata-se que a taxa média mensal naquele ano ficou em 2,33% (dois ponto trinta e três por cento). Ora, não se pode entender como abusiva uma taxa que gravita em torno deste percentual, haja vista que não representa, ainda, o lucro do banco, sendo deduzidos desta taxa a captação, o custo administrativo, a previsão de inadimplência, impostos, entre outros elementos que compõe o spread bancário.

2.2.4 Vulnerabilidade do Consumidor

Nas palavras de Nunes (2008, p. 546): “a característica mais marcante do consumidor é a de que no mercado de consumo ele representa o elo fraco da relação, especialmente pelo fato de que não tem acesso às informações que compõem o processo produtivo, que gera os produtos e serviços”.

O que a lei consumerista e a doutrina especializada asseveram, é que o consumidor, ao celebrar um contrato, muitas das vezes não está em condições de avaliar as conveniências em realizar o negócio de modo razoavelmente correto, por não ter todas as informações necessárias e nem condições paritárias. Isso porque, por ser o pólo mais fraco da relação não lhe é dada a oportunidade de discutir o conteúdo do contrato. Essa é a justificativa para a tutela do consumidor colimada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), realizando uma intervenção equilibradora da situação.

O principal efeito do princípio da vulnerabilidade é a restrição da autonomia da vontade. Essa limitação pode ser vista em alguns dispositivos do CDC que impedem que certas cláusulas sejam pactuadas, como ocorre no art. 51, em rol exemplificativo. A vulnerabilidade, desta forma, impacta na responsabilidade do consumidor, na medida em que o protege em determinadas situações contratuais (POHLMANN, 2006).

Em verdade, a vulnerabilidade não deve ser usada como um manto para a irresponsabilidade, devendo estar conjugada com princípio da boa-fé, para que não sejam tuteladas condutas desajuizadas e causadoras de prejuízo à outra parte.

Quando se vai fazer alguma aquisição, o primeiro ato do consumidor é no sentido de saber o preço do produto, para uma análise íntima da relação custo benefício. Assim, é inconcebível

que, ao firmar um contrato de financiamento, o consumidor alegue, posteriormente, não ter compreendido o ônus que assumiu, visto que no ato da avença lhe são informado a parcela e a taxa de juros. Por isso, há uma presunção de que o contrato resulta de uma deliberação consciente.

2.3. Princípio da Boa-fé

O princípio da boa-fé nas relações contratuais está previsto tanto no Código Civil de 2002, quanto no Código de Defesa do Consumidor. Senão vejamos:

Art. 422 Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (Código Civil Brasileiro de 2002).

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem

econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (Lei 8.078/90);

Buscou os dois diplomas retro, disciplinar a conduta dos contratantes, prescrevendo um comportamento, correto, probo, retilíneo e honesto, para que haja um respeito mútuo entre as partes.

Vejamos o que diz Gonçalves acerca do princípio da boa-fé:

O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza [...] (GONÇALVES, 2007, p.33).

2.3.1. Boa-fé Subjetiva e Boa-fé Objetiva

É importante que façamos a distinção entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva, ressaltando-se que os diplomas, supramencionados, referem-se à boa-fé objetiva.

Nas elucidativas palavras de Venosa (2009, p.369), “Na boa-fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado”.

Complementa Gonçalves (2007, p. 35), “a boa-fé objetiva implica a noção de entendimento equivocado, em erro que enreda o contratante”.

A boa-fé objetiva, por sua vez, no magistério de Venosa (2009, p. 369), “[...] se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos”.

2.3.2. Má-fé Contratual

Correspondendo ao oposto da boa-fé, ocorre quando uma das partes contratantes já celebra o contrato com o desiderato de não cumpri-lo.

Não é raro encontrarmos no judiciário pedido de revisões de contratos recém pactuados. O que nos leva a crê que o autor já celebrou o contrato com a vontade consciente de não adimpli-lo.

Ressalte-se que desde o dia três de março de 2008, as instituições financeiras passaram a ser obrigadas a, antes de qualquer contratação de crédito, informar ao consumidor o Custo Efetivo Total (CET) da operação, por força da Resolução 3517 do Conselho Monetário Nacional. Nesse documento, o agente financeiro deverá informar a taxa de juros, mensal e anual; a taxa de juros efetiva, que abarca nos seus cálculos todas as despesas do contrato, entre elas a comissão paga ao intermediário da operação; o valor financiado; o valor a ser pago ao final do contrato; o valor das prestações mensais; o número de prestações, entre outras informações pertinentes ao contrato (BANCO FICSA S.A., 2008).

Então, no ato da contratação, o consumidor toma ciência expressa dos cálculos engendrados pela financeira, assentando sua assinatura no documento CET, anuindo com as condições ofertadas e claramente conhecidas.

Não havendo nenhum fato superveniente que coloque o consumidor em dificuldade para anuir com o pactuado, justificando a intervenção estatal na avença, argüir a desproporcionalidade das obrigações, logo após a celebração do contrato, onde todos os ônus foram apresentados de forma objetiva, é tornar patente a má-fé do consumidor. Se um dos lados não concorda com os termos do contrato, basta não efetivar o negócio.

Nessas hipóteses, os consumidores não só não merecem a tutela do Estado, mas, ao revés, devem tais práticas ser rechaçadas com veemência, para não se formar um ambiente de insegurança jurídica.

2.4. Reflexos Negativos das Revisionais

O nível das taxas de juros é condicionado por diversas variáveis. Logo, se o custo do dinheiro a ser emprestado se eleva, a taxa também precisa acompanhar este movimento, sob pena de provocar uma escassez de oferta de crédito, pois o investidor ficaria propenso a buscar outra atividade ou outros mercados para maximizar o seu lucro. Este fenômeno afetaria a marcha do crescimento econômico.

As revisionais elevam os custos para as financeiras, que para recompor a sua margem de lucro, repassam para as taxas. A dinâmica da formação dos preços é simples assim. Por isso, os Estados onde os pedidos de revisionais se proliferam, observa-se uma taxa também superior.

O Jornal Zero Hora do Rio Grande do Sul, em matéria veiculada em 24 de Junho de 2009, cujo título é “porque juro é mais alto no estado”, explica as razões para as taxas de financiamento de automóveis serem maiores naquele Estado. Vejamos um trecho da matéria:

Por traz dos juros que os gaúchos pagam ao fazer, está o peso que os bancos e as financeiras atribuem a uma peculiaridade do Estado: o Rio Grande do Sul permanece campeão em número de ações judiciais que questionam as taxas cobradas nos contratos. Por causa disso o crédito é mais caro no pampa do que no resto do país [...].

Segundo o jornal Zero Hora, entre os Estados pesquisados, São Paulo foi o que apresentou menor taxa. Não por coincidência, aquele Estado também é um dos que tem menor número de revisionais tramitando no judiciário.

O ajuizamento de ações revisionais de forma indiscriminada prejudica, indiretamente, os próprios consumidores que passam a pagar juros mais altos. Mas não é só isso, nos Estados onde é maior o número de questionamentos judiciais, há uma maior restrição ao crédito. As financeiras, antes de conceder o crédito, verificam se o proponente move alguma ação de natureza revisional, e denegam o crédito.

A restrição ao crédito provoca um desaquecimento no segmento de venda de veículos, visto que poucos são os consumidores que dispõe de dinheiro para pagamento à vista. Isso gera prejuízos para a economia local.

O consumidor que realiza o aforamento de uma ação revisional, em geral, passa a depositar, durante o trâmite processual, o valor que entende correto. Identificando-se ao final que houve justa equivalência das obrigações, o consumidor deverá pagar a diferença que deixou de recolher, acrescentado de juros legais e da atualização monetária, sem se olvidar das custas processuais e honorários de sucumbência, conforme o caso. Inviabilizando o adimplemento da obrigação.

Numa análise macro, com o avanço dos meios de comunicação a transferência de capitais restou incrivelmente facilitada, tornado a sua movimentação muito sensível às variações das expectativas do investidor.

Nessa esteira de pensamento, identificando o investidor um local de insegurança jurídica, os seus investimentos são remanejados para áreas mais seguras. No caso dos bancos e financeiras, por ter um papel de fomento, a sua migração pode causar grandes prejuízos para a economia local, impactando fortemente no mercado de bens e serviços.

3. Conclusão

Diante de todo o exposto conclui-se que, em que pese o ordenamento jurídico brasileiro autorizar a revisão dos contratos quando ficar caracterizada uma vantagem excessiva para um dos contratantes, esse instrumento não deve ser utilizado de forma indiscriminada por implicar em flagrante ato ilícito em razão do abuso de direito.

Consoante restou demonstrado no presente estudo, a propositura de ações revisionais sem nenhum critério jurídico acaba por impactar nas taxas de juros praticadas pelas instituições financeiras, visto que os custos com essas ações são incluídos no cálculo do spread bancário pressionando as taxas para cima.

Ademais, nas praças em que se observa um desequilíbrio no número de ações revisionais há um evidente trancamento do crédito ocasionando sensível prejuízo para o mercado de compra e venda de veículos.

Referência Bibliográfica

BANCO FICSA S.A. Manual de informação e treinamento, março de 2008, disponível em: <http://www.ficsa.com.br/files/informativo/CET_e_TLA.pdf>. Acesso em: 10 Jan 2010

BAPTISTA, André Zanetti. Juros, taxas e capitalização. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DA SILVA, Bianka Corrêa. Banco Central do Brasil. Circular 2.900. Brasília: BCB, 2010. Disponível em: <<http://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?N=099139982&method=detalharNormativo>>. Acessado em 15 Jan. 2010.

_____. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatório de economia bancária e crédito. Brasília: BCB 2010. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/Pec/Depep/Spread/relatorio_economia_bancaria_credito2008.pdf>. Acessado em 06 Jan. 2010.

_____. MINISTÉRIO DA FAZENDA. Receita Federal. Taxa de juros selic. Brasília: RF, 2010. Disponível em: <[http://www.receita.fazenda.gov.br/pagamentos/jrselic.htm#Taxa de Juros Selic – Acumulados](http://www.receita.fazenda.gov.br/pagamentos/jrselic.htm#Taxa%20de%20Juros%20Selic%20-%20Acumulados)>. Acessado em 06 Jan. 2010.

_____. O spread bancário brasileiro: Uma análise da sua composição entre o período de 1999 a 2004. Santa Catarina: Universidade de Santa Catarina, 2006. disponível em: <<http://www.cse.ufsc.br/gecon/coord.../Bianka%20Corr%EAa%20da%20Silva.pdf>>. Acessado em 13 dez. 2009.

DA SILVA, Jucirlei Eleutério. Juros abusivos: impacto e relevância das ações judiciais para as instituições bancárias. Rio Grande do Sul: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/trabalhosacademicos/1046838>>. Acessado em 06 jan. 2010.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: contratos, teoria geral. 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Rizzartto. Curso de direito do consumidor. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

PASSOS, Carlos Roberto Martins; NOGAMI, Otto. Princípios de economia. 5 ed., São Paulo: Cengage Learning, 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

POHLMANN, Eduardo Augusto. Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933. Dispõe sobre os juros nos contratos e da outras providências. Diário oficial [da] república federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 7 de abril de 1933. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D22626.htm>. Acessado em 02 Nov. 2009.

_____. Jornal Zero Hora. Por que juro é mais alto no Estado: Questionamentos Judiciais ainda fazem gaúcho pagar taxa maior. Porto Alegre, 24 de Junho de 2009. Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default2.jsp?uf=1&local=1&source=a2556129.xml&template=3898.dwt&edition=12578§ion=1008>>. Acessado em 21 Dez. 2009.

_____. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. REsp 680.237/RS, Rel. Aldir Passarinho Junior, 2ª Seção, j. 23/11/2005). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp?op=imprimir&livre=%40cod%3D'269'&&b=INFJ&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acessado em 06 Jan. 2010.

_____. Lei nº 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. Diário oficial [da] republica federativa do Brasil. Brasília, 31 de Dezembro de 1964. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L4595.htm>>. Acessado em 02 Nov. 2009.

_____. Uma análise dos reflexos da vulnerabilidade sobre a responsabilidade do consumidor. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11321&p=2>>. Acessado em 21 Dez. 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de crédito bancário. 5.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Juros no direito brasileiro. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VASCONCELOS, Marcos Antonio S; GARCIA, Manuel Enriquez. Fundamentos de economia. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 9.ed., São Paulo: Atlas, 2009.

PCC-PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL: REFLEXOS DAS SUAS AÇÕES TERRORISTAS

JOÃO MARCELO RIBEIRO DUARTE: Advogado Criminalista, professor de Direito Processual Penal, Doutorando em Direito pela UNLZ/Argentina, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Candido Mendes.

Resumo: Analisa a criminalidade e a violência em todas as variantes tomaram uma proporção incisiva, que parece ter fugido ao controle, desafiando o ordenamento jurídico e social nos elevados níveis institucionais e espaços geográficos. Neste artigo, além dos problemas com a **violência urbana**, que se refere à criminalidade em geral, outros fenômenos da criminalidade, modalidade desta, como **crime organizado e o terrorismo** tem se comportado como um problema mundial, tomando características peculiares a cada região e grau de intensidade em cada país. Observa o panorama do crime organizado do Primeiro Comando da Capital-PCC, que hoje lidera a maior facção criminosa do país e algumas fronteiras, verificando por meio desse estudo, se **PCC** diante de sua particularidade de atuação, é reputada como **organização terrorista**. Desta forma, procurou-se identificar nas atividades criminosas do PCC a existência de uma relação entre Terrorismo e demais atividades criminosas desta organização.

Palavra-chave: Violência, Crime, Terrorismo e Primeiro Comando da Capital-PCC.

1 Introdução.

No Brasil ou mesmo, no resto do mundo, o crime organizado, o fenômeno da violência e as reflexões de seus efeitos, tem se comportado como uma epidemia mundial, tomando característica peculiar a cada região e o grau de intensidade, de acordo a cada país, gerando sérias preocupações aos Governos. Assim, o nível

de acuidade de violência, segundo dados estatísticos, se encontra onde prevalece a situação de pobreza, acarretando nas pessoas um sentimento de insegurança cada vez maior e de impotência face ao quadro retratado pelo crescimento do crime.

No entanto, não se comprova que a violência é uma consequência do estado de pobreza de determinado grupo da sociedade, já que este fenômeno é considerado por muitos estudiosos, como multifacial, ocorrendo nas diversas camadas da população. Ainda, com olhar voltado para a análise sobre violência e criminologia, que associam estes fatores a parte pobre da sociedade, ou seja, o desempregado e o local baixa renda, influenciando previamente essas pessoas como perfil da população do sistema penal.

Não se pode, entretanto, negar que a crise econômica, a ausência de integração de políticas públicas e ações sociais, marcada pelo desemprego, pela falta de gestão na educação básica e continuada de jovens, pelo descaso no sistema único de saúde, impossibilitam a ascensão social desses indivíduos, afastando-os irreversivelmente do modelo de mercado, seletivo e excludente, que contribui fortemente para esta situação.

Assim, nossa proposta para este artigo é analisar duas modalidades da criminalidade, o Primeiro Comando da Capital e o terrorismo, sob a égide do crime organizado, como transformador das classes trabalhadoras em “classes perigosas” e as contradições que tal proposta contém. Desta forma, a base empírica das análises foi realizada em três segmentos distintos: se as ações do Primeiro Comando da Capital, PCC configura ser **organização terrorista**, se existe relação entre a concentração do crime, com o PCC e o Terrorismo, avaliando os indicadores de criminalidade e as consequências desse acontecimento.

Nesta toada, pretende-se por meio dos estudiosos citados, desmistificarem que o ato terrorista surgiu somente de grupos estrangeiros radicais em questão religiosas e ideológicas e que atuam em países Islâmico ou Árabe. Isso porque, a prática do

terrorismo não está tipificada no nosso Código Penal, punindo-se apenas os atos dele decorrentes, como: homicídios, lesão corporal, formação de quadrilha, danos materiais e outros.

Do mesmo jeito conferir, se os mecanismos de controle, isto é, as ações policiais e as políticas de segurança estão preparadas para o combate do crime organizado, já que a elite criminoso vem a cada dia se fortalecendo e deixando para trás uma Administração falida e antiquada. Para melhor compreensão desse feito e embasamento da teoria deste artigo, buscou-se também o conceito sobre terrorismo e crime organizado, sendo este último enfoque de grandes questionamentos, por não ter ao certo, uma definição concreta. Assim, passou-se identificar os tipos de delitos que são mais frequentes nas ações promovidas pelo PCC, como as execuções sumárias contra os agentes de segurança pública, queima de veículos, utilização de artefatos e explosivos, grupo de extermínio, tráfico de drogas e armas e outros relacionadas a organização terrorista.

Ainda, com base nos objetivos definidos, pretende-se demonstrar, como nasceu o Primeiro Comando da Capital e o regramento que impuseram centenas de adeptos ao crime organizado e avaliar a relação hierárquica entre os indicadores da criminalidade e as entre o PCC e a organização terrorista. Para isso, relevante se trazer um breve histórico do sistema carcerário no Brasil, uma vez que, o movimento surgiu de dentro do muro do presídio de São Paulo, na Cidade de Taubaté.

Neste impasse, também destacar a violência urbana no Brasil, que subverte e altera as funções da cidade de modo que o espaço público perde seu caráter de sociabilidade, tornando-se o refém do medo e da insegurança. Também, é verificada a atuação da organização criminoso no contexto internacional e qual a influência na construção da organização criminoso do PCC, uma vez que, as organizações criminosas internacionais controlam bilhões de dólares em ativos e sua grande força econômica favorece a praticada corrupção.

Ainda, por meio de leitura científica busco-se algumas colocações de especialistas no assunto como Osvaldo Bastos, César Bittencourt, Percival de Souza, José Carlo Gomes, Luiz Flávio Gomes, Winfried Hassemer, Wilson Lavorenti e outros, que retrata a instalação do crime organizado dentro da prisão como uma demonstração de organização desordenada, no universo em que a função de ressocializar é delegada ao próprio preso, onde as regras são levadas de fora para dentro para montar uma estrutura sólida de empresa do crime.

Como melhor compreensão do que se pretende trazer aqui na presente, como construção apropriada enredou de forma qualitativa, porque supõe adoção de determinadas concepções filosóficas e científicas e fórmulas específicas de coleta e análise dos dados, o que dar origem uma nova linguagem metodológica.

Continuar coma pesquisa descritiva, uma vez que esse método atingiu o objetivo central e os específicos, quando se predispõe a descrição das características de uma população, fenômeno ou de uma experiência, por meio de coletas de dados. Por conseguinte a analítica, em que envolvem o estudo e avaliações aprofundadas de informações do contexto, tendo como ponto inicial uma abordagem do método hipotético dedutivo, histórico, sociológico, tendo ponto inicial à análise do método dialético, haja vista que, se busca reunir as observações sistemáticas, por meio de uma investigação e os fatos que permeiam as ações e atividades humanas que visam suprir as necessidades atuais dos seres humanos. Ademais, a partir da revisão bibliográfica e documental, procurou-se explicar o objeto, a partir de referências teóricas publicadas em lei, doutrina e documentos, no intuito de recolher informações e conhecimentos prévios acerca de um assunto para o qual se procura resposta, através da bibliografia já tornada pública, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico.

2 A REALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIA BRASILEIRO

Antes de tudo, para melhor entendimento da história do crime organizado, é relevante tecer breves comentários a respeito do sistema carcerário no Brasil, tendo esse a classificação de “explosão enunciada do sistema prisional”. Vale salientar, que o crime organizado não surgiu da noite para o dia, pois ao longo das décadas foi adquirindo adeptos fora e dentro da prisão, onde constrói seu formato, estabelece seus códigos, avança sobre funcionários de presídios, sobre juízes, policiais, promotores, advogados e jornalistas. [1]

Daí, porque a necessidade de recorrer ao funcionamento do cárcere para entender a fundação do Primeiro Comando da Capital e a instalação do crime organizado dentro da prisão, e como esses elementos se manifestou no presente, criando ambiente para o aparecimento de fenômenos desagregadores. Compreende assim, que a desorganização urbana e estrutural da população pode acarretar um desequilíbrio sócio-geográfico e por conseqüências o aumento da criminalidade e o descontrole social, exigindo nesta toada, uma proposta imediata de políticas públicas na promoção da equidade e cidadania.[2]

2.1 Como funciona o cárcere no Brasil?

Ao versar sobre o sistema carcerário ou prisional, em genérico, relaciona a imagem e os conceitos de sistema de justiça criminal, com os ritos e procedimentos próprios do judiciário, tais como: da penitenciária, cadeias, sentenças penais tribunais, processo e execuções penais. No entanto, Michel Foucault se coloca de forma diferente em relação a esse conceito, dando outro contorno o que venha ser o sistema carcerário, quando aduz que:[3]

[...] não há, em nossa sociedade, um local específico para realização desse sistema. Assim como o poder não é uma denominação maciça,

nem se localiza em um ponto ou agente específico, regionalizado, mas entende-se capilarmente por variados espaços da rede social, a tecnológica disciplinar do aparelho penal não se concentra na instituição prisional, mas se dissipa por todos os espaços sociais, de modo que essa dispersão “político-carcerária” ganha formas concretas, por ações dos indivíduos, em exercícios cotidianos que mesmo ínfimos são sempre normalizadores e atingem a multiplicidades.

O desvio de funções no sistema de segurança pública, com presos condenados sob a guarda da Secretaria de Segurança, superlotações de cadeias enquanto as penitenciárias apresentam vagas, prisões e penas que não cumprem seu papel fundamental de recuperação do preso, a violência policial alimentada pela impunidade e a falta de apoio jurídico aos presos são alguns dos principais problemas do sistema penitenciário do Brasil.

Muitos fatores têm contribuído para que o preso não tenha condições de ser recuperado, isto é, são presos que aguardam julgamentos ou já condenados sob custódia da mesma autoridade que efetuou sua prisão; rapazes de 18 a 20 anos colocados em celas com pessoas que cumprem penas pelos mais diversos tipos de crime; a omissão da sociedade; a distância entre as penitenciárias e as comarcas onde viviam esses indivíduos, o que acaba fazendo com que cumpram também a pena de desterro; megapenitenciárias onde o condenado não tem atenção individualizada; a ociosidade do condenado; assistência médica precária; a maneira degradante e humilhante com que muitas vezes o preso é tratado, sofrendo violências físicas e psicológicas, a dificuldade ou mesmo proibição de visitas, além de muitos outros problemas.

É comum ainda neste sistema a prática do desrespeito aos direitos dos condenados, aos quais falta assistência jurídica, de

modo que muitos se vêm presos quando já têm direito à liberdade condicional. Dos presos no sistema penitenciário brasileiro, 95% são absolutamente pobres, portanto sem condições de arcar com o custo de um advogado.

A consequência disto, como discorre nas suas impecáveis traçadas linhas C. Beccaria:[\[4\]](#)

Toda pena, que não derive da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico

Identificamos outros problemas, como o trabalho de Segurança Pública realizado pelas Polícias Civil e Militar, com pouca integração, a falta de autoridade de órgãos com o Instituto de Criminalística e Instituto Médico Legal, o que pode muitas vezes comprometer o trabalho ali realizado e a timidez das penas impostas pela Corregedoria da Polícia Civil para os crimes cometidos por policiais.

A falta de utilização do Fundo Penitenciário, destinado à construção e reformas prisionais. Também não há garantias de que este recurso seja dirigido para onde há mais necessidade. A centralização do Conselho Penitenciário – que tem como competência fiscalizar a execução penal seja emitindo pareceres sobre livramento condicional ou fiscalizando a atuação dos responsáveis pela guarda dos detentos – prejudica o exercício de suas atividades. Adverte neste aspecto, César Bittencourt que “O custo de construção de algumas celas ultrapassam em muito o estabelecido pela ONU, de US\$ 32 mil”.[\[5\]](#)

O que se deve entender com o exposto, é que e frutos de políticas sociais injustas, o poder dominante priva a maioria da população brasileira do alcance aos meios mínimos de sobrevivência como educação, saúde e moradia, elevando cada vez mais as diferenças sociais e os índices de criminalidade. Quanto àqueles que trabalham dentro deste sistema de

segurança, sejam policiais civis ou agentes penitenciários, constatamos existência de corrupção, a oferta de baixos salários e péssimas condições de trabalho.

Como consequência desses fatores indicadores da má estrutura do sistema prisional brasileiro, cria-se então um centro de aprendizagem criminal, onde muitos se aprimoram na arte da criminalidade, não sendo raros os casos de pequenos delinquentes que encontram o seu amadurecimento criminoso dentro destas instituições. Outro sim é surgimento de grandes facções criminosas, como o PCC, Primeiro Comando da Capital, que mal organizado, deixa os mais jovens à mercê dos mais velhos, que por mera influência, ou violência conquistam novos 'adeptos'.[\[6\]](#)

2.2 Os crimes cometidos pelas mãos do estado

Independentemente das guerras, mesmo em tempo de paz, inúmeros são os crimes sigilosos, ocultos, nunca descobertos. Além disso, em tempo de paz ou de guerra, sob regime ditatorial ou democrático, imensa é a variedade de crimes praticados dentro do Estado, por seus próprios órgãos. Mas sobressaem ainda os crimes contra as liberdades públicas. Como esses crimes permanecem impunes em sua quase totalidade, pode-se dizer que o Estado como detentor do *jus puniendi*, tem o direito ilimitado de cometer crimes.

Para atingir suas finalidades a Política Criminal atua de duas maneiras: através da prevenção especial e da prevenção geral. A prevenção especial consiste em afastar o criminoso do convívio social. O fato de ter cometido o crime demonstra, por si só sua periculosidade e necessidade de uma reeducação ou readaptação. Ou se tratando de insanos, ébrios e viciados, da aplicação da medida de segurança para tratamento. A família da vítima não ficará tranqüila ao ver o criminoso circulando livremente pelas ruas, surgindo, daí, ora o ímpeto de vingança, ora o estímulo para novos crimes, pela certeza da impunidade.

A punição do criminoso exerce também aquilo que Feurbach designava de “coação psicológica” sobre todos os cidadãos, intimidando-os e arrefecendo o ímpeto dos que teriam tendências para ações semelhantes. Há ainda, por outro lado, a prevenção geral, também chamada de social e indireta.^[7]

Neste sentido, destaca César Bittencourt: ^[8]

Lugar de criminoso é na cadeia. Disso ninguém tem dúvida. Mas será que todos aqueles que cometem crimes continuam bandidos à vida inteira? Difícil saber, principalmente num país onde o sistema penitenciário é caótico e onde centenas e centenas de pessoas não conseguem sair da prisão, permanecendo esquecidas em celas lotadas. Afinal, é fácil reclamar do aumento da violência e da demora das autoridades em resolver o problema da segurança, atualmente um dos que mais preocupam o cidadão brasileiro. Difícil é cada um fazer a sua parte.

2.4 O papel da sociedade

Temos visto ultimamente, por exemplo, que enquanto o banditismo, armado de metralhadoras e granadas deixa a população intimidada dentro de casa, já não podendo sair às ruas, a polícia persegue implacavelmente humildes lavradores, caçadores de passarinhos e gambás, e pescadores de sardinhas, homens honestos, pacíficos e desarmados. Essas pessoas são jogadas nos fundos das prisões ao lado dos piores marginais. Ficamos a imaginar a zombaria a que sujeitam, além de todas as demais humilhações, quando seus colegas de cativeiro perguntam: “O que você fez? Por que está preso?” Quando ele responde humildemente, que atirou num tatu, a prisão desaba em gargalhadas, concluindo os marginais: “Isso é para você aprender a não ser burro. Eu

estou aqui porque matei um homem e assaltei um banco”. Naturalmente este indivíduo que pela opressão das leis encontra-se preso, vai sair dali revoltado e pronto para só retornar àquele ambiente por “justa razão”. A prisão está fabricando assaltantes e marginais. Segundo, Augusto Thompson: [\[9\]](#)

O muro da prisão, física e simbolicamente, separa duas populações distintas: a sociedade livre e a comunidade daqueles que foram, por ela, rejeitados. A altura e espessura da barreira, a presença de soldados armados de metralhadoras, o portão pesado, com pequenas viseiras, cuja abertura exige uma operação complicada por várias medidas de segurança estão a demonstrar, inequivocamente, que os rejeitadores desejam muito pouco contado com os rejeitados. O uniforme destes, o estado de subordinação permanente, as trancas, os conferes, as revistas, lembra-os, a todo o instante, serem portadores de um estigma tão aparente e difícil de arrancar quanto o produzido pelo ferrete na rês.

Tudo é organizado de sorte a lhes propiciar a nítida e clara sensação de pertencerem a mais baixa camada social, em termos de status. A sociedade timbra em mostrar que os define não como sua parte subordinada, mas como uma classe moralmente inferior de pessoas, cuja manutenção representa um custo, objetos a serem manipulados, sem direito a emitir opinião acerca do modo por que isso será feito.

Intramuros, as construções retilíneas, simétricas, repetidas, de cores neutras, são insípidas, daquela insipidez típica dos hospitais das delegacias de polícias, dos asilos, das escolas, dos conventos, de que diferem, porém, marcadamente, quanto ao fundamento, uma vez que as prisões partem da premissa de fazer algo contra os desejos dos internos e contra seus interesses.

Em vista de tais condições, torna-se fácil compreender por que os internos de um estabelecimento carcerário alimentam uma ideologia hostil contra a administração, pois a posição de inferioridade atesta, agudamente, terem sido julgados desmerecedores de confiança pela sociedade, perante a qual perderam a reputação. Impedidos de exercer o papel econômico de macho, interditados de controlar os eventos de seu imediato ambiente sentem-se despojados de sua masculinidade.

Assimila consciente ou inconsciente, o ensinamento, transmitido de diversificadas e eficientes maneiras, de que o meio ambiente deve administrar por eles, ponto que é intangível e de difícil descrição, pois representa uma mudança sutil e diminuta da atitude percebida, normalmente, como axiomática. O controle, a que estão submetidos, pretende-se total e, dessa forma, abarca, indiscriminadamente, todos os internos, numa extensão o mais possível abrangente. Para obviar fugas, não bastam grades, muros, trancas, sentinelas, armas e a experiência comprova a assertiva. Isso justifica a tomada de uma série de medidas cautelares, destinadas a cortar cerce o perigo, o que impõe sejam coibidos mesmo atos aparentemente inofensivos. Por certo, a maior parte dos presos não intenta fugir, uma vez que, como também certifica a experiência, a barreira psicológica, constituída pela perspectiva de se tornar um homem caçado, é suficiente para desencorajar tal idéia.

Com certeza, as fugas, em geral, são raras e, por vezes, durante longos períodos não acontece nenhuma. Tais circunstâncias, todavia, são tidas por irrelevantes, no sentido de autorizar uma suavização na vigilância, porque apenas uma pequena parcela da massa quererá fugir, mas desconhece-se quem o deseja; as fugas ou tentativas de fuga incorrem todos os dias, mas não se sabe quando advirão. A mais aparente inocência pode ser tomada como um sintoma de próxima evasão.

Tudo isso fruto de uma política criminal errada, criminosa, injusta, implantada através de uma legislação penal irresponsável. O juízo jurídico colocado em prática pelo legislador funciona como um juízo de valor – não se limita a comprovar a existência das causas, mas valora-as, para fins de

repressão. O erro nesse juízo pode produzir efeitos contrários – em vez de extinguir ou pelo menos reduzir o crime, estimula-o, ou elimina um e cria outro.

No que se refere à prevenção geral, o quadro não é menos desanimador: aumenta a miséria, Uma coisa é certa, não havendo pena de morte, nem prisão perpétua, penas que execramos, fica a certeza de que o preso volta, mais cedo ou mais tarde seu comportamento, quando for liberado, será o reflexo do tratamento a que foi submetido enquanto preso, sob patrocínio do Estado e indiferença da sociedade. Vemos que pouco poderemos esperar desses que retornarão, pois o sistema é extremamente cruel, impingindo gravames muito superiores aos legais, facilitando a ilegalidade do tratamento degradante, aniquilando a essência da criatura humana que existe dentro de cada um de nós.

Dessa forma, em face de ausência de perspectivas a curtos e médios prazos para solução dos problemas advindos do sistema prisional, que pelo menos possa minimizar os efeitos degradantes do cárcere, na esperança, ainda acesa, de que o homem pode ser recuperado, mas jamais num sistema prisional como o nosso! Amontoam-se milhares e milhões de pessoas em mocambos e favelas, num ambiente promíscuo, propício para o surgimento do crime, de criminosos e de quadrilha de bandidos. A máquina administrativa do Estado funciona precariamente, inteiramente desaparelhada para enfrentar o elevado surto de criminalidade. O Estado pode-se dizer, mostra-se até mesmo impotente. O crime campeia de norte a sul, em certas regiões sobrepondo-se ao próprio Estado. Ora age irresponsavelmente em atitudes isoladas, ora desafiadoramente com organização (crime organizado).

2.5 A política criminal e as penas rigorosas

A ideia surgiu na Constituição de 1988, que, ao lado de maiores garantias ao criminoso, introduziu a figura exótica dos chamados crimes hediondos. Valeria como uma espécie de recado: “Estamos te dando

inúmeros novos direitos e te fazendo diversas concessões, mas não cometas crimes hediondos”. Não há dúvida de que a Política Criminal deve examinar a realidade do Direito Penal existente e promover sua melhora, sugerindo outras medidas de prevenção ao crime, ou de combate. Tudo isso, entretanto, tem que se basear em considerações causais do crime.

Já está provado que, junto às origens do crime, atuam circunstâncias e motivos consideráveis, que o Direito Penal não pode alterar. A prevenção geral, de maneira completa e eficaz, é inalcançável através do Direito Penal. Realmente, não deixou de causar certo espanto nos meios jurídicos quando a Constituição, após demonstrar obsessiva preocupação em cercar os criminosos das mais amplas tutelas, insculpiu taxativamente que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitem” (Constituição, art. 5º, XLIII).

O curioso já começava com a expressão “crimes hediondos”, que nunca foi utilizada em linguagem jurídica, forense, legal, penal, nem sequer popular, pelo menos em nosso país. Segundo o dicionário, hediondo é “o que provoca repulsão, repugnante, horrível, que cheira mal”. Não é palavra comum.

Após certo período de perplexidade, porque se tratava, inegavelmente, de conceito eminentemente subjetivo, finalmente, no dorso de rumorosos seqüestro ocorridos no Rio e São Paulo, o Congresso Nacional deu à luz a Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, publicada no do no dia 26, definido, através do direito objetivo, a estranha novidade constitucional. Mas, além dessas condutas tipificadas no Código Penal, o legislador incluiu no rol dos crimes hediondos o crime de “genocídio”, constante da Lei n.º 2.889, de 1º de outubro de 1956.

O fato de serem enquadrados como “hediondos” gera para os autores desses crimes as seguintes consequências jurídico-penais :[\[10\]](#)

a) ficam sem direito a anistia, graça e indulto. Ou seja, foram tirados deles direitos que nunca possuíram.

A anistia, em nosso país, tem-se limitado, tradicionalmente, aos crimes políticos ou conexos com os mesmos. A graça é um instituto que, pode-se dizer, caiu em desuso: ou nunca é usado, ou usado excepcionalmente;

b) perderam direito à fiança e à liberdade provisória.

Vale acentuar, a propósito, que em nossa legislação processual penal a fiança nunca foi um direito objetivo, mas sim meramente subjetivo. Tanto assim que, se o Código de Processo Penal cria, por um lado, o direito de fiança, por outro lado, no art. 324, retira esse direito, ou coloca-o à discricção da autoridade, ou seja, sujeito a critérios de caráter subjetivo, quando diz taxativamente que não será concedida fiança “quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva” (art. 324, IV).

Nessas condições, como se vê, a diferença, na nossa legislação, entre crime afiançável e inafiançável consiste em que, muito embora em ambos a libertação do acusado esteja sujeita à discricção do juiz, na hipótese do crime afiançável terá que desembolsar o valor da fiança, enquanto na do crime inafiançável não pagará nada: será solto sumariamente, independentemente de qualquer pagamento. É fácil compreender-se que se estabeleceu, aí, clamorosa injustiça, em detrimento dos acusados de crimes leves e afiançáveis. E, o que é mais extravagante ainda, esta Lei, por ser posterior, veio revogar o art. 35 da Lei n.º 6.369/76 (Lei Antitóxicos), que dispunha expressamente. “O réu

condenado por infração dos arts. 12 e 13 desta Lei não poderão apelar sem recolher-se à prisão”.^[11] Onde a lei nova, para apresentar mais rigor, é no art. 6º, quando aumenta as penas dos aludidos crimes hediondos, e no § 3º do art. 2º, quando alarga o prazo da prisão temporária para trinta dias, prorrogáveis por mais trinta dias “em caso de extrema e comprovada necessidade”. Finalmente, num atentado a penologia moderna e a todos os princípios constantes na Lei de Execuções Penais em vigor, o legislativo veio fixar que “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”. (art. 2º, § 1º)

É sabido que o sistema penal é progressivo. O condenado, através do seu comportamento carcerário, vai evoluindo gradativamente e com isso conquistando novo regime. Avança passo a passo. Se por acaso piorar, retorna ao ponto de partida ou a uma fase anterior. Dentro dessa filosofia penal, que vem sendo implantada há séculos em todo o mundo civilizado, fazer-se com que um condenado permaneça estacionado, durante todo o cumprimento de sua pena, no regime fechado, significava verdadeira aberração. Isso, gerando o desespero e a desesperança, como não poderia deixar de acontecer, vem ocasionando revoltas e insurreições nas penitenciárias.^[12]

Como o livramento condicional é a última etapa da progressão na vida carcerária antes da extinção da pena, fica difícil supor-se que o condenado vá passar diretamente do regime fechado para a liberdade condicional sem percorrer, antes, as fases intermediárias. Onde, entretanto, a Lei nº 8.072/90 se mostra realista, pragmática e norteadas por saudáveis princípios de Política Criminal, é quando preceitua no artigo 3º que:^[13]

A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou a incolumidade pública.

Concluindo, podemos dizer que interferem no campo do Direito Penal todos os três Poderes do Estado: o legislativo, que faz as leis penais, selecionando os tipos, dizendo o que é crime e o que não é, fixado as respectivas penas; o judiciário, que aplica essas leis aos fatos concretos; e, finalmente, o Executivo, que zela pela observância e execução das leis, mantendo e administrando os estabelecimentos prisionais.

E não se pode deixar de reconhecer que o Estado, através da atuação desses Três Poderes, acha-se perplexo, indiferente, e talvez até mesmo impotente diante da realidade com que nos deparamos na área do Direito Penal.[\[14\]](#)

O Legislativo elaborando leis penais imperfeitas, confusas e que só servem para estimular o crime; o judiciário, com poucos juizes, desaparelhado, lidando com um Código de Processo que ainda data de 1941; e o Executivo que ao invés de utilizar os instrumentos policiais para a prevenção e repressão ao crime (suas finalidades básicas), serve-se deles para praticar crimes às mancheias que estarrecem até mesmo a consciência mundial.

Por isso, esses elevados propósitos de combate à criminalidade, de quando em vez anunciados e proclamados aos quatro ventos de HEINE, em que traduz a realidade deste tema, pois “Conheço a forma, conheço o texto e sei quais foram os que o escreveram. E sei que em segredo bebiam vinho, e em público louvavam as virtudes da água.”[\[15\]](#)

3 CRIME ORGANIZADO

3.1 Origem e desenvolvimento do crime organizado

Segundo Percival de Souza, em uma das suas obras, a realidade do enfrentamento da criminalidade versus sociedade, quando diz que para enfrentar o crime organizado, o “polvo da modernidade”, que possuem estrutura, base, ramificações, poder e agilidade, exige-se no mínimo organização para enfrentá-los.

O autor diz que diminuir a pesada carroça brasileira não é apenas “esvaziar prisões, premiar a delinquência, institucionalizar a impunidade, prevalecer situações factuais em detrimento de uma escala ética de valores”. [16] Há de se frisar, após relevantes apanhados em artigos publicados, que o crime organizado vem trançando ao longo da história um discurso antigo, cujo fundo, traz diversas denominações de inimigos interno ao sistema, como organização criminosas. Foi assim, no Novo Testamento, onde os Sacerdotes do Templo alegavam que a Doutrina de Cristo era uma grande ameaça, “um herege”; No Brasil Colônia os inimigos internos eram os libertadores, Tiradentes como líder, contra a coroa; Os Judeus, que resultou o “Holocausto”; No período das ditaduras militares do Brasil, Argentina e Chile, como resultado prisões, torturas e assassinato em massa, Hoje, as ossadas descobertas no Brasil, as mães da *Plaza de Mayo* na Argentina e o processo contra Pinochet no Chile mostram onde estava o crime organizado – ou quem eram os verdadeiros criminosos. [17] A determinação da origem da criminalidade organizada não é tarefa muito simples, pois há muito se fala sobre o crime organizado desde fóruns locais até grandes encontros internacionais. Assim, figurando-se entre as mais antigas dessas organizações, em 1644, surgiu na China às primeiras organizações criminosas, que denominam na época como “Tríades Chinesas”, estabelecidas inicialmente como movimento popular para expulsar os invasores do Império Ming. No entanto, com alguns avanços, os ideais foram deixado de lado, e a motivação política a as ambições relativas às ações criminosas com fins lucrativos tornou-se indistinguível, passando a explorar (fabricar e comercializar o ópio) a heroína. [18]

Na Itália, onde se realizou a *Operazione Mani Pulite*,^[19] cenário de grandes revelações cênicas, configurou-se a organização modernamente conhecida de “Máfia”, que teve início com o movimento de resistência contra o Rei de Nápoles. Ganhou sua estrutura através das “famílias”, que se pautavam pela manutenção da honra, fidelidade, amizade e respeito aos vínculos sanguíneos, nas relações internas entre seus membros, delimitando territórios de ação, dividindo, assim, a Itália entre elas.^[20]

Na década de 20, no momento que instituiu a “Lei Seca”, o crime organizado começa a ganhar força, contrapondo a história, que diz ser, a presença da “Máfia” nos Estados Unidos da América por volta de 1890, em New Orleans, que deu início nesse período a organização criminosa, através de uma guerra travada entre duas famílias, os Matrangas e os Provenzanos.^[21]

A organização criminosa *Vor v zakone* iniciou suas atividades na Rússia, no final do século XIX, porém, sofreu forte repressão durante a Revolução Russa e somente retomou as atividades com a morte de Stalin, ocorrida em 1953.^[22] No Brasil, já no início do século XX, surge o “Jogo do Bicho” como primeiro modelo de atividade criminosa organizada. Recentemente, as organizações criminosas mais conhecidas são o Comando Vermelho do Rio de Janeiro e o Primeiro Comando da Capital em São Paulo, que se destacam pelo uso da violência. ^[23]

Outras organizações, que não fazem uso de ações violentas, porém, desviam milhares de recursos públicos e sonegam tributos, também constituem um verdadeiro câncer da Nação Brasileira (do que são exemplos, as máfias envolvendo servidores públicos e particulares contra o Instituto Nacional do Seguro Social, o mensalão para membros do Legislativo, as vendas de sentenças judiciais, o superfaturamento de obras públicas, etc.)^[24]

O que se pode observar, é que estudando a História da humanidade, verifica-se dentro do contexto de desenvolvimento de cada

época, que o crime organizado não é fruto gerado nos dias de hoje. Em clima de medo, o povo brasileiro assiste cada vez mais estarecido, o crime organizado agir com crescente audácia, desafiando e enfrentando ostensivamente as Forças Policiais. Recentemente, até mesmo atentados com bombas e granadas, tendo como alvos Órgãos Policiais, foram perpetrados por integrantes de organizações criminosas, visando a intimidá-los para que não cumpram suas obrigações de proporcionar segurança à população.

Cumpramos examinar, preliminarmente, a complexidade existente quanto à origem das organizações criminosas, face às diferenças circunstanciais apresentadas por cada país. Conforme ensinamentos de Eduardo Araújo da Silva:[\[25\]](#)

[...] No Reino Unido e na Espanha, por exemplo, a existência de uma regulamentação sobre o consumo de drogas, o jogo e a prostituição faz com que os grupos organizados sejam de caráter distinto dos existentes no Japão, onde as organizações que se dedicam ao controle do vício e da extorsão têm uma grande proeminência. Em muitos países do Terceiro Mundo, além da exploração da droga, o crime organizado se dedica à corrupção de funcionários públicos e políticos.

Algumas organizações, como as Máfias italianas, a Yakuza japonesa e as Tríades chinesas apresentam traços comuns, uma vez que surgiram no início do século XVI como uma maneira de defesa contra os abusos cometidos por aqueles que detinham o poder. No Brasil a associação criminosa derivou do movimento conhecido como cangaço, cuja atuação deu-se no sertão do Nordeste, durante os séculos XIX e XX (1897 - 1938). “Os cangaceiros passaram a atuar dedicando-se a saquear fazendas, pequenas cidades, extorquindo dinheiro mediante ameaças e contavam com a colaboração de pessoas importantes que lhes forneciam armas e munições.”[\[26\]](#)

Para entender a situação e identificar a origem dessa real falta de vontade política, há necessidade de voltar-se a um passado não muito distante – final da década de 60 e grande parte da década de 70 – de triste memória para todos os homens de bem deste País, quando a prática de atentados a bomba, assaltos a bancos, assassinatos, seqüestros de autoridades e de aviões comerciais era prática comum em quase todas as organizações que, naquele período, tentavam implantar o comunismo em nosso País. Muitos daqueles terroristas foram presos. Na prisão, repassaram para seus companheiros de celas, criminosos de toda ordem, os procedimentos e técnicas que haviam aprendido em cursos de guerrilha urbana e rural, realizados principalmente em Cuba e na China. Aqueles criminosos fizeram escola e hoje temos o crime organizado empregando aqueles ensinamentos.

Cumprе assinalar que nas décadas de 70 e 80 organizações criminosas surgiram nas penitenciárias da cidade do Rio de Janeiro, como a “Falange Vermelha” formada 22 por quadrilhas especializadas em roubos a bancos e o “Comando Vermelho” comandado por líderes do tráfico de entorpecentes. “Em meados da década de 90 surgiu à organização criminosa denominada PCC – Primeiro Comando da Capital.”[\[27\]](#)

O PCC patrocina rebeliões e resgates de presos, rouba bancos e carros de transporte de valores, pratica extorsão mediante seqüestro e tráfico de entorpecentes, possui conexões internacionais e assassinam membros de facções rivais, tanto dentro como fora dos presídios.[\[28\]](#) Ademais, dois grandes fatores contribuíram para o surgimento e desenvolvimento do crime organizado: a abertura da economia brasileira e a globalização. Estes fatores facilitaram o contrabando de armas, drogas, produtos piratas e, principalmente, a movimentação de recursos financeiros.

3.2 Conceito de Crime Organizado

Como visto acima, há mais de dois séculos que as sociedades democráticas convivem com o crime organizado, sob a égide de normas livres e aceita que as ameaçam de ruínas pelos “senhores do crime”. “Os cartéis do crime constituem o estágio supremo e a própria essência do modo de produção capitalista”, pois se fortalecem diante a deficiência imunológica dos dirigentes dessa sociedade.[\[29\]](#)

A construção do conceito do que é crime organizado não é fácil. Inexiste no Brasil uma definição legal que dê limites precisos ao termo. Não existe um consenso sobre a conceituação de crime organizado; surge aí, já, a primeira dificuldade no trato da questão. A Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, dispõe sobre a “a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”.[\[30\]](#)

Porém, não estabelece o que seja crime organizado; daí, juridicamente falando, não determina do que se trata. O artigo 1º da Lei, em sua redação original, mencionava “crime resultante de ações de quadrilha ou bando”, surgindo daí o entendimento errôneo de crime organizado como crimes que resultam de ações cometidas por quadrilha ou bando. Com a nova redação dada pela Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, o artigo 1º da Lei 9.034, passou a definir e regular os “meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.” (DJI, on-line). Com essa redação, ficou determinado o alcance da lei sobre os ilícitos decorrentes de: (a) quadrilha ou bando; (b) organização criminosa; e, (c) associação criminosa.

Embora criticada por alguns, a ausência de conceituação também tem seus defensores que acreditam, desta forma, não estabelecer limitação para a abrangência que a lei pode estabelecer, nem tornar por demais elástica a conceituação. Cabe, então, averiguar as definições oferecidas por inúmeros estudiosos do assunto. Com o mesmo pensamento, Manoel López Rey, conceitua a organização criminosa denominada norte-americana-italiana, como uma organização bastante

rígida, uma certa continuidade ‘dinástica’, pelo afã de respeitabilidade de seus dirigentes, severa disciplina interna, lutas internas pelo poder, métodos poucos piedosos de castigo, extensa utilização da corrupção política e policial, ocupação tanto em atividades lícitas como ilícitas, simpatia de alguns setores eleitorais, distribuição geográfica por zonas, enormes lucros e outras características. [\[31\]](#)

Segundo Winfried Hassemer, a criminalidade organizada não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção da legislatura, da Magistratura, do Ministério Público, da polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade. [...] é uma criminalidade difusa que se caracteriza pela ausência de vítimas individuais, pela pouca visibilidade dos danos causados bem como por um novo *modus operandi* (profissionalidade, divisão de tarefas, participação de ‘gente insuspeita’, métodos sofisticados etc.). Ainda mais preocupante, para muitos, é fruto de uma escolha individual e integra certas culturas. [\[32\]](#)

Para Alberto Silva Franco (1994, p. 34), o crime organizado “possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações”. Detém, também, um grande poder baseado em uma estratégia global e em uma estrutura organizativa capaz de utilizar as fraquezas estruturais do sistema penal. [\[33\]](#)

Além disso, provoca danos sociais de alto vulto; tem grande força de expansão, compreendendo uma gama de condutas inflacionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinqüências e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exhibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os poderes do próprio Estado. [\[34\]](#)

Diante das opiniões citadas, é possível afirmar que a definição de crime organizado pode variar de acordo com o ponto de vista daquele que o estuda. São mantidas, contudo, as principais características e a identidade quanto aos aspectos criminológicos dessas organizações. Luiz Flávio Gomes, o mais destacado brasileiro no estudo da questão, em minuciosa definição, sugere que entenda-se por crime organizado, aquele que abrange a quadrilha ou bando, associações criminosas e todos os ilícitos delas decorrentes, reunindo ao menos três das seguintes características: previsão de acumulação de riqueza indevida; hierarquia estrutural, planejamento empresarial; uso de meios tecnológicos sofisticados; recrutamento de pessoas; divisão funcional das atividades; conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agentes do poder público; ampla oferta de prestações sociais; divisão territorial das atividades ilícitas; alto poder de intimidação; real capacidade para a fraude difusa; conexão local, regional, nacional ou internacional com outras organizações criminosas.^[35]

Por sua vez, Abel Fernandes Gomes pergunta o que entender por crime organizado? Se o crime organizado é uma forma de atividade que obedece fielmente às leis de mercado, funcionando nos moldes empresariais, explora o crime na busca do lucro como se fosse uma atividade lícita, comercializando o que é proibido, investiga, se é o comércio de produtos que geram lucros exorbitantes, enriquecendo as organizações?^[36]

Verifica-se uma criminalidade cada vez mais organizada, especializando no planejamento e profissionalismo de seus integrantes. Mais rica, violenta, ameaçadora e com estrutura empresarial. Na criminalidade organizada tudo é muito diferente quanto à ocorrência do fato delituoso. A polícia sequer é comunicada da ocorrência do fato, e quando é, depara com um sujeito ativo, que age via empresa criminosa estruturalmente edificada, encontrando-se no topo da pirâmide os todopoderosos mandantes que dificilmente serão alcançados pela repressão, simplesmente porque são desconhecidos.

A atuação do crime organizado expande-se na esfera interna graças à redução das distâncias e na esfera externa, seja pelos meios de transportes, seja pelos meios de comunicação e fazendo uso do que há de mais moderno e sofisticado em termos de tecnologia e a expansão geográfica, que passou a ser um dos principais objeto para a criminalidade.

Nesse sentido, ratifica severamente Peter Albrecht, que a “*resposta penal* contra o crime organizado se situa no *planosimbólico*”, como espécie de satisfação retórica à opinião pública mediante estigmatização oficial do crime organizado. O que o autor quis dizer, o conceito de crime organizado funciona como *discurso encobridor* da incapacidade política de reformas democráticas dos governos locais: a *incompetência política* em face de problemas comunitários estruturais de emprego, habitação, escolarização, saúde etc., seria compensada pela demonstração de *competência administrativa* na luta contra o crime organizado.[\[37\]](#)

Com o tom de repudia, Saint-Just escreve: “Entre o povo e seus inimigos, nada há em comum, nada além da espada, pois hoje nas democracias ocidentais, a espada perdeu o fio, isso porque, o crime organizado avança e sua vitória sobre os povos delinea-se no horizonte” [\[38\]](#) Conclui-se que as organizações criminosas vêm ganhando caráter de multinacionais do crime, estendendo-se por todo o mundo e aprofundando o processo de cooperação entre as organizações ilícitas, de modo a maximizar os lucros. Essas organizações cada vez mais buscam infiltrar na estrutura do poder estatal, deixando a simples corrupção num segundo plano e tentando colocar seus homens na estrutura do Estado, de modo a influenciar nas decisões políticas administrativas e, assim, ampliar suas possibilidades de lucro e ao mesmo tempo reduzir a repressão de suas atividades, daí o trinômio “cooperação, coordenação e controle”, que, associado ao quarto elemento, à inteligência, pode conduzir à neutralização das ações criminosas. [\[39\]](#)

4 TERRORISMO

Como iniciamos o discurso, em geral o capitalismo tem sido visto como marco do progresso, do desenvolvimento da sociedade contemporânea e democratização da cidadania. Por outro lado, também tem sido visto como o limite da intolerância, do declínio da coletividade e predomínio para a tirania e a barbárie.[\[40\]](#)

Os atos de terrorismo são caracterizados pela forma de agir, onde cria um cenário de expectativa e surpresa a seus alvos, pois tem o objetivo de propagar do terror, a guerra psicológica e os atentados, utilizando os boatos como forma de manipulação da opinião pública, e por isso que se pode afirmar que “Estado e terror, política e organizações criminosas se completam, se justificam na cultura do medo e da violência”. [\[41\]](#)

Retrata bem o assunto, o antropólogo René Girard quando diz que os traços da violência sempre estiveram presentes, tanto nos contextos histórico do modelo de Estado e de sociedade, como na natureza humana. Isso indica que os fatores sociais têm certa ascendência que estimulam a propagação da violência na vida e nas relações humanas, cujos moldes são inerentes ao próprio homem. [\[42\]](#)

A respeito desta questão afirma ainda Osvaldo Bastos que:[\[43\]](#)

A violência racionalizada e institucionalizada em todos os seus tipos, níveis e manifestações, ajuda a manter a conjunção entre Estado moderno e o sistema capitalista mesmo que reflita o esgotamento do modelo e de um momento de civilização. Entretanto, enquanto ofegantemente resiste aos *germes da sua própria destruição* importa para o sistema, nesta forma de sociedade vigente, que as pessoas pensem que podem reagir ou que suas reações mudaram ou mudarão a substância de alguma coisa.

Assim, após trazer o conceito de crime organizado, onde não foi uma tarefa fácil, como revela diversos especialistas no assunto, imperioso também conceituar, o terrorismo, bem como trazer suas modalidades para que os espectadores possa atender a proposta da pesquisa, que é de identificar, e posterior, afirmar que os atos de terrorismo configuram crime organizado, e, na sequência analisar se o PCC, Primeiro Comando da Capital é Grupo Terrorista.

4.1 Origem e desenvolvimento do terrorismo

Contextualizar sobre a origem do terrorismo, também não é tarefa fácil, pois com base nas pesquisas bibliográficas e documentais já publicadas, perceberam-se alguns pontos divergentes a que venha afirmar sobre o assunto. Assim, parte-se precipuamente que, os atos de terrorismo deram inícios no século I, d. C., com os ataques dos judeus, os *sicários*, contra os próprios judeus que eram a favor do domínio Romano e no século XI, d. C., com a seita mulçumana que praticava o extermínio contra o Oriente Médio.

Desta forma prolonga-se até o século XIX com o terrorismo moderno, em que os grupos anarquistas lutavam por uma sociedade sem Estado, pois seu principal inimigo era o chefe de Governo. Já no Século XX, passaram a dar enfoque ao terrorismo como forma de luta pela causa, surgindo assim novos grupos, que deram inicio a vários atos terrorista em diversos países, como: os separatista bascos na Espanha; os curdos na Turquia e Iraque, os mulçumanos na Caxemira e as organizações paramilitares racista do EUA, como exemplo mais grave nessa época, foi o ataque de Timothy James Mcveigh, que assassinou 168 pessoas em Oklahoma.[\[44\]](#)

Com o desenvolvimento da tecnologia a globalização, nos finais do século XX, ações terrorista ganha mais alcance de poder e seus participantes ficaram conhecidos como guerrilheiros marxistas, terrorismo revolucionário, sendo este um dos quatro formados no inicio do século XXI, seguido pelo terrorismo nacionalista, que visava um novo

Estado Nação, dentro de um já existente; o terrorismo de Estado, cujas praticas eram contra a própria população e contra a população estrangeira, na primeira temos como exemplo a ditadura de Pinochet no Chile, em seguida o “xenobismo”.[45]

Assim, transcreve Fierro alguns parágrafos da Academia Nacional de Direito e Ciências Sociais de Buenos Aires, realizada em 1986:[46]

El fenómeno terrorista se ha tipificado en las últimas décadas con caracteres que lo diferencian del conocido como tal durante el siglo XIX y a comienzos del presente. La concepción anterior atacaba testas coronadas o altos gobernantes, pero cuando el tentado derivaba por azar en la muerte de algún inocente, ello era un fin no querido por los propios agresores que tenían objetivos precisos e individualizados. En cambio, el terrorismo en nuestra época tiene otra caracterización en sus designios y en la metodología que aplica para imponerlos. En efecto, el impacto de la violencia sobre la población está ligado al progreso de las comunicaciones y a los medios de información. La radio y la televisión son instrumentos de divulgación tanto de lo bueno como de lo malo. La aceleración de la violencia ha alcanzado particular gravedad en la sociedad contemporánea, en razón de la complejidad técnica de ésta y de su fragilidad espiritual. Hoy nadie puede considerarse exento de riesgo frente a la violencia indiscriminada del accionar terrorista... Es en las últimas décadas cuando el terrorismo internacional aparece como una realidad creciente y angustiosa

Finalmente, chega-se ao ponto crucial da pesquisa, o terrorismo de organizações criminosas que são atos praticados por fins econômicos e religiosos. Como dito logo acima, o terrorismo vem tomando proporção assustadora para a sociedade, e porque não dizer vem sido visto como principal ameaça à humanidade, pela impossibilidade de controle e a imprevisibilidade de seus atos, passando alvo de obrigatórios debates nas relações internacionais.

Essa modalidade da criminalidade, adquirir grande enfoque no início deste século XXI, onde diversos grupos espalhados pelo mundo utilizam o terrorismo como estratégias de luta pela causa, não sendo este aqui o nosso objeto de estudo, pois trataremos especificamente dos atos de terrorismo cometidos pelas facções criminosas do Primeiro Comando da Capital-PCC. Não deixa de ser uma Guerra contra o Estado, como elucida Edson Paseti, afirmando que: [\[47\]](#)

Foi durante os períodos conservadores e de obrigatório refluxo de forças revolucionárias ou emancipadoras que, no século XIX, aconteceram os aparecimentos das ações terroristas por meio de jovens insurgentes apertados ou articulados em organizações políticas alvejando o Estado. Estas ações terroristas contra o Estado se diferenciavam não somente porque os anarquistas pretendiam a abolição do Estado e não a sua ocupação, como objetivavam os socialistas e os comunistas, mas principalmente por eles evitarem a conspiração articulada a partir de uma sociedade secreta. O terrorismo anarquista foi individualista, pessoal e de propaganda pela ação. Atuou voltado para o regicídio e o assassinato de eminentes pessoas públicas ou privadas da sociedade, e seria abjurado tanto por Proudhon, que o desconheceu, como por

influentes pensadores anarquistas, como Piotr Kropotkin e Errico Malatesta [...]

O autor deixa evidente que o terrorismo entre os anarquistas ficou associado a práticas de indivíduos insurgentes que, diante do insuportável se lançaram como máquinas de guerra contra a ordem burguesa e o Estado, criando, por meio do regicídio ou de ataques com explosivos a espaços públicos privatizados, fábricas e escritórios, uma propaganda pela ação que pretendia difundir a confiança na explosão de autoridades e arquiteturas, como eficaz meio para abolir o Estado.[\[48\]](#)

Pondera Jonas Lima que:[\[49\]](#)

Apesar da natureza do fenômeno estar bem percebida por todos, quanto a violência, intimidação, tortura psicológica e vítimas inocentes e etc., não é de se estranhar que a comunidade internacional ainda não tenha conseguido encontrar uma única definição legal para o terrorismo. Pois de fato estamos na presença de um fenômeno multifacetado, com diversos fatores envolvidos, políticos, legais, psicológicos, filosóficos, históricos e técnicos.

O autor quis dizer que, mesmo que tentássemos entender o que levaria um grupo de pessoas racionais a matar milhões de outras, não chegaríamos perto de decifrar a crueldade humana, seja qual a for a causa. Com isso, enfatiza José Manuel Barros traduzindo essa calamidade, como “abri-se as portas do inferno”, o autor associa o terrorismo como mais alto nível de crueldade acumulada à criminalidade, quando relata atos de requintes cometidos por grupos terroristas, como: explosão, peste, corpos carbonizados, fanatismo religiosos, contaminação, homens bombas, isto, sem saber quais desses seriam o mais chocante, até se esbarrar no atentado a Nova York, as Torres Gêmeas, que deixou o mundo sob os efeitos do terror. Daí, o crescente recrudescimento devido às contradições

e rivalidade política do mundo moderno, dos atentados a bomba, a sofisticação das técnicas e absoluta impunidade, iniciaram os intermináveis questionamentos, o que é o terrorismo? se este ato é crime político?. Neste sentido, o mesmo autor se manifesta aduzindo que:[\[50\]](#)

Há uma tendência no sentido de alinhá-lo como modalidade de crime comum e outra de equipará-lo ao crime político. Enquanto a tendência dominante é de enquadrar o terrorismo no âmbito da criminalidade comum, no Brasil ele pertence ao rol dos crimes contemplados pela lei de Segurança Nacional, portanto, são necessariamente crimes políticos. Isso se deve ao fato de que, assim sendo, o governo militar, que se considerem estado de guerra permanente, melhor possa exercitar o seu aparato repressivo, com todas as modalidades de violências que conhecemos e isso quando lhe covem. No combate ao terrorismo cria-se um clima de fazer inveja até mesmo a Kafka, onde a polícia e a repressão saem a procura de si mesmo.

Com isso, assevera Michel Misse, pois o que se ver em todo um mundo social é uma realidade fora de mira, cheia de complicações, justamente nessas tramas urbanas feitas nas dobraduras do formal e informal, do legal e ilegal, sendo estes a chave para o entendimento da violência associada aos mercados ilícitos, em particular o tráfico de drogas. Prossegue informando que aí está as “ligações perigosas”, relações de poder articuladas no pesado jogo da compra de proteção e extorsão policial, o chamado mercado de proteção, que se alimenta das políticas da criminalização, parasita os primeiros e detona episódios contínuos de violência que, muito frequentemente, assumem formas extremadas e devastadoras.[\[51\]](#)

Nesse descompasso, observa-se que o terrorismo deixou de ser apenas um instrumento excepcional de luta a favor ou contra o Poder para transformar-se num “fim em si mesmo, em uma manifestação apocalíptica, às vezes solitária e publicitária”.^[52] Mas, o que se nota é que o fenômeno terrorista, independente da causa, se é individual ou de massa, contra o favor do aparelho estatal, é sempre posto em prática em nome do “povo”, ou em nome da “raça” ou de “Deus”, caracterizando desta forma, uma convocação dissimulada de seus valores, como poderá observar no anexo, com as ações terroristas do PCC, quando o grupo ataca por motivo topem, quatro (4) delegados, oito (8) policiais e juizes na cidade de São José, São Paulo.

Isso reflete na atualidade como um “câncer”, em metástase, alcançando todas as camadas sociais, onde o homem mostra seu lado mais cruel e a capacidade de destruir transmite, ao mesmo tempo, uma sensação de poder pessoal. Essas ações estão descritas nos atos de violência contra o próprio cidadão de bem, quando o PCC, ordenou os incêndios a ônibus em represaria ao Estado, porque transferiu os maiores traficantes para o presídio de segurança máxima.

4.2 Conceito de terrorismo

Da forma etimológica, conceitua-se terrorismo o modo de coagir, ameaçar ou influenciar outras pessoas, ou de impor-lhes a vontade pelo uso sistemático do terror, cujas variáveis se depreendem para o sistema político, psicológico e econômico, tendo como o mais real o terrorismo social, sendo este o mais temido pelas famílias brasileiras, que reflete pavor, medo, angustia e receio de uma guerra civil estalada.

No Brasil, o terrorismo não é reconhecido como a luta pela causa e nem é visto como herdeiros do fanatismo islâmico, porque enfrentamos outro contexto de guerra, seja no tráfico de drogas e armas, bem como na briga do poder maquiado de poder político. Isso implica dizer, que o terrorismo cometido no Brasil é reconhecido por alguns especialistas como a mais temida guerra, muito mais do que a guerra Islâmica, ou de

qualquer outra guerra terrorista. Na literatura internacional, podemos facilmente encontrar conceitos ou referências sobre terrorismo em estudos de psicologia, sociologia, antropologia, política e criminologia. Porém, sob o ponto de vista jurídico penal, a questão torna-se complexa, pois os delitos normalmente se definem tomando como referência um bem jurídico lesionado, o que no caso em questão é múltiplo.

Na visão da ONU, o terrorismo é considerado um crime comum e não de natureza política fato que não admite o asilo, mas sim a extradição. Por estes motivos juristas utilizam-se de vários elementos como o grau de violência empregado, os meios utilizados, o resultado e a finalidade para diferenciá-lo de outros delitos.

Existem algumas definições sobre terrorismo no ordenamento jurídico de diversos países, as quais guardam semelhanças, conforme veremos a seguir. O Código Penal francês, em seus art. 421-1 e 2 assim o define:

São atos individuais ou coletivos dolosamente praticados com o objetivo de perturbar gravemente a ordem pública por intimidação ou terror, como o atentado à vida, à integridade física, o rapto, o seqüestro de pessoas, de aviões, de navios, e de outros meios de transporte, roubo, extorsão, destruição, degradação deteriorização de bens, além da introdução na atmosfera, no solo, subsolo, na água e mar territorial de uma substância de forma a colocar em perigo a saúde do homem e dos animais ou o meio natural.

Na Inglaterra, a Lei de Prevenção ao Terrorismo (1989) o considera como sendo “o uso da violência para fins políticos e inclui qualquer uso da violência com o propósito de impor medo no público ou em parcela dele”. Já a Constituição Espanhola o define como uma atividade sistemática, reiterada e freqüentemente indiscriminada, que importa em perigo efetivo para a vida e a integridade das pessoas e para a subsistência da ordem democrático-social. No Dicionário da Real Academia Espanhola a definição está relacionada à dominação pelo terror, por meio de uma sucessão de atos de violência executados para infundi-lo na população.

Ressaltam Antonio Alberto do Vale Cerqueira e Priscilla de Almeida Antunes, que:[\[53\]](#)

O terrorismo era então utilizado por grupamentos políticos como um meio de ação cujo objetivo era derrubar o poder vigente em um determinado país. Tanto o terrorismo revolucionário, quanto o terrorismo utilizado pelos anarquistas e niilistas, atentavam exclusivamente para a ordem interna do Estado no qual atuavam. Na realidade, o terrorismo internacional só apareceu recentemente, no período entre as duas grandes guerras.

A União Européia (UE) apresenta um conceito mais amplo afirmando que terrorismo é todo ato intencional, portanto doloso, que por sua natureza ou contexto, podem atingir gravemente um país ou uma organização internacional quando; o autor comete o ato com o fim de intimidar gravemente uma população, a ação cometida obriga indubitavelmente os poderes públicos ou uma organização internacional a realizar um ato ou a abster-se de fazê-lo e se desestabiliza ou destrói as estruturas políticas fundamentais, constitucionais e econômicas ou sociais de um país ou organização internacional.

Nos EUA é definido como sendo uma violência criminosa com o propósito de intimidar e coagir a população civil, influir em políticas do

governo por intimidações e coerções e, afetar a conduta do governo por meio de assassinatos e seqüestros. Para Holms e Burke (1994) membros do Federal Bureau of Investigation (FBI) terrorismo é o uso ilegal da força ou violência, física ou psicológica, contra pessoas ou propriedades com o propósito de intimidar ou coagir um governo, a população civil ou um segmento da sociedade, a fim de alcançar objetivos políticos ou sociais. A Constituição Federal de 1988 inovou quanto ao tema da segurança nacional e previu o terrorismo limpidamente no Título I (Dos Princípios Fundamentais), em seu artigo 4º, VIII. O legislado constituinte, também traz de forma explícita o terrorismo no artigo 5º, XLIII, que diz:[\[54\]](#)

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:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Da mesma forma procede ao inciso XLIV, pois considera as ações atentatórias a ordem constitucional e o Estado Democrático, se praticadas por grupos armados civis ou militares, insuscetíveis de fiança e prescrição penal, conforme preceitua:

Art. 5º - [...]

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado

Democrático; (original não grifado). Pela interpretação da norma acima transcrita, a ação de tais grupos pode ostentar característica do delito de terrorismo. Em outros dispositivos constitucionais é possível encontrar peculiaridades do fenômeno no que dizem respeito a finalidade de sua associação.

Assim, podemos verificar, que o uso de meios agressivos contra pessoas ou coisa são características comuns a todas as definições da violência e o terror que consiste em uma perturbação angustiosa do ânimo por algum perigo que se imagina ou que se tem receio que ocorra.

No âmbito jurídico, como *delicta iuris gentium*, o terrorismo foi inicialmente discutido na Primeira Conferência para Unificação do Direito Penal em Varsóvia 1927. No entanto, a utilização de tal expressão foi incluída em um parágrafo que compreendia cinco artigos, na Terceira Conferência para Unificação do Direito Penal realizada em Bruxelas, em 1930.[\[55\]](#)

O terrorismo abrange variados elementos que influenciam em sua conceituação, sendo eles a violência, o emprego do terror, a criação de perigo comum, a motivação política e principalmente, a atuação de uma organização criminosa. Isto porque, a violência pode ser compreendida como o abuso da força praticada por meio de atentados à bomba e explosões, e ainda outros meios de igual potencial com a capacidade de ocasionar a destruição de diversos bens materiais, lesões corporais e mortandade indiscriminada.[\[56\]](#)

5 PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL, PCC: REFLEXOS DAS SUAS AÇÕES TERRORISTA.

5.1 PCC, Primeiro Comando da Capital configura-se crime de terrorismo?

Instituído de táticas, princípios e com o objetivo de defender os direitos de pessoas encarceradas, o Primeiro Comando da Capital, cujo sistema figurado pela dependência moral de detentos foi instituído de organização criminosa mais perigosa de todos os tempos da história do crime no Brasil. Conhecida também, pelos números 1533, que era associado à letra P e C do alfabeto, surgiu no início da década de 1990, no Centro de Reabilitação Penitenciária da Cidade de Taubaté, em São Paulo onde eram enviados os prisioneiros considerados de alta periculosidade.[\[57\]](#)

Fábio Portela se coloca na mesma posição quando define o Primeiro Comando da Capital, quando diz que o grupo: [\[58\]](#)

Tornou-se a mais bem estruturada organização criminosa do país, comandando atividades ilícitas dentro e fora das cadeias atuando de forma ímpar e desafiando o governo do estado de São Paulo. Trata-se de facção criminosa com estrutura piramidal, integrando o seu ápice os chamados “fundadores”, ou aqueles que em virtude de seu desempenho delitivo, galgaram reputação dentro da organização.

Quanto às observações de Roberto Porto, o Primeiro Comando da Capital é composto de células que está dividida em outras unidades, com essa estrutura piramidal tem por objetivo permitir a continuidade das atividades ilícitas. Nesta divisão estão encontram-se as classes inferiores, os “batizados”, que são aqueles reconhecidos pelos líderes como membros ativos da organização. Com o crescimento da organização, a estrutura arranhou-se de forma mais complexa, criando os “pilotos” e “torres”, que são os presidiários com poder de mando dentro das penitenciárias. [\[59\]](#)

Antes, teve sua nomenclatura diversificada de “Partido do Crime, Partido Comunista”, o PCC, só foi ratificado em 1993, com pacto de confiança entre oito presidiários com o intuito de combater a opressão de

dentro do sistema prisional, depois que Policiais Militares mataram cento e onze detentos (111), na Casa de Detenção de São Paulo, em 12 de outubro de 1992 no “Complexo de Carandiru”, conhecido como maior massacre da história do sistema prisional no Brasil.

Formado por [Misael Aparecido da Silva](#), vulgo "Misa", [Wander Eduardo Ferreira](#), vulgo "Eduardo Gordo", [Antônio Carlos Roberto da Paixão](#), vulgo "Paixão", [Isaías Moreira do Nascimento](#), vulgo "Isaías", [Ademar dos Santos](#), vulgo "Dafé", [Antônio Carlos dos Santos](#), vulgo "Bicho Feio", [César Augusto Roris da Silva](#), vulgo "Cesinha", e [José Márcio Felício](#), vulgo "Geleirão", o grupo tratou logo de se aliar ao Comando Vermelho, liderado desta vez por “Geléia e Cesinha”, onde se iniciou em 2011, simultaneamente as maiores rebeliões em 29 presídios paulista.[\[60\]](#)

Considerados radicais por outra facção do PCC, “Cesinha e Geléia” foram logo destituídos do posto, pois aplicam severas penas contra Autoridades Juristas do Sistema Prisional, e por tentar formar um Terceiro Comando da Capital, sendo substituído por Willians Herbas Camacho, o “MARCOLA”. O que não foi diferente, em termos de crueldade e nas praticas de crime contra os aplicadores da lei, pois Marcola foi acusado e condenado por assalto a Banco e o envolvimento no assassinato, em 2003 do Juiz-Corregedor Antônio Machado Dias, ex-juiz da Vara de Execuções Penais de Presidente Prudente, cujo detalhamento se encontra no anexo deste artigo.

A principal meta do Primeiro Comando da Capital, PCC era desmoralizar o Governo e destruir o RDD (Regime disciplinar Diferenciado),[\[61\]](#) onde os presos ficavam confinados sem qualquer tipo de informação, assim, iniciaram uma série de planos para promover as rebeliões em 29 presididos de São Paulo, com a aderência de outros Estados, atentar contra vida de Autoridades Juristas. Com isso, para por em praticas os crimes, como compra de armas e drogas, ações de resgates de presos ligados ao grupo, pagamento de fiança, se condicionado, o

comando exigia de seus adeptos (irmãos) uma taxa mensal para custear toda sua logística.[\[62\]](#)

Com a crescente criminalidade e violência no país, os ataques do PCC continuaram acontecendo com certa frequência, aprimorando cada vez mais os atos praticados pela maior facção criminosa já existente, destacando nesse momento o seqüestro de dois funcionários da Rede Globo, o Jornalista Guilherme Portanova e o Técnico Alexandre Coelho Calado, este ultimo liberado na manhã seguinte, com uma cópia de DVD nas mãos para ser entregue na Emissora de TV, contendo gravações de reivindicações e acusações contra o Sistema Prisional no Brasil, pois a facção exigia melhoria no sistema e revisão das penas para seus “irmãos”, como ditou a imprensa nas matérias publicadas na época e presente neste artigo em anexo.

Saint Pierre se manifesta a respeito do assunto com muita propriedade, tratando desses atos como ato terrorista, caracterizado por qualquer grupo armado e que na essência pretende espalhar o medo entre o inimigo e diminuir sua capacidade de reação. O autor denomina as práticas desses grupos como terrorismo criminal, pois trata-se de um movimento que visa a opressão do poder legal em detrimento do poder financeiro ilegal, ou seja, garantir o lucro fácil e imediato, já que a lógica do crime é a venda de drogas e armas.

As ações que levaram ao autor descrever o PCC como grupo terrorista, é consequência dos ataques ocorridos no ano de 2006, em que aconteceram explosões em bancos e postos de gasolina, ataques a ônibus, disseminar o pânico e literalmente parar a cidade de São Paulo. Foi uma ação planejada e organizada, que nenhuma organização até então ousou em praticar, com intuito de pressionar o Estado e facilitar a lógica do crime, cuja mensagem imposta pelo Comando, “não atrapalhem nosso negócio” elucubrava a ousadia do grupo, pois uma de suas reivindicações foi a transferência de MARCOLA, para o Presídio de Catanduva. [\[63\]](#)

A população ficou submissa às ações do Primeiro Comando da Capital, tal facção criminosa, conseguiu impor o terror a 11 milhões de habitantes da cidade de São Paulo. Ficou evidente, os propósitos delitivos que impulsionam os integrantes do PCC, pois ultrapassavam o simples aspecto de organização, ou de organização criminosa, como assevera Woloszyn:[\[64\]](#)

Pelos padrões da Organização das Nações Unidas (ONU), em outros países estas ações seriam classificadas como terrorismo nacional ou doméstico, que é aquele praticado por grupos ou indivíduos de mesma nacionalidade contra seu próprio país. E o objetivo é o de desmoralizar governos com demonstração de força para intimidação da população, que se vê impotente uma vez que nem os agentes da lei tem segurança, quiçá os governantes, que utilizam o discurso da negociação.[\[65\]](#)

Assim, diante da particularidade de sua atuação, o Primeiro Comando da Capital é reputado como organização terrorista, diante do emprego do terror e imposição do medo, que se dá através da atuação terrorista, não necessariamente constante, vez que sua mera existência causa na sociedade a sensação de insegurança frente aos atentados, criando perigo comum por intermédio do emprego de violência, o que pode afirmar com a entrevista com o Juiz Federal Odilon Oliveira em anexo.

Nessas pretensões, a capacidade operacional do Primeiro Comando da Capital se compara à peculiaridade do terrorismo, isto porque, este fenômeno tem caráter instrumental, e deste derivam táticas de comunicação e de intimidação, a fim de desafiar o poder militar estatal, provocando também reações na população e nos órgãos do Estado. [\[66\]](#)

Outra característica que relacionam o PCC o terrorismo, foi quando o grupo planejou patrocinar políticos em troca de favores eleitorais, como faz o Exército Republicano Irlandês. Ainda sim, o que reforça essa tese é imprevisibilidade aliada à arbitrariedade que figura ações terrorista, pois são praticadas repentinamente em diversos locais e sem aviso prévio, provocando pânico e vulnerabilidade permanente, também a postura que eles tomam de assumir autoria dos atentados logo após praticá-los, visando o autocontrole e o poder.

Como consequência deste poder, existem fortes indício que o PCC esteja atuando no território paraguaio, com possível ligação as forças Farc e Forças Armadas Revolucionária da Colômbia. Segundo informações dos jornais locais, soldados do PCC estão espalhados por toda fronteira do Paraguai, além de se articular em território nacional, que é o caso do Nordeste e principalmente em Pernambuco, na região do Polígono da Maconha. As ações estariam centradas na distribuição de armas para a prática de sequestros, assaltos e roubos, além do tráfico de drogas, vislumbrado no artigo publicado em nexô.

Segundo o juiz federal, Odilon de Oliveira, que atua no combate ao crime organizado no Estado do Mato Grosso, há vídeos que comprovam a Farc dando treinamento ao grupo PCC para realizar sequestros, fato que resultou em várias práticas de tal delito, como o sequestro e morte de Cecília Cuba em 2004 e a morte do policial Alberico Moreira Cavalcanti em 2005. Relata que o PCC é classificado como grupo terrorista comum, não são nacionalistas, religiosos e nem políticos, agindo com o intuito de enfraquecer o poder oficial repressor e manter a delinquência e o poder econômico.

No entanto, destaca Marcelo Mendroni,^[67] que devido ausência de tipificação autônoma e definição da lei penal, a doutrina tem apresentado alguns pressupostos que as organizações criminosas, tais como domínio territorial, colaboração de funcionários públicos, divisão de membros e orientação financeira. Mas, adverte que considerar a facção do PCC como organização terrorista ainda é muito perigosa, pois de

acordo investigação doutrinária pode-se dizer que, há vestígios de suprimimento de serventuários públicos a favor do comando criminal.^[68]

Fatalmente, o Primeiro Comando da Capital é uma organização criminosa, com vários aspectos diferenciados de outras organizações, pois essa facção criminosa compreende *umplus* da tradicional delinquência organizada. Assim, em sendo uma organização criminosa, as medidas jurídicas cabíveis não devem se ater ao método clássico, o qual na realidade nem seria também o adequado, vez que ela opera através de táticas terroristas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim da pesquisa, em vista de tudo quanto exposto, foi possível concluir que o nosso Ordenamento Jurídico Pátrio Criminal, carece de políticas de ações integralizadas para realizar intervenções que favoreçam mudanças urgentes na realidade social, sobretudo, reformas das instituições da administração criminais, entre outros problemas que constituem o fenômeno da violência no Brasil, e principalmente, da inserção nos termos de Estado Democrático e Estados de Direito do cidadão.

Analisou-se desta forma, por meio do estudo, que é preciso que todos os fatos sejam analisados sob o prisma socioeconômico, averiguando os aspectos regional, nacional e internacional. Com isso, buscou-se, através de correntes doutrinárias e jornalistas renomados, um breve relato do sistema prisional no Brasil, já que este é visto como poder no universo carcerário para então, compreender como e porque, surgiu o Primeiro Comando da Capital, denominado uma das maiores facções criminosas do país.

Prosseguindo com as principais correntes em apertada síntese, verificou-se uma clara conceituação do que seja o crime organizado, terrorismo e o bandidismo no âmbito nacional, além da necessidade de alinhamento desses conceitos com os melhores padrões internacionais

que se refere ao tema. Contudo, tal tarefa não se predispõe tão fácil para os especialistas, haja vista que, não há um consenso sobre a conceituação de crime organizado, nem de terrorismo, sendo um dos maiores desafios impostos na atualidade á sociedade.

Desta forma, destacou-se que as organizações criminosas representam uma grande ameaça para instauração e a manutenção das instituições democráticas, especificamente nos países onde este conceito ainda é frágil e jovem. Neste aspecto, em virtude da complexidade e da amplitude das atividades criminosas em âmbito interno e transnacional, não adianta buscar combater o crime organizado apenas com atividades exclusivas de caráter policial, mais ainda são os setores de inteligência, que devem ser acionados, planejamentos feitos, e cenários precisam ser traçados, caso contrário, a luta será eterna, e o controle difícil, daí o trinômio “cooperação, coordenação e controle”, que, associado ao quarto elemento, à inteligência, pode conduzir à neutralização das ações criminosas.

De fato, o aumento da violência urbana a partir da década de 80 assumiu grandes proporções, sobretudo com a expansão do narcotráfico. Para a cena pública, surgiram personagens e situações fortemente denotadoras de medo: meninos armados, a polarização de quadrilhas disputando acirradamente pontos do varejo de drogas, ramificações internacionais crescentes, sempre capazes de realimentar o comércio local de drogas ou de armas.

Neste impacto, observou-se que a possibilidade de considerar o Primeiro Comando da Capital, PCC como uma organização terrorista consiste na singular e potencial periculosidade. A estratégia e motivação política confirmam caráter extraordinário de violência: os métodos utilizados visam à ordem estatal, com o fim de aterrorizar e intimidar a sociedade. Tal facção se adéqua na classificação de terrorismo de organização criminosa, terrorismo criminal ou terrorismo de direito comum, portanto, o PCC é uma facção criminosa, covarde, que se utiliza de métodos terroristas e guerrilheiros para conquistar seus objetivos,

onde utilizam técnicas da Al Qaeda, do Hezbollah, do Hamas e de outros grupos.

Assim, no momento de expansão e consolidação do PCC, 1993-2012 a violência se constitui como instrumento da conquista e demarcação de territórios com a necessidade de eliminação daqueles que se recusavam a aceitar o seu domínio, além de possuir um caráter simbólico de demonstração do poder. Com a consolidação do seu domínio, a espetacularização da violência torna-se desnecessária e contraproducente, pois hoje, a violência não precisa mais ser publicizada conquanto ela esteja implícita no gerenciamento da massa carcerária efetivado pelo PCC e está mais potente do que nunca, uma vez que é posta em prática através dos múltiplos e silenciosos processos de controle efetivados no cotidiano da prisão.

Ainda para finalizar, apontou-se que a conjuntura atual permite ao PCC este exercício do poder, em que a violência física é utilizada de forma calculada e racional, isto é, quando se torna necessário para o controle exercido pela facção. A consolidação do domínio dentro e fora do sistema carcerário, a estabilidade da hierarquia no interior da organização, acordos com administração prisional que permitem compartilhar o controle da população carcerária e o gerenciamento dos negócios ilícitos dentro e fora da prisão, a manutenção das principais lideranças fora do RDD são fatores importante que permitem manter essa aparência de paz e de controle da facção por parte do Estado.

Concluem-se desse paradoxo estudo, que a violência adquire uma forma e uma função peculiar em cada um desses momentos do processo e o Estado deve estar atento se preparar para se equipara materialmente, legalmente e tecnicamente para combater essa e outras organizações criminosas.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter Alexis. **Kriminologie**. 1999, p. 385-386.

ALVA, Eduardo Neira. **Metropólis insustentáveis**. 1. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997.

BARROS, José Manoel de Aguiar. **Terrorismo, ação, reação e prevenção**. São Paulo: Arte e ciência, 2003.

BASTOS NETO, Osvaldo. **Introdução à segurança pública como segurança social: Uma hermenêutica do crime**. Salvador: Ler, 2006.

BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Revista do Tribunal, 1993.

CECARIA, Cesare , **Dos Delitos e Das Penas**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.28 tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella.

CERQUEIRA, Antonio Alberto do Vale; ANTUNES, Priscilla de Almeida. Mecanismo de defesa da ordem democrática e terrorismo internacional. Disponível em:http://www.unieuro.edu.br/downloads_2005/consilium_02_04.pdf. Acesso em 21 de junho de 2012.

FIERRO, Guillermo J. **Ley penal y derecho internacional:doctrina y jurisprudência nacional y extranjera**. 3. ed., actual. y ampl. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007, p. 50

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 77.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. São Paulo: Unesp/Paz e Terra, 1990 p.22.GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Tratamento Penal do Terrorismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. vol. 6. São Paulo: Del Rey, 1993. IANNE, Octavio. **Capitalismo, violência e terrorismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

LEITE, Paulo Roberto Saraiva da Costa. **Sistema Penitenciário: Verdades e Mentiras**. In: Revista CEJ. Brasília: número 15, p. 05-07, set-dez. 2001.

LIMA, Jonas André Rodrigues Henriques de. **Impactos do terrorismo nas cadeias globais de abastecimento**. 1. ed. Porto Alegre: Sara Ponte, 2006.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETTI, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1998.

ONU (Brasil). **Organização das Nações Unidas – Brasil**, 2004. Disponível em: . Acesso em 13 jul.2012.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PACHECO, Rafael. **Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2007.

PASSETI, Edson. **Terrorismo**. 3^a. ed. São Paulo: PUC-SP, 2006.

PORTELA, Fábio; LINHARES, Juliana. **Cinco pilares do crime**. **Revista VEJA**, São Paulo, jul. 2006, Seção Brasil, ed. Abril, 1965, nº 39 de 19 julho de 2006.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Crime Organizado no Brasil**. ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Esfera, 2008.

REY, Manoel López, **Crime**. 1973. Revista Consulex n.º 07 de 31 de julho de 1997.

SANT-JUST, Louis Antoine. **Fragments d'institutions républicaines**. Paris: UGE, 1988. *Apud*:

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUZA, Percival de. **O sindicato do crime: PCC e outros grupos**. São Paulo: Ediouro, 2006.

THOMPSON, Augusto. **A Questão penitenciária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WOLOSZYN, A.L. Ação do PCC pede Lei antiterror., **Folha de São Paulo**, 2006. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u124910.shtml>. Acesso em 13 de junho de 2012.

ZIEGLER, Jean. **Senhores do crime**. Rio de Janeiro: Record, 2003

NOTAS:

[1] SOUZA, Percival de. **O sindicato do crime: PCC e outros grupos**. São Paulo: Ediouro, 2006, p.13.

[2] BASTOS NETO, Osvaldo. **Introdução à segurança pública como segurança social: Uma hermenêutica do crime**. Salvador: Ler, 2006, p. 17.

[3] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 77.

[4] CECARIA, Cesare , **Dos Delitos e Das Penas**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.28 tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella.

[5] BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Revista do Tribunal, 1993, p. 36.

[6] THOMPSON, Augusto. **A Questão penitenciária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002 p. 41-44

[7] THOMPSON, Augusto. **A Questão penitenciária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002 p. 40-45

[8] BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Revista do Tribunal, 1993, p. 45.

[9] THOMPSON, Augusto. **A Questão penitenciária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002 p. 45.

[10] BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Revista do Tribunal, 1993, p. 36.

[11] MIRABETTI, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 79.

[12] PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.118.

[13] **Lei nº 8.072/90, art.3º**. A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública.

[14] BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Revista do Tribunal, 1993, p.36.

[15] Revista Consulex n.º 07 de 31 de julho de 1997, pág. 13.

[16] QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Crime Organizado no Brasil**. ed. rev. Atual. Rio de janeiro: Esfera, 2008, p.84.

[17] QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Crime Organizado no Brasil**. ed. rev. Atual. Rio de janeiro: Esfera, 2008, p.85.

[18] PACHECO, Rafael. **Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 22.

[19] Operação mãos limpas.

[20] PACHECO, Rafael. **Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 23.

[21] PACHECO, Rafael. **Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 24-25.

[22] <http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/revista/index.php/Projecao1/article/viewFile/62/52>. Revista **Projeção**, Direito e Sociedade. v. 2., n. 1, p.2. Acesso em 22 de junho de 2012.

[23] SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 25.

[24] SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 25.

[25] SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 20.

[26] SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 20.

[27] SOUZA, Percival de. **O sindicato do crime: PCC e outros grupos**. São Paulo: Ediouro, 2006, p.11.

[28] SOUZA, Percival de. **O sindicato do crime: PCC e outros grupos**. São Paulo: Ediouro, 2006, p.12.

[29] ZIEGLER, Jean. **Senhores do crime**. Rio de janeiro: Record, 2003, p. 15

[30] ZIEGLER, Jean. **Senhores do crime**. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 16-20.

[31] REY, Manoel López, **Crime**. 1973, p. 304

[32] HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. vol. 6. São Paulo: Del Rey, 1993, p. 123.

[33] FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001, p.43-50.

[34] FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001, p.43-50.

[35] GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 144-147.

[36] GOMES, Abel Fernandes. **Crime organizado**. Rio de Janeiro: Impetrus, 2000, p.55.

[37] ALBRECHT, Peter Alexis. **Kriminologie**. 1999, p. 385-386.

[38] SANT-JUST, Louis Antoine. **Fragments d'institutions républicaines**. Paris: UGE, 1988. *Apud*: ZIEGLER, Jean. **Senhores do crime**. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 23.

[39] GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 148.

[40] IANNE, Octavio. **Capitalismo, violência e terrorismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p.04.

[41] BASTOS NETO, Osvaldo. **Introdução à segurança pública como segurança social: Uma hermenêutica do crime**. Salvador: Ler, 2006, p. 50.

[42] GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. São Paulo: Unesp/Paz e Terra, 1990, p.22.

[43] BASTOS NETO, Osvaldo. **Introdução à segurança pública como segurança social: Uma hermenêutica do crime**. Salvador: Ler, 2006, p. 44.

[44] BARROS, José Manoel de Aguiar. **Terrorismo, ação, reação e prevenção**. São Paulo: Arte e ciência, 2003, p.46.

[45] SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 390-392.

[46] FIERRO, Guillermo J. **Ley penal y derecho internacional: doctrina y jurisprudência nacional y extranjera**. 3. ed., actual. y ampl. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007, p. 50

[47] PASSETI, Edson. **Terrorismo**. 3ª. ed. São Paulo: PUC-SP, 2006, p.99.

[48] PASSETI, Edson. **Terrorismo**. 3ª. ed. São Paulo: PUC-SP, 2006, p.111.

[49] LIMA, Jonas André Rodrigues Henriques de. **Impactos do terrorismo nas cadeias globais de abastecimento**. 1. ed. Porto Alegre: Sara Ponte, 2006,

[50] BARROS, José Manoel de Aguiar. **Terrorismo, ação, reação e prevenção**. São Paulo: Arte e ciência, 2003, p.22.

[51] www2.forumseguranca.org.br/node/22708/. Acesso em 23 de junho de 2012.

[52] [52] BARROS, José Manoel de Aguiar. **Terrorismo, ação, reação e prevenção**. São Paulo: Arte e ciência, 2003, p.27.

[53] CERQUEIRA, Antonio Alberto do Vale; ANTUNES, Priscilla de Almeida. Mecanismo de defesa da ordem democrática e terrorismo internacional. Disponível em: http://www.unieuro.edu.br/downloads_2005/consilium_02_04.pdf. Acesso em 21 de junho de 2012.

[54] Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo.

[55] GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Tratamento Penal do Terrorismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 22.

[56] GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Tratamento Penal do Terrorismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 22.

[57] SOUZA, Percival de. **O sindicato do crime: PCC e outros grupos**. São Paulo: Ediouro, 2006, p.21.

[58] PORTELA, Fábio; LINHARES, Juliana. Cinco pilares do crime. Revista **VEJA**, São Paulo, jul. 2006, Seção Brasil, ed. Abril, 1965, nº 39 de 19 julho de 2006, p. 46.

[59] PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 74.

[60] SOUZA, Percival de. **O sindicato do crime: PCC e outros grupos**. São Paulo: Ediouro, 2006, p.93.

[61] Como ressaltam Bruno Tavares e Marcelo Godoy (2008, s.p.), das investigações da Operação Prima Donna, restou demonstrada que “[...] Ao usar integrantes de uma ONG e advogados, o PCC buscava se esconder atrás de pessoas insuspeitas, tornando mais eficaz a defesa de seus interesses [...]. A facção queria acabar com o regime utilizado pelo governo de São Paulo na Penitenciária 2 de Presidente Venceslau, onde estão os principais líderes do grupo, entre eles Marco Willians Herbas Camacho, o Marcola. Na P2 de Venceslau, os presos recebem as visitas nas celas e têm os banhos de sol controlados. Trata-se de um sistema disciplinar rígido que fica entre aquele a que são submetidos os detentos comuns e o completo isolamento do chamado Regime Disciplinar Diferenciado.

[62] PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 76.

[63] PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007, p.101.

[64] WOLOSZYN, A.L. Ação do PCC pede Lei antiterror., **Folha de São Paulo**, 2006. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/follha/cotidiano/ult95u124910.shtm> l. Acesso em 13 de junho de 2012.

[65] ONU (Brasil). **Organização das Nações Unidas – Brasil**, 2004. Disponível em: . Acesso em 13 jul.2012.

[66] MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 08.

[67] MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 09.

[68] A finalidade de alterar gravemente a paz pública, a qual integra a alternativa do tipo subjetivo, tem uma importante característica de criminalidade terrorista, enquanto o mesmo revela a intenção de causar intranqüilidade, preocupação, medo e desassossego da população perante a prática de crimes por organizações criminosas que visam o terror. [...] A diferença qualitativa no ato de terrorismo em sistemas democráticos em que recai a motivação política deste comportamento criminoso, é senão a causa do terror na sociedade através de uma forma comum de criminalidade organizada.

A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO

FERNANDA LIMA FRANÇA PIERSANTI:
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás, Pós Graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes (Atame Pós Graduação e Cursos), Advogada atuante nas áreas Cível, Administrativo e Empresarial.

Resumo: O presente artigo visa demonstrar a importância de se analisar os casos concretos a partir do âmbito social, partindo do conceito de que somente assim se atingirá a justiça real. Para tanto, serão analisados alguns aspectos do direito comparado com o fito de estabelecer quais melhorias seriam possíveis e aplicáveis em nosso país, para que o Poder Judiciário como um todo se torne mais eficaz. É importante destacar a necessidade de que os operadores do direito, em especial os magistrados, cumpram sua função social. O processo deve ser observado por eles como um meio utilizado por indivíduos da sociedade para obter a prestação jurisdicional a respeito do que entendem ser justo e não como mais um número para uma possível promoção. O distanciamento entre as partes processuais e a cultura já enraizada de endeusar os magistrados somente prejudicam os cidadãos comuns que ali estão buscando o alcance da justiça de fato e de direito. Propõe-se, portanto, a reflexão e posterior transformação de alguns valores e conceitos há muito tempo adotados por nossa sociedade, que contribuem veementemente para a falência na credibilidade do Poder Judiciário como órgão de alcance da justiça real.

Palavras-chave: Ciência social; Sociologia Jurídica; Justiça Real.

Abstract: This article intends to highlight the importance of analyzing the real cases through the social perspective, starting from the concept that it is the only way we can achieve real justice. Therefore, some aspects of comparative law will be investigated striving to establish which improvements can be applied in our country, so that the Legal System becomes more effective. It is important to emphasize the necessity that the law operators, specially judges, accomplish their social role. The procedure

must be observed by them as the way individuals from the society pursue their ambitions to achieve what they consider just and not as a number to get a promotion. The distance between the procedural parts and the culture already settled of thinking about judges as gods only harm the regular citizens that are searching for real justice. The proposal is to encourage the reflection about this subject and a future transformation of some values and concepts that have been adopted by our society a long time ago and that contribute to the failure of the credibility in our Legal System as the institute that achieves real justice.

Keywords: Social Science; Juridical Sociology; Real Justice.

Sumário: Introdução; 1. Análise Comparativa dos Sistemas *Common Law* e *Civil Law*; 2. A Influência das Revoluções Sociais na Legislação; 3. A Função Social do Direito, o Equilíbrio e a Justiça; 4. Críticas ao Sistema Judiciário em Vigor e a Necessidade de Humanização do Direito; 5. Sugestões para Melhoria do Sistema Atual; 6. Casos Concretos Exemplificativos; 7. Os Concursos Públicos e o Incentivo ao não Cumprimento da Função Social; Conclusão.

A Função Social do Direito

Introdução

O curso de direito é classificado nas universidades como parte integrante das ciências sociais ou, algumas vezes, ciências humanas. Por essa e por outras razões, o direito não pode ser compreendido e interpretado como uma ciência exata, mas sim ser aplicado adequando-se o caso concreto ao que encontra-se disposto na legislação.

Desse modo, este trabalho abordará tanto o direito comparado, a fim de demonstrar as diferenças entre países na aplicação do direito, bem como apresentará críticas e sugestões ao atual sistema judiciário que se encontra em crise.

Serão também analisados alguns exemplos de casos concretos em que os intérpretes utilizaram-se da legislação de forma inflexível, com o fito de demonstrar que esse não é a melhor forma de se atingir a justiça.

A finalidade deste trabalho é demonstrar a importância de se observar o direito e a legislação como instrumentos de alcance da justiça real nos casos concretos, através do cumprimento de sua função social. Nesse diapasão, tem o objetivo de promover a reflexão do leitor e intérprete, para se atentar a esse assunto tão importante porém tão desvalorizado pelos juristas atualmente.

1. Análise Comparativa dos Sistemas *Common Law* e *Civil Law*

Em nosso país, a lei é entendida como a manifestação concreta do direito na sociedade, devendo ser, a todo tempo, observada e respeitada. Diferentemente do sistema *Common Law*, o Brasil adota como regra geral a *Civil Law*.

Naquele sistema as regras e fundamentos jurídicos são construídos a partir dos casos concretos, isto é, da jurisprudência. Existe a legislação, mas a fundamentação das decisões judiciais baseia-se, principalmente, nos julgamentos anteriores de casos similares. Esse sistema é adotado, principalmente, pelos países de origem algo-saxônica, como a Inglaterra e os Estados Unidos.

Já o sistema da *Civil Law* tem como norte para a solução dos litígios da sociedade a legislação, o texto legal propriamente dito. Aqui, o que impera é a lei, e ela deve ser seguida rigorosamente pelos aplicadores e intérpretes do direito.

Não obstante o Novo Código de Processo Civil tenha como um dos objetivos a uniformização da jurisprudência, a fim de minimizar a insegurança jurídica que atualmente abala a credibilidade do nosso Poder Judiciário, ainda assim, a lei continuará sendo a principal fonte do direito, devendo ser respeitada por todos os cidadãos brasileiros.

Contudo, é nitidamente impossível ao legislador prever e dispor acerca de todos os casos e situações possíveis de ocorrerem dentro da sociedade. Esta, por ser formada por seres humanos, está sujeita à transformações constantes: de posicionamentos, de atitudes, de costumes, de culturas, entre inúmeras outras.

2. A Influência das Revoluções Sociais na Legislação

Algumas transformações sociais acontecem gradualmente, como, por exemplo, a modificação do conceito patriarcal de família, amplamente defendido no outrora vigente Código Civil de 1916. Durante longos anos a sociedade foi transformando este conceito, tendo essa mudança chegado a um marco importantíssimo com a vigência do Novo Código Civil em 2002.

Porém, ainda que a transformação tenha sido significativa com o código, de 2002 até 2015 o conceito de família já se modificou ainda mais. Atualmente, já se considera como família não somente aquelas formadas por homens e mulheres, mas também aquelas originadas de relacionamentos homoafetivos, às quais já são reconhecidos e aplicados muitos dos direitos familiares, como adoção e reconhecimento de casamento para efeitos de herança. Essa revolução do conceito de família se deu de forma extremamente célere, se comparada ao exemplo anterior.

Nesse sentido, é evidente o fato de que as leis, muito frequentemente, não conseguem acompanhar a velocidade das mudanças ocorridas na sociedade e, assim, não podem abranger ou refletir os direitos dos cidadãos por completo. Desse modo, fica muito clara a necessidade de que os operadores do direito, sejam eles juízes, desembargadores ou ministros, tenham como base não só a lei propriamente dita, mas também se utilizem da razoabilidade e dos demais princípios jurídicos para adequar uma norma jurídica ao caso concreto, ainda que não lhe sirva como uma luva.

Ademais, as decisões judiciais proferidas pelos intérpretes e aplicadores do direito jamais conseguiriam ser fundamentadas, tão somente, na legislação. Isso porque os operadores do direito não conseguem desvencilhar integralmente o texto legal e o caso concreto das suas convicções e princípios particulares.

Tratam-se, assim como as partes, de seres humanos, com virtudes, histórias, princípios e convicções próprias, dos quais não poderiam ser despidos para o julgamento do mérito processual.

Caso contrário, não seria necessário que os aplicadores do direito fossem pessoas. Se conseguíssemos aplicar a letra da lei de forma estática a todos os casos ocorridos na sociedade, poderíamos robotizar os processos judiciais, economizando bilhões aos cofres públicos.

A teoria francesa de que o juiz representaria “*la bouche de la loi*” (a boca da lei), ratificada por Montesquieu, já está superada em quase todo o mundo. Deve-se observar o juiz não como aplicador mecânico do que encontra-se disposto na lei, mas sim como verdadeiro intérprete, analisando o caso concreto e aplicando a legislação de modo a se atingir a verdadeira justiça.

Vale ressaltar, porém, que isso não dá ao julgador a liberalidade de julgar casos deveras similares de formas distintas, tomado por outras razões que não sejam a finalidade de alcançar a justiça. Assim, os magistrados tem a árdua função de ponderar e utilizar-se, com moderação, de seus poderes de intérprete legislativo, jamais se afastando do texto da lei.

3. A Função Social do Direito, o Equilíbrio e a Justiça

O ideal é que exista um equilíbrio entre suas convicções pessoais, das quais não poderia se afastar, e a aplicação do que a legislação dispõe, pois somente assim a função social do direito e, também, da prestação jurisdicional, estariam satisfeitas. Não por acaso o símbolo que

nos vem à lembrança quando discorreremos acerca do direito e da justiça é uma balança.

A impossibilidade de se desvencilhar o ser humano juiz do cargo público a que ele se presta é, justamente, a concretização de sua função social. Particularmente, entendo que a beleza do direito está em sua aplicação e interpretação por seres humanos, os quais conhecem as mazelas e os anseios dos outros seres humanos que compõe a lide processual. Assim, e somente assim, reitero que será possível atingir um patamar mais próximo ao conceito de justiça, que é o objetivo do direito em si.

Portanto, não se mostra razoável tratar o direito como ciência exata, posto que assim estaria se distanciando de sua própria essência e finalidade social. Não só a propriedade tem que cumprir sua função social, mas o direito, de forma ainda mais abrangente, também o tem.

Destarte, a função social do direito pode ser ramificada em inúmeros âmbitos, sendo a função social de seus operadores somente um deles. Em termos de interpretação da legislação e do direito, não se pode dar mais ênfase à função legal do que ao objetivo social a que ela se presta.

O direito deve servir à sociedade, e não o contrário. A sociedade, por sua vez, nada mais é do que um sistema de interações humanas culturalmente padronizadas.

4. Críticas ao Sistema Judiciário em Vigor e a Necessidade de Humanização do Direito

Percebe-se, claramente, a vinculação do conceito de sociedade com o de ser humano, não podendo ser analisados de forma distinta. Portanto, a ciência social ou a função social de qualquer coisa nada mais é do que aquela relacionada aos seres humanos que dela fazem parte.

Por que, então, alguns intérpretes insistem em atuar como robôs, aplicando a legislação de forma seca e distante, muitas vezes, sem sequer analisar as especificidades de cada caso concreto?

Conformam-se em agir como máquinas, inatingíveis e superiores à aquelas situações e partes, negando-se a considerar que por trás daquele reiterado “polo ativo” e “polo passivo” existem seres, humanos, perseguindo os seus direitos em situações que merecem ser analisadas e individualizadas de acordo com suas particularidades.

O judiciário, é sabido por todos, encontra-se exageradamente abarrotado, enquanto o número de servidores e juízes não é, de fato, suficiente para suprir a demanda. Porém, a solução deste problema não é que os julgadores se transformem em máquinas decisórias em massa, distanciando-se das partes e do processo como um todo, buscando sempre a maior produtividade, independente do conteúdo de suas decisões.

Inclusive, mostra-se um completo absurdo que a produtividade, a qual é medida pelo número de andamentos, despachos, decisões e sentenças processuais, seja um requisito para a promoção dos julgadores, independentemente de estarem corretas, serem moralmente aceitas, lógicas ou não.

Tendo como objetivo final o alcance da justiça efetiva para as partes, o direito e o Poder Judiciário não podem ser tratados como negócio ou empresa, onde só se pensa em produtividade e promoções dela recorrentes.

Essa previsão incentiva os julgadores a se colocarem em um patamar ainda mais distante das partes, acima de tudo e de todos, a ponto de não se importar com o teor ou conteúdo de uma decisão. Chega-se ao ponto de um julgador proferir uma decisão de qualquer forma e, ainda, esbravejar aos quatro ventos que, se estiver errada, “*o tribunal tá aí pra isso*” [sic]. Isso aconteceu de verdade e, infelizmente, tive o desprazer de ouvir esse disparate pessoalmente.

Destarte, a aproximação dos julgadores com as partes e com o processo em si mostra-se extremamente necessária, inclusive como forma de minimizar a quantidade de recursos interpostos aos tribunais superiores. A lembrança do âmbito social do direito como ciência deve estar presente, sempre, quando da atuação dos intérpretes e operadores da legislação, além de ser necessária uma adequação dessa consciência às normas e regulamentos já existentes.

As partes vão em juízo não em busca de uma decisão ou sentença, mas em busca de uma providência jurisdicional para concretizar um direito que entendem ter. Não querem o técnico, a aplicação pura e simples do que a lei já determinou, mas sim que o julgador entenda seu caso, aprecie-o de forma individual com seus motivos e razões próprias e, ao final, seja alcançada a justiça.

Obviamente, o objetivo deste artigo não é defender a análise pormenorizada individual de todo e qualquer caso que chega ao judiciário, posto que isso aumentaria em muito o tempo de tramitação do processo, que já ultrapassa o razoável. Porém, medidas podem ser tomadas para aproximar o julgador das partes processuais e, também, para promover a celeridade do processo.

5. Sugestões para Melhoria do Sistema Atual

A solução não seria somente aumentar o contingente administrativo forense e o número de varas por comarca ou região. É necessário que exista uma mobilização de todo o judiciário, a fim de reformar esse pensamento separatista, discriminatório e antiquado existente em nosso meio.

Além de modificar o atual plano de carreira do judiciário, extinguindo por completo o requisito de produtividade como determinante para a promoção dos julgadores, estes deveriam ser obrigados a frequentar cursos de atualização e reciclagem, pelo menos, duas vezes por ano. Esses

eventos teriam a finalidade de otimizar o serviço público jurisdicional que é prestado pelos ocupantes deste cargo.

Da mesma forma, deveriam os assessores e assistentes dos julgadores ter critérios mais rigorosos para exercer essa função que é, muitas vezes, tão importante quanto a do próprio julgador, apesar de comumente desvalorizada. Assim como os juízes, deveriam participar avidamente de cursos e especializações para prestar o serviço de forma cada vez melhor.

Deve-se ter mente que esse tipo de conduta coercitiva humaniza os julgadores e torna-os mais próximos dos demais operadores do direito, afinal, se todos temos que estar sempre estudando e buscando trabalhar da melhor forma, por que com eles seria diferente?

Assim, cria-se uma consciência de que os julgadores e seus assessores são pessoas comuns, trabalhando, prestando serviços públicos à sociedade e buscando crescer em suas carreiras. E, infelizmente, muitas vezes essa consciência precisa ser criada neles próprios. Desse modo, a sociedade tende a desconstruir a imagem do julgador no altar, de que estes encontram-se no topo da “cadeia jurídica”, hierarquicamente superiores aos demais e inatingíveis.

Ademais, a atuação dos julgadores de forma mecanizada acaba por influenciar, também, no aumento do número de demandas judiciais, na massificação das ações judiciais. Isso porque uma parte, sabendo que o julgador atua dessa forma e agindo de má-fé, pode buscar as providências judiciais para atingir seus objetivos torpes, ainda que estes não sejam justos de fato. E, muitas vezes, conseguem, devido à falta de atenção específica de alguns julgadores com especificidades dos casos concretos.

6. Casos Concretos Exemplificativos

Um exemplo desse apego exagerado ao texto da lei é o caso de um credor que busca em juízo a satisfação de seu crédito. Por sorte,

encontra um único bem de propriedade do devedor, livre e desimpedido, totalmente apto a responder pela dívida. Porém, o magistrado nega-se a deferir a prestação jurisdicional, que no caso seria a penhora desse bem, sob a alegação de que o bem tem valor superior à dívida, fundamentando no princípio da menor onerosidade ao devedor (artigo 620, CPC).

Assim, atendo-se ao referido princípio e de forma totalmente injusta, o intérprete deixa de observar os direitos do credor, que não pode satisfazer sua dívida de outra forma. Nessa situação, obviamente, o julgador não está fazendo justiça, ainda que esteja fundamentando suas decisões em dispositivo específico da legislação.

Outro exemplo é um julgador que obriga uma senhora idosa a restituir os benefícios da pensão por morte do marido que recebeu a mais, totalmente sem conhecimento do equívoco e de boa-fé, por erro exclusivo da empresa responsável pelo repasse dos valores. Vale ressaltar que o erro perdurou por mais de dez anos, criando na senhora a expectativa de que aqueles valores que recebia eram, de fato, corretos.

Não obstante a latente ilegalidade do pedido de restituição desses valores, seja em razão de sua natureza alimentícia, por ser a única fonte de renda da senhora, seja em razão dos institutos da boa-fé – *supressio* e *venire contra factum proprium* – que não estão sendo observados, o julgador não se atentou a essas particularidades e pautou sua decisão na vedação ao enriquecimento sem causa, imputando à senhora a devolução dos valores à empresa.

Desse modo, condenou a senhora de idade, cuja única renda é uma pensão em valor inferior a dois salários mínimos, a restituir cerca de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) que lhe foram pagos por erro exclusivo da empresa que repassou os valores. Essa restituição deverá ser retirada mensalmente no percentual de 20% (vinte por cento) do seu benefício, antes do pagamento.

Essa decisão, assim como a anteriormente citada neste trabalho, ainda que fundamentada em dispositivos legais (Artigos 876 e 884 do Código Civil), mostra-se totalmente injusta, não tendo o julgador atendido à sua função social como operador do direito e servidor público que é.

Os advogados e as partes processuais, infelizmente, se deparam e são obrigados a lidar com situações como essas todos os dias.

7. Os Concursos Públicos e o Incentivo ao não Cumprimento da Função Social

Além de todos os problemas já mencionados, cabe ressaltar, também, que os concursos públicos para o recrutamento dos juízes mostram-se totalmente contrários ao conceito de socialização do direito e da justiça. Isso porque, cada vez mais em busca dos benefícios como salário e vitaliciedade oferecidos no cargo, os indivíduos veem-se tentados a ingressar no mundo jurídico, ainda que não tenham a menor vocação para a função.

Vale destacar a notícia recentemente veiculada em todo o país de um juiz do Estado de Goiás que pediu exoneração do cargo para buscar "sua profissão ideal", posto que não se identificou com a carreira da magistratura. Não obstante a atitude deste magistrado ser admirável, não se pode ter a ilusão de que outros juízes agirão da mesma forma, tendo em vista os grandes benefícios dos quais estariam abrindo mão.

Contudo, o importante é a reflexão que deve ser feita sobre esta notícia que tanto repercutiu no país. Caso este juiz não tivesse renunciado ao cargo, ainda que ele claramente não estivesse contente ou disposto a exercer sua função de julgador de forma primorosa, ele permaneceria exercendo este trabalho que é tão importante para a sociedade, de forma totalmente infeliz.

Isso teria um reflexo negativo nas decisões por ele tomadas, por mais ético que ele fosse. Isso porque ele, como ser humano que é, não

conseguiria desvincular totalmente a sua frustração com aquele trabalho das decisões tomadas na sua atuação como servidor público. Assim, pode-se concluir que ele não poderia ser um excelente julgador.

Vale questionar então, quantos não são os julgadores que ingressam nesta árdua e complexa carreira visando apenas os benefícios, ainda que não tenham vocação para exercer tal função? Não serão estes indivíduos infelizes profissionalmente, ainda que financeiramente estáveis, podendo influenciar de forma negativa e profunda a vida dos cidadãos que buscam a justiça através do poder judiciário? É um questionamento contundente em relação ao atual sistema de recrutamento dos intérpretes e aplicadores da lei.

Juntamente com a atratividade dos benefícios, surgiram facilidades para aqueles que estudam para esse tipo de concurso. Atualmente no mercado existem profissionais que ensinam as pessoas a passarem em concursos desse nível, chamados “*coaches*”, do termo em inglês que significa “técnicos”.

Estrategicamente aproveitando a oportunidade do mercado, esses técnicos – geralmente indivíduos que já passaram em grandes concursos – ensinam seus “pupilos” a como estudar de forma eficiente para obter êxito nos certames. As regras consistem, basicamente, em técnicas de memorização e leitura, tendo em vista que as bancas de grandes concursos cobram praticamente só o texto da lei nas primeiras fases.

Contudo, conforme já fora analisado neste trabalho, o texto da lei isolado não atinge a finalidade do direito, que é a obtenção de justiça. Dessa forma, o recrutamento de novos julgadores e aplicadores do direito corrobora de forma explícita com a mecanização da justiça, afastando-os de sua função social.

Os concursos públicos para cargos de alto nível elegem profissionais, muitas vezes, despreparados, ainda que tenham memorizado fielmente todos os artigos dos códigos brasileiros. Carecem de experiência

de vida, experiência profissional, conexão social com as partes e o processo.

Os aprovados nestes concursos, frequentemente, saíram diretamente da faculdade para os livros, cada vez mais jovens, isolando-se de tudo e todos para se dedicar às infindáveis horas de estudo diário. Assim, perdem o contato com a sociedade e, tornam-se, por isso, menos sensíveis e humanos.

Além disso, depois que obtém sucesso nos certames, os julgadores tornam-se inatingíveis e supremos, não sendo-lhes imposto que se atualizem, estudem, prestem um bom serviço público tanto de julgamento quanto de atendimento ao público, que também faz parte de sua função.

Após a aprovação, os juízes passam a ter liberdade de fazer, praticamente, o que bem entendem em suas varas, contribuindo ainda mais para o seu distanciamento das partes. Da mesma forma, deixam de se preocupar com o conteúdo ou com a finalidade da prestação jurisdicional buscada pelas partes e atentam-se, somente, ao rebuscamento do texto, à formalidade linguística que, por vezes, é tanta, que nem se compreende o que quis o magistrado dizer.

Ainda, importante ressaltar que a dificuldade técnica para ingressar neste tipo de cargo torna alguns candidatos, quando bem sucedidos nos certames, arrogantes, acreditando que estão acima dos demais seres humanos e, inclusive, das próprias partes processuais. Não obstante, o processo seletivo não se preocupa em investigar a personalidade dos candidatos, suas condutas morais, suas ambições profissionais e sua vocação de fato.

Vale destacar que o exame psicotécnico, fase obrigatória nos concursos para magistratura, não se mostra eficiente para fazer essa análise e seleção. Existem pessoas, inclusive, que ministram aulas e vendem instruções de como ser bem sucedido nessa fase dos certames.

Assim, ainda que o candidato não tenha em sua personalidade os requisitos necessários para passar neste exame, ele aprende e decora como deve se comportar e acaba por ser bem sucedido. Infelizmente, este é mais um exemplo do famoso "jeitinho brasileiro" de solucionar qualquer imposição legal que obste o seu caminho.

Conclusão

Portanto, não por acaso, assim como no Poder Judiciário de modo geral, nos referidos certames a tecnicidade se sobrepõe à finalidade social que será desempenhada pela função que será exercida.

Desse modo, o Brasil empossa cada vez mais juízes exageradamente técnicos e legalistas, distantes das partes processuais e dos advogados, que estão completamente preparados para as situações idênticas às imaginadas pelo legislador. Contudo, quando existem particularidades, por vezes não conseguem ponderá-las e aplicar com equilíbrio não só o texto legal, mas a intenção do legislador de modo a atingir a tão sonhada justiça.

Em razão disso, em nosso Poder Judiciário, frequentemente nos deparamos com verdadeiras aberrações jurídicas como as decisões totalmente injustas já mencionadas neste trabalho. Todas essas considerações somente corroboram ainda mais com a atual situação de falência e descredibilidade deste órgão essencial à manutenção da democracia.

Infelizmente, este é o quadro da justiça do nosso país e a tendência é piorar cada vez mais caso não seja modificada a forma como os intérpretes e julgadores são recrutados, bem como a fiscalização de suas atribuições e obrigações após assumirem um cargo de tamanha importância.

É necessário conscientizar, também, os cidadãos, especialmente aqueles relacionados ao meio jurídico, da importância do cumprimento da

função social do direito e das leis, não só pelos juízes, como por advogados, partes, servidores, e todos os demais.

Dessa forma, estaremos transformando, também, a cultura já enraizada em nossa sociedade de supervalorização dos magistrados, contribuindo, assim, com o equilíbrio e aproximação das partes processuais em geral (juízes, partes, advogados e servidores). Somente assim poder-se-á chegar mais próximo do verdadeiro conceito de justiça, ainda tão utópico atualmente.

A MARCHA DA MACONHA E O LABIRINTO DAS POLÍTICAS PROIBITIVAS

JOSÉ VICTOR HENRIQUE PESSOA¹

Resumo: Este artigo visa   abordagem de alguns problemas que invocam a questão da descriminaliza o das drogas no cenário brasileiro. Enfatiza-se, dessa forma, a Marcha da Maconha, que tem como objetivo o estabelecimento de um novo debate público em torno da regulamenta o da *Cannabis*. A base do artigo consiste na seguinte interrogativa: “Que aspectos a Marcha da Maconha nos fornece para repensar a realidade brasileira de combate às drogas?”. Pretende-se fazer uma leitura sobre a constitui o dos movimentos sociais em sentido geral, e identificar elementos especificamente na Marcha. Depois de uma breve exposi o desta, pretende-se conectar e estabelecer vínculos entre os propósitos do movimento e a geopolítica das drogas.

Palavras-chave: Marcha da Maconha. *Cannabis*. Descriminaliza o. Regulamenta o. Paradigma. Discurso. Drogas. Saúde. Políticas. Legaliza o. Proibicionismo. Usuários. Danos. Tráfico. Tabu. Educa o. Preven o.

1 Introdu o

Hodiernamente, sente-se o reflexo de um paradigma que tem suas origens expressivas no início do século XX, mas que foi politicamente declarado em 1973. Trata-se da “Guerra  s Drogas”, deferida por Richard Nixon, que resultou em um conjunto de esforços em todo o globo para eliminar as chamadas “drogas ilícitas”. Entretanto, observa-se uma ineficácia continua em tal projeto, que tem proporcionado estragos financeiros e humanos sem alcançar os objetivos declarados.

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Brasília

Email: victorpessoa.unb@gmail.com

A sociedade encontra-se em um “labirinto” de políticas proibitivas, onde se mantém um discurso baseado na punição expressiva aos usuários e traficantes de drogas, mas não reduz as taxas de consumo.

Nessa problemática, surgem como alternativas ao debate público alguns movimentos sociais, como a *Global Marijuana March*, e em nosso objeto de análise, a Marcha da Maconha brasileira. Esta nos proporciona através de seu repertório² suas principais demandas, que serão analisadas pelo viés da geopolítica da drogas. Visa-se a uma abordagem que retrate o discurso adotado por boa parte das nações, e à tentativa de se apresentar opções para um novo paradigma a partir da visão das anomalias³ do atual. Nesse ponto de vista, é de fundamental importância a contribuição da Marcha da Maconha, observando-se que sua ideologia gira em torno da ampliação do debate social e uma eventual luta por mudanças na estrutura política e jurídica do país por meio da legalização. Outra questão importante é a criminalização que o mencionado movimento sofre, tanto no âmbito jurídico-social, por abordar uma temática tão marginalizada pela sociedade, e ao mesmo tempo, pouco esclarecida. É bom ressaltar que, assim como o movimento, este artigo não faz e não pretende estabelecer quaisquer apologias ao uso da *Cannabis*.

É-se, assim, indispensável esclarecer alguns pontos da conjuntura das drogas, principalmente em relação à *Cannabis sativa*, a famigerada maconha. Durante o século XX, a política mundial de combate às drogas acabou firmando a separação das drogas em duas categorias: as lícitas e as ilícitas. Estas integram diversas “listas negras” sujeitas à repressão e ao combate direto por meio de políticas restritivas firmadas em cooperação por quase totalidade dos países. E a maconha protagoniza a lista. Com o discurso da *War on Drugs*, pretende-se responsabilizar as drogas pela violência, tráfico de armas e toda insegurança gerada em um país. Punem-se

² GOHN, 1997, p. 256.

³ PARDO, Rafael. Hacia um Nuevo pensamiento sobre drogas. Nueve anomalías sobre El paradigma convencional y dos propuestas de nuevos caminos. *Geopolítica das drogas: textos acadêmicos*, Brasília, 2011.

desproporcionalmente os usuários, vistos como um problema de “cadeia” e não de saúde; direcionam-se recursos financeiros cada vez maiores à luta interminável contra o consumo; e o pior, acredita-se que estão encontrando a saída desse “labirinto”, desconsiderando as próprias evidências sociais e científicas. Não haveria outras maneiras de diminuir esses danos? Não temos exemplos de outras políticas de combate? Ou será que a sociedade está fadada ao tabu que ela mesma criou⁴?

Não será através desse ou qualquer outro trabalho que se chegará à solução do problema mundial das drogas. Mas nem por isso devemos nos manter presos ao atual discurso; precisa-se dar vida a novos debates! E nada há de tão expressivo quanto um movimento social para fornecer outras visões e reivindicações sociais. A seguir, far-se-á uma abordagem da Marcha da Maconha dentro de sua estrutura conceitual e paradigmática, e uma análise sobre seus ideais diante nosso contexto sociopolítico.

2 Conhecendo a Marcha da Maconha sob a ótica da teoria dos movimentos sociais

Em nossa sociedade, há demandas não atendidas pela ordem política. Ainda mais evidente é a dificuldade que as minorias políticas têm de alcançar seus objetivos, devido à complexidade de interesses e a estruturação dos grupos que chegam ao poder. Mesmo com tantas diferenças, segue-se a necessidade de compreensão e respeito àquelas. É mais um preceito de igualdade (Habermas, 2002). Essa perspectiva não é tão diferente da observada nos movimentos sociais. Estes se constituem na representação de um coletivo que demanda determinados bens ou mudanças sociais. Utiliza-se o conceito de Maria Gohn:

Movimentos sociais são ações sociopolíticas construídas por atores sociais coletivos pertencentes a diferentes classes e camadas sociais, articuladas em certos cenários da conjuntura socioeconômica e política de um país, criando um campo político de força social da sociedade civil. (...) com agendas de atuação construídas ao redor de

⁴ Sobre isso, ver documentário “Quebrando o tabu”.

demandas socioeconômicas ou político-culturais que abrangem as problemáticas conflituosas da sociedade onde atuam.⁵

As informações sobre o movimento foram obtidas do Coletivo Marcha da Maconha⁶, um mecanismo de apoio e divulgação do movimento; entre os principais objetivos pronunciados pelo Coletivo, estão o debate e o eventual estímulo a reformas políticas. Revela-se certa autonomia entre as diversas bases assessoras e lideranças de cada cidade onde as marchas são realizadas. O movimento tem vínculos, como já foi mencionado neste artigo, com a *Global Marijuana March*; e a repercussão de suas ideologias tem aumentado, ora pela propagação de suas ações sociais (marchas, debates etc.) ora por discussões indiretas acerca do assunto (como a defesa pública pela “legalização” feita pelo ex-presidente da República Fernando Henrique Cardoso).

Entre as categorias de análise do movimento, destacam-se a “Carta de Princípios” e a “Carta Aberta à Sociedade Brasileira”. O repertório destas se fundamenta em alguns pontos que serão essenciais para uma crítica de seus eventuais impactos às políticas nacionais. Trata-se fundamentalmente de dois eixos: o descritivo e o reivindicativo. O primeiro expõe a situação vista no Brasil e na maioria dos países, que pode ser generalizada pelos seguintes pontos: proibição para fins medicinais e recreativos; proibição do plantio e consumo próprio; e o não aproveitamento do potencial econômico do cânhamo. O segundo remete ao convencimento do público do fracasso acerca do “proibicionismo”; convocação de participantes e adeptos ao movimento (orientações); e a polêmica legalização da Maconha (e só da maconha!).

Sabe-se que os movimentos sociais constituem uma forma de mudança, mas que nem toda mudança advém do movimento em si⁷. Assim, a Marcha da Maconha terá uma grande batalha diante seus opositores, que se moldam principalmente pela

5 GOHN, 1997, pp. 251-252

6 < [HTTP://marchadamaconha.org](http://marchadamaconha.org) > Acesso em: 26 de novembro de 2011.

7 GOHN, 1997, p. 248.

ideologia social⁸ de marginalização dos usuários de qualquer droga ilícita. Antes de se começar o debate sobre os eixos presentes no repertório deste movimento, pronuncia-se sobre um fato recente, relativo à proibição da realização da Marcha no Brasil, por suposta apologia ao crime.

O julgamento ocorreu em 15 de junho de 2011. Os ministros presentes foram unânimes em seus votos, ao reconhecer que a Marcha da Maconha não infringia nenhuma norma legal. O voto⁹ do relator ministro Celso de Melo, ADPF 187, defendia sua realização segundo os princípios de liberdade de expressão e reunião (Art. 5º da CF, incisos IV e IX; e Art. 220 da CF), em detrimento de algumas interpretações equivocadas de juízes em torno do Artigo 287 do Código Penal, que prescreve punição a quem exalta a prática de crimes já cometidos ou aos seus atores (apologia). É importante notar que a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos (Abesup) tentou incluir no caso a permissão do plantio doméstico da maconha e uso com fins médicos e religiosos, mas não obteve êxito imediato¹⁰.

Depois de ser proibida em várias cidades brasileiras, a Marcha da Maconha tem essa liberdade “concedida”. Trata-se de mais um passo dado, em um caminho distante do fim. Um passo contra a criminalização do movimento. Mas ainda é preciso desmistificar muitas “verdades” tomadas pela sociedade; e assim, parte-se finalmente para a etapa crítica do artigo. Que se pode aprender com a Marcha? Que se pode assimilar na sociedade?

3 O repertório da Marcha e seus fundamentos

3.1 O paradigma das políticas proibitivas e a ótica do discurso

⁸ BERGER, 1986, pp. 51-52.

⁹ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 19 de novembro de 2011.

¹⁰ Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/06/15/stf-decide-que-ato-por-legalizacao-de-drogas-e-liberdade-de-expressao-e-libera-marcha-da-maconha.jhtm>> Acesso em: 30 de novembro de 2011.

Como já é conhecido, a Marcha da Maconha considera a política mundial de combate às drogas um completo fracasso. No entanto, vê-se que a sociedade custa a assimilar essa proposição. Por muito tempo, acreditou-se que seria possível um mundo sem drogas, e se utilizou de todas as armas possíveis, literalmente. Essa “Guerra” se transformou em um discurso influente que procura esmagar quaisquer evidências de seu fracasso. Definiu Foucault discurso como “a reverberação de uma verdade nascendo diante de seus próprios olhos” 11. Trata-se de uma verdade que renovamos continuamente, mas quando estabelecida, gera em torno de si um tabu. (FOUCAULT, 1971). Essa visão pode ser bem aplicada ao caso das drogas, principalmente quando se refere à maconha. Da “verdade” declarada principalmente pela política americana, infere-se que a única saída para reduzir o consumo e seus danos é eliminar diretamente a produção, e retirar o “viciado” da sociedade e colocá-lo na cadeia. O alinhamento por uma mudança de discurso não implica de modo algum chegar ao discurso oposto, inutilizando o combate às drogas, mas visa à mudança de estratégia de combate, readequando-o às necessidades.

Pela via dos paradigmas, vistos como um conjunto de conhecimentos que explicam a realidade, em determinado momento¹², Rafael Pardo consegue estabelecer de modo brilhante uma ligação entre o “Paradigma convencional das drogas”¹³ e suas anomalias. Este autor enumera 9 anomalias presentes no atual discurso das drogas ilícitas¹⁴, mas este artigo ater-se-á aos 5 mais expressivos:

11 FOUCAULT, 1971, p. 49.

12 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª Edição. São Paulo: Perspectiva, 1998.

13 PARDO, Rafael. Hacia um Nuevo pensamiento sobre drogas. Nueve anomalias sobre El paradigma convencional y dos propuestas de nuevos caminos. *Geopolítica das drogas: textos acadêmicos*, Brasília, 2011, p. 163.

14 PARDO, Rafael. Hacia um Nuevo pensamiento sobre drogas. Nueve anomalias sobre El paradigma convencional y dos propuestas de nuevos caminos. *Geopolítica das drogas: textos acadêmicos*, Brasília, 2011, pp. 166-173.

1. O regime classifica como ilícitas determinadas drogas, e ignora o uso tradicional e cultural.
2. Inapropriada regulação do uso medicinal de substâncias proibidas, que são eficazes no tratamento de várias doenças (eixo descritivo e reivindicativo da Marcha da Maconha).
3. Nem todas as substâncias que produzem alterações mentais são proibidas; e o dilema da proibição de drogas de origem vegetal, e a regulação/permissão das artificiais fabricadas pelas multinacionais farmacêuticas.
4. Ataca-se diretamente a oferta de drogas, como a maconha, para elevar o preço e reduzir o consumo se mostrou uma estratégia ineficaz. O aumento do preço indiretamente estimula a oferta, e produtores e traficantes tentam contornar todos os impedimentos para produzir; além disso, o usuário é pouco sensível a variação dos preços, em virtude de sua dependência química.
5. Militarização como política antidrogas para controlar conflitos em determinados países.

Essas anomalias paradigmáticas apenas ilustram uma das faces do problema das drogas. Caso se isole a maconha, veremos outras contradições quando comparamos a certas drogas lícitas, como o tabaco e o álcool. O conceituado *The Lancet Medical Journal*, do Reino Unido, publicou recentemente um ranking com o percentual de danos causados direta e indiretamente aos usuários e a sociedade. Percebe-se que ambas proporcionam maiores danos às pessoas que a maconha, mas nem se cogita a proibição ou a criminalização de seus usuários.

Most harmful drugs

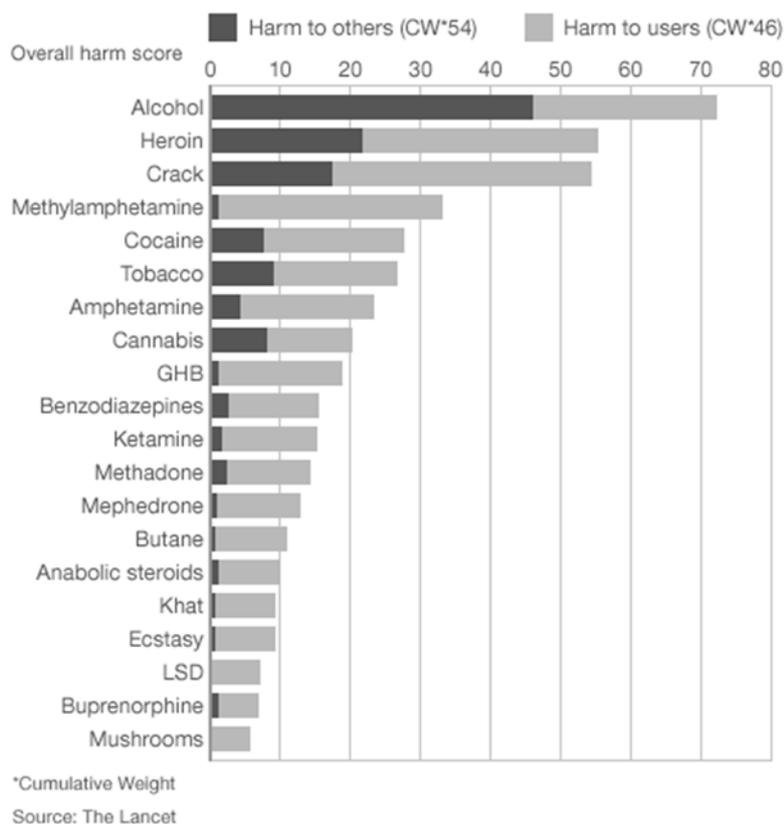


GRÁFICO 1- FONTE: THE LANCET JOURNAL, UK.

Contudo, não basta identificar as anomalias ou contradições dos paradigmas para superá-los. É necessário compreender seus significados e suas dissoluções na sociedade, ora no desenvolvimento de ações coletivas (Marcha da Maconha, por exemplo.) ora para mudanças de perspectivas individuais, indispensáveis ao comprometimento do cidadão para com o desenvolvimento das políticas públicas. Nesse âmbito, a Marcha da Maconha tem um papel social relevante, ao levantar diversas questões controversas sobre as políticas antidrogas. É importante ressaltar que há um forte preconceito envolvendo o cânhamo. O senso comum e a opinião pública, em boa parte, tratam de marginalizar a maconha sem conhecer substancialmente seus efeitos e propriedades. O estereótipo do “drogado” repercute de tal forma que se tem a sensação que um simples debate é alusivo ao consumo.

Será que é preciso ser usuário para reconhecer as falhas materiais das políticas proibitivas?

3.2 Legalização, descriminalização e regulamentação

Segundo a Carta de Princípios da Marcha da Maconha, este movimento defende a legalização da *Cannabis*. Mas será uma pretensão viável? Primeiramente, é indispensável esclarecer os níveis do regime legal, através de uma “tipologia de proibições”, mencionada por José Manoel Bertolote, em *O que é droga, onde e quando?* : *Proibição total* consistiria na interdição da produção, distribuição, comercialização, posse e uso de uma dada substância. *A Descriminalização parcial* prevê interdição da produção, distribuição e comercialização; imposição de penas cíveis à posse ou uso de quantidade especificada. *A Descriminalização total* indica a interdição da produção, distribuição, comercialização; não constitui infração a posse ou uso de quantidade especificada. E por fim, a *Legalização plena*, como nenhuma restrição à produção, distribuição, comercialização, posse ou uso de determinada substância¹⁵.

Em relação à *marijuana*, o Brasil tem adotado, nessa perspectiva, a “Descriminalização parcial”, com uma legislação ainda ambígua quando se trata das diferenças entre usuário e traficante. Trata-se da Lei 11.343/2006, que através da definição do delito, trata de amenizar a pena, por meio de prestação de serviços ao invés de reclusão direta, por exemplo. Entretanto, percebe-se que a o usuário ainda continua a ser confundido com o traficante. Assim, a “guerra” ainda se faz diretamente, enclausurando indivíduos da sociedade por sua dependência química. Esta seria eliminada na cadeia? Não é o que se vê na realidade das penitenciárias brasileiras, onde o consumo e distribuição de drogas é fato ordinário.

Outro ponto proeminente é o narcotráfico. *The War on Drugs* revela-se ineficaz quando se trata do combate direto aos traficantes, por meio do proibicionismo ou punição aos usuários. Primeiro, porque o tráfico se sofisticou, e

15 BERTOLOTE, José M. *O que é droga, onde e quando? Geopolítica das drogas*, p. 65. Rio de Janeiro, 2010.

consegue penetrar em lugares de controle e fiscalização rígidos. Segundo, porque os consumidores estão dispostos a correr riscos para adquirir drogas (cânhamo, em especial). Todo ano, uma quantidade exorbitante de recursos econômicos é destinada ao combate do tráfico. Não é escopo desse artigo defender a redução desse combate, pelo contrário. Critica-se a alta carga de investimentos aplicada à luta contra o narcotráfico e reclusão de usuários, em detrimento de aplicações destinadas a prevenir, conscientizar e reintroduzir o usuário na sociedade.

Alguns exemplos europeus nos têm chamado a atenção. São os casos da Holanda e Portugal. No país ibérico, viu-se a descriminalização do uso de algumas drogas (para uso pessoal), mantendo punições mais brandas, mas não menos eficazes. Também se adotou uma política de “redução de danos”, que acaba fornecendo condições de tratamento e alguns materiais utilizados durante o consumo, em uma tentativa de reduzir alguns efeitos provenientes do uso aleatório, como a propagação de certas doenças (AIDS, por exemplo). O resultado de tais medidas se torna visível com a redução do consumo de drogas “ilícitas”, acompanhado por uma redução da criminalidade. Já o caso mais expressivo, o holandês, permite o comércio “regulamentado” da maconha. Tenta manter o controle sobre as quantidades da droga ofertadas e consumidas nos estabelecimentos autorizados no país. É bom esclarecer que o consumo de drogas pesadas é proibido, assim como propaganda e o uso por menores de idade, além de oferecer auxílio aos dependentes. Contudo, não se espera resolver todos os casos, mas os danos causados aos usuários e à sociedade têm diminuído. Assim como em outros países europeus, a droga é vista como uma questão de saúde, não de direito penal. Trata-se de uma visão diferente da norte-americana, mas que se mostra mais adequada à redução dos custos humanos e econômicos do que qualquer “guerra”¹⁶. Em *A Geopolítica das Drogas*, Gonçalves explicita essa nova visão global:

Dentro e fora do Brasil, cresce a percepção de que as drogas constituem um problema de saúde pública. (...) Fernando Henrique Cardoso, por exemplo, tem usado sua imagem para estimular o debate

¹⁶ Sobre isso, ver “Quebrando o tabu”.

em torno da política de drogas, e em particular, das drogas e saúde pública. Muitos setores formadores de opinião propugnam como ele, menos repressão e mais apoio à recuperação da vítima da droga.¹⁷

Que esperar para o Brasil? A Marcha da Maconha, como já mencionado, defende a legalização, entretanto é improvável que essa reivindicação obtenha êxito, pelo menos nos próximos anos. Deve-se considerar que o preconceito ou marginalização da maconha ainda está distante do fim, e que seria um “choque” social de dimensões inimagináveis. Além disso, não se pode querer aplicar ações realizadas na Europa com o intuito de se obter os mesmos resultados aqui. Não se sabe os impactos que podem ser gerados pela legalização. O país não possui condições de regulamentar e controlar os plantios domésticos, o comércio lícito e ilícito da maconha, pelo menos por enquanto. Todavia, deve-se reconhecer que já extrapolamos o momento de admitir uma descriminalização total. Ganharíamos em vários aspectos: redução da morosidade jurídica, com menos processos de pequenos usuários; redirecionamento de esforços contra os traficantes de grande porte; redução da “cautela” dos usuários para procurar ajuda médica, já que têm medo de ser enquadrados como criminosos; disposição para discutir assiduamente medidas preventivas; menos riscos para os usuários no processo de compra da maconha; e o redirecionamento das forças policiais para controle de crimes de maior gravidade. Em suma, precisa-se de uma redução da ênfase punitiva que se tem dado aos usuários, reduzindo o contato destes com os processos judiciais, proporcionando vantagens ao indivíduo e à sociedade. Novamente, afirma Gonçalves:

Os ganhos com o tráfico, estes sim, devem continuar a ser combatidos como problema de natureza policial. O próprio aumento do consumo das drogas sintéticas e a impossibilidade real de coibir a produção de ‘drogas leves’ nos lares, para consumo próprio, impõem centrar a ação nacional e multilateral na repressão ao tráfico e rever as formas de amparo e recuperação às vítimas do vício¹⁸.

17 GONÇALVES, Julio C. Z. A geopolítica das drogas. *A geopolítica das drogas*, p. 91. Brasília, 2011.

18 GONÇALVES, Julio C. Z. A geopolítica das drogas. *A geopolítica das drogas*, p. 92. Brasília, 2011.

Outra matéria interessante é a regulamentação do uso da Cannabis para fins medicinais, tema que será abordado no tópico a seguir.

3.3 Fins medicinais e *cannabusiness*

Há milhares de anos já se conhecia e utilizava a maconha para fins medicinais. A proibição generalizada de sua aplicação em pesquisas farmacêuticas acompanhou a mesma premissa proibitiva do uso recreativo. Como ressalta Bertolote, a maconha e outras drogas sofreram uma variação semântica “negativa” em certo sentido, já que se reduziu a importância de algumas de suas características. Assim, afirma:

(...) com o tempo, o conceito de droga passou do domínio estritamente químico-farmacológico para adquirir uma preponderância do uso político com o predomínio de acepções e definições jurídicas, administrativas e mesmo popular (...).¹⁹

Sob essa perspectiva, o Coletivo Marcha da Maconha esclarece bem que uma das pretensões do movimento é a regulamentação do uso medicinal do cânhamo para o próprio desenvolvimento das pesquisas médicas. O país estaria desperdiçando todo o potencial econômico do *Cannabusiness*, conjunto de atividades econômicas que envolvem o comércio lícito das *marijuana*. O Canadá e alguns estados norte-americanos, por exemplo, já permitem a manipulação para pacientes com HIV (já que a droga estimula o apetite), depressão, tratamentos com quimioterapia (reduz a ansia), entre outros problemas. Geralmente, o governo declara algumas condições para a compra, como a regulamentação dos usuários, médicos e dos estabelecimentos que comercializam. Como se trata de uma atividade econômica lícita, também proporciona benefícios aos cofres públicos, com a arrecadação de impostos. Estes poderiam até mesmo ser aplicados na própria prevenção e em políticas de redução de danos.

¹⁹ BERTOLOTE, José M. O que é droga, onde e quando? *Geopolítica das drogas*, p. 52. Brasília, 2011.

Dessa forma, pode-se chegar a algum projeto viável de regulamentação para fins medicinais com base na proposta da Marcha. Não há motivos contundentes para a sociedade excluir os benefícios da maconha porque esta simplesmente oferece riscos quando utilizada para fins de recreação. O Brasil e a medicina nacional devem encontrar meios para a produção e o aproveitamento das substâncias de forma segura, evitando misturar os propósitos benéficos com a atividade ilegal. De tal modo, milhares de pacientes seriam beneficiados sem que tal condição implique danos sociais.

3.4 Um novo paradigma?

Depois de tomarmos conhecimento do “proibicionismo” que tem se propagado, vê-se o crescimento do número de adeptos na formação do “novo paradigma das drogas”. Mas a construção deste ainda precisa se solidificar nas perspectivas sociais dominantes. Por enquanto, o que vemos é uma aceitação cada vez maior, em torno de 3 pontos fundamentais, retratados por Maria Paula Ramo²⁰.

O primeiro estabelece que a droga se inclua no debate da saúde pública. Essa questão foi discutida no tópico anterior, mas muito se pode acrescentar. O método ainda vigente de encarcerar usuários de droga não elimina o consumo, e apenas contribui para a “destruição” do indivíduo. A remoção de indivíduos que consomem drogas na sociedade acaba contribuindo negativamente para a reintrodução social do usuário, além de dificultar que o “drogado”, consiga ajuda para abandonar o vício. É inconcebível imaginar que dependentes químicos estejam satisfeitos com suas situações, e não pretendam abandoná-las. E mais do que tentar proibir o consumo pela força, deve o Estado oferecer condições para que seus membros saiam da condição de “dependentes”.

O segundo afirma que se deve reduzir o consumo, mediante a informação e prevenção. A informação é útil para se evitar consumir e abandonar o consumo. Devem-se esclarecer, sem uma “publicidade terrorista”, os riscos que corremos ao consumir não só a maconha, mas qualquer droga. A proibição categórica é

²⁰ ROMO, Maria Paula. Retos para la legislación sobre drogas em el Ecuador. *Geopolítica das drogas*, pp. 127-128. Brasília, 2011.

insuficiente como medida preventiva se comparada à educação e instrução da população. E aqueles que já se encontram presos a substâncias psicoativas não encontrarão “liberdade” em uma nova prisão física (cárcere), mas no abandono da dependência. E novamente, só com informação a sociedade pode contribuir para recuperar os dependentes. A educação também se apresenta na dissolução do “discurso proibitivo”, sendo uma alternativa plausível para contornar as ideologias vigentes e fracassadas, tanto por ações individuais quanto coletivas.

Sabe-se que a educação, embora seja, de direito, o instrumento graças ao qual todo indivíduo, em uma sociedade como a nossa, pode ter acesso a qualquer tipo de discurso, segue, em sua distribuição, no que permite e no que impede, as linhas que estão marcadas pelas oposições e lutas sociais. Todo sistema de educação é uma maneira política de manter ou de modificar a apropriação dos discursos, com os saberes e poderes que eles trazem consigo.²¹

Já o terceiro ponto traduz a repressão direta ao crime organizado. Trata-se de lutar contra aqueles que lucram com a situação das “vítimas da droga”, e não contra estas. É claro que o narcotráfico e o contrabando de drogas dependem dos usuários, mas estes não serão eliminados pelas prisões. As facções criminosas são, de fato, responsáveis por boa parte da violência social, e sendo assim, devem-se punir seus integrantes, e não os pequenos consumidores (e novas vítimas) que tentam “sustentar” o vício. Quando isso se faz, deslocam-se os recursos policiais, que poderiam se direcionar para os grandes traficantes, para combater elementos “insignificantes” no âmbito do crime. Nessas condições, pouco se tem êxito.

Em termos gerais, a legitimação, de acordo com Gilberta Acselrad,

prevê informação razoável, venda e controle das substâncias e tratamento diferenciado. Reconhece a possibilidade usos protegidos e culturalmente integrados, a possibilidade de usos medicinais. Afirma o reconhecimento da cidadania dos usuários de drogas, somando à competência técnica, o compromisso político com a construção coletiva de direitos e deveres relacionados às drogas. 22

4 Conclusão

21 FOUCAULT, 1971, pp. 43-44.

22 ACSELRAD, Gilberta. O proibicionismo em questão - alternativas. A *geopolítica das drogas*, p. 36. Brasília, 2011.

O debate sobre as drogas ainda incorporará muitos elementos na formação de um novo discurso. Muitos problemas e contradições foram identificados nas políticas proibitivas atuais, o que promove novas discussões e debates na tentativa de encontrar uma saída para o “labirinto das políticas proibitivas”. Neste processo, é de fundamental importância o papel das ações coletivas e dos movimentos sociais. E o principal expoente brasileiro é a Marcha da Maconha. Ao se tratar da droga ilícita mais consumida no Mundo, a Marcha promove alternativas ao combate direto que se tem feito. Suas principais questões estão fundamentadas na legalização, autorização do plantio e consumo doméstico, descriminalização dos usuários, e regulamentação do uso medicinal.

Sob uma perspectiva geopolítica das drogas, percebe-se que novas medidas devem ser tomadas, e para isso, uma reforma na estrutura política e jurídica no Brasil pode ser realizada. Não se trata de legalizar plenamente a maconha, afinal não sabemos a reação social às eventuais mudanças. Mas à medida que analisamos as drogas como uma questão de saúde, os erros produzidos pela “Guerra às drogas” se tornam mais explícitos. Um passo substancial e que poderia produzir melhores “frutos” seria a descriminalização total da maconha, redirecionando os recursos para a instrução, prevenção do consumo, políticas de “redução de danos”, além do combate direto aos grandes produtores e traficantes. A batalha contra o crime pode se ajustar perfeitamente ao tratamento e prevenção. Aproveitar os benefícios medicinais da *Cannabis* através de uma regulamentação não se revela nenhuma “loucura” ao discurso, pelo menos até certo ponto.

Nota-se, entretanto, que a desmistificação e as barreiras ideológicas das drogas devem ser superadas. Percebemos isso quando analisamos nosso próprio cotidiano. É comum a associação das imagens de criminoso, delinquente, marginal ao de usuário de drogas, o popular e pejorativo termo “maconheiro”. Por outro lado, um fato se revela curioso. Chega a ser “cômico” como se banaliza o consumo de bebidas alcoólicas a uma simples brincadeira ou diversão. Seria o álcool menos nocivo em relação à maconha? Não é o que se vê nas estatísticas. Por fim, é evidente que a Marcha da Maconha encontrará grandes desafios, como a rotulação de “ilícita”

que se dá à erva. Rotulação esta que gera preconceitos, suficientes para dificultar a compreensão social dos propósitos do movimento.

5 Referências bibliográfica

<[HTTP://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/06/15/stf-decide-que-ato-por-legalizacao-de-drogas-e-liberdade-de-expressao-e-libera-marcha-da-maconha.jhtm](http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/06/15/stf-decide-que-ato-por-legalizacao-de-drogas-e-liberdade-de-expressao-e-libera-marcha-da-maconha.jhtm)>

<[HTTP://www.marchadamaconha.org/](http://www.marchadamaconha.org/)>

<[HTTP://www.quebrandootabu.com.br/](http://www.quebrandootabu.com.br/)>

<[HTTP://www.stf.gov.br/](http://www.stf.gov.br/)>

ACSELRAD, Gilberta. O proibicionismo em questão – alternativas. *Geopolítica das drogas: textos acadêmicos*, Brasília, Fundação Alexandre Gusmão, 2011.

BERGER, Peter. *Perspectivas Sociológicas: uma visão humanística*. Petrópolis, Vozes, 1986

BERTOLETE, José M. O que é droga, onde e quando? Uma leitura da geopolítica mundial sobre algumas substâncias psicoativas. *Geopolítica das drogas: textos acadêmicos*, Brasília, Fundação Alexandre Gusmão, 2011.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo, Loyola, 2009.

GERNER, Milton Romani. Geopolítica desde el problema drogas: cambio de paradigma y descentramiento positivo. *Geopolítica das drogas: textos acadêmicos*, Brasília, Fundação Alexandre Gusmão, 2011.

GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*, 5ª ed. São Paulo: Loyola, 1997.

GONÇALVES, Julio C. Z. A geopolítica das drogas. *Geopolítica das drogas: textos acadêmicos*, Brasília, Fundação Alexandre Gusmão, 2011

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo, Perspectiva, 1998.

MACHADO, Lia Osório. Espaços transversos: tráfico de drogas ilícitas e geopolítica de segurança. *Geopolítica das drogas: textos acadêmicos*, Brasília, Fundação Alexandre Gusmão, 2011.

PARDO, Rafael. Hacia um nuevo pensamiento sobre drogas. Nueve anomalías sobre el paradigma convencional y dos propuestas de nuevos caminos. *Geopolítica das drogas: textos acadêmicos*, Brasília, Fundação Alexandre Gusmão, 2011.

ROMO, Maria Paula. Retos para la legislación de drogas em el Ecuador. *Geopolítica das drogas: textos acadêmicos*, Brasília, Fundação Alexandre Gusmão, 2011.

SIMÕES, Antônio J. F. A integração sul-americana e o problema mundial das drogas. *Geopolítica das drogas: textos acadêmicos*, Brasília, Fundação Alexandre Gusmão, 2011.

TONIATTI, Virgínia B. de S. O problema das drogas e a responsabilidade compartilhada: a necessidade de um novo equilíbrio. *Geopolítica das drogas: textos acadêmicos*, Brasília, Fundação Alexandre Gusmão, 2011.

COMENTÁRIOS AO PROTOCOLO DE SAN SALVADOR: PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-

se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Palavras-chaves: Direitos Humanos. Proteção do Consumidor. Direitos de Terceira Dimensão.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 6 Comentários ao Protocolo de San Salvador: Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e

estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o “*prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém*”^[1]. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a

amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contempor nea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a A o de Descumprimento de Preceito Fundamental N . 46/DF, “o direito   um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois   contemporâneo   realidade. O direito   um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplica o dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concep o p s-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “esta doutrina   o ponto culminante de uma progressiva evolu o acerca do valor atribuído aos princípios em face da legisla o”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente p s-positivista cinge-se   valoriza o da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplica o e interpreta o do conteúdo das leis.

2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga   Idade Moderna

Ao ter como substrato de edifica o as pondera es estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolu o dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma constru o paulatina,

consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. “*A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade*”[4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. “*O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes*”, como bem afiança Alexandre de Moraes[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à

dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, *“pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”*[7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. *“É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida”*[9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função

primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “*Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos*”[10], tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato[11]. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito[12], devido processo legal[13], acesso à Justiça[14], liberdade de locomoção[15] e livre entrada e saída do país[16].

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João

Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a

liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais[26]. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[27].

3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e

à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[28]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[29] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu

caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[30], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[31], da reserva legal[32] e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[34].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. “*Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade*”[35], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de

trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria[36]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. “*Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados*”[37]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana[38], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primordialmente “*ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais*”[\[39\]](#), tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado[\[40\]](#), elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais[\[41\]](#).

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão “*são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal*”^[42]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. “*Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais*”^[43], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade

Conforme fora visto no tópico anterior, os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio[44], os consideram direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. *“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo”*[45] ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[46].

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que *“os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo”*[47]. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às

gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. “Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”[48]. A respeito do assunto, Motta e Barchet[49] ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como “soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

6 Comentários ao Protocolo de San Salvador: Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Diante do cenário apresentado, cuida destacar que os Estados Partes no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos no Protocolo. Se o exercício dos direitos estabelecidos no Protocolo ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições do Protocolo, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos esses direitos. Os Estados Partes no Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em

virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau.

Os Estados Partes só poderão estabelecer restrições e limitações ao gozo e exercício dos direitos estabelecidos no Protocolo mediante leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, na medida em que não contrariem o propósito e razão dos mesmos. Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita. Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho.

Os Estados Partes no Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular: a) remuneração que assegure, no mínimo, a todos os trabalhadores condições de subsistência digna e decorosa para eles e para suas famílias e salário equitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção; b) o direito de todo trabalhador de seguir sua vocação e de dedicar-se à atividade que melhor atenda a suas expectativas e a trocar de emprego de acordo com a respectiva regulamentação nacional; c) O direito do trabalhador à promoção ou avanço no trabalho, para o qual serão levadas em conta suas qualificações, competência, probidade e

tempo de serviço; d) Estabilidade dos trabalhadores em seus empregos, de acordo com as características das indústrias e profissões e com as causas de justa separação. Nos casos de demissão injustificada, o trabalhador terá direito a uma indenização ou à readmissão no emprego ou a quaisquer outras prestações previstas pela legislação nacional; e) segurança e higiene no trabalho; f) proibição de trabalho noturno ou em atividades insalubres ou perigosas para os menores de 18 anos e, em geral, de todo trabalho que possa pôr em perigo sua saúde, segurança ou moral. Quando se tratar de menores de 16 anos, a jornada de trabalho deverá subordinar-se às disposições sobre ensino obrigatório e, em nenhum caso, poderá constituir impedimento à assistência escolar ou limitação para beneficiar-se da instrução recebida; g) limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos; h) repouso, gozo do tempo livre, férias remuneradas, bem como remuneração nos feriados nacionais.

Os Estados Partes garantirão: a) o direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e de filiar-se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses. Como projeção desse direito, os Estados Partes permitirão aos sindicatos formar federações e confederações nacionais e associar-se às já existentes, bem como formar organizações sindicais internacionais e associar-se à de sua escolha. Os Estados Partes também permitirão que os sindicatos, federações e confederações funcionem livremente; b) o direito de greve. O exercício dos direitos enunciados acima só pode estar sujeito às limitações e restrições previstas pela lei que sejam próprias a uma sociedade democrática e necessárias para salvaguardar a ordem pública e proteger a saúde ou a moral pública, e os direitos ou liberdades dos demais. Os membros das forças armadas e da polícia, bem como de outros serviços públicos essenciais, estarão sujeitos às limitações e restrições impostas pela

lei. Ninguém poderá ser obrigado a pertencer a um sindicato. Toda pessoa tem direito à previdência social que a proteja das consequências da velhice e da incapacitação que a impossibilite, física ou mentalmente, de obter os meios de vida digna e decorosa. No caso de morte do beneficiário, as prestações da previdência social beneficiarão seus dependentes. Quando se tratar de pessoas em atividade, o direito à previdência social abrangerá pelo menos o atendimento médico e o subsídio ou pensão em caso de acidentes de trabalho ou de doença profissional e, quando se tratar da mulher, licença remunerada para a gestante, antes e depois do parto.

Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito: a) atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade; b) extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado; c) total imunização contra as principais doenças infecciosas; d) prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza; e) educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e f) satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.

Toda pessoa tem direito a uma nutrição adequada que assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual. A fim de tornar efetivo esse direito e de eliminar a desnutrição, os Estados Partes

comprometem-se a aperfeiçoar os métodos de produção, abastecimento e distribuição de alimentos, para o que se comprometem a promover maior cooperação internacional com vistas a apoiar as políticas nacionais sobre o tema. Toda pessoa tem direito à educação. Os Estados Partes no Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm, também, em que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz.

Os Estados Partes no Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação: a) o ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente; b) o ensino de segundo grau, em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional de segundo grau, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito; c) o ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito; d) deve-se promover ou intensificar, na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau; e) deverão ser estabelecidos programas de ensino diferenciado para os deficientes, a fim de proporcionar instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental. De acordo com a legislação interna dos Estados Partes, os pais terão direito a escolher o tipo de educação a ser dada

aos seus filhos, desde que esteja de acordo com os princípios enunciados acima. Nada do disposto no Protocolo poderá ser interpretado como restrição da liberdade dos particulares e entidades de estabelecer e dirigir instituições de ensino, de acordo com a legislação interna dos Estados Partes.

Os Estados Partes no Protocolo reconhecem o direito de toda pessoa a: a) participar na vida cultural e artística da comunidade; b) gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico; c) beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhe caibam em virtude das produções científicas, literárias ou artísticas de que for autora. Entre as medidas que os Estados Partes no Protocolo deverão adotar para assegurar o pleno exercício deste direito, figurarão as necessárias para a conservação, desenvolvimento e divulgação da ciência, da cultura e da arte. Os Estados Partes no Protocolo comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável para a pesquisa científica e a atividade criadora. Os Estados Partes no Protocolo reconhecem os benefícios que decorrem da promoção e desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais em assuntos científicos, artísticos e culturais e, nesse sentido, comprometem-se a propiciar maior cooperação internacional nesse campo. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pelo Estado, que deverá velar pelo melhoramento de sua situação moral e material. Toda pessoa tem direito a constituir família, o qual exercerá de acordo com as disposições da legislação interna correspondente. Os Estados Partes comprometem-se, mediante o Protocolo, a proporcionar adequada proteção ao grupo familiar e, especialmente, a: a) dispensar atenção e assistência especiais à mãe, por um período razoável, antes e depois do parto; b) garantir às crianças alimentação adequada, tanto no período de lactação quanto durante a idade escolar; c) adotar medidas especiais de proteção dos adolescentes, a fim de assegurar o pleno amadurecimento de suas capacidades físicas, intelectuais e morais;d) executar programas

especiais de formação familiar, a fim de contribuir para a criação de ambiente estável e positivo no qual as crianças percebam e desenvolvam os valores de compreensão, solidariedade, respeito e responsabilidade.

Toda criança, seja qual for sua filiação, tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Toda criança tem direito de crescer ao amparo e sob a responsabilidade de seus pais; salvo em circunstâncias excepcionais, reconhecidas judicialmente, a criança de tenra idade não deve ser separada de sua mãe. Toda criança tem direito à educação gratuita e obrigatória, pelo menos no nível básico, e a continuar sua formação em níveis mais elevados do sistema educacional. Toda pessoa tem direito à proteção especial na velhice. Nesse sentido, os Estados Partes comprometem-se a adotar de maneira progressiva as medidas necessárias a fim de pôr em prática este direito e, especialmente, a: a) proporcionar instalações adequadas, bem como alimentação e assistência médica especializada, às pessoas de idade avançada que careçam delas e não estejam em condições de provê-las por seus próprios meios; b) executar programas trabalhistas específicos destinados a dar a pessoas idosas a possibilidade de realizar atividade produtiva adequada às suas capacidades, respeitando sua vocação ou desejos; c) promover a formação de organizações sociais destinadas a melhorar a qualidade de vida das pessoas idosas.

Toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade. Os Estados Partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias para esse fim e, especialmente, a: a) executar programas específicos destinados a proporcionar aos deficientes os recursos e o ambiente necessário para alcançar esse objetivo, inclusive programas trabalhistas adequados a suas possibilidades e que deverão ser livremente aceitos por eles ou, se for o caso, por seus representantes

legais; b) proporcionar formação especial às famílias dos deficientes, a fim de ajudá-los a resolver os problemas de convivência e convertê-los em elementos atuantes no desenvolvimento físico, mental e emocional destes; c) incluir, de maneira prioritária, em seus planos de desenvolvimento urbano a consideração de soluções para os requisitos específicos decorrentes das necessidades deste grupo; d) promover a formação de organizações sociais nas quais os deficientes possam desenvolver uma vida plena.

Os Estados Partes no Protocolo comprometem-se a apresentar, de acordo com o disposto por este artigo e pelas normas pertinentes que a propósito deverão ser elaboradas pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, relatórios periódicos sobre as medidas progressivas que tiverem adotado para assegurar o devido respeito aos direitos consagrados no mesmo Protocolo. Todos os relatórios serão apresentados ao Secretário-Geral da OEA, que os transmitirá ao Conselho Interamericano Econômico e Social e ao Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura, a fim de que os examinem de acordo com o disposto neste artigo. O Secretário-Geral enviará cópia desses relatórios à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos transmitirá também aos organismos especializados do Sistema Interamericano, dos quais sejam membros os Estados Partes neste Protocolo, cópias dos relatórios enviados ou das partes pertinentes deles, na medida em que tenham relação com matérias que sejam da competência dos referidos organismos, de acordo com seus instrumentos constitutivos.

Os organismos especializados do Sistema Interamericano poderão apresentar ao Conselho Interamericano Econômico e Social e ao Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura relatórios sobre o cumprimento das disposições deste Protocolo, no campo de suas atividades. Os relatórios anuais que o Conselho

Interamericano Econômico e Social e o Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura apresentarem à Assembleia Geral conterão um resumo da informação recebida dos Estados Partes neste Protocolo e dos organismos especializados sobre as medidas progressivas adotadas a fim de assegurar o respeito dos direitos reconhecidos no Protocolo e das recomendações de caráter geral que a respeito considerarem pertinentes. Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos poderá formular as observações e recomendações que considerar pertinentes sobre a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais estabelecidos neste Protocolo em todos ou em alguns dos Estados Partes, as quais poderá incluir no Relatório Anual à Assembleia Geral ou num relatório especial, conforme considerar mais apropriado. No exercício das funções que lhes confere o artigo 19, os Conselhos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos deverão levar em conta a natureza progressiva da vigência dos direitos objeto da proteção deste Protocolo.

Referências:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 19 set. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 set. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 set. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 19 set. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus.** Disponível em: <<http://jusvi.com/peças/34357>>. Acesso em 19 set. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral.** 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. **Direitofundamenta I de acesso à água potável:** uma proposta deconstitucionalizaçã o. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 19 set. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais.** 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Direitos Humanos de 4ª Geração**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 19 set. 2015.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 19 set. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em 19 set. 2015.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 19 set. 2015.

_____. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 19 set. 2015.

_____. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 19 set. 2015.

_____. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 19 set. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 19 set. 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 19 set. 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 19 set. 2015.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 19 set. 2015.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 19 set. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 19 set. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 19 set. 2015.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 19 set. 2015, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009. Acesso em 19 set. 2015.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 19 set. 2015.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 19 set. 2015: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] *Ibid.* “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] *Ibid.* “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] *Ibid.* “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] *Ibid.* “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como

por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 19 set. 2015: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 19 set. 2015: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] *Ibid.* “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 19 set. 2015: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] *Ibid.*

[27] MORAES, 2003, p. 28.

[28] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[29] SILVA, 2004, p. 157.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 19 set. 2015: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 19 set. 2015: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[32] *Ibid.* “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[33] *Ibid.* “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[34] *Ibid.* “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[35] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[36] COTRIM, 2010, p. 160.

[37] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 19 set. 2015.

[38] MORAES, 2011, p. 11.

[39] SANTOS, 2003, s.p.

[40] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[41] SANTOS, 2003, s.p.

[42] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[43] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[44] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 03.

[45] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[46] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 19 set. 2015.

[47] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[48] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[49] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “[...] Duas são as origens básicas desses direitos: a degradação das liberdades ou a deterioração dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econômica existente entre as diferentes nações. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que também tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -, partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de

soluções também globais. Tais “soluções” são os direitos de terceira geração.[...]”

O DESCONTO DE CONTRIBUIÇÃO SINDICAL DE ADVOGADO É INDEVIDO

LORENA CARNEIRO VAZ DE CARVALHO ALBUQUERQUE:

Advogada, inscrita na OAB/GO. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

O advogado, devidamente inscrito no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil, é isento do recolhimento da contribuição sindical segundo previsão do artigo 47 da Lei 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), senão vejamos:

“Artigo 47. O pagamento da contribuição anual à OAB isenta os inscritos nos seus quadros do pagamento obrigatório da contribuição sindical”.

Nesse sentido, é o entendimento exarado pelo ínclito doutrinador Sérgio Pinto Martins, desembargador do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, vejamos:

“O artigo 47 da Lei 8.906 dispõe que o advogado inscrito em seus quadros e estando quite com o pagamento da contribuição anual da OAB, fica isento do pagamento da contribuição sindical. Não se diz aqui que o advogado tem de estar exercendo essa profissão como empregado na empresa em que trabalha. Dispõe apenas que fica isento do pagamento da contribuição sindical, sem estabelecer qualquer condição, nem faz remissão ao artigo 585 da

CLT. Logo, nesse caso não se aplica o artigo 585 da CLT, por haver regra específica sobre o tema. A Lei 8.906 é posterior à redação do artigo 585 da CLT, que foi determinada pela Lei 6.386/76. Deve-se, portanto, aplicar a Lei nº 8.906. Assim, **qualquer advogado fica isento da contribuição sindical, mesmo que na empresa não exerça a função de advogado**” (MARTINS, Sérgio Pinto. Contribuições Sindicais. São Paulo: Atlas. 2009, p. 52). (grifo e sublinhado nosso).

Ocorre que muitas empresas simplesmente preferem ignorar completamente o ordenamento jurídico vigente procedendo ao desconto indevido da contribuição sindical do ano vigente de seus advogados empregados, sendo tal ato, arbitrário e ilegal, por afrontar o ordenamento jurídico vigente!

Sendo assim, esse advogado que teve descontado de seu contra cheque por sua empregadora a contribuição sindical fará jus a restituição em dobro de todos os valores indevidamente descontados, nos ditames dos artigos 876 e 940, ambos do Código Civil, a ser judicialmente pleiteada.

Sendo assim, verifica-se que **qualquer advogado está isento do pagamento da contribuição sindical**, não encontrando respaldo nem tampouco provisionamento legal para a concessão de isenção da cobrança da mencionada contribuição a apresentação de comprovante de quitação anual com a OAB, mesmo porque tal mister de cobrar de seus inscritos os valores de anuidade é atribuição exclusiva do próprio conselho da categoria, ou seja, a OAB e não às empregadoras.



UNIVERSIDADE SALVADOR
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIANA MATTOS DANTAS

SIGILO BANCÁRIO/FISCAL E A SEGURANÇA JURÍDICA

Salvador

Confeccionada em 2012
Atualizada em 2015

MARIANA MATTOS DANTAS

SIGILO BANCÁRIO/FISCAL E A SEGURANÇA JURÍDICA

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Universidade Salvador, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Raimundo Andrade

RESUMO

O regramento legal acerca do obtenção das informações resguardadas pelo sigilo bancário pelo Fisco está previsto nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, todavia, esta norma é alvo de cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Verifica-se a presença de interesses contrapostos, de um lado o direito à intimidade, privacidade, sigilo de dados, postulado da reserva da jurisdição e devido processo legal e de outro, o poder dos entes de tributação, com o fito de promover adequada fiscalização. Ante este todas as polêmicas ao derredor do assunto, requer o presente trabalho pesquisar sobre a natureza jurídica do sigilo bancário, o seu sentido e o alcance, , bem assim, o exame da constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Ao fim da pesquisa, conclui-se que quando o Fisco determina a quebra do sigilo bancário, sem a autorização do Poder Judiciário, estar-se-ia diante de uma afronta de direitos fundamentais assegurados ao contribuinte, afinal, a Lei Maior prevê o *princípio da inafastabilidade da jurisdição*. Portanto, quando o fisco toma tal atitude mediante processo administrativo fiscal, porém sem a devida intervenção do órgão equidistante – Poder Judiciário- estar-se-ia ferindo a CF, especificamente o citado postulado. Outro argumento é a imparcialidade do juiz, fazendo a devida distinção com a neutralidade. Pois o que se exige do julgador não é esta última, porque seria impossível seu cumprimento, mas sim a primeira. Pelo fato de que o direito ao sigilo bancário não está presente de forma expressa na CF/88, seu *status* constitucional depende necessariamente de interpretação. A doutrina e jurisprudência majoritária entendem que o instituto é um direito fundamental porque se trata de um desdobramento do direito à privacidade. À outro giro, posicionam-se outros autores, com entendimento minoritário, no sentido de que os dados econômicos não integram o objeto dos direitos da personalidade, dos quais o direito à privacidade é um exemplo. Então, conclui-se que o sigilo bancário não absoluto, como nada no ordenamento jurídico é, podendo ser relativizado, mediante determinação do Poder Judiciário, o qual deverá se valer do princípio da proporcionalidade para solucionar o caso.

Palavras-chave: Sigilo bancário; privacidade; intimidade; proteção constitucional; relatividade do sigilo bancário; quebra de sigilo bancário.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Ação Cautelar
ADin	Ação Direta de Inconstitucionalidade
art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
Dec.	Decreto
LC	Lei Complementar
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
MS	Mandado de Segurança
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal de Regional Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
1.1	TEMA E PROBLEMA	13
1.2	OBJETIVOS	14
1.3	JUSTIFICATIVA	15
1.4	METODOLOGIA	16
1.5	ESTRUTURA DA MONOGRAFIA	16
2	SIGILO BANCÁRIO	18
2.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA	18
2.2	CONCEITO	19
	2.2.1 Sigilo Financeiro e sigilo fiscal. Diferenciação dos institutos	22
2.3	TEORIAS SOBRE O FUNDAMENTO DO SIGILO BANCÁRIO	22
	2.3.1 Teoria do uso ou consuetudinária	23
	2.3.2 Teoria do contrato ou contratualista	23
	2.3.3 Teoria da responsabilidade civil ou extracontratual	24
	2.3.4 Teoria da lei ou legalista	24
	2.3.5 Teoria da boa-fé	24
	2.3.6 Teoria do segredo profissional	25
	2.3.7 Teoria do direito à intimidade dos bancos	25
	2.3.8 Teoria do direito de personalidade	26
2.4	O SIGILO BANCÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	27
2.5	ESTRUTURA DO SIGILO BANCÁRIO	29
3	SIGILO BANCÁRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	32
3.1	FUNDAMENTOS DA RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	32
3.2	SIGILO BANCÁRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE	

E À PRIVACIDADE	34
3.3 SIGILO BANCÁRIO E O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOLABILIDADE DE DADOS	44
3.4 RELATIVIDADE DO SIGILO BANCÁRIO	47
3.4.1 A quebra do sigilo bancário e o princípio do devido processo legal	50
3.4.2 A quebra do sigilo bancário e o princípio da proporcionalidade	53
4 SIGILO BANCÁRIO E O SISTEMA NACIONAL	56
4.1 PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA	57
4.2 PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA	59
5 ÓRGÃOS COMPETENTES PARA DETERMINAR A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO	62
5.1 PODER JUDICIÁRIO	63
5.2 COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO	64
5.3 PODER LEGISLATIVO	67
5.4 MINISTÉRIO PÚBLICO	70
5.5 ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA	75
6 CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS	95

1.1 TEMA E PROBLEMA

O tema do sigilo bancário possui ligações com diversos ramos do direito, sendo as principais: Direito Constitucional, pois a previsão do art. 5º, X, da CF/88 lhe dá *status* de garantia constitucional com fundamento no direito à privacidade; o Direito Civil por conta da responsabilidade civil dos pelos danos causados pela divulgação indevida; o Direito Penal que tipifica como crime a sua violação indevida; e o Direito Tributário, devida a importância das informações bancárias para as atividades das administrações tributárias.

No entanto, na presente monografia o que se pretende discutir é a constitucionalidade das transferências de informações resguardadas pelo sigilo bancário para o Fisco sem a necessidade de autorização judicial, analisando a questão sob o enfoque da segurança jurídica do contribuinte, isto é, se diante de tal autorização seriam violados direitos fundamentais do contribuinte.

O sigilo bancário surgiu com o desenvolvimento das atividades bancárias, como afirma Abrão¹ por ser afeto à atividade bancária o caráter de discricção, dele não é possível separar, salvo quando se pretenda proteger o bem comum e a ordem pública, em hipóteses previstas expressamente previstas em lei.

Inicialmente revestia-se de cunho sagrado, surgiu dentro do próprio templo. Tal característica sigilosa foi observada em toda Idade Média e consolidou-se atualmente como convenção tácita entre banco e cliente e não apenas em decorrência de sua natureza.

Conforme Chinen² “o tratamento dado ao sigilo bancário varia de acordo a importância que se atribua a fatores como segurança da econômica nacional, privacidade, relação entre bancos e clientes, entre outros”.

No Brasil, o tema é tratado na legislação infraconstitucional, mas também é resguardado pela Constituição Federal por se tratar de um aspecto do direito à intimidade.

A previsão legal do acesso aos dados protegidos pelo sigilo bancário pela administração tributária está na Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001,

¹ ABRÃO, Nelson. **O sigilo bancário e direito falimentar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.p.51.

² CHINEN, Roberto Massao. **Sigilo Bancário e o Fisco: liberdade ou igualdade?**Curitiba: Juruá, 2005. p.15.

entretanto, esta lei é objeto de cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs nº 2.386, 2.389, 2.390, 2.397 e 2406, pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

1.2 OBJETIVOS

Propõe-se a pesquisa a analisar a natureza jurídica do sigilo bancário, suas limitações, bem como ao exame da constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que tratam sobre a possibilidade de repasse de informações abrangidas pelo sigilo bancário à administração tributária.

1.3 JUSTIFICATIVA

A abrangência do tema e a não uniformidade da jurisprudencial e doutrinária já são razões suficientes para a escolha do tema para trabalho acadêmico, porém a referida lei complementar inseriu algumas modificações, dentre elas, sendo o ponto mais polêmico, sem dúvida, é a possibilidade de a administração requisitar informações as instituições bancárias sem a necessidade de autorização judicial.

De acordo com Carvalho³, não há reconhecimento expresso na Constituição Federal do sigilo bancário, no entanto, o instituto assume natureza de direito fundamental, sempre que proteger informações bancárias, cuja informação possa lesar o direito à privacidade de alguém.

Porém, há que se ressaltar que esse segredo não possui caráter absoluto, e deve ceder diante do interesse público, do interesse da justiça e do interesse social, impedindo, dessa maneira, o seu exercício de forma abusiva, de modo a acobertar e tornar impunes condutas contrárias a Constituição Federal ou desconsiderar outros direitos fundamentais que entrem em rota de colisão com este.

Argumenta-se que o sigilo bancário só pode sofrer restrições desde que obedecido o princípio devido processo legal que constitui um freio à arbitrariedade e ao poder discricionário, por outro lado, há outra corrente doutrinária que defende que não há violação a tal princípio, pois deve-se instaurar um processo administrativo

³ CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. **Sigilo Bancário** à luz da doutrina e jurisprudência. Curitiba: Juruá. 2007.p. 16.

fiscal para a quebra do sigilo e que os exames das informações financeiras e bancárias devem ser considerados indispensáveis pela autoridade competente e, ainda, uma vez obtida a informação bancária, a autoridade fiscal deve guardá-la em sigilo, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.

Para aqueles que entendem que a quebra do sigilo bancário apenas pode ocorrer mediante autorização do Poder Judiciário, cabe a este deve realizar o sopesamento dos interesses em causa através da aplicação do princípio da proporcionalidade. Devem-se avaliar os direitos em confronto e decidir no sentido de causar a menor restrição possível ao direito mitigado em decorrência dessa medida.

Ante o exposto, observa-se uma discussão riquíssima da colisão de interesses, sendo apresentada uma amostra das principais variáveis envolvidas que devem estudadas, o que torna transparente a sua relevância jurídica.

1.4 METODOLOGIA

Pelo fato da matéria tratar de temas polêmicos não há espaço para demonstrações fundadas de certeza e lógica cartesiana, assim a primeira premissa metodológica é a busca da clareza.

Utilizar-se-á os seguintes tipos de pesquisa: a bibliográfica, pois serão usados livros, artigos científicos e outras publicações em geral e documental porque serão estudadas leis, repertórios de jurisprudência, sentenças, contratos, anais legislativos, pareceres etc., e por fim, também será empregada a pesquisa jurídica – tanto a científica e a dogmática.

1.5 ESTRUTURA DA MONOGRAFIA.

Para o cabimento das ideias centrais do tema esse trabalho é dividido em seis capítulos. O primeiro, esta introdução, onde se faz a apresentação do tema. O segundo, discorre-se sobre a origem, o conceito e as teorias que existem acerca do sigilo bancário, essencial para a compreensão do tema na atualidade, o sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro, expondo jurisprudência selecionada acerca do assunto e a estrutura do sigilo bancário, examinando a natureza jurídica, os sujeitos e

o objeto. No capítulo seguinte, tratar-se-á da exposição dos direitos fundamentais à intimidade, privacidade e inviolabilidade de dados. Nesses três capítulos serão abordados seus conceitos e aplicabilidade de acordo com a jurisprudência e doutrina. No quinto, os órgãos competentes para determinar a quebra do sigilo bancário. E por fim, no último capítulo, expõe-se a síntese conclusiva do assunto.

2 SIGILO BANCÁRIO

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Os autores Sergio Covello⁴ e Nelson Abrão⁵ compartilham do entendimento de que o sigilo bancário existiu desde os albores da atividade bancária, fez-se presente nos templos da antiguidade. A confidencialidade, para esses autores, surgiu com o próprio despontar das atividades bancárias por conta da inerente discricção da atividade, salvo em casos excepcionais.

Segundo Sergio Carlos Covello⁶, “ a atividade bancária passou por três fases fundamentais: a embrionária, a institucional e a capitalista”.

Consoante o autor acima citado, a fase embrionária abrange toda a antiguidade babilônica, hebreia, egípcia e Greco-romana. A fase institucional compreende a Idade Média, e a capitalista vai da Renascença aos dias atuais. Dessa forma, será feita, no presente item, uma abordagem sintética sobre as origens do sistema bancário com base no minucioso estudo do autor.

A notícia mais remota a respeito da quebra do sigilo bancário foi encontrada no Código de Hamurabi, rei da Babilônia, o qual mencionava a possibilidade que tinha o banqueiro de desvendar seus arquivos em caso de conflito com o cliente. Neste período, a atividade bancária tinha conotação mística e era desenvolvida pelo Estado, dentro de templos, com conotação de caráter sagrado⁷.

No entanto, no século VI a. C, a atividade bancária passou para as mãos dos civis.

Na Grécia, surgiu como profissão.

Em Roma, no século III a.C, os banqueiros já possuíam sistema de escrituração contábil. Já era dispensado tratamento sigiloso aos livros, apenas sendo obrigatória sua demonstração em caso de litígio entre o banqueiro e o cliente, perante a justiça, porém somente era preciso mostrar parte da conta necessária para construir a prova.

Os banqueiros exerciam um *munus publicum*, valendo a sua escrita *erga omnes*, pela fé que lhe depositavam.

⁴ COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**: com particular enfoque na sua esfera civil. 2. Ed. São Paulo: Leud, 1991.p.19.

⁵ ABRÃO, Nelson. Op. Cit., p.55.

⁶ COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p.8.

⁷ ABRÃO, Nelson. Op. Cit., p.8.

Foi dentro desse contexto, que o sigilo consolidou-se como norma de conduta e desenvolveu nos cidadãos a consciência de que as operações bancárias deveriam ser apenas de conhecimento das partes envolvidas.

Todavia, apenas em 1147, é que a atividade bancária organizou-se como empresarial, quando foi criado o Banco de São Jorge. Nesta época, os funcionários já deveriam jurar manter o sigilo de tudo o que soubessem sobre os documentos da instituição ou de seus clientes.

Conforme Nelson Abrão⁸:

O primeiro banco foi fundado na fase colonial, aos 12.10.1808, com o nome de Banco do Brasil. Em 02.07.1851, através do Decreto 801, de 02.07.1851, foram aprovados os estatutos do Banco do Brasil, o segundo a operar efetivamente com esse nome. Em 31.08.1853, fundiu-se com o Banco Comercial, sob a denominação de Banco de Brasil, constituindo-se no terceiro com esse nome.

Diante do exposto, percebe-se, então, que o sigilo bancário, no Brasil, deixou de ser um costume e passou a ter uma previsão legislativa.

2.2 CONCEITO

Inicialmente, a origem etimológica da palavra sigilo vem do latim *sigillum* que significa marca, selo, sinete de selar, em sua gênese já há uma ideia de algo que está sob selo⁹.

Na doutrina, várias são as definições do instituto em estudo elaboradas pelos estudiosos do tema, não há uma posição uniforme.

Nelson Abrão¹⁰ define-o como:

Destarte, o sigilo bancário se caracteriza como sendo a obrigação do banqueiro- a benefício do cliente- de não revelar certos fatos, atos, cifras ou outras informações de que teve conhecimento por ocasião do exercício de sua atividade bancária e notadamente aqueles que concernem a seu cliente, sob pena de sanções muito rigorosas, civis, penais ou disciplinares.

Nas palavras de José Cretella Júnior¹¹:

⁸ABRÃO, Nelson. Op. Cit., p.13-14.

⁹GUIMARÃES, Torrieri Deocleciano (Org). **Dicionário compacto jurídico**. 15. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

¹⁰ ABRÃO, Nelson. Op. Cit., p.13-14.p.11.

¹¹CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários a Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 268.

[...] é a liberdade de não emitir o pensamento, senão para um, ou para emitir o pensamento apenas para um.

Para Sergio Covello¹², “o sigilo bancário é a obrigação que têm os bancos de não revelarem, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional”.

Arnold Wald¹³ em um conceito mais amplo, esclarece que:

O sigilo bancário consiste na obrigação de discrição imposta aos bancos e aos seus funcionários, em todos os negócios dos seus clientes, abrangendo o presente e o passado, os cadastros, a abertura e o fechamento das contas e sua movimentação.

Por sua vez, Folmann¹⁴ tem que o direito ao sigilo constitui um desdobramento do direito de liberdade, ou seja, uma liberdade negativa que se traduz no direito de não dizer o que sabe, de não transmitir o pensamento, de não ter divulgadas informações que a si dizem respeito, pois se trata de uma parcela mais particular, e neste sentido, o sigilo relaciona-se com a intimidade e privacidade.

Do cotejo das definições acima apresentadas conclui-se que do direito ao sigilo bancário, decorre, em contrapartida, do dever do sigilo bancário da instituição bancária. Atinge não só conta bancária, mas também outros dados ou informações de clientes e terceiros conhecidos por um banco como consequência da relação comercial estabelecida entre este e o cliente, não sendo absoluto e pode ser excepcionado em justificadas hipóteses, como será visto mais adiante¹⁵.

2.2.1 Sigilo financeiro e sigilo fiscal. Diferenciação dos institutos

¹² COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p.86.

¹³WALD, Arnoldo. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na lei complementar n. 70. **Cadernos de Direito tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: RT, v.1. out/dez.p.199.

¹⁴FOLMANN, Melissa. **Sigilo bancário e fiscal**: à luz da lei complementar 105/2001 e do decreto 3.724/2001. Curitiba: Juruá. 2001.p. 49.

¹⁵ ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo Bancário e o Direito à Intimidade**. Curitiba: Juruá, 2001.p.85.

Apesar da similitude no nome, são institutos completamente distintos. De acordo com Juliana Belloque¹⁶, o sigilo financeiro incorpora-se ao direito geral à intimidade, consagrado, de forma expressa, na CF/88 no art. 5º, X, ao passo que, o sigilo fiscal possui amparo no art. 198, CTN¹⁷. Incumbe à Fazenda Pública e seus agentes o dever de conservação de sigilo sobre as informações acerca da situação econômica ou financeira dos contribuintes, ou de terceiros, bem assim à natureza e ao estado de seus negócios e atividades.

Assevera Aliomar Baleeiro¹⁸ que o sigilo fiscal cabe às pessoas políticas de direito público, às autoridades, na qualidade de seus órgãos, e aos seus funcionários, agentes públicos técnicos.

Ressalte-se, dessa forma, a primeira grande diferenciação entre os institutos: o sujeito ativo do dever de sigilo. Consoante o art. 1º, §§§1º, 2º e 3º, da LC 105/01, o sigilo deve ser mantido pelas instituições financeiras, pelas empresas de *factoring*, pelo Banco Central do Brasil e Comissão de Valores Mobiliários.

Dessa forma, a Administração Fazendária é um terceiro em relação no às informações agasalhadas pelo sigilo bancário, em outras palavras, seria um estranho no elo de confiança estabelecido entre o contribuinte (sujeito titular do direito à intimidade) e o profissional da área financeira, sendo necessário, portanto, para o seu acesso, prévia decisão judicial.

2.3 TEORIAS SOBRE O FUNDAMENTO DO SIGILO BANCÁRIO

Por ser um tema controvertido, há diversas teorias com o fito de fundamentar o sigilo bancário e são vários fatores que alimentam as divergências doutrinárias. De acordo com Roberto Massao Chinen¹⁹, pode-se afirmar que o que gera tais discussões, inicialmente, é a falta de legislação sobre o assunto, a qual era a situação brasileira, obrigando os doutrinadores e os juristas a se posicionarem nos costumes e

¹⁶BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário**: análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.82.

¹⁷ Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

¹⁸BALEIRO, Aliomar, Direito Tributário Brasileiro, 11º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 189.

¹⁹ CHINEN, Massao. Op. Cit., p.24.

no direito comparado. E em segundo lugar, há a questão dos múltiplos interesses envolvidos, que podem ser polarizados entre o privado e o coletivo.

Feitas essas observações, impõe-se analisar cada uma delas.

2.3.1 Teoria do uso ou consuetudinária

Para seus adeptos, o sigilo bancário é um dever jurídico e uma prática consolidada, cumprida pelos bancos, que surgiu a partir dos primeiros estatutos bancários e cuja obrigatoriedade integrou-se à consciência coletiva²⁰.

Conforme Chinen²¹:

Baseia-se na consideração de que a observância do segredo representou uma constante da atividade bancária, constituindo assim um costume tradicional e universalmente aceito pelos bancos de manter reserva sobre os negócios seus clientes e, em geral, sobre suas relações com o público. [...] Diversas críticas são tecidas contra a teoria consuetudinária. Ao confinar o segredo bancário ao âmbito do direito privado não se segue a evolução das exigências sociais, já que a natureza privada proposta não garante justiça dos mesmos interesses privados dos clientes. Além disso, no sistema atual de fontes de direito, o costume encontra-se em posição subordinada à lei [...]. Outra grave insuficiência dessa tese repousa no fato de que, por sua própria formulação, não se preocupa em precisar o objeto ou o limite de comportamento imposto pelo uso, não assinala a esfera normativa de eficácia nem seu limite de aplicação.

2.3.2 Teoria do contrato ou contratualista

Segundo Sérgio Carlos Covello²², é a teoria que possui maior número de adeptos, tem como fundamento que o sigilo bancário é o contrato que se estabelece entre banco e cliente.

Os defensores da tese argumentam que em todo contrato bancário, a par da obrigação principal, existe uma acessória a cargo do estabelecimento bancária, que consiste em manter segredo os dados dos clientes, bem como suas operações por meio de uma cláusula implícita, tácita.

A crítica que o mencionado autor faz é que os bancos, raramente, assumem de maneira clara a obrigação de segredo. Os formulários da contratação bancária não abrigam nenhuma condição nesse sentido. Ademais, essa teoria mostra-se falha, pois

²⁰ CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 89.

²¹ CHINEN, Massao. Op. Cit., p.25.

²² COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p.98.

não explica o sigilo que o banco deve manter mesmo que o contrato não chegue a se consumir, o que ocorre com muita frequência na prática bancária. Além disso, não esclarece o dever de sigilo para com terceiros estranhos à relação jurídica das partes, assim como, não entrevê nenhum contrato entre cliente e os auxiliares do banco, afinal esses tomam conhecimento dos segredos repassados às instituições financeiras.

2.3.3 Teoria da responsabilidade civil ou extracontratual

Segundo Covello²³, também é conhecida como teoria delitual ou do ato ilícito, consiste em perquirir a base do sigilo bancário na responsabilidade civil do banco, isto é, no dever geral de não prejudicar outrem, sob pena de reparação pelo dano. O segredo, portanto, é considerado como um interesse do sujeito, cuja revelação provoca dano, sujeitando o infrator a sanções reparatórias.

Todavia, a teoria em foco sofre condenações. Os autores Paulo Quezado e Rogério Lima²⁴ a criticam pois seu fundamento traz a ideia de permanência e não transitoriedade. Utilizando-se das palavras dos citados autores:

Extraír a razão de ser do sigilo bancário no dever do banqueiro em resguardar os dados secretos de seus clientes, sob o medo da responsabilidade civil, é o mesmo que fundamentar o Direito em seus aspectos negativo e passageiro, em suma, na coação.

Covello²⁵ destaca que a responsabilidade civil é uma relação derivada, que só aparece quando alguém descumpre uma outra obrigação que a antecede, funcionando, assim, como sanção e instrumento de reparação do prejuízo sofrido, mas não embasa nenhum direito, exceto o direito ao ressarcimento.

2.3.4 Teoria da lei ou legalista

Pela óptica desta teoria, o sigilo bancário baseia-se em um dispositivo legal expresso que prevê a obrigação dos bancos de guardar sigilo sobre dados bancários, o dado artigo seria o 1º da Lei Complementar 105/01, segundo o qual, “as instituições

²³ COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit.,p.105.

²⁴QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética. 2002.p.24.

²⁵COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p.106.

financeiras conservarão sigilo em duas operações ativas e passivas e serviços prestados”.

Tal doutrina não merece prosperar uma vez que não dá o fundamento do sigilo bancário, salvo em alguns casos, nos quais esse direito não se relaciona com o direito à privacidade²⁶.

Outrossim, Covello²⁷ dispõe que exigir lei expressa para justificar o sigilo bancário é algo que é incompatível com a realidade dos fatos. A tese em exame não pode ser invocada em países onde inexistente disposição legal específica.

2.3.5 Teoria da boa-fé

Os filiados a esta teoria sustentam que o sigilo bancário tem fundamento no dever de lisura e de boa-fé que os contratantes devem respeitar durante a execução dos contratos.²⁸

Segundo Covello²⁹, na contratação bancária, o banco assume, independentemente de estipulação expressa e somente em vista do dever de lisura de boa-fé, a obrigação de não revelar as notícias da esfera jurídica privada do cliente, de que toma conhecimento em vista da atividade que exerce.

Ainda consoante o Ilustre autor, a tese ora em estudo não explica o sigilo bancário. Inicialmente, ela não deixa de ser uma teoria contratualista, incorrendo nas mesmas falhas desta. Em segundo lugar, o dever de lisura somente pode ser invocado como fonte de obrigação em países como a Itália, em que há disposição legal expressa. Por fim, também não dá o fundamento do sigilo bancário porque não aponta o fato do qual decorre a obrigação.

²⁶CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 91.

²⁷COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p.106.

²⁸CHINEN, Massao. Op. Cit.,p.26.

²⁹COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p.125.

2.3.6 Teoria do segredo profissional

Como assegura Chinen³⁰:

A teoria do segredo profissional o banqueiro é incluído em um rol de profissionais que se submetem a uma regra geral de segredo profissional. A relação que se estabelece entre o banqueiro e o cliente pressupõe a confiança recíproca, que é comum a outras relações profissionais clássicas que também depende do segredo, como a que ocorre com o médico, o advogado, o contador etc.

Na doutrina brasileira, é possível citar como adeptos a tese em comento os autores Hugo de Brito Machado³¹ e Nelson Hungria.

O sigilo bancário é uma forma de sigilo profissional, que se impõe em face da natureza da atividade desenvolvida pelas instituições financeiras, tal qual o sigilo médico, do advogado e de outros profissionais, muito mais no interesse público, para a preservação das instituições, do que no interesse individual.

E nas palavras de Nelson Hungria³²,

Na atualidade, é geralmente reconhecido que entre os confidentes necessários, legalmente obrigados à discrição, figuram os banqueiros. Notadamente nas operações de crédito, o sigilo bancário é uma condição imprescindível, não só para a segurança do interesse dos clientes do banco, como para o próprio êxito da atividade bancária.

Apesar da ampla adesão, essa doutrina não é isenta de críticas, relata Covello³³ que a tese em apreço ao asseverar que o sigilo bancário é sigilo profissional, ela colocaria a questão do fundamento em outra esfera, porque também em matéria de sigilo profissional existe a polêmica em torno do fundamento, pondo-se varias teorias em conflito.

2.3.7 Teoria do direito à intimidade dos bancos

Essa doutrina entende que o fundamento não reside na defesa do indivíduo, mas, no legítimo interesse do estabelecimento bancário em manter excluídas do

³⁰CHINEN, Massao. Op. Cit.,p.27.

³¹MACHADO, Hugo de Brito. A quebra do sigilo bancário. **IOB- Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo**. São Paulo, n 9,p.249-257, mai.2001.

³²HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. VI, p. 272-273.

³³ COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p.122.

conhecimento de terceiros as operações que realiza e os fatos com estas relacionados³⁴.

A crítica reside na afirmação de que o sigilo bancário tem o objetivo de proteger a intimidade do banco, é irrefutável que o fundamento do instituto é a defesa de intimidade do indivíduo. Covello³⁵ dispõe que tal tese conflita com a natureza obrigacional do instituto, pois o banco não observa o sigilo nas operações por benevolência, mas por força de um dever que lhe impõe o silêncio.

2.3.8 Teoria do direito de personalidade

Conceitua Batista³⁶ que “o sigilo bancário é manifestação do direito genérico à intimidade como um dos aspectos dos direitos da personalidade.”

Para essa doutrina o sigilo bancário existe para preservar a intimidade pessoal e patrimonial da pessoa.

É o respeito à personalidade que impõe as instituições bancárias o dever de silêncio sobre os fatos de que conhecimento no exercício de suas atividades.

Covello³⁷ arremata afirmando que entende que a tese sob exame explica satisfatoriamente o fundamento do sigilo bancário. Explica que o referido instituto existe para proteger a intimidade do cidadão. Na intimidade, incluem-se tanto fatos de ordem material como de ordem espiritual, ressaltando que o patrimônio e atividade comercial constituem, indubitavelmente, projeção de sua personalidade que merecem ser preservados da indiscrição alheia.

2.4 O SIGILO BANCÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Antes de iniciar o presente item, impõe-se uma descrição do cenário legislativo concernente à matéria que era invocado pela Receita Federal como fundamento ao acesso direito as informações protegidas pelo sigilo financeiro.

³⁴BATISTA, Liliane Maria Busato. **A quebra do sigilo bancário**: como meio de prova no direito processual civil brasileiro. Curitiba: Juruá, 2004.p. 34.

³⁵ COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p.123.

³⁶ BATISTA, Liliane Maria Busato. Op. Cit., p. 34.

³⁷ COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p.141.

O sigilo bancário encontra respaldo legal no país desde o Alvará de 16.12.1756, do Reino Português³⁸.

Todavia, dispõe Quezado e Lima³⁹ que no Brasil, tem-se uma ideia de rígida proteção legal do sigilo bancário a partir do século XIX, com Código Comercial Brasileiro, lei 556/1850, que embora não tratasse do sigilo bancário diretamente, ao disciplinar o resguardo ao segredo das atividades comerciais de forma ampla, trouxe essa consciência, dispondo o seguinte em seu art. 17:

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.

O STF afastou o caráter absoluto desta regra sumulando que a exibição dos livros comerciais pode ser requerida como medida preventiva e que estão sujeitos à fiscalização tributária, ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitando o exame aos pontos objeto da investigação⁴⁰, conforme súmulas 390 e 439, abaixo transcritas:

Súmula 390. A exibição judicial de livros comerciais pode ser requerida como medida preventiva.

Súmula 439. Estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação.

A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, conhecida como Lei do Sistema Financeiro Nacional permitiu, expressamente, ao Judiciário, ao Legislativo, às CPIs e ao Executivo, através dos agentes fiscais do Ministério da Fazenda, a quebra do sigilo bancário, observando determinadas condições legais. Pela primeira vez, um instrumento legal previa o dever de sigilo, atribuído especificamente às instituições financeiras, cuja violação constituía crime⁴¹. Eis o art. 38 da referida lei, revogado pela lei complementar 105/2001 conforme será demonstrado adiante:

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, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão

³⁸ CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 149.

³⁹ QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit..p.9.

⁴⁰ BRASIL, Cynthia Facundo Alencar. A relativização do sigilo bancário através da LC nº 105/2001 pela Receita Federal. Em <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/biblioteca/monografias/cynthia_facundo_alencar.pdf> Acesso em: 29 ago. 2012.

⁴¹ CHINEN, Massao. Op. Cit.,p.64.

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.

A Lei nº 4.595/1964 em seu artigo 38 não dizia que tipo de processo deveria estar instaurado, se judicial ou administrativo, gerando algumas divergências. No entanto, a jurisprudência majoritária assentou o entendimento que a Lei 4.595/64 não conferiu às autoridades tributárias competência para quebrar diretamente o sigilo bancário, mas apenas por intermédio da observância do devido processo legal.

Eis um acórdão:

O sigilo bancário não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (art 5º, X). Por isso, cumpre às instituições financeiras manter o sigilo acerca de qualquer informação ou documentação pertinente à movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços bancários a ele prestados. Observadas tais vedações, cabe-lhes atendes às demais solicitações de informações encaminhadas ao Fisco, desde que decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e subscritas por autoridade administrativa competente.⁴² (grifei)

⁴² STJ, REsp 37.566/RS, 1ª T., rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 28.03.1998.

Após, foi instituída a Lei 8.021/90 que através do art 8º retirou o requisito de haver processo judicial instaurado para a quebra do sigilo bancário pelo Fisco, sendo apenas necessária a instauração de um processo administrativo⁴³.

Art. 8º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

O objetivo do legislador era afastar a jurisprudência firmada pelo STJ de que as expressões “processo” e “autoridade”, constantes no art. 38, §5º da lei 4595/64, referiam-se ao judicial e não administrativo fiscal, uma vez que o sigilo bancário encontraria fundamento no art. 5º, X da CF/88⁴⁴, só podendo ser levantado mediante decisão emanada do Poder Judiciário⁴⁵.

Porém, o mencionado artigo da lei 8.021/90 era incompatível com o art. 197, parágrafo único, da lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional), recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com o *status* de Lei Complementar, segundo o qual as autoridades bancárias não podem requisitar diretamente informes bancários dos contribuintes, dessa forma, as modificações introduzidas pelo art. 8º, da lei 8.021/90 não foram aceitas.

Dispõe o art. 197, do Código Tributário Nacional:

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:

I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

III - as empresas de administração de bens;

IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V - os inventariantes;

VI - os síndicos, comissários e liquidatários;

VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

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.

⁴³ CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 150.

⁴⁴ 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; (...)

⁴⁵ CHINEN, Massao. Op. Cit.,p.71.

O referido parágrafo ressalva a prestação de informações, a qual a doutrina tradicionalmente denomina de segredo profissional que possui fundamento no art. 5º, inc. XIV da CF/88⁴⁶.

Apesar da Lei nº 8.021/90 prevê expressamente a possibilidade de solicitação de informações às instituições financeiras de dados dos contribuintes pela autoridade fiscal, duas novas questões contra a aplicação da referida lei foram suscitadas⁴⁷.

Uma de caráter formal-constitucional, pois o art. 192 da Constituição Federal exigia que o Sistema Financeiro Nacional deveria ser disciplinado através de lei complementar (este dispositivo atualmente tem nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de junho de 03, não mais subsistindo essa exigência), assim, aduz Wald⁴⁸ que o legislador incorreu em vício formal, pois não pode a Lei 8.021/90 derrogar o art. 38 da Lei 4.595/64 (recepcionada pela CF/88 com força de lei complementar) porque é lei ordinária, de hierarquia inferior à lei complementar.

E a segunda dizia respeito à própria aplicabilidade da norma, uma vez que o seu art. 8º previa a expedição e a obediência de normas regulamentares a cargo do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, que nunca foram regulamentadas.

Após, a Lei Complementar 70/91, em seu art. 12, impôs às instituições financeiras o dever de fornecer à Receita Federal informações cadastrais sobre usuários dos seus serviços, relativas ao nome, à filiação, ao endereço e ao número de inscrição do cliente no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC). A discussão que essa lei suscitou na doutrina girou em torno da questão do conteúdo do sigilo bancário abranger ou não dados cadastrais⁴⁹.

O Superior Tribunal de Justiça afirmou que todos os informes quanto às pessoas, em poder de estabelecimentos bancários, mesmo os que não descrevem movimentação financeira, como fichas e cadastros de identificação, estão ao abrigo do sigilo bancário, devendo ser obtidos através do Poder Judiciário.

⁴⁶Art. 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; (...)

⁴⁷BRASIL, Cynthia Facundo Alencar. A relativização do sigilo bancário através da LC nº 105/2001 pela Receita Federal.Em <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/biblioteca/monografias/cynthia_facundo_alencar.pdf> Acesso em: 29 ago. 2012.

⁴⁸WALD, Arnoldo. Op. Cit.,p.200.

⁴⁹ CHINEN, Massao. Op. Cit.,p.74-75.

Enquanto se travava uma verdadeira guerra jurídica a respeito da “quebra” do sigilo bancário pela administração tributária, nasceu a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 que teve origem nos Projetos de Lei Complementar 219 e 007, de autoria, respectivamente, dos Senadores Lúcio Alcântara e José Eduardo Dutra, que, em seu art. 1º estabeleceu o dever de sigilo, nos arts. 5º e 6º, flexibilizou o sigilo bancário em face da Administração Tributária e o art. 13 revoga expressamente o art. 38 da Lei 4.595/64⁵⁰.

Segundo o Senador Lúcio Alcântara⁵¹,

[...]Ninguém pode questionar a importância do sigilo como instrumento que garanta a privacidade, mas generalizar tal argumento para todas as situações, é extremamente perigoso para a construção democrática em nosso país. O sigilo a todo custo e sem possibilidades efetivas para que se possa quebrá-lo em determinadas circunstâncias é, de fato, um privilégio, portanto inaceitável[...]

Apesar da Lei Complementar nº 105/2001 autorizar a “quebra” do sigilo bancário pela Administração Tributária, nova questão, e essa de grande complexidade, foi levantada: sua constitucionalidade⁵².

Transcreve-se a seguir os dispositivos pertinentes ao tema estudado: o art. 1º, que estabelece o dever de sigilo para as instituições financeiras, os arts. 5º e 6º que autorizam o acesso às informações financeiras diretamente pela Administração Fazendária.

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar:

- I – os bancos de qualquer espécie;
- II – distribuidoras de valores mobiliários;
- III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários;

⁵⁰ CHINEN, Roberto Massao. Op. Cit.,p.75.

⁵¹ALCÂNTARA, Lúcio. Sigilo. Disponível

em:<<http://www.senado.gov.br/web/senador/lucalc/2000/artigos/sigilo.html>> Acesso em: 29 ago 2012.

⁵²BRASIL, Cynthia Facundo Alencar. A relativização do sigilo bancário através da LC nº 105/2001 pela Receita Federal.Em <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/biblioteca/monografias/cynthia_facundo_alencar.pdf> Acesso em: 29 ago. 2012.

IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos;

V – sociedades de crédito imobiliário;

VI – administradoras de cartões de crédito;

VII – sociedades de arrendamento mercantil;

VIII – administradoras de mercado de balcão organizado;

IX – cooperativas de crédito;

X – associações de poupança e empréstimo;

XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros;

XII – entidades de liquidação e compensação;

XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 2º As empresas de fomento comercial ou factoring, para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º.

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III – o fornecimento das informações de que trata o [§ 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996](#);

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta Lei Complementar.

[...]

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras

informação à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;

II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;

III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;

IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;

V – contratos de mútuo;

VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;

VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;

VIII – aplicações em fundos de investimentos;

IX – aquisições de moeda estrangeira;

X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;

XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior;

XII – operações com ouro, ativo financeiro;

XIII - operações com cartão de crédito;

XIV - operações de arrendamento mercantil; e

XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

§ 2º As informações transferidas na forma do *caput* deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

§ 3º Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Na doutrina não há posicionamento pacificado quanto à constitucionalidade da lei sob análise, o que causa demasiada divergências entre os especialistas. É o que será demonstrado a seguir:

Ives Gandra da Silva Martins⁵³ assevera que a inviolabilidade do sigilo está consagrada no artigo que é inteiramente dedicado aos direitos individuais (art 5º da CF/88), assim:

A LC 105/2001, com muito mais razão, mostra-se ilegítima, pois, se nem emenda constitucional pode alterar o reguardo do sigilo de dados, à nitidez, muito menos a lei complementar poderia fazê-lo, razão pela qual tenho para mim que os dois exteriorizam manifesta inconstitucionalidade. Parece-me, pois, que o direito do contribuinte de ter seu sigilo bancário preservado não poderá ser retirado- enquanto não houver uma ruptura institucional, o que ninguém deseja- podendo ser quebrado, apenas, por autorização judicial.

E conclui o autor que a questão seria meramente jurídica. A lei complementar em comento afasta direitos fundamentais do contribuinte e impede que o Poder Judiciário exerça sua função de poder neutro, que defende o Fisco contra o sonegador e o bom contribuinte contra o Fisco. Entende que se trata de uma medida repressiva enviada pelo Poder Executivo à um Poder que tem que preservar a Constituição Federal, e por isso, muitas vezes, torna-se um incômodo ao governo, que nos últimos tempos não tem primado pelo respeito aos direitos fundamentais.

⁵³MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, v. 4, n. 11, jan./mar. 2001. P. 37-38.

Folmann⁵⁴ traz uma série de afrontas que a LC 105/2001 trouxe à CF/88, *in verbis*:

A edição da Lei Complementar 105/2001 com o Decreto 3.724/2001 vem propiciar uma gama de afrontas ao texto constitucional, haja vista o número de princípios e direitos que joga ao vento como que desmoronar todo o sistema erigido há anos. Dentre os direitos constitucionais que afronta esta: a privacidade (art. 5º, XII), acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LIV), decisão fundamentada (art. 93, IX), presunção de inocência (art. 5º, LVII), livre concorrência (art. 170, IV). Além de atentar contra o princípio da tripartição de poderes e proporcionalidade.

Juliana Garcia Belloque⁵⁵ seguindo o mesmo entendimento, no sentido da inconstitucionalidade da lei:

[...] o Poder Judiciário é o único legitimado, no Estado Constitucional brasileiro, para a decretação da quebra de sigilo financeiro, ato de restrição do direito fundamental à intimidade. Essa assertiva decorre essencialmente da conjugação de dois fatores: I – no equilíbrio do exercício limitado e repartido das funções estatais, o Poder Judiciário apresenta-se como aquele exclusivamente vocacionado à decisão valorada de restrição de direito fundamental; II – a grave restrição da intimidade, aspecto do direito à liberdade individual, como implicação da quebra do sigilo financeiro, apenas pode ocorrer por meio do devido processo legal, cujo desenvolvimento exige a atuação condutora do juiz constitucionalmente competente.

Paulo Quezado e Rogério Lima⁵⁶ também posicionam-se de forma contrária à lei em comento:

A LC 105 viola as garantias fundamentais da privacidade e do devido processo quando permite à União conhecer dos montantes globais da movimentação do contribuinte antes que se manifeste [...].

Por outro lado, há posicionamento diverso, ou seja, o entendimento de que a lei infraconstitucional não fere a Constituição Federal. Pode-se citar como adepto o autor Roberto Massao Chinen⁵⁷, em seu livro defende que deve ser autorizado o levantamento do sigilo bancário diretamente pelos agentes dos fiscos por conta do princípio da capacidade contributiva do contribuinte. Sua tese é fundamentada no princípio da proporcionalidade, ou seja, para o fiscal poder imiscuir-se nos dados financeiros do cidadão a medidas adotadas devem ser adequadas, necessárias e proporcionais.

⁵⁴ FOLMANN, Melissa. Op. Cit., p.106.

⁵⁵ BELLOQUE, Juliana Garcia. Op. Cit., p. 122.

⁵⁶ QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit., p. 257

⁵⁷ CHINEN, Roberto Massao. Op. Cit., p.145-175.

Segue jurisprudência com esse posicionamento:

Instaurado procedimento administrativo, está autorizada a quebra do sigilo bancário, porquanto não é absoluto. Exegese da Lei Complementar 105, de 2001. Não há falar, assim, em inconstitucionalidade frente a uma possível discordância existente entre esses normativos e os princípios preconizados no art. 5º, incs. X e XII, da CF/88. É que as informações sobre patrimônio das pessoas não se inserem nas hipóteses do inc. X da CF/88, uma vez que o patrimônio não se confunde com a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. O próprio Código Tributário Nacional, em seu art. 197, inc. II, preconiza que os bancos são obrigados a prestar todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios e atividades de terceiros à autoridade administrativa.[...] (TRF, 4ª Região – 2ª Turma – 2001. 04.01.056045-6/PR – DJ2 n. 187, 17.10.2001, p.882)

Após a vigência da referida lei, até 2004, já foram propostas 05 (cinco) Ações Diretas de Inconstitucionalidade sem, no entanto, terem sido apreciadas definitivamente pelo STF, estando vigente a Lei Complementar nº 105/2001.

São as seguintes ações : ADIn n. 2386 , ADIn n. 2397 (apensada à ADIn n. 2390) e ADIn n. 2406 - apensada à ADIn n. 2389.

2.5 ESTRUTURA DO SIGILO BANCÁRIO

Nesse momento serão abordados os sujeitos, objeto e a natureza jurídica do instituto em questão.

No tocante ao sujeito passivo, para Nelson Abrão⁵⁸ , abrange todos os funcionários do banco, desde o mais categorizado diretor ate o mais simples empregado.

Covello⁵⁹ afirma que na sistemática brasileira, estão submetidas ao sigilo bancário não apenas empresas bancárias em sentido estrito, mas também as instituições financeiras em geral e outras entidades subordinadas à lei que regula o Sistema Financeiro Nacional.

De acordo com a lei, são instituições financeiras: os bancos, oficiais ou privados, as sociedades de credito, financiamento e investimento, as caixas econômicas, as cooperativas de credito ou a secção das cooperativas que a tenham

⁵⁸ ABRÃO, Nelson.Op. cit., p.58.

⁵⁹ COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p. 77-78.

e as associações de poupança. Assim, todas essas atividades desempenham atividade bancárias, embora nem sejam consideradas bancos em sentido estrito.

No polo ativo da obrigação está o cliente do banco, entendido como aquele que se vale dos serviços bancário com habitualidade⁶⁰.

Quanto ao objeto do sigilo, a doutrina delinea-o de maneira ampla:

Para Arnold Wald⁶¹:

A obrigação de manter o sigilo abrange, assim, todos os aspectos da relação entre banco e cliente, presumindo-se, salvo autorização em contrário, a vontade do cliente de manter o sigilo em relação à sua conta bancária e só sendo válida a própria autorização do cliente se não for decorrente de coação, dolo ou outro vício da manifestação de vontade.

Já Covello⁶² precisa o objeto:

operações bancárias (ativas, passivas e serviços em geral), dados dessas operações (forma de pagamento, montante, destinação etc), dados informados pelo cliente para conseguir a operação (dados pessoais, endereço, estado civil, nome do cônjuge, ordenado, local de trabalho, relação de bens e outros dados íntimos da vida particular do cliente que chegam ao conhecimento do banco em virtude da operação realizada, como nos casos de relação extraconjugal).

Quanto ao objeto, é possível que concluir que, são todas as informações do cliente ou de terceiros, fornecidas diretamente por ele às entidades bancárias ou de outra fonte desde que vinculados à relação bancária, afastando-se a ideia de que estão amparados pelo sigilo apenas os registros de clientes referentes a cifras⁶³.

Por fim, o sigilo bancário constitui uma obrigação jurídica, ou seja, é um vínculo pelo qual o banco fica sujeito a cumprir uma prestação em proveito de outrem⁶⁴.

De acordo com Arnoldo Wald⁶⁵

Na realidade, o sigilo bancário consiste na obrigação de discrição imposta aos Bancos e aos seus funcionários, em todos os negócios dos seus clientes, abrangendo o presente e ao passado, os cadastros, a abertura e o fechamento das contas e a sua movimentação.

⁶⁰ COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p. 89.

⁶¹ WALD, Arnoldo. Op. Cit., p. 205.

⁶² COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p. 90.

⁶³ CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., p. 247.

⁶⁴ COVELLO, Sergio Carlos. Op. Cit., p. 73.

⁶⁵ WALD, Arnoldo. Op. Cit., p. 198.

Por derradeiro, o sigilo bancário envolve interesses individuais de cada cidadão, enquanto instrumento para a proteção da privacidade e intimidade; interesses da instituição financeira, possibilitando a confiança da população no banco, e interesses coletivos no bom funcionamento do sistema bancário⁶⁶.

⁶⁶ WALD, Arnaldo. Op. Cit., p. 198.

3 SIGILO BANCÁRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 FUNDAMENTOS DA RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para abordar o tema do capítulo, é importante tratar dos fundamentos da restrição dos direitos fundamentais. Assim sendo, é imprescindível a análise de certos tópicos pertencentes à dogmática dos direitos fundamentais, ainda que de maneira superficial.

A ideia de restrição dos direitos fundamentais liga-se a noção de que os esses direitos não são absolutos.

Alexy⁶⁷ afirma que a distinção entre a natureza dos princípios ou das regras resolve diversas questões concernentes à dogmática dos direitos fundamentais.

Segundo o mencionado autor, para analisar a estrutura dos direitos fundamentais, é possível utilizar diversas teorias teórico-estruturais, porém para a teoria dos direitos fundamentais, no âmbito desses direitos, a mais importante é a distinção entre princípios e regras, assim, tal distinção seria uma das colunas-mestras do edifício dos direitos fundamentais.

Para Alexy⁶⁸ regras e princípios estariam reunidos sob o conceito de norma, pois dizem o que deve ser. E conclui o seguinte: “ A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas” .

São vários os critérios de distinção entre essas duas normas, porém, o mais utilizado é o da generalidade. Conforme esse método, princípios possuem o grau de generalidade relativamente alto, ao passo que as regras um grau de generalidade relativamente baixo⁶⁹.

O professor em comento também traz outros critérios, quais sejam: a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento, o caráter

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p.276.

⁶⁸ Ibid., p.87.

⁶⁹ Ibid., p.90.

explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica.

E com base nesses critérios, aduz que são possíveis três teses diversas acerca da distinção entre regras e princípios.

A primeira sustenta que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes seria fadada ao fracasso, diante da diversidade existente.

A segunda defende que, apesar de ser relevante a distinção das normas em comento, essa diferenciação apenas seria de grau- os adeptos a essa tese são aqueles autores que entendem que princípios e regras devem ser diferenciadas com o critério da generalidade.

E a terceira teoria entende que não há apenas uma diferença gradual, mas também qualitativa.

Robert Alexy, no seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, traz como ponto decisivo para a distinção de princípios e regras é que o último é um mandamento de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Enquanto as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.

Ainda há que se falar do distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios.

“Os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”⁷⁰. Eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Todavia, no caso das regras é diferente, pois como elas exigem que seja feito o que está no seu conteúdo, possuem uma determinação da extensão do seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas, enquanto os princípios não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas.

De maneira resumida, pode-se asseverar que a diferença entre regras e princípios em relação a restrição dos direitos fundamentais, é que os princípios não podem, por si só, estabelecer restrições na forma de não liberdades ou não-direitos definitivos. Para restringir definitivamente, deve haver uma ponderação entre o respectivo princípio de direito fundamental e o princípio que o restringe.

⁷⁰ Ibid., p.103-104.

E que os princípios são sempre razões *prima facie*; as regras, a menos que se haja estabelecido uma exceção, são razões definitivas. Porém, Robert Alexy releva que, quando se trata de direitos fundamentais, mesmo quando sob forma de regras, eles reconduzem-se a princípios, tendo em vista o bem jurídico ou o valor que visam proteger; daí o caráter principiológico das normas de direito fundamental.

Parece que os Ministros do Supremo Tribunal Federal seguem a linha doutrinária do jurista alemão Robert Alexy. Destaca o Min. Celso de Mello a ocorrência de colisões em situações concretas:

Impõe-se observar 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*, 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.⁷¹

Apesar de complexa compreensão, o motivo apontado pelo Ministro para a ocorrência de choques é o caráter expansivo das normas de direitos fundamentais, o que tem como consequência, antagonismos entre elas nas diversas situações. E por conta disso, é importante que o intérprete esteja preparado para sopesar (ou ponderar) essas normas.

3.2 SIGILO BANCÁRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE

A questão que se coloca nesse ponto, é a de saber se a garantia ao sigilo bancário está no princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, adquirindo, portanto, *status* de direito fundamental individual ou se sua previsão é de natureza infraconstitucional.

Antes de adentrar ao tema, faz-se mister ressaltar que não há consenso nos autores nacionais sobre a diferença entre privacidade e intimidade.

⁷¹ STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995. p. 104-105.

Min. Carlos Britto afirmou:

(...) a Constituição Federal não confunde privacidade com intimidade. Tanto que usa de duas palavras diferentes, ligando uma à outra pela conjunção aditiva e. Privacidade, para mim, é uma comunicação reservada entre pessoas, digamos, “em petit comitê”. É a pessoa se relacionando com seus amigos, com seus parentes. Ao passo que intimidade é a pessoa consigo mesma, sozinha. Exemplo: alguém escrevendo um diário - está no uso da sua intimidade.⁷²

Na Constituição Federal brasileira, a proteção à vida privada e à intimidade foi colocada no Título II, “Dos Direitos e Garantias Constitucionais”, mais especificamente, em seu 1.º capítulo, que trata “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, dispondo:

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.

Situando-se entre os chamados “direitos individuais fundamentais”, o direito à vida privada e à intimidade faz parte das chamadas cláusulas pétreas, que constituem um núcleo material imutável do texto constitucional por força do inciso IV, do § 4.º, do art. 60. Essa circunstância, evidentemente, já demonstra a importância que o legislador constituinte conferiu ao tema.

Diante de tal contexto, foi traçada a Teoria dos Círculos Concêntricos, e que a par das divergências de interpretações dessa teoria alemã, na seara jurídica brasileira entende-se que há quatro círculos que envolvem a pessoa e o mundo que rodeia: o do público, o da privacidade o da intimidade e o do segredo⁷³.

O primeiro é de maior amplitude e abrangência, é aquela parte da pessoa que fica aberta ao conhecimento de todos; é o principal vínculo de sociabilidade do homem⁷⁴.

⁷² STF: RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006, p. 1303.

⁷³ FOLMANN, Melissa.Op. Cit., p.42-43.

⁷⁴ FOLMANN, Melissa.Loc. Cit.

O segundo abarca comportamentos e acontecimentos que não pertencem do domínio público. Por conseguinte, o terceiro, em um círculo mais restrito, há a esfera de intimidade, é limitado o número de pessoas que participem de seus conteúdos.⁷⁵

E por fim, o último movimento de circunscrição, há a esfera do segredo. É o que pertence somente ao indivíduo, seu conteúdo será revelado, segundo seu critério de pertinência de forma discreta. Esta é a esfera que exige mais rigorosa proteção legal contra a indiscrição.⁷⁶

José Afonso da Silva⁷⁷ utiliza a expressão “direito à privacidade” em sentido amplo, no sentido de compreender todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷⁸ explica que a vida privada seria aquela que se desenvolve fora das vistas do público, eventualmente, perante um pequeno grupo de íntimos. Ou seja, é a vida em ambiente de convívio fechado e reduzido, geralmente, a um grupo familiar.

Para José Cretella Jr⁷⁹ “intimidade é o *status* ou situação que é íntimo, isolado, só”.

Para Tércio Sampaio Ferraz Junior⁸⁰, há um diferente grau de exclusividade entre o direito à privacidade e o direito de intimidade. O último seria um âmbito exclusivo que a pessoa reserva para si, não há qualquer repercussão social, ao passo que a vida privada pode, pois, envolver situações de opção pessoal, exemplifica o autor com o regime de bens no casamento, no entanto, há momentos que pode ser necessária a comunicação a terceiros (como na aquisição de um bem imóvel). Seu posicionamento, *in verbis*:

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade.

⁷⁵ FOLMANN, Melissa. Loc. Cit.

⁷⁶ FOLMANN, Melissa. Op. Cit., p.43.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 222.

⁷⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2ª edição, 1º volume. São Paulo: Saraiva, 1997.p.35.

⁷⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.p. 257.

⁸⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de Dados: Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 1, n. 1, 1992. p. 143.

Mas é possível exemplificá-lo: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange. Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros.

Arnoldo Wald⁸¹ afirma que a intimidade seria algo inerente à vida privada. É o mais específico dos direitos à privacidade, pois não envolve direito de terceiros.

Adentrando-se, agora, na questão fulcral do capítulo, a doutrina e jurisprudência tem-se manifestado, de modo quase-unânime, no sentido de que o sigilo bancário é uma garantia constitucional que protege a privacidade das pessoas no campo econômico e financeiro.

Esse é o posicionamento adotado dos autores adiante citados:

Art. 5º- (...)

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;

(...)

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; (grifei)

A partir do dispositivo acima, pode-se afirmar que o direito ao sigilo bancário encontra-se incluso no direito à inviolabilidade da vida privada e do sigilo de dados⁸².

Tércio Sampaio⁸³ entende que o sigilo assegura ao cidadão a faculdade de manter a indevassabilidade de informações que exponham ao público a sua vida privada. A inviolabilidade de dados é o meio pelo qual se permite a existência da vida privada e da intimidade, apartando a discricionariedade e o arbítrio de autoridades e de terceiros nos casos legalmente previstos mediante instauração do devido processo legal.

⁸¹ WALD, Arnold. Sigilo bancário e direitos fundamentais. **Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo, v.6, n.22, jan./mar., 1998, p. 21

⁸² MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Prova, sigilo bancário e verdade material no processo administrativo fiscal. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, V., 2008, São Paulo. **Direito Tributário...** São Paulo: Noeses, 2008, p. 929.

⁸³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Op. cit., p. 145.

Wald⁸⁴ assegura que o sigilo bancário é o instrumento para resguardar a privacidade no campo econômico, pois veda a publicidade sobre a movimentação da conta corrente bancária e das aplicações financeiras.

José Augusto Delgado⁸⁵ entende que as garantias constitucionais previstas nos incisos X, XII do art. 5º, da CF/88-respectivamente, direito à intimidade e sigilo de dados- resguardam o cidadão de qualquer investida de terceiros em sua intimidade, em sua vida privada e no sigilo de seus dados. Ainda esclarece que na expressão “terceiros” está incluído o Estado e, conseqüentemente, seus agentes políticos e administrativos. E continua:

Sempre que a revelação de informações bancárias puder violar a privacidade da pessoa, parece-nos que mais do que garantia ao sigilo bancário (com fundamento legal), tem a pessoa à sua privacidade (com fundamento constitucional).

Significativa é a menção que José Augusto Delgado⁸⁶ faz à afirmação de Roberto Quiroga Mosquera:

(...) hoje praticamente a vida do homem pode ser escrita a partir do seu talão de cheques, e nas sociedades mais avançadas pelos cartões de crédito, e magnéticos. Permitir-se que o sigilo bancário venha a ser rompido por qualquer forma não extraordinária para salvaguarda de interesse de porte, no mínimo, idêntico, é expor a segurança individual a um constante e absurdo temor perante as possibilidades de controle direto ou pelo vazamento de alguma informação.

Rogério Lima⁸⁷ aduz que a quebra do sigilo bancário apenas pode ocorrer quando o princípio do devido processo legal for observado. Explica que por ser um direito fundamental e por conta dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito, o sigilo bancário, além de compor o sistema, não pode se excepcionado de qualquer forma, ou seja, é preciso o cumprimento do devido processo legal. E conclui com o entendimento de que o instituto em questão não poderá ser excepcionado por simples procedimento administrativo-fiscal, quer dizer, ato unilateral do Fisco, sem a mínima possibilidade de contraditório.

⁸⁴ WALD, Arnold. Op.cit., p. 21.

⁸⁵ DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo, ano 4, n.13, jul./set., 2001, p.30-32.

⁸⁶ Ibid., p. 36.

⁸⁷ LIMA, Rogério. Pode o fisco, por autoridade própria, quebrar o sigilo bancário do contribuinte?. **Revista Tributária de Finanças Públicas**, São Paulo, v.8, n. 34, set./out. 2000.p. 149.

Para esses autores, como o sigilo bancário está inserido no panorama constitucional, e por se tratar de uma verdadeira projeção ao direito à intimidade, ele deve ser tratado como direito fundamental do indivíduo, e portanto, abrangido no rol das cláusulas pétreas protegidas pelo art. 60, §4º, IV, CF/88: “Art. 60(...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.”

Conforme Batista⁸⁸, os direitos fundamentais são os valores estruturais contidos na Constituição, conformadores do Estado Democrático de Direito, o que justifica a sua imutabilidade e cuida-se de direito individual fundamental, portanto, o sigilo bancário do contribuinte acha-se acobertado pelo manto da cláusula pétrea inscrita no art. 60, §4º, IV da CF.

No entanto, necessário se faz analisar o conceito da própria personalidade, pois a intimidade é inerente à personalidade.

Orlando Gomes⁸⁹ ressalta que,

(...)sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direito considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade.

Luiz Fernando Bellinetti⁹⁰ destaca que os direitos da personalidade destinam-se a integridade física, da integridade, intelectual e da integridade moral.

Carlos Roberto Gonçalves⁹¹ possui a concepção de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis de seu titular, por exemplo, propriedade ou o crédito contra o devedor, há outros direitos, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados e maneira perpétua e permanente, e estes são os denominados direitos da personalidade.

Porém, deve-se ressaltar desde logo que pelo fato de o sigilo ser considerado cláusula pétrea, não possa ser quebrado, conforme leciona Hamilton Dias Souza⁹²:

Enquanto direito individual de primeira geração, o direito à intimidade e à privacidade não pode ser qualquer forma restringido ou anulado. Pode, entretanto, ser quebrado em circunstâncias especialíssimas, por

⁸⁸ BATISTA, Liliene Maria Busato. Op. Cit., p. 49.

⁸⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Cap.11, p.134.

⁹⁰ BELLINETTI, Luiz Fernando. Limitações legais ao sigilo bancário. Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v.18, abr./jun., 1996.p. 152.

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.200.

⁹² SOUZA, Hamilton Dias. Sigilo bancário e o direito à liberdade. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 8, n. 30, jan./fev. 2000.p.63.

determinação do Poder Judiciário. Isto porque nem mesmo os direitos de primeira geração são incontestáveis, quando a um direito se opõe outro direito também constitucionalmente assegurado. Com efeito, mesmo um direito individual pode ter por limite outros direitos, que também mereçam ser protegidos, sobretudo quando respeitam ao interesse público.

Adianta-se então, que a quebra do sigilo bancário mediante autorização judicial é constitucional, desde que observado o princípio do devido processo legal.

Há, contudo, corrente minoritária contrária com entendimento diverso, conforme será demonstrada a seguir.

Roque⁹³ dirige sua crítica tanto para os que visualizam o direito ao sigilo bancário decorrente do direito à intimidade previsto no art. 5, X da CF/88 como aos que o entendem como de direito da personalidade, merecendo destaque o seguinte trecho:

Todos nascem com direito à vida, à saúde, a um nome, a professar uma fé, à integridade física, à honra, a ter vida íntima etc., mas ninguém nasce com direito ao sigilo bancário, porque pode ser que venha ao mundo em local onde não existam Bancos, ou, como ocorre com a maioria dos brasileiros, que nunca chegue a ser cliente de um. Ora, se o Estado não pode garantir a todos, sequer o direito de ser cliente de um Banco, porque, como atividade privada, é o Banco que seleciona seus clientes segundo o aspecto econômico, como pretender que o sigilo seja um direito da personalidade? Assim, com mais razão, o direito de ser cliente bancário teria o mesmo quilate do direito ao sigilo bancário.

Chinen⁹⁴ destaca que acredita ser exagerada a tese do sigilo bancário como projeção do direito da personalidade, pois defende que não se pode conferir tamanha dignidade a um direito de índole nitidamente patrimonial, sob pena de banalizar o que é essencial. O que deve ser preservado é a honra ou imagem da pessoa e não sua conta bancária.

Outro autor adepto a essa teoria é Aurélio Pitanga Seixá Filho⁹⁵ que entende que, de fato, a intimidade e a privacidade das pessoas deve ser inviolável, nos termos do inc. X do art. 5º, CF/88, desde que não extrapole para a vida em sociedade, como ocorre com a atividade econômica em que a pessoa tem que, necessariamente, prestar contas de seus atos.

⁹³ ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo Bancário e o Direito à Intimidade**. Curitiba: Juruá, 2001.p.93.

⁹⁴ CHINEN, Massao. Op. Cit., p.94.

⁹⁵ SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. O sigilo bancário e o direito à intimidade e à privacidade das pessoas. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 10, n. 42, jan./fev. 2002. p.243.

Ainda traz a informação de que desde a criação do imposto de renda, até mesmo as pessoas que não exercem qualquer atividade empresarial, mas que auferem rendimento, estão sujeitas a prestar contas ao Fisco não só de suas rendas como de seu patrimônio, ficando reduzido o âmbito de sua vida íntima, de sua privacidade.

E conclui que a atividade administrativa de fiscalização dos atos dos cidadãos, em especial a vida econômica dos contribuintes, não constitui, por natureza, uma rota extraordinária ou extravagante que pode causar vexame ou constrangimento às pessoas investigadas. Ninguém tem o direito de não ser fiscalizado por uma autoridade tributária, mesmo sem qualquer indício de erro ou falha de pagamento de seus tributos, sendo perfeitamente legítimo e legal que a fiscalização se faça por amostragem.

Luiz Fernando Bellinetti⁹⁶ afirma que o sigilo bancário não possui proteção constitucional, e sim infralegal. Aduz que

A nosso ver o sigilo bancário é garantia legal e não constitucional. Menciona que o inc. XII do art. 5º da CF não serve para embasar o sigilo bancário, pois seu escopo é a proteção ao sigilo de comunicações, que por via telegráfica, telefônica ou de dados, e não ao sigilo de dados genericamente. O que o dispositivo constitucional quer preservar é o sigilo das comunicações de dados tão em evidência do mundo moderno, através da larga utilização dos computadores. O sigilo bancário também não se confunde com direito à privacidade, pois o que se protege é a privacidade e não propriamente o sigilo.

No tocante a jurisprudência quanto ao assunto, a tese segundo a qual, o sigilo bancário constitui modalidade de direito de personalidade encontra defensores nos nossos tribunais superiores, em cujas decisões incluem o sigilo bancário no rol dos direitos da personalidade.

Conforme o voto da Min. Carmén Lúcia : “(...) de que teria havido prova ilícita, no sentido de que teria sido obtido mediante quebra do princípio constitucional do sigilo bancário, da garantia constitucional do sigilo bancário”.⁹⁷

No mesmo sentido o Min. Ricardo Lewandowski : “Pode ter havido, em tese, uma lesão ao art. 5º, inciso X, que impede a violação da intimidade ou da privacidade

⁹⁶ BELLINETTI, Luiz Fernando. Op. Cit., p. 154-155.

⁹⁷ STF: Inq 2250, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 02/11/2010, p. 46.

da pessoa. (...) A cláusula constitucional abrigada no art. 5º, inciso X, não confere imunidade absoluta ao sigilo bancário, (...).⁹⁸

Bem como, o Min. Carlos Britto: “Quanto ao inciso X, de que fala o Min. Ricardo Lewandowski, a matéria toda está imbricada (...)”.⁹⁹

O Min. Marco Aurélio: “Em última análise, tenho que o sigilo bancário está sob a proteção do disposto nos incisos X e XII do art. 5º da CF”.¹⁰⁰

Também o Min. Celso de Mello: “A relevância do direito ao sigilo bancário – que traduz uma das projeções realizadoras do direito à intimidade – (...) que o ordenamento jurídico, em norma de salvaguarda, pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional (CF, art. 5º, X)”.¹⁰¹

Contudo, conquanto no julgamento do MS 21.729-4/DF¹⁰², os ministros do Supremo Tribunal Federal tenham adotado tal posicionamento, o voto do então Ministro Francisco Rezek, hoje integrando a Corte Internacional de Justiça, entendeu que o sigilo bancário não se constitui em um direito à intimidade ou à privacidade¹⁰³, *in verbis*:

(...) 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. (...)

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 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 de 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 exemplos de informações que não se inserem no núcleo irredutível da privacidade.

Por sua vez, no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, restou assentado que:

⁹⁸ STF: RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006, p. 1293-1294.

⁹⁹ STF: RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006, p. 1303.

¹⁰⁰ STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 75.

¹⁰¹ STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 103.

¹⁰² STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995

¹⁰³ MAZUTTI, Gustavo Cesar. **O sigilo bancário na jurisprudência do STF: proteção constitucional e questões sobre sua relatividade**. Monografia da EF 2011. Disponível em <<http://bit.ly/JnB4e7>>. Acesso em> 23 de ago. de 2012.

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 de intimidade protegida no inciso X do art. 5º da CF. 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.

Impende ainda apontar que já houve uma tentativa de erguer o sigilo bancário em garantia constitucional expressa. Trata-se da Emenda 139, de 11.05.1984, apresentada à Comissão Mista que examinou a Emenda Figueiredo (Proposta de EC 11/84), o qual alterava o §9º do art. 153, da CF/88, assim redigida: "É inviolável o sigilo bancário, da correspondência e das comunicações em geral. A conta bancária do indivíduo não será objeto de investigação, nem servirá de base imponible para tributação".¹⁰⁴

Portanto, fica claro ante a exposição das posições dos autores acima citados, de que a doutrina majoritária assegura ao sigilo bancário *status* de norma constitucional, assegurado no art. 5º, X, CF/88, por outro lado, paralelamente, há uma doutrina minoritária que entende que o sigilo bancário está apenas previsto em norma infraconstitucional e não se trata de um direito à personalidade.

Em relação ao *status* do direito ao sigilo bancário, a partir de um estudo jurisprudencial é permitido concluir que diversos Ministros entendem que o tema está implícito no art. 5º, X ou XII, CF/88, ou seja, possuem ligação com direito à intimidade, privacidade e ao sigilo de dados.

Nesse sentido:

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.¹⁰⁵

É o que afirma também, a então Min. Ellen Gracie: "A CF não afirma direta e expressamente o sigilo bancário. Assegura, isto sim, nos termos do ser art. 5º, incisos X e XII, a inviolabilidade da vida privada, bem como o sigilo de dados, (...)".¹⁰⁶

Porém, em sentido contrário, dois Ministros se manifestaram - Min. Francisco Rezek e o Min. Sepúlveda Pertence.

¹⁰⁴ BATISTA, Liliane Maria Busato. Op. Cit., p. 48.

¹⁰⁵ STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 119.

¹⁰⁶ STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 62.

O Min. Francisco Rezek demonstrou certa dificuldade em enxergar tal relação:

Tenho dificuldade extrema em construir, sobre o art. 5º, sobre o rol constitucional de direitos, a mística do sigilo bancário (...). O inciso X do rol de direito 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.¹⁰⁷

O então Ministro do STF parte de uma interpretação literal da Constituição: se não há dispositivo prevendo, logo, não há direito ao sigilo bancário. Conforme o trecho: “O sigilo bancário só existe no Direito brasileiro por força da 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.”¹⁰⁸

Para ele, o inciso X da Constituição refere-se a uma intimidade na qual não se poderia incluir a mera “contabilidade”, ou seja, entende ele que as operações ativas e passivas das contas das pessoas não poderiam se incluir no conceito de intimidade.

O Ministro ainda questiona outro ponto, segundo ele, dever-se-ia questionar por que não quis o constituinte, seguido pelo legislador, dar ao cadastro bancário proteção igual à das comunicações telefônicas, as quais apenas podem ser levantadas mediante autorização judicial.¹⁰⁹

Ante o exposto, em relação ao questionamento da proteção constitucional dada ao sigilo bancário, pode-se asseverar que o STF entende ter *status* de direito fundamental amparado nos incisos X e XII do art. 5º, CF/88.

3.3 DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DE DADOS

Costuma-se afirmar, outrossim, que o sigilo bancário estaria compreendido no sigilo de dados, previsto no inciso XII do mesmo artigo 5º da Constituição da República. Para melhor compreensão do raciocínio, cumpre transcrever o indigitado inciso da Carta Magna:

Art. 5º(...)

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.

¹⁰⁷ STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 118.

¹⁰⁸ STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 169.

¹⁰⁹ MAZUTTI, Gustavo Cesar. **O sigilo bancário na jurisprudência do STF: proteção constitucional e questões sobre sua relatividade**. Monografia da EF 2011. Disponível em <<http://bit.ly/JnB4e7>>. Acesso em> 23 de ago. de 2012.

Inicialmente, deve-se entender a amplitude da palavra “dados”, para assim, compreender sua amplitude constitucional.

Alguns comentários à Constituição Federal não se referem especificamente a modalidade “de dados” do sigilo constitucional, como por exemplo, o professor paulista José Cretella Jr. E Luís Pinto Ferreira não analisam com maior profundidade a questão, talvez, por entenderem não ser relevante ou pela nitidez do texto ou por conta da maior e natural preocupação com o sigilo de correspondência e o telefônico, de ampla repercussão na seara processual penal. Porém, Manoel Gonçalves Ferreira Filho acredita que o problema fica superado se considerarmos os dados como sendo “dados informáticos”.¹¹⁰

Antonio Carlos Nogueira Reis¹¹¹ em parecer, conclui que a inviolabilidade do sigilo de dados é direito fundamental da pessoa, constitucionalmente assegurado no art. 5º, XII, CF/88 que corresponde ao direito à privacidade consagrado no inc. X do mesmo artigo.

Tércio Sampaio Ferraz Junior¹¹² esclarece que o sigilo de dados, mencionado no artigo 5º, XII, da Lei Fundamental refere-se à comunicação (no interesse da defesa da privacidade), ou seja, ao sigilo “da correspondência e das comunicações telegráficas” e ao sigilo “de dados e das comunicações telefônicas”. Segundo o autor, o sigilo é violado ao “entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro”. Desse modo, não são os dados em si que são invioláveis, mas a sua comunicação, isto é, “a troca de informações (comunicação) é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação”. A Constituição traz uma exceção, ao permitir a quebra de sigilo de comunicação telefônica, “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” mediante autorização judicial.

Ives Gandra da Silva Martins alega que desde a promulgação da CF/88 que a Fazenda defende que sigilo de dados é diferente de sigilo bancário. E salienta que:

¹¹⁰ CHAVES, João Freitas de Castro. A Lei Complementar nº 105/2001 em face aos direitos fundamentais: um exame do entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 10, p. 233-266, dez. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27709>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

¹¹¹ REIS, Antonio Carlos. A inviolabilidade do sigilo de dados e o dever de informação ao Fisco. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo. n. 45. Jul/ago. 2002. p. 184

¹¹² FERRAZ JR., Tércio Sampaio.Op. Cit., p.145.

Sempre estive convencido de que a expressão sigilo de dados hospeda aquela de sigilo bancário. Esta é espécie daquele gênero. É, neste particular, que me parece absolutamente correta a postura do legislador e da jurisprudência e, preservar o sigilo bancário do arbítrio e admitir a sua quebra sempre que houver a autorização judicial¹¹³(Grifei)

E por fim, esclarece seu posicionamento explicando que o sigilo bancário não favorece a sonegação fiscal, pois esta ocorre por conta da rejeição social de que se reveste a norma tributária porque o Estado retira da sociedade mais do que necessário para a devolução em serviços públicos. A melhor forma de combater a sonegação seria adoção de política tributária justa e que apenas nos casos patológicos e de conduta delituosa seria configurada a sonegação, e a aqui sim, a quebra do sigilo seria justificada, mas nunca pelo livre arbítrio do agente fiscal.

É o entendimento do Min. Carlos Velloso, esposado no seguinte trecho: “O sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie do direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (...)”¹¹⁴.

Esta posição deve ser confrontada com a de Celso Ribeiro Bastos, em obra conjunta com o próprio Ives Gandra da Silva Martins- Comentários à Constituição do Brasil¹¹⁵, na qual o primeiro ressalva que a expressão “dados”, contida no art. 5º, XII é imprópria, pois não seria o objeto da comunicação mas sim uma modalidade tecnológica de comunicação.

Na mesma linha de raciocínio encontra-se Sacha Calmon Navarro¹¹⁶.

Aurélio Pitanga Seixas Filho¹¹⁷, posicionando –se no sentido de que sigilo de dados não abrange sigilo bancário, aduz que o que é garantido pelo art. 5º, XII, CF/88 é a inviolabilidade da transmissão dados referentes às comunicações telegráficas, telefônica e correspondência, porém, isso não significa que esse direito individual permita que o cidadão-contribuinte tenha direito de manter sigilo sobre a existência de operações tributáveis transmitidas por esses meios de comunicação.

¹¹³ MARTINS, Ives Gandra. Sigilo Bancário em Matéria Fiscal. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 3, n. 12, jul/set 1995.p. 71.

¹¹⁴ STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 16.

¹¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1989.p.73.

¹¹⁶Cf. A favor da quebra de sigilo, jornal Estado de Minas. Endereço eletrônico: www.estaminas.com.br/opniao/012607.htm

¹¹⁷ SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga.Op. cit., p.243.

Paulo Quezado e Rogério Lima¹¹⁸ entendem que, de fato, a Constituição Federal de 1988 não trouxe explicitamente a expressão “sigilo bancário”, porém isso não significa que não esteja protegido constitucionalmente, pois aduzem que, se assim fosse, o princípio da proporcionalidade também não seria constitucional, já que também não está previsto na Lei Maior.

Asseveram os citados autores que sigilo de dados é o gênero e sigilo bancário é uma espécie daquele.

O fato de CF/88 não ter especificado o que vem a ser a expressão *sigilo de dados* levou os Ministros do STF a grande divergência interpretativa. A posição majoritária¹¹⁹ é a de que se tutelam as *comunicações de dados* e não a transferência dos *dados em si*. Nas palavras do Min. Cezar Peluso:

É interessante observar a redação do dispositivo, porque há realmente duas cláusulas no texto. A correspondência como tal e a comunicação telegráfica são tratadas em conjunto. A comunicação de dados, como fenômeno típico do mundo moderno e que é a rede mundial de computadores, é, ao lado da comunicação telefônica, processo muito rápido de transmissão e está na segunda cláusula.¹²⁰

E continua:

Então, houve, ao que parece, preocupação de tratar em conjunto duas grandes classes ou duas grandes modalidades de comunicação, mas compreendendo todas. Sem dúvida, o inviolável, nos termos da Constituição, não são quaisquer elementos da informação ou de informática, mas os processos de comunicação em si. **O objeto tutelado, portanto, é o processo de comunicação, enquanto restrito aos comunicantes, independentemente do conteúdo da comunicação, porque se trata, na verdade, de resguardar a privacidade dos interlocutores em ato típico de intersubjetividade.** (grifei)

Esclarecida a controvérsia que existe acerca da amplitude do conceito da palavra “dados” no inciso XII, do art. 5º, CF/88, em que, há autores que entendem a expressão sigilo dados como ampla, e, portanto abrange sigilo bancário, e outros, que acompanham o STF e creem que quando o legislador referiu-se a sigilo de dados, apenas quis referir-se a comunicação em si, e não ao seu conteúdo. Resta, nesse momento, discutir acerca da relatividade do sigilo bancário.

3.4 RELATIVIDADE DO SIGILO BANCÁRIO

¹¹⁸ QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit., p. 32.

¹¹⁹ Apenas o Min. Marco Aurélio entende que a proteção refere-se aos dados em si e não a sua comunicação.

¹²⁰ STF: RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/10/2006, p. 1309.

Apesar da importância atribuída ao sigilo bancário, entendido pela doutrina majoritária- que já foi exposto- como direito fundamental na atual ordem jurídica brasileira, é pacífico seu caráter relativo, que como tal deve ceder diante de outros interesse não menos relevantes.

“Nunca é demais lembrar que tem caráter relativo e evolutivo; que o instituto protege interesse privados, mas ‘serve ao bem público’”.¹²¹

Esse é o posicionamento dos Tribunais Superiores. A jurisprudência do STF é rica em precedentes que nunca deixaram de entender o sigilo bancário como um direito individual não absoluto, podendo ser quebrado ante um interesse público, no entanto, necessariamente, por determinação judicial. É o que defende o Min. Celso de Mello na seguinte passagem:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das liberdades públicas, uma vez respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.¹²²

Bem como no trecho: “Apenas o Judiciário, ressalvada a competência das CPIs, pode eximir as instituições financeiras do dever que lhes incumbe em tema de sigilo bancário”.¹²³

Do mesmo modo o Min. Ricardo Lewandowski:

Eu tenho expressado a minha preocupação no sentido de que a cada semana, praticamente, vemos os mais diferentes órgãos desejando a quebra de sigilo de dados cobertos exatamente por essa proteção constitucional sem a intermediação do Poder Judiciário. Penso que é hora de fortalecermos o Poder Judiciário. O Judiciário, que tem 16 mil magistrados em todas as suas instâncias, está disponível, a qualquer momento, se as circunstâncias e o caso assim autorizarem, a determinar a quebra do sigilo.¹²⁴

E o Min. Gilmar Mendes:

No que diz respeito ao acesso à conta com todas as suas conseqüências, não se trata de negar esse acesso, mas simplesmente de exigir que, tendo em vista o valor de que se cuida dos direitos fundamentais, haja a

¹²¹HAGSTROM, Carlos Alberto. O sigilo bancário e o poder público. **Revista de Direito. Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 79, jul./set., 1990. p. 41.

¹²² STF: MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/199, p. 117.

¹²³ STF: AC 33, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p. 100

¹²⁴ Ibid., p. 52

observância do princípio da reserva de jurisdição. Portanto, não se trata de impedir o acesso.¹²⁵

Esse caráter é nítido na fala do Min. Carlos Velloso:

(...) esta quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente pode ser realizada 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.¹²⁶

Destarte, é pacífico o entendimento de que Judiciário pode requisitar informações às pessoas e instituições que impliquem na quebra do sigilo.

Maria José Oliveira Lima Roque¹²⁷ sustenta que, “apesar de consagrado mundialmente, o sigilo bancário não é absoluto. Nenhum direito é absoluto. Todos os direitos, mesmos os mais elementares, comportam limitações.”

Liliane Batista¹²⁸ revela que todos os direitos admitem limitações, por conta das exigências sociais e em atenção ao bem comum. Não há direito fundamental individual absoluto.

Paulo Quezado e Rogério Lima¹²⁹ trazem uma interessante ponderação, pois afirmam que o sigilo bancário, enquanto considerado direito fundamental, é oponível a todos e, portanto absoluto, contudo, por outro lado, quando confrontado com outro direito tão importante quanto torna-se relativo, pois o ordenamento jurídico é composto por direitos que devem conviver harmoniosamente.

Ives Gandra da Silva Martins¹³⁰ sustenta que a quebra do sigilo bancário pode até se justificar, mas nunca pelo livre arbítrio do agente fiscal. Entende que a autorização judicial é um exame imparcial da licitude do pedido, o qual somente deve ocorrer na hipótese de interesse público, e que o sigilo esteja acobertando caso de sonegação evidente e não mero palpite por parte do Fisco.

¹²⁵ STF: RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 239, p. 239.

¹²⁶ STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 136.

¹²⁷ ROQUE, Maria José Oliveira Lima. Op. Cit., p.95.

¹²⁸ BATISTA, Liliane Maria Busato. Op. Cit., p. 63.

¹²⁹ QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit..p.36.

¹³⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. Cit., p. 74.

Arnoldo Wald¹³¹ assevera:

Apesar da relevância da função do sigredo nas relações financeiras, o sigilo bancário não é um direito absoluto, encontrando limitações no eventual interesse coletivo na sua quebra e na prevalência da justiça e da segurança social. Todavia, as restrições devem ser legalmente estabelecidas e a revelação de informações financeiras somente poderá ocorrer com a instauração de processo judicial, no qual estará garantido o contraditório e ampla defesa.

E José Augusto Delgado¹³² confirma “Em determinadas hipóteses, todavia, o interesse público há de prevalecer sobre o individual, mas caberá a um outro poder definir se tais hipóteses efetivamente ocorrem (...)”.

Ante o exposto, é evidente a relatividade do sigilo bancário e que, quando confrontado com outro direito fundamental, deve ser sopesado perante este para uma efetiva prestação jurisdicional. Todavia, não se perder de vista que os sacrifícios dos direitos individuais só são justificados quando o interesse coletivo surgir, no caso concreto.

3.4.1 A quebra do sigilo bancário e o princípio do devido processo legal

Já restou assentado que o sigilo financeiro é um direito relativo e pode excepcioná-lo diante de outros direitos de interesse público.

A constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, inc. LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”;

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco¹³³ aduzem a importância do devido processo legal:

O conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

¹³¹ WALD, Arnoldo. Op. Cit., p.25.

¹³² DELGADO, José Augusto. Op. Cit., p.42.

¹³³GRINOVER, Ada Pellegrini ; DINAMARCO, Cândido Rangel ; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo . **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011.p. 82

E Humberto Theodoro Júnior¹³⁴ sustenta que:

Garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais como a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, inc. XXXVII) e juiz competente (CF, art 5º, inc. LIII), a garantia de acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV) de ampla defesa e contraditório (art. 5º, inc. LV) e, ainda fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, inc. IX).

Conforme Paulo Quezado e Rogério Lima¹³⁵, o direito ao sigilo bancário é um direito fundamental e por isso, é uma peça essencial para a conformidade do sistema jurídico-constitucional e, por conta dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito, entendem que deve ser observado o devido processo legal para excepcionar o sigilo.

Nesse passo, a doutrina de Wald¹³⁶:

A fixação dos limites do direito ao sigilo bancário, que podem ser estabelecidos pela legislação ordinária, obedece ao princípio do equilíbrio que Constituição determina que deva existir, quando, o próprio art. 5º, inc. LIV, dimensiona o grau e as condições da privação da liberdade e determinar que: 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal'. A norma, que se aplica a todos os casos de liberdade individual, também incide em relação ao sigilo bancário, que só pode sofrer restrições desde que obedecido o '*devido processo legal*', **que constitui um freio à arbitrariedade e até ao poder discricionário**".(grifei)

Todavia, antes de continuar, é preciso delimitar o campo de incidência desse princípio.

Hugo de Brito Machado¹³⁷ delimita o *devido processo legal* atribuindo dois sentidos à expressão: um formal e outro substancial. Pelo primeiro, entende-se que ninguém poderá ter seu direito à liberdade ou de seus bens cerceado, senão através de um processo siga as normas legais que disciplinem o processo para que seja atendido o princípio.

Quanto ao segundo, é a necessidade de limitar, positiva e negativamente o teor das normas jurídicas que disciplinam o processo, a fim assegurar a igualdade das

¹³⁴THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.157.

¹³⁵ QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit..p.40.

¹³⁶ WALD, Arnoldo. Op. Cit.,p.249.

¹³⁷ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.51-52.

partes envolvidas, o contraditório e a ampla defesa. Tais conceitos no se excluem, pelo contrário, se complementam.

No inciso seguinte (art. 5º, inc. LV, CF/88) , dispõe que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa.

Trata-se de um desdobramento do princípio do devido processo legal:

Por ampla defesa entende-se que às partes em litígio devem ser assegurados todos os meios necessários à articulação de suas pretensões, à comprovação dos fatos sobre os quais estas se fundam e à reforma de decisões eventualmente equivocadas.¹³⁸

No tocante ao contraditório:

Trata-se de um princípio segundo o qual deve ser dada ciência às partes do que se faz ou que se pretende que seja feito no processo e a possibilidade de cooperar e contrariar¹³⁹;

Cabe aqui, diferenciar processo, procedimento e procedimento administrativo. Necessário explicar que quando se fala em processo e procedimento, no campo judicial e administrativo, não há uma unidade conceitual. No direito administrativo, é comum falar-se em *procedimento* no sentido de *processo* , como usa na atividade judicial.¹⁴⁰

Nas lições de Alexandre Câmara Freitas¹⁴¹:

(...) o processo é uma entidade complexa, de que o procedimento é um dos elementos formadores. O procedimento, como visto, é o aspecto extrínseco do processo. O processo não é o procedimento, mas o resultado da soma de diversos fatores, um dos quais é exatamente o procedimento.

Zanella Di Pietro¹⁴² transpondo o conceito da área judicial para a administrativa ensina que “o procedimento é conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder...”

¹³⁸ MACHADO, Hugo de Brito.Op. Cit., p.53.

¹³⁹ MACHADO, Hugo de Brito.Loc. Cit.

¹⁴⁰ QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit..p.43.

¹⁴¹ CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 9º ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.p.141.

¹⁴²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed São Paulo: Atlas, 2011.p.397.

Seguindo adiante no tocante ao devido processo legal, Juliana Garcia Belloque¹⁴³, sustenta que a motivação, quer dizer, a fundamentação da decisão judicial- os motivos que levaram o Juiz a determinar ou não a quebra do sigilo- desempenha importante função, pois é uma verdadeira garantia tanto no plano político como no processual, assegurando, assim, a imparcialidade do magistrado e observância da legalidade.

Dessa forma, pode-se asseverar que, apesar do sigilo bancário ser um direito fundamental, e por isso, relativo, pois para harmonia do sistema jurídico, o ordenamento não comporta direitos absolutos. Não pode ser excepcionado de forma arbitrária, ao bel-prazer do Estado, não possibilitando ao contribuinte, ao menos, a oportunidade de discutir a licitude de tal medida.

Ex positis, é possível concluir que o sigilo bancário só pode sofrer restrições se dentro das coordenadas jurídicas emitidas pelo devido processo legal em sentido substancial e processual.

3.4.2 A quebra do sigilo bancário e o princípio da proporcionalidade

Em tópicos precedentes concluiu-se que a CF/88 abriga o sigilo bancário como manifestação do direito à intimidade, porém, deve ressaltar que há circunstâncias, em que há choque de direitos, e sempre que princípios constitucionais aparentemente colidirem, deve o intérprete chegar a uma conclusão que harmonize as normas do sistema, pois em face do princípio da unidade constitucional, a Constituição não pode estar em desordem consigo mesma, apesar da heterogeneidade de regras e princípios que contém.

Assim, diante de tais conflitos, é necessário realizar o chamado sopesamento ou avaliação ponderada dos fins, em outras palavras, é preciso aplicar o princípio da proporcionalidade.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴⁴ entende-se por princípio:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito

¹⁴³ BELLOQUE, Juliana Garcia. Op. Cit., p.103.

¹⁴⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.p. 747-748.

e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todos os sistemas de comandos.

Explica Paulo de Barros Carvalho¹⁴⁵ que os princípios “são normas jurídicas carregadas de forte conotação axiológica. É o nome que se dá a regras do direito positivo que introduzem valores para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica”.

Em relação ao princípio da proporcionalidade, explica Luis Roberto Barroso¹⁴⁶ que tal não está previsto na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Sustenta que é uma ferramenta de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público por comportar o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público, e por atuar como medida que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para o melhor alcance do fim constitucional a qual se destina.

Paulo Bonavides¹⁴⁷ elucida que há três elementos que governam a composição do princípio em questão:

O primeiro é a pertinência ou aptidão, ou seja, deve dizer se determinada medida representa o meio certo para alcançar um fim baseado no interesse público. O segundo é a necessidade de que a medida não exceda os limites indispensáveis para a conservação do fim legítimo da norma. E por fim, o terceiro elemento consiste na proporcionalidade em sentido estrito, isto é, deve haver ponderação, verifica-se a relação custo-benefício, quer dizer, constatação das vantagens e desvantagens para o cidadão, a partir dos meios utilizados pelo legislador.

Ensinam Quezado e Lima¹⁴⁸:

Nos casos em que se questione a abertura do sigilo bancário, aquele que avaliá-la deverá pautar sua decisão pelas respostas às seguintes indagações:
1ª) A quebra do sigilo bancário, diante das circunstâncias do caso concreto,

¹⁴⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.p. 143.

¹⁴⁶BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 126

¹⁴⁷BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** , 26ª Ed. São Paulo:Malheiros Editora. 2011. p. 377.

¹⁴⁸ QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit..p.49.

será adequada para se atingir o interesse público requerido? 2ª) A quebra do sigilo bancário será também imprescindível para o fim almejado, de forma a não se permitir sua substituição por outra medida? 3ª) há uma justa medida entre a restrição do direito sigilo bancário e a satisfação do interesse público pretendido?(...)Quando todas essas diretrizes forem devidamente observadas, poder-se-á falar, verdadeiramente, em respeito ao princípio da proporcionalidade.

Assim, aplica-se esse princípio da proporcionalidade na procura do equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos. Ele oportuniza a comprovação da compatibilidade entre a norma criada pelo legislador e os fins almejados por este, bem assim a aferição da legitimidade desses objetivos.

No tocante ao pedido de quebra do sigilo bancário, o Poder Judiciário deve sopesar os interesses em causa. Dessa forma, partindo do pressuposto que é constitucional a quebra do segredo mediante autorização judicial, esta deve obedecer a padrões rigorosos de aferição entre os interesses em confronto. De um lado, existe o direito de resguardo dos dados do sigilo, aliado ao interesse da instituição em não revelá-los, em decorrência da natureza da atividade que exerce, bem como há o interesse da sociedade por conta da necessidade de se preservar a estabilidade do mercado financeiro, e de outro, o interesse de desvendar práticas e comportamentos para repressão de certos delitos no país ¹⁴⁹.

Deve-se deixar claro, portanto, que o levantamento do sigilo, deve ser devidamente fundamentado pelo Juiz, expondo as razões sólidas e claras que comprovem, através do princípio da proporcionalidade, ser a medida imprescindível, pois se estará restringindo um direito fundamental tido como inviolável pela Carta Magna, sendo isso, o mínimo exigível de um Estado Democrático de Direito.

¹⁴⁹BATISTA, Liliane Maria Busato. Op. Cit., p. 119.

4 SIGILO BANCÁRIO E O SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

Tendo em vista a Constituição brasileira, pode-se afirmar que é um sistema aberto de regras e princípios¹⁵⁰.

Trata-se de um *sistema* porque possui regras de diversos tipos, funções e natureza diversas, mas ordenadas entre si, condicionando-se mutuamente e voltadas para garantir valores da pessoa humana, notadamente o da dignidade humana¹⁵¹.

É um sistema *aberto* porque troca informações com os sistemas que se acham no seu entorno, sendo levado neste último caso a modificar-se¹⁵².

Por fim, é um sistema composto por princípios e regras. Isto denota que a Constituição não é um aglomerado caótico de normas que conservam entre si o mesmo grau de importância. Tais normas, a despeito de terem propriedades distintas, articulam-se entre si, com o fim de asseverar o respeito a valores fundamentais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, formando o todo unitário¹⁵³.

Os princípios são mandamentos nucleares do sistema, verdadeiras bases dele, disposições fundamentais que se alastram sobre diversas normas, acomodando seu espírito e servindo de critérios para sua exata captação e inteligência¹⁵⁴.

Os princípios distinguem-se das regras por conta do maior grau de abstração por serem incertos e indeterminados, compondo espaços livres para complemento e desenvolvimento do sistema, por não se restringirem a aplicação a uma determinada e precisa circunstância, podem materializar-se em diversas normas da Constituição ou cuja concretização a própria Constituição impõe¹⁵⁵.

¹⁵⁰CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 110.

¹⁵¹RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil: filosofia e dimensões jurídico-políticas**. São Paulo: IBDEC, 2000, p.101.

¹⁵²Ibid., p.103.

¹⁵³CANOTILHO, José Joaquim Gomes.Op. Cit., p.1.056.

¹⁵⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: RT, 1980,p.280.

¹⁵⁵CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 111.

As regras constitucionais têm, relativamente aos princípios, uma abstração reduzida; densificam os princípios comandando a sua exigência, ou seja, obrigando, permitindo ou proibindo diametralmente uma conduta; comumente, despontam o seu pressuposto, fato ou hipótese de incidência e tem sua aplicação limitada a essa situação fática¹⁵⁶.

Os princípios constitucionais aparentemente colidentes podem harmonizar-se, desde que abandonem a aspiração de serem interpretados de forma absoluta. Isso é plausível porque as normas-princípios admitem o balanceamento de valores e interesse, conforme seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente contraditórios¹⁵⁷.

Percebe-se, pois, que os princípios constitucionais expõem valores ou pesos distintos que precisam ser definidos no momento de sua interpretação e aplicação ao caso concreto, quando se tenta chegar à vontade unitária da constituição¹⁵⁸.

As regras, diferentemente, seguem a lógica do tudo ou nada, sendo insustentável a validade de regras contraditórias.

A diferença entre princípios e regras é alvo de fundadas críticas por parte de Humberto Ávila.

Desenvolvendo seu pensamento, aduz o autor que a distinção entre princípios e regras não pode ser motivada: 1) pela falta da prescrição de condutas e consequências no caso de princípios, mas, pelo tipo de prescrição de comportamentos e consequências; 2) pela forma de aplicação de regras e princípios, se tudo ou nada ou mais ou menos, respectivamente, mas, pelo modo de justificação necessário a aplicação; e 3) pela ausência de ponderação na aplicação das regras, mas, pelo tipo de ponderação realizada e o modo como deve ser fundamentada¹⁵⁹.

4.1 PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA

Aqui será abordado o princípio que fundamenta a quebra do sigilo bancário pela administração tributária.

¹⁵⁶ CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 111.

¹⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Op. Cit., p. 174

¹⁵⁸ CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 112.

¹⁵⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.p., p. 31-70

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da isonomia foi prescrito, de forma genérica, no *caput* do art. 5º, nos seguintes termos:

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, [...].

Ives Gandra Martins¹⁶⁰ conceitua o princípio da igualdade asseverando que qualquer que sejam os contribuintes, independente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos, o tratamento isonômico se impõe, vedada qualquer forma de atuação discricionária.

Conceitua o eminente constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho¹⁶¹ :

Existe observância da igualdade quando os indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária.

Consoante o autor Hugo de Brito Machado¹⁶²:

O princípio da igualdade é a projeção, na área tributária, do princípio geral da isonomia jurídica, ou princípio pelo qual todos são iguais perante a lei. Apresenta-se aqui como garantia de tratamento uniforme, pela entidade tributante, de quantos se encontrem em condições iguais. [...]

Mister se faz destacar que, no plano doutrinário, surgem duas fases ou dimensões da igualdade: igualdade perante a lei e a igualdade na lei.

Hugo de Brito Machado¹⁶³ explica que igualdade perante a lei é uma faceta da isonomia dirigida aos aplicadores do Direito, pois devem aplicar as normas isonomicamente a todos aqueles que realizarem a conduta descrita na hipótese legal. Verifica-se que a igualdade estar-se-á sendo cumprida, no plano formal, de maneira uniforme para todos os cidadãos a se dirige.

Por sua vez, a igualdade na lei (ou através da lei) é diferente, volta-se ao legislador, afim de que se institua norma com respeito ao imperativo corrente: *tratar*

¹⁶⁰MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Sistema Tributário na Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 267.

¹⁶¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: ed. Almedina. 7ª edição, 2010. p. 398.

¹⁶² MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 37.

¹⁶³ Ibid., p. 39

os iguais na medida que se igualem, e os desiguais, na medida de suas desigualdades.

O princípio da isonomia tributária, a seu turno, está previsto no art. 150, II da Constituição Federal de 1988:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Afirma Sacha Calmon Navarro Coêlho¹⁶⁴ que a igualdade na tributação, capacidade contributiva e extrafiscalidade formam uma intrincada teia. Enuncia o autor, nesse compasso, algumas regras que devem nortear a aplicação do princípio da isonomia tributária: (a) o princípio em questão impõe ao legislador o tratamento desigual aos desiguais, (b) porém, deve fazê-lo atento à capacidade contributiva das pessoas naturais e jurídicas.

Aliomar Baleeiro¹⁶⁵ alega que a capacidade contributiva e a igualdade não são mais princípios implícitos na Constituição de 1988, mas expressos e integrantes dos direitos e garantias fundamentais do cidadão contribuinte.

4.2 PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio está albergado no art. 145, §1º da CF/88:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado 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

¹⁶⁴ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 272.

¹⁶⁵BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.p. 521.

Embora vinculado ao princípio da isonomia, não se confunde com este. O princípio da capacidade contributiva serve para a consecução de um efetivo ideal de justiça para o Direito Tributário¹⁶⁶.

Seria, portanto, uma busca da equidade na tributação, na visão dos economistas, liga-se ao modo como os recursos são distribuídos pela sociedade, desdobrando-se em duas dimensões: (I) na equidade horizontal – tratamento igual dos indivíduos considerados iguais, e (II) equidade vertical- tratamento desigual aos indivíduos desiguais.

Assim, o princípio em questão, evidencia uma das dimensões da isonomia, a saber, *igualdade na lei*, ou seja, busca o tratamento distinto de situações diversas.

Cumprido, neste ponto, trazer o argumento usado pelos autores que entendem que o sigilo bancário apostado contra autoridade fiscal é incompatível com o dever de dar efetividade ao princípio da capacidade contributiva.

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho¹⁶⁷ traz à colação pronunciamentos retirados da obra “Caderno de Pesquisas Tributárias” que cuida do tema “Princípios Constitucionais Tributários”.

Dentre eles, Hugo de Brito Machado¹⁶⁸, segundo o qual, o art. 145, §1º, CF/88 não estabelece direito individual, na verdade, cuida da faculdade da administração em, respeitados os limites da lei, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes. Afirma que tal é indispensável para a Administração Pública, pois se assim não fosse, ela apenas poderia tributar nos limites em que os contribuintes declarassem voluntariamente os fatos tributáveis. Deixaria, então, o tributo de ser uma prestação pecuniária compulsória para se torna voluntária.

Pondera Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho¹⁶⁹ ser inadmissível que os contribuintes tenham qualquer direito de impedir o fisco de cumprir seu poder de fiscalizar e tributar corretamente, o que implica a faculdade de identificação do patrimônio, rendimentos e atividades que indiquem substância contributiva, desde que

¹⁶⁶ ANDRADE, Rodrigo Fonseca Alves de. O princípio base da capacidade contributiva e a sua aplicação diante de uma pluralidade de tributos. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 38, n. 149, jan./mar. 2001, p. 127.

¹⁶⁷ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. **Sigilo bancário e a administração tributária**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo, v. 3, n. 11, abr./jun. 1995. p. 61-62.

¹⁶⁸ MACHADO, Hugo de Brito. **Caderno de Pesquisa Tributária**. Vol. 18, São Paulo:Ed. Resenha Tributária, 1993, p.85-86.

¹⁶⁹ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *Op. Cit.* p. 57-58.

respeitados os direitos individuais pertinentes e com a observância do devido processo legal.

5 ÓRGÃOS COMPETENTES PARA DETERMINAR A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO

No presente capítulo serão analisadas as normas legais que atribuem ao órgão ou autoridades a possibilidade de levantar o sigilo bancário, bem assim será analisado o posicionamento da doutrina e, principalmente, da jurisprudência sobre o assunto.

O art. 38 da lei Lei nº 4.595/64 (já revogado) determinava a competência do Judiciário para ordenar ao Banco Central do Brasil e às instituições financeiras que apresentassem dados sobre o segredo bancário de seus clientes. Também admitia que Legislativo e a CPI, por aprovação do Congresso Nacional, que requisitassem diretamente dos bancos as informações necessárias.

A lei complementar 105/01 tentou trazer de maneira exaustiva os órgãos competentes para determinar a quebra do sigilo bancário, tendo como principal novidade, a faculdade de o Fisco também poder determinar a medida desde que haja processo administrativo ou fiscal e que tal ação seja considerada imperativa pela autoridade competente.

5.1 PODER JUDICIÁRIO

A quebra do sigilo mediante determinação judicial está expressa no art. 3º da LC 105/01, nos seguintes termos:

Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.

O artigo acima não trouxe qualquer inovação, uma vez que em relação ao art. 38, §1º da lei 4.595/64 essa sempre foi considerada constitucional.

Posto isto, o dispositivo traz como formalidades a serem seguidas: a existência de processo judicial em curso e conservação do caráter sigiloso das informações obtidas, mediante acesso restrito às partes e seus procuradores, bem como a observância do devido processo legal, salvo na fase inquisitória da apuração criminal, do inquérito civil ou do procedimento administrativo preparatório; individualização do investigado e do objeto de investigação; fundamentação da decisão¹⁷⁰.

A CF/88 no seu art. 5º, inc. XXXI dispôs:

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:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Não há questionamento sobre o poder do Judiciário de excepcionar o sigilo bancário, pois é inerente à própria função exercida por ele concedida pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Porém, o ponto crucial a ser observado em análise de quebra do sigilo é a questão da razoabilidade que decorre do direito ao devido processo legal consagrado no art. 5º, inc. LIV¹⁷¹, CF/88 e ao princípio da proporcionalidade, este derivado do sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais, fornecendo critérios para sua limitação.

Há de se verificar, conforme observação de Arnoldo Wald¹⁷², qual seria a *decisão menos gravosa*, e tal averiguação deve começar da constatação do interesse dominante: se houver real interesse público em determinada situação, a *decisão menos gravosa* será aquela que excepcionar a quebra do sigilo; a outro giro, não havendo efetivo interesse público na quebra do sigilo, será menos gravosa a decisão que não a decretar.

Requer-se a existência de um interesse público na quebra do sigilo, não se pode determinar a quebra do sigilo se no processo apenas estiverem envolvidos interesses de particulares. Nesse sentido, é majoritária a jurisprudência¹⁷³ a este

¹⁷⁰ CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 203.

¹⁷¹ Art. 5º[...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

¹⁷² WALD, Arnoldo. Op. Cit., p.26.

¹⁷³ O Superior Tribunal de Justiça, com efeito, já decidiu, no julgamento do AGA 225634/SP, que "As informações sobre a movimentação bancária do executado só devem ser expostas em casos de grande relevância para a prestação jurisdicional". No AGA 184948 disse que "O sigilo bancário não deve ser

respeito: não se decreta a quebra do sigilo bancário se tal quebra for objeto, tão somente, do interesse de um particular¹⁷⁴.

Nesse sentido destaca-se o Min. Maurício Corrêa:

(...) 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 judicial¹⁷⁵.

O Min. Ilmar Galvão motiva a exceção também no princípio do devido processo legal, embora deixe claro se tratar de uma justificativa complementar ao interesse público:

Cabe a providência ao Poder Judiciário, cuja decisão, além de fundamentada e respaldada pelo devido processo legal, deverá contemplar caso específico (...), *havendo, ainda*, de ser justificada **por evidente interesse público**, ameaçado não por um perigo duvidoso e remoto, mas por um perigo evidente e atual¹⁷⁶. (Grifei)

Inclusive, nesse sentido, há a recente lei federal nº 12.527/11¹⁷⁷, que garante ao cidadão a disponibilização de informações pelas instituições públicas, de seu interesse particular ou coletivo geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, por meio de processos objetivos e ágeis. Permitindo, dessa forma, o efetivo exercício do direito à cidadania.

Ainda é trazido pelos Ministros as Suprema Corte a questão da independência e imparcialidade do Poder Judiciário, ponto esse sempre trazido à baila quando se discute a legitimidade para quebra do sigilo. Esse caráter é claro no discurso do Min. Carlos Velloso:

(...) esta quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente pode ser realizada 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 possuir¹⁷⁸.

afastado se não em situações especiais em que se patenteie relevante interesse da administração da Justiça. Tal não se configura quando se trate apenas de localizar bens para serem penhorados, o que é rotineiro na prática forense". No mesmo sentido se decidiu no RESP 144062/SP e no RESP 128461/PR.

¹⁷⁴PEREIRA, Joana Carolina Lins. Sigilo bancário. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife**, n. 2, p. 187-212, maio 2001. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28072>>. Acesso em: 21.08.12

¹⁷⁵ STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 97 e 98.

¹⁷⁶ STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 129.

¹⁷⁷ Lei de Acesso à Informações.

¹⁷⁸ STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992, p. 136.

Deve-se, ainda, abordar o princípio da reserva constitucional da jurisdição, que segundo o qual a prática de certos atos, por expresso mandamento constitucional, cabe tão somente aos magistrados, sendo excluída a possibilidade de qualquer outra autoridade exercê-lo, até mesmo aqueles a quem a Constituição, eventualmente, atribuiu o exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais¹⁷⁹. É o que ocorre, no Brasil, no caso de busca domiciliar (art.5º, inc.IX, CF), interceptação telefônica (art.5º, inc. XII, CF/88) e prisão fora dos casos de flagrante (art 5º, inc. LXI, CF/88)¹⁸⁰.

Juliana Belloque¹⁸¹ sustenta que a quebra do sigilo submete-se à reserva de jurisdição e, portanto, apenas o Judiciário teria competência para tanto.

Da mesma forma dispõe Celso Bastos¹⁸² quando afirma que o acesso na vida privada das pessoas mediante sua movimentação bancária cabe exclusivamente ao Judiciário, por pertencer ao rol dos direitos individuais.

Assim também pensa Hugo de Brito Machado¹⁸³ ao dizer que a quebra do sigilo deve ser posta sob reserva de jurisdição em razão do valor do direito à intimidade e à vida privada.

Conclui-se que é pacífico o entendimento na jurisprudência o juízo de que o Poder Judiciário pode ordenar a quebra do sigilo bancário, está previsto na LC 105/01, e antes na Lei. 4.595/64.

Terminados os comentários sobre da quebra do sigilo por decisão judicial, cumpre avaliar agora a possibilidade de quebra por decisão de Comissão Parlamentar de Inquérito.

5.2 COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

¹⁷⁹ O STF citou as seguintes competências circunscritas à “reserva de jurisdição”: decreto de busca domiciliar (art.5º, inc.IX, CF), interceptação telefônica (art.5º, inc. XII, CF/88) e prisão fora dos casos de flagrante (art 5º, inc. LXI, CF/88). (STF: PET-QO 577, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/03/1992; STF: MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999 e STF: MS 23.851, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/09/2001).

¹⁸⁰ CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 160.

¹⁸¹ BELLOQUE, Juliana Garcia. Op. Cit., p. 120.

¹⁸² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1989.p.200.

¹⁸³ MACHADO, Hugo de Brito. A quebra do sigilo bancário. **Repertório IOB de jurisprudência**. Caderno 1. São Paulo, n.9, mai. 2001.p.52.

O art. 58, §3º, CF/88 prevê a possibilidade de decretação de quebra do sigilo por Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI¹⁸⁴, a seguir reproduzido:

§3º:As Comissões Parlamentares de Inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.(grifei)

Dirley da Cunha¹⁸⁵ assevera que as CPIs são comissões necessariamente temporárias e podem ser criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração determinado e por prazo certo.

De acordo com o artigo acima transcrito as CPIs terão *poderes de investigação* próprios das autoridades judiciais.

Aqui, mais uma vez, será discutido o postulado da reserva da jurisdição. O STF instado a se manifestar sobre os poderes investigatórios das CPIs no MS 23.452¹⁸⁶ entendeu que as CPIs possuem poderes para determinar a quebra dos sigilos fiscal, bancário, porém em relação ao sigilo telefônico e às buscas e apreensões, elas não seriam competentes para tanto. Isso porque entendeu a Suprema Corte que os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito- poderes postos pelas CF/88 como próprio de autoridade judicial- são amplos, porém não são ilimitados e encontrariam limites no “princípio constitucional da reserva de jurisdição”. Nas palavras do Min. Relator Celso de Mello:

O postulado da reserva constitucional de jurisdição - consoante assinala a doutrina de J. J. Gomes Canotilho - importa em submeter à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de verdadeira discriminação material de competência jurisdicional fixada no texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de

¹⁸⁴ A LC 105/01 em seu art. 4º, §§1º e 2º prevê: Art. 4º-[...]§ 1º “As comissões parlamentares de inquérito, no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações e documentos sigilosos de que necessitarem, diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários. § 2º As solicitações de que trata este artigo deverão ser previamente aprovadas pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito”.

¹⁸⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed., São Paulo: Editora Juspodivm, 2009.

¹⁸⁶ Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999.

terceiros, inclusive daqueles a quem se hajam eventualmente atribuído “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”¹⁸⁷.

Portanto, o STF posicionou-se no sentido de que as CPIs podem quebrar o sigilo fiscal e bancário, no entanto, do ponto de vista jurídico, o sigilo bancário e o fiscal não estão albergados pelo princípio da reserva constitucional de jurisdição, pois estão sob o fundamento do direito à privacidade e à intimidade, previstos no art. 5º, inciso X da CF, artigo o qual não prevê de modo expresso a exclusividade de ordem judicial, como os incisos XI, XII e LXI da Constituição Federal de 1988.

Todavia, essa posição é negada por vários autores, dentre eles:

Celso Bastos¹⁸⁸ explica que por conta da constitucionalização do direito à intimidade, não caberia o ingresso nas contas bancárias por mera requisição da CPI, tal somente poderia ocorrer por meio de ordem judicial.

Luis Roberto Barroso¹⁸⁹ afirma, de modo igual, que compete exclusivamente ao Poder Judiciário a quebra do sigilo bancário, sob o fundamento de que se trata da efetivação de ato que importa em restrição de direito e, como tal, submete-se à reserva constitucional de jurisdição.

E no mesmo sentido encontra-se Hugo de Brito Machado¹⁹⁰ pois aduz que por conta da importância do direito à intimidade e privacidade- os quais o sigilo bancário faz parte- só poderia ser quebrado mediante ordem judicial.

Ademais, o STF permitiu a quebra do sigilo bancário pela CPI, desde que ela cumprisse as mesmas condições impostas ao Poder Judiciário, ou seja, a decisão deve ser devidamente fundamentada (art. 93, IX, CF/88¹⁹¹)

Preenchidas essas condições, pode a CPI decretar o afastamento do sigilo bancário, de acordo com o Min. Celso de Mello:

(...) as Comissões Parlamentares de Inquérito podem decretar, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário de pessoas por elas investigadas, desde que justifiquem, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável legitimadora da medida excepcional e indiquem

¹⁸⁷STF: MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999, p. 95.

¹⁸⁸BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. Cit., p. 265.

¹⁸⁹BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direitos Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.125.

¹⁹⁰MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.Cap.1, p.30.

¹⁹¹CF, 88 Art. 93, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados (...) ¹⁹²

Contudo, antes de encerrar o presente item, mister se faz trazer à baila o questionamento se as Comissões Parlamentares de Inquérito Estaduais e Municipais também teria a competência de quebrar o sigilo bancário.

O entendimento jurisprudencial majoritário é que as Comissões Parlamentares de Inquérito constituídas no âmbito das Assembleias Legislativas Estaduais não possuem a prerrogativa de decretar a quebra do sigilo, afinal a norma prevista no artigo 58, § 3º, da CF/88 dispõe apenas sobre as CPIs constituídas no âmbito do Congresso Nacional. A respeito do tema observe o precedente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

1. Agravo regimental interposto ao objetivo de ver revogada a decisão que atribuiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento, de modo a se restaurar a decisão do juízo planicial que ordenou à autoridade impetrada que enviasse à Comissão Parlamentar de Inquérito estadual as informações acauteladas sob o sigilo bancário, relativas a determinadas pessoas.
2. Recurso que tem o âmbito restrito à decisão recorrida, não sendo próprio a análise, nele, de preliminares arguidas, relacionadas ao não conhecimento do agravo em face da ausência de peças obrigatórias.
3. **Inexistência de vício na decisão recorrida que, corretamente, entendeu que as comissões parlamentares de inquérito estaduais precisam valer-se da via jurisdicional para a obtenção de informações que impliquem na quebra de sigilo bancário** e, por isso, conferiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Agravo regimental improvido. ¹⁹³ (grifei)

Por fim, o STF, ante o exposto, ratificou a previsão constitucional: a CPI pode decretar quebra do sigilo bancário sim, porém impôs o limite de serem atendidos os requisitos acima expostos.

5.3 PODER LEGISLATIVO

De acordo com o art 4º da LC 105/01:

Art. 4º O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, nas áreas de suas atribuições, e as instituições financeiras fornecerão ao Poder Legislativo Federal as informações e os documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais.
[...]

¹⁹²MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999, p. 116.

¹⁹³Agravo Regimental no AGTR nº 30177/PE, rel. Desembargador Federal Geraldo Apoliano, julg. 6.6.2000, DJ 30.6.2000, p. 766.

§ 2º As solicitações de que trata este artigo deverão ser previamente aprovadas pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito.

A referida Lei Complementar não trouxe muitas mudanças para o ordenamento jurídico, no que diz respeito a quebra do sigilo bancário pelo Poder Legislativo.

A lei 4.595/64- lei do sistema financeiro- possuía um artigo semelhante, qual seja:

Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.
[...]

§ 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 obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central 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.
[...]

Esse dispositivo foi expressamente revogado pelo art 13¹⁹⁴ da LC 105/01.

Observa-se, então, que a lei nº 4.595/64 autorizou apenas o Banco Central do Brasil e às instituições financeiras públicas a prestarem informações ao Poder Legislativo, restringindo os órgãos fornecedores de informação, e para isso, condicionou à aprovação do plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Por outro lado, a LC 105/01 ampliou as fontes de informação do Poder Legislativo ao incluir a Comissão de Valores Mobiliários e as instituições financeiras privadas (atente-se que a lei utilizou o gênero *instituições financeiras*, abarcando portanto, as públicas e privadas)¹⁹⁵.

Passar-se-á a análise a constitucionalidade do art. 4º da LC 105/01, reflexão feita pelos autores Paulo Quezado e Rogério Lima ¹⁹⁶:

Cosoante o art, 49, X, CF/88¹⁹⁷ cabe do Poder Legislativo fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo (incluídos os da Administração Indireta), através do Congresso Nacional, quando do exercício da sua função.

¹⁹⁴ Art. 13. Revoga-se o art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

¹⁹⁵ QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit.,p.63.

¹⁹⁶ Ibid., p. 63-65.

¹⁹⁷ CF, 88, Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:[...] X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

Todavia, asseveram os citados autores que tal disposição não é o suficiente para autorizar o Poder Legislativo a quebrar o sigilo bancário de quem quer que seja, pois tal ato encontra limite no direito fundamental à privacidade, bem como nos princípios da separação dos poderes.

Importante se faz a transcrição do trecho:

Seu poder encontra limite na proteção ao direito fundamental à privacidade. Até porque o ato de fiscalizar, com a ressalva de seus benefícios deve ser realizado com total cautela, pois sempre esteve ligado ao mando absoluto do monarca, para o qual o único direito a ser respeitado provinha de sua soberana vontade.

[...]

Aliás, diga-se de passagem, além da quebra do sigilo consistir em uma medida excepcional, a função fiscalizatória do Legislativo, à luz do princípio da separação dos poderes, por si só, significa mais uma exceção no sistema jurídico vigente.[...] ¹⁹⁸

Defendem os autores que a fiscalização pelo Poder Legislativo, sem autorização judicial, somente pode ser do segredo de informações e documentos sigilosos de órgãos públicos, dessa forma, as instituições financeiras privadas e pessoas físicas não estão sob a interferência fiscalizatória do Poder Legislativo. Isso porque o ato ligado, direta ou indiretamente, ao governo é público, e por isso, deve obediência ao princípio da publicidade (art.37, *caput*, CF/88¹⁹⁹), assim sendo, não há que se falar em segredo de ato público, pois se assim não fosse, estar-se-ia comprometendo o Estado Democrático de Direito.

Ainda salientam que o artigo 4º, LC 105/2001 deve ser interpretado de acordo com todo o sistema jurídico, pois se o Banco Central, as Comissões de Valores Mobiliários e as instituições financeiras fornecessem tais informações recairia sobre eles, a ameaça de sanções penais por violação ao segredo profissional.

Por fim, concluem que apenas por intermédio do Poder Judiciário- com processo instaurado para que seja analisada a razoabilidade da medida- é que o Legislativo poderá, em sua atividade de fiscalização, quebrar o sigilo bancário de pessoas físicas e jurídicas privadas que não lidam com recursos públicos.

¹⁹⁸ QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Loc. Cit.

¹⁹⁹ CF/88, Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]

Contudo, em posição contrária, encontra-se a autora Marcia Haydeé Porto de Carvalho²⁰⁰ a qual se posiciona no sentido de que o Poder Legislativo poderá excepcionar o sigilo bancário, desde que esteja a desempenhar o mesmo papel das Comissões Parlamentares de Inquérito. Fundamenta sua opinião com base no que diz o art. 58, §3º, CF/88, pois entende que o Poder Legislativo Federal através do Congresso Nacional ou de cada uma de suas Casas, está legitimado a exercer a prerrogativa de quebrar o sigilo bancário. Assim, sob a luz do princípio da interpretação de acordo com a CF/88, crê que o art 4º, *caput*, §2º da LC 105/2001 é constitucional.

Por derradeiro, o Legislativo não tem o poder de fiscalizar de forma ilimitada e indiscriminada, pois deve respeitar os princípios e garantias do ordenamento jurídico. E esse poder fiscalizatório encontra limite no direito fundamental à privacidade porque para ser excepcionado prescinde de autorização judiciária, órgão competente para proteger os princípios da Lei Maior e, dispor deles, através do devido processo legal.

5.4 MINISTÉRIO PÚBLICO

O art. 127, CF/88 assevera o seguinte:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Com a reestruturação da ordem jurídica estatal, quando o Estado passou a ser regido pelo ideal democrático, o Ministério Público passou a ter importante função, de tal forma que a Constituição qualificou como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado e possui o dever de defender a ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, de acordo com a CF/88²⁰¹.

Discute-se se o Ministério Público possui ou não legitimidade para quebrar o sigilo no exercício de sua função investigatória.

No seu art. 129, a CF/88 estabelece que a Instituição Ministerial para cumprir suas funções deve, dentre outras:

²⁰⁰ CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 220-221.

²⁰¹ QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit..p.78.

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, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais

Para que opere com independência e imparcialidade, a Constituição Federal dá ao Ministério Público um conjunto de garantias semelhantes às do Poder Judiciário: garantias institucionais, que se repartem em garantias de autonomia administrativa e financeira (art. 129, §§2º e 3º, CF/88) e garantias funcionais, que são às prerrogativas de independência funcional, inamovibilidade irredutibilidade de subsídio e vitaliciedade(art. 129, §§ 1º e 5º, CF/88)²⁰².

A lei 7.492/1986, que tipifica os crimes contra o sistema financeiro nacional permitiu ao Ministério Público Federal a quebra do sigilo bancário em caso de crime financeiro, como estabelece em seu art. 29:

Art. 29. O órgão do Ministério Público Federal, sempre que julgar necessário, poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência, relativa à prova dos crimes previstos nesta lei.

Parágrafo único O sigilo dos serviços e operações financeiras não pode ser invocado como óbice ao atendimento da requisição prevista no caput deste artigo.

Nessa esteira, a lei 8.625/93, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público no seu §2º deixa clara a faculdade de requisição de documentos e informes sigilosos, ao dizer:

Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

[...]

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;

[...]

§ 2º O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

[...]

²⁰² CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 222.

Essa é exegese do seu art. 26, II que atribuiu à instituição a possibilidade de requerimento de “informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processos em que officie”.

Porém, segundo entendimento de Márcia Haydeé Porto de Carvalho²⁰³, tal lei é incapaz de regular o sigilo bancário, afinal a matéria é pertinente ao sistema financeiro nacional e somente pode ser disciplinada por Lei Complementar como dispõe o art. 192, CF/88²⁰⁴.

Por sua vez, a Lei Complementar 75/93 que regulamenta as atribuições constitucionais do Ministério Público da União, traz, em seu art. 8º, os poderes de requerer informações e documentos de entidades privadas e de qualquer banco de caráter público, ou relativo a serviço de relevância pública. Nos incisos II e IV, §§1º e 2º do referido artigo²⁰⁵ estão estabelecidos as mesmas faculdades e implicações da Lei Orgânica do Ministério Público, porém com o acréscimo da prerrogativa prevista no inc. VIII, art 8º: *a de ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter publico ou relativo a serviço de natureza pública.*

E no §2º prescreve que:

[...]

§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.[...].

Destarte, tenta deixar explícito o poder requisitório do *parquet* que abrange a atribuição de requerer os informes sigilosos.

Por uma interpretação literal do artigo há quem tenha defendido que não há qualquer limitação expressa a prerrogativa da Instituição Ministerial de solicitar informações sigilosas.

²⁰³ CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 222.

²⁰⁴ CF, 88 Art. 192. **O sistema financeiro nacional**, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, **será regulado por leis complementares** que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.(grifei)

²⁰⁵ Art. 8º da LC75/93: Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:[...] II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;[...] IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;[...] § 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.

Nesse caso, Alexandre de Moraes²⁰⁶ defende a possibilidade de requisição diretamente às instituições financeiras, sem qualquer intervenção do Poder Judiciário, sob o argumento de que a LC 75/93 conferiu ao MP tal prerrogativa, desde que voltadas para instruir procedimentos administrativos de sua competência e guardado o necessário sigilo.

Já outra corrente entende que o sigilo pode ser excepcionado, somente se houver a intervenção judicial e por meio de requisição motivada que comprove a real necessidade da medida. Conforme aduz Luiz Fernando Bellinetti²⁰⁷:

Observa-se das referidas normas que, assim como o Ministério Público Estadual, tem o Federal o poder de requisitar quaisquer informações de órgãos públicos e privados.

[...]

Cumpra salientar que a nosso ver, inegavelmente, também o **Ministério Público, em respeito à garantia constitucional do direito à privacidade, deverá sempre motivar e fundamentar suas requisições de quebra do sigilo bancário [...]**

Também nesse sentido Carlos Alexandre Marques²⁰⁸:

Centrando a análise na atuação ministerial, tem-se que o sigilo bancário e fiscal pode e deve ser quebrado mediante decisão judicial quando houver inequívoco interesse em se descobrir a verdade sobre fato maculado de ilicitude civil, penal, tributária ou administrativa, porquanto o que a lei veda é o fornecimento indiscriminado e imotivado de informações sigilosas.(grifei)

Por outro lado, Quezado e Lima²⁰⁹ entendem que não foi dado ao MP quebrar o sigilo bancário por si só. Alegam que o intérprete, antes de tudo, deve levar em conta que uma norma ao tratar do segredo financeiro, está lhe dando com direitos fundamentais e, portanto, deve ser interpretada de maneira restrita. A regra é a inviolabilidade do sigilo, enquanto direito fundamental. E concluem que o somente pode haver o levantamento do sigilo por intermédio do devido processo legal.

A jurisprudência majoritária posiciona-se pela impossibilidade de o Ministério Público, por conta própria, determinar a quebra do sigilo. Importante salientar a

²⁰⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.p. 94-96.

²⁰⁷ BELLINETTI, Luiz Fernando. Op. Cit., p. 159-160.

²⁰⁸ MARQUES, Carlos Alexandre. Pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal. Atuação do Ministério Público. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/202>>. Acesso em: 10 out. 2012

²⁰⁹ QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit..p.80

posição do STF, apesar de seguir o posicionamento majoritário²¹⁰, julgou ser imponível ao MP o dever de sigilo bancário quando o assunto for verbas de origem pública, pois o princípio a ser aplicado aqui é o da publicidade (art 37, CF/88) e não da inviolabilidade da vida privada.

Referindo-se ao sigilo bancário, o Min. Octávio Gallotti consignou:

(...) deste se acha imune por sua natureza, a operação realizada com dinheiros públicos, cujo dispêndio, ao revés, está sujeito, pelo art. 37 da CF, pelo menos ao princípio da publicidade²¹¹.

Porém, nos demais casos, restou assentado posicionamento majoritário:

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 CPIs. Para tanto, é importante considerar que a atividade típica do MP se desenvolve perante o Poder Judiciário, onde deve postular pelas providências que entender necessárias. (...) Ressalvo, contudo, que se ao MP 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 (...)²¹².

E ainda:

As funções do MP, data vênha, 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 MP é advogado da sociedade, é órgão de acusação na ação penal. **Portanto, ele é parta, e a parcialidade é inerente à parte**²¹³. (grifei)

Consoante se infere dos julgados, Ministério Público Federal não está autorizado a determinar a quebra do sigilo bancário, pois não possui, segundo a Suprema Corte, a necessária imparcialidade para sopesamento da efetiva imprescindibilidade da medida.

²¹⁰ Voto do Min. Maurício Corrêa : 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 CPIs. Para tanto, é importante considerar que a atividade típica do MP se desenvolve perante o Poder Judiciário, onde deve postular pelas providências que entender necessárias. (...) Ressalvo, contudo, que se ao MP 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 (...).(STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 97)

²¹¹ STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 145.

²¹² STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 97.

²¹³ STF: MS 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/05/1995, p. 136.

5.5 ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Sobre a possibilidade de o Fisco requerer o levantamento o segredo fiscal, é um tema que ainda gera muita discussão, pois são postos em jogo, interesses divergentes, no entanto, ambos tutelados pela Constituição Federal de 1998, de um lado o direito à intimidade e privacidade e de outro, o poder dos entes de tributação, com o fito de promover adequada fiscalização. O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou sobre o tema de forma definitiva. Neste item serão abordados os posicionamentos doutrinários e dos precedentes do STF sobre o tema.

O grande cerne da questão está no art. 6º da Lei Complementar 105/01 o qual autoriza que os agentes fiscais dos entes tenham acesso à documentos das instituições financeiras, quando houver procedimento fiscal em curso e tais exames forem tidos como indispensáveis pela autoridade fiscal.

Na vigência do art. 38 da lei 4.595/1964 (que foi revogado pela norma acima citada), a autoridade competente, era a judiciária. Há farta jurisprudência nesse sentido²¹⁴. Contudo, a inovação da LC 105/01 foi excluir o Judiciário da necessidade ou não do ato. Destarte, de acordo com a nova lei, a quebra do sigilo bancário se dá, de forma automática.

O tema da previsão legal do rompimento do sigilo bancário pelo Fisco abarca contraposição de valores e interesses constitucionais: por um lado, a cobrança de eficácia do sistema tributário para garantir a efetividade do postulado da capacidade contributiva, inclusive através da luta contra a fraude a evasão fiscal, de outro, a relação de confiança entre instituições e clientes e, especialmente, o direito ao sigilo bancário, quando este possui ligação com o direito à privacidade²¹⁵.

A solução para o mencionado conflito de direitos deve propiciar um equilíbrio razoável entre os dois polos opostos, que tenha como base o sistema constitucional, principalmente, os direitos fundamentais do indivíduo, em sua integração com o quadro social, político e econômico brasileiro, o conjunto internacional e a

²¹⁴ O sigilo bancário não constitui direito absoluto, podendo ser desvendado diante de fundadas razões, ou da excepcionalidade do motivo, em medidas e procedimento administrativos, **com submissão a precedente autorização judicial. Constitui ilegalidade a sua quebra em processamento fiscal, deliberado ao alvitre de simples autorização administrativa.**[...]. (RESP 114741/DF(1996/0075208-7). DJ 18/12/1998.P. 00291. Min. Milton Luiz Pereira. Julg. 13/10/1998. Primeira turma) (grifei)

²¹⁵ CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Op. Cit., 237.

necessidade eficaz de flexibilizar o direito ao sigilo bancário para combater a fraude e evasão fiscal ²¹⁶.

Aduz José Augusto Delgado²¹⁷ que não se coaduna com os princípios da democracia e adoção de um sistema de fiscalização tributária que se conceda faculdade incondicionada ao fiscal tributário de violar a intimidade e a privacidade das pessoas, sob o falacioso pretexto jurídico de que procura descobrir provas de sonegação fiscal. Defende que o agente fiscal não deve ter a faculdade incondicionada de levantar o sigilo sempre que achar ser necessário. Isso porque a prática de atos administrativos por agentes públicos, de forma incondicionada, fere o princípio da legalidade.

E conclui afirmando que, quando se trata de sigilo bancário, a atuação incondicionada por parte daquele, ainda adquire maior gravidade porque há violação os princípios fundamentais, já abordados nesse trabalho, especialmente, por atingir de maneira direta o direito à intimidade e privacidade, bem como, que ninguém poderá garantir, nem o próprio Estado, que o agente público empregue os dados que chegaram ao seu conhecimento para outros fins que não o exclusivamente fiscal.

Para Juliana Belloque²¹⁸ é imperiosa a intervenção do Poder Judiciário em tal procedimento, em face do princípio do devido processo legal e do postulado da reserva da jurisdição e porque para assumir esse poder-dever, é preciso imparcialidade e valoração isenta de interesses momentâneos.

Outros autores que defendem a tese de que somente o Poder Judiciário possui competência para determinar a quebra do sigilo bancário é Paulo Quezado e Rogério Lima²¹⁹, fundamentam seu entendimento em dois pontos: (a) a parcialidade da administração tributária, pois quando o Fisco promove uma fiscalização da vida tributária de certo contribuinte, o interesse buscado é próprio;(b) o princípio da separação dos poderes, pelo qual, hoje em dia, fala-se em uma interrelação dos Poderes, todavia, essa interferência não é ilimitada e, a Constituição não trouxe de forma expressa tal prerrogativa para Administração Tributária, sendo assim, a lei que o fizer será inconstitucional.

²¹⁶ CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. Loc. Cit.

²¹⁷ DELGADO, José Augusto. Op. Cit., p.42-43.

²¹⁸ BELLOQUE, Juliana Garcia. Op. Cit., p. 119-127.

²¹⁹ QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. Op. Cit..p.81-82.

Coaduna com o entendimento Hamilton Dias de Souza²²⁰ quando expõe que é excessiva a concentração de poder ,ou seja, no momento em que a quebra do sigilo é feita pelo mesmo órgão que investiga, ocorre uma excessiva concentração de poder nas mãos de um, sem que seja afrontado com outro Poder, como, por exemplo, o Judiciário.

Apesar do eminente *status* constitucional do direito individual ao sigilo bancário, o administração tributária nega a sua oponibilidade ao Fisco, sob o fundamento no §1º do artigo 145, CF/88:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado 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.

Da leitura do dispositivo acima, não há dúvida do direito subjetivo que possui o Fisco através do dever/poder fiscalizatório identificar patrimônio, rendimentos e atividades econômicas, porém isso não o desobriga de observar os direitos individuais dos administrados (inclusive, o direito ao sigilo bancário)²²¹.

Admitir interpretação ao contrário, seria aceitar o atropelamento de direitos constitucionais fundamentais, o interesse público não pode ser confundido com o interesse arrecadatório da Fazenda Pública²²².

Portanto, para a quebra do sigilo bancário dos contribuintes é preciso a comprovação de situações concretas e fundamentadas, em cada caso, que demandem interesse público preponderante para a revelação das operações financeiras tanto de pessoas físicas e jurídicas, bem como, a avaliação pelo Poder Judiciário da presença desses elementos²²³.

A permissão a Administração Tributária a realizar à análise dos registros de instituições financeiras, contas de depósito e aplicações financeiras dos contribuintes mediante simples existência de processo administrativo representa evidente ofensa à inviolabilidade da vida privada e dos dados particulares, desprezando que ao Poder

²²⁰ SOUZA, Hamilton Dias. Op. Cit.,p.143-144.

²²¹MOUSSALLEM, Tárek Moysés.Op. Cit., p. 930.

²²² MOUSSALLEM, Tárek Moysés.Loc. Cit.

²²³ MOUSSALLEM, Tárek Moysés.Loc. Cit.

Judiciário cabe sopesar as situações em que, para garantir o cumprimento da lei tributária, sejam necessárias atitudes invasivas da privacidade do contribuinte. É o Judiciário o único órgão do Estado autorizado a ponderar os valores constitucionais da inviolabilidade dos dados e do interesse público, reconhecendo ou não a existência deste no caso concreto, para, momentaneamente, afastar aquelas garantias constitucionais²²⁴.

Em sentido contrário, sustenta Aurélio Seixas Filho²²⁵ que na divisão de funções entre os Poderes, coube ao Executivo o dever de investigar se estão sendo cumpridos os deveres jurídicos e caso, encontre-se, durante tal exercício de polícia, algum comportamento ou conduta em desconformidade com os ditames legais, cabe à ele o dever legal de cumprir sua função com vistas à compelir o infrator a obedecer a norma, mediante aplicação de sanções previstas em lei.

Informa o mencionado autor que ninguém tem o direito subjetivo de não ser fiscalizado por autoridade tributária, inclusive, sem qualquer vestígio de erro ou falha no pagamento de seus impostos, sendo legítima e legal que a inspeção se faça por amostragem. E ainda defende o não cabimento da imposição ao Judiciário da função de ação investigatória, papel ordinário da Administração, salvo, a apuração de algum abuso ou desvio de poder, concretamente materializado.

Concepção semelhante apresenta Cármen Lúcia Antunes²²⁶, para quem, não haveria nenhuma proibição constitucional à Administração Pública de ter conhecimento dos dados referentes aos deveres dos contribuintes em relação à sociedade.

Consoante a Ministra, a Constituição é um sistema, e deve ser interpretado como tal, portanto, o que ela atribuiu como competência da administração pública não pode ser taxado como abuso contra o direito à privacidade.

Ato contínuo a análise da possibilidade de levantamento do sigilo bancário pelo Fisco, é de suma relevância o reconhecimento de que a Carta Magna trouxe positivada no art. 5º, LV, a garantia em processo administrativo do contraditório e ampla defesa:

Art. 5º (...)

²²⁴ TOMÉ, Fabiana Del Padre. A Prova no Direito Tributário. 2º Ed. São Paulo: Noeses, 2008.p., 198-199.

²²⁵ SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Op. cit., p.245.

²²⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direito à privacidade e os sigilos fiscal e bancário**. Interesse público. Porto Alegre: Nota Deaz, n.5, v. 20, p.33-39, jul./ag.2003

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (Grifei)

Assim sendo, o direito à defesa em processo administrativo foi erguido em 1998 à categoria dos direitos e garantias individuais irrefutáveis, no mesmo nível até então reconhecido ao direito de defesa perante o Poder Judiciário²²⁷.

No processo executivo são obedecidos todos os limites traçados pela expressão *devido processo legal*²²⁸.

Hugo de Brito Machado²²⁹ explica que quando o processo tem por desígnio resolver de modo definitivo o conflito de interesses, por meio de órgãos do Poder Judiciário, tem-se o processo judicial, instrumento da prestação jurisdicional. Quando o processo tem o escopo solucionar conflito de modo não, necessariamente, definitivo, numa espécie de autotutela vinculada, ou autocontrole, realizado por órgãos do Poder executivo, tem-se processo administrativo, que permite a atividade de função administrativa atípica com feição jurisdicional.

E aduz o mencionado autor que a esses processos aplica-se princípios jurídicos pertinentes à atividade estatal de uma maneira geral, e justamente pelo fato de que o desfecho de tais processos tende ao reconhecimento do direito subjetivo a uma das partes envolvidas em detrimento da outra, é que esses, sejam administrativos ou judiciais, submetem-se a princípios específicos, dentre os quais: devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Todavia, deve ser ressaltado que do art 5º, inc. XXXV, da CF/88 deduz-se o *princípio da inafastabilidade da jurisdição*, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Desse postulado pode-se extrair que o Poder Judiciário possui o *monopólio* da jurisdição. A outros órgãos é dada a prerrogativa de exercer atividade julgadora, e assim solucionar o conflito (é o que ocorre, por exemplo, com processo administrativo tributário), contudo a definitividade do pronunciamento é do Poder Judiciário²³⁰.

Assim, no presente trabalho entende-se que apenas o Poder Judiciário seria competente para a quebra do sigilo bancário, pois a inviolabilidade do sigilo está

²²⁷ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Restrições ao Direito de Defesa no Processo Administrativo**

Federal In: Problemas de Processo Judicial Tributário. 2º Ed. São Paulo: Dialética. 1998. p. 203-204.

²²⁸ ÁLVARES, Manoel. **A garantia da execução e o Devido Processo Legal. Exceção de Pré-executividade.** In: Problemas de Processo Judicial Tributário. 2º Ed. São Paulo: Dialética. 1998. p. 195

²²⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário.** São Paulo:Atlas, 2004.p.51.

²³⁰ Ibid., p. 63

consagrada inteiramente nos direitos individuais (art 5º), bem como, a própria constituição federal, assegurou a inafastabilidade da jurisdição quando “da lesão ou ameaça a direito”. Destarte, quando o fisco determina a quebra do sigilo bancário, mesmo mediante processo administrativo fiscal, porém sem a devida intervenção do órgão equidistante – Poder Judiciário-estar-se-ia ferindo a CF, pois afrontaria o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Ainda há que se falar na imparcialidade do juiz, a questão que se quer trazer sobre esse princípio, é a ressalva de que *imparcialidade* não se confunde com *neutralidade*. De acordo com Hugo de Brito Machado²³¹, não há exigência de que o juiz seja neutro, afinal, tal condição seria impossível, pois o juiz é um ser humano, portanto falível, o qual vive em um contexto e possui valores. Porém o que não pode ocorrer é a parcialidade, ou seja, a atuação de um julgador que previamente ao efetivo exame do problema já se inclina a favorecer umas das partes e julga a questão procurando a todo custo alcançar esse intento.

E por fim, ainda há autores, como Hugo de Brito Machado²³² e Celso Bastos²³³, que entendem que o levantamento do sigilo bancário pertence ao rol dos direitos individuais e que portanto, deveria ser matéria posta sob reserva de jurisdição em razão do seu valor.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou de forma definitiva sobre o tema. Contudo, a jurisprudência da Suprema Corte já se manifestou sobre essas questões em dois julgados: AC 33²³⁴ e o RE 398.808²³⁵. São ações que tratam do mesmo fato, a diferença é que a primeira é julgamento de cautelar com pedido de liminar, e a segundo, de mérito. A questão era a seguinte: o Banco Santander comunicou a empresa GVA Indústria e Comércio S/A que a Receita Federal havia determinado a quebra do sigilo bancário, sob o fundamento da LC 105/01, o referido bancou notificou a empresa que, iria conceder os dados, por conta do mandado em questão. A empresa interpôs recurso Extraordinário, e depois Ação Cautelar com o fim de obter efeito suspensivo a eventual decisão favorável à empresa.

²³¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. São Paulo:Atlas, 2004.p.66.

²³²MACHADO, Hugo de Brito. A quebra do sigilo bancário. **Repertório IOB de jurisprudência**. Caderno 1. São Paulo, n.9, mai. 2001.p.52.

²³³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1989.p.200.

²³⁴Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010.

²³⁵Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010.

O STF cassou a medida liminar concedida na Ação Cautelar (AC) 33 pelo Min. Marco Aurélio (relator), que evitava o levantamento do sigilo bancário da GVA Indústria e Comércio S/A pela Receita Federal.

Na liminar o citado Ministro baseou-se no art. 5º, XII, da CF/88, ou seja, inviolabilidade do sigilo de correspondência e comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, as quais para o sigilo ser quebrado necessita-se de intervenção judicial. Entendeu que para a determinação de quebra do sigilo bancário requer-se deliberação de órgão equidistante, e considerou que o Fisco não preencheria tal qualificação, pois é sujeito da relação jurídica tributária, seria parte interessada.

Ele foi acompanhado pelos Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski.

Em sentido contrário, o Min. Joaquim Barbosa entendeu que a LC 105/01 e o dec. 3.724 permitem, de forma expressa, a requisição de dados bancários pela Administração Pública e qualquer entendimento contrário, poderia lesar o princípio basilar da presunção da constitucionalidade das leis.

O Min. Gilmar Mendes alinhou-se ao último Ministro citado, e defendeu a compatibilidade entre o art. 6º da LC 105/01 e o Dec. 3.724 com a Carta Magna. Seguiram a mesma linha a Min. Carmen Lúcia²³⁶ e o Min. Dias Toffoli. Nas palavras deste último: "(...) aqui não se trata de *quebra de sigilo*, trata-se, na verdade, de uma *transferência de dados sigilosos* de um determinado portador desses dados, que tem o dever de sigilo, para um outro, que manterá a obrigação desse sigilo".

A Min. Ellen Gracie votou pelo indeferimento da liminar, posicionou-se no sentido de que não há motivo para se falar em restrição da exposição da vida privada ao domínio público porque o Fisco irá manter o sigilo, preservando do conhecimento público. Além do mais, a Ministra entende que não deve ser preservado no caso de se tornar um empecilho a uma tributação capaz de materializar os postulados da personalidade e da capacidade contributiva, nem servir de escudo para o desrespeito do dever fundamental de pagar tributos e do dever acessório de colaborar com o Fisco.

²³⁶Palavras da Min. Carmen Lúcia : (...) também não vislumbro, aqui, agressão aos direitos fundamentais, uma vez que não me parece que tenha havido quebra da privacidade; uma vez que não está autorizado por lei a dar a público, mas apenas a transferir para um outro órgão da administração, para cumprimento das finalidades da Administração Pública, aqueles dados. (STF: RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 223):

E também faz uma análise do art. 6º, LC 105/01 mencionando que o legislador harmonizou os interesses do Fisco e dos contribuintes, de acordo com o contexto do caso concreto, quando permitiu o acesso da Administração Tributária sem necessitar de autorização judicial, mas somente na circunstância em que for estritamente necessária a intervenção e desde que mantenha os dados em sigilo. Quanto ao argumento da imparcialidade do Fisco, refuta a alegação sob o fundamento de que não há reserva da jurisdição para o caso, o que é imprescindível, é a autorização legal e o cumprimento da proporcionalidade.

Findo o julgamento, negaram referendo para a liminar os ministros Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie. Ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cezar Peluso, que opinaram pela manutenção da liminar.

De forma resumida, foi assim que se deu o julgamento dessa ação, no entanto, comprovando-se a polêmica que o tema instaurou na Suprema Corte, menos de um mês depois, no julgamento da RE 398.808, o resultado foi diverso.

Inicialmente, alguns ministros mantiveram a mesma posição do último julgado no sentido de não dar provimento ao recurso (são eles:Min. Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Carmen Lúcia , Carlos Britto e Ellen Gracie). Todavia, o Min. Gilmar Mendes mudou o entendimento e votou pelo provimento do RE. Em suas palavras:

“(...) eu me fiz a pergunta que, de alguma forma, todos nós podemos nos fazer: por que há de ser tão difícil, numa matéria que é relevante e tão suscetível a abusos, obter-se essa declaração do próprio Judiciário, diante de uma medida cautelar? No que diz respeito ao acesso à conta com todas as suas conseqüências, não se trata de negar esse acesso, mas simplesmente de exigir que, tendo em vista o valor de que se cuida dos direitos fundamentais, haja a observância do princípio da reserva de jurisdição” (STF: RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p. 239).

Entendeu o Ministro que a Administração Fazendária não será impedida de ter acesso às informações bancárias do contribuinte, mas apenas poderá fazê-lo por intermédio de autorização judicial.

Ao final da votação, decidiu-se pelo provimento do recurso.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria ainda é incerta.

A questão terá análise pela Suprema Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade, por conta das ADIs que discute a LC 105/01. Ante toda a

explanação trazida neste tópico, é definitivamente impossível definir qual será o julgamento do STF nessas ADIs.

6 CONCLUSÃO

Discorrer acerca do direito do sigilo bancário não é uma tarefa fácil tampouco livre de críticas, principalmente em um momento em que a informação se faz um fundamento, uma base de economia, sobrevivência.

Contudo, justamente por conta desse momento, faz-se imperiosa uma conscientização dos limites que devem ser impostos à informação. E, é nesse contexto que se faz os contornos do sigilo que traz uma delimitação do que é lícito conhecer e o que não é, o que se pode informar ao público e o que não se pode.

Não há um consenso dentre os doutrinadores do que venha a ser sigilo bancário, no entanto, entende-se que esse direito, decorre, em contrapartida, do dever do sigilo bancário da instituição bancária. Atinge não só conta a bancária, mas também outros dados ou informações de clientes e terceiros conhecidos por um banco como consequência da relação negocial estabelecida entre este e o cliente, não sendo absoluto e pode ser excepcionado em justificadas hipóteses.

Diante da evolução dos homens na sociedade, foram formuladas diversas teorias com o fito de traçar os campos do sigilo.

Acerca dos sujeitos do instituto, sujeito passivo abrange todos os funcionários do banco, desde o mais categorizado diretor até o mais simples empregado. Já no polo ativo da obrigação está o cliente do banco, entendido como aquele que se vale dos serviços bancários com habitualidade. Quanto ao objeto são todas as informações do cliente ou de terceiros, fornecidas diretamente pelo cliente às entidades bancárias ou de outra fonte desde que vinculados à relação bancária, afastando-se a ideia de que estão amparados pelo sigilo apenas os registros de clientes referentes a cifras.

A Lei 4.595/64 foi a primeira a trazer de maneira expressa o sigilo bancário no Brasil, o fez de forma relativa, tendo exceções, sendo uma delas, a favor das autoridades fiscais. Grande divergência provocou a expressão “processo instaurado”, pois se questionava se limitava a seara judicial ou não.

Na jurisprudência predominou o entendimento pela impossibilidade de quebra do sigilo bancário pelo fisco sem a devida autorização judicial.

Após, veio a LC 105/01, a qual revogou o art. 38 da lei 4.595/64 e permitiu o acesso das autoridades fiscais de forma direta, quer dizer, sem a necessidade da intervenção do Judiciário, e por isso foi objeto das ADIs nº 2.386, 2.389, 2.390, 2.397 e 2406.

Pelo fato de que o direito ao sigilo bancário não está presente de forma expressa na CF/88, seu *status* constitucional depende necessariamente de interpretação. A maior parte da doutrina²³⁷ e jurisprudência pátria defende que o instituto é um direito fundamental porque se trata de um desdobramento do direito à privacidade, assegurado no art 5º, X, da Carta Magna, e nesse se acha implícito. Assim qualquer violação atentaria contra a própria dignidade da pessoa humana. Por outro lado, de forma contrária, posicionam-se outros autores²³⁸, entendimento minoritário, pois defendem que os dados econômicos não integram o objeto dos direitos da personalidade, dos quais o direito à privacidade é um exemplo.

O direito à privacidade, num sentido amplo, abarca todas as formas de proteção da esfera intimidade, privada e de personalidade que o art. 5º, inc. X, da CF/88 trouxe, isto é, o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem.

Em relação ao questionamento da proteção constitucional dada ao sigilo bancário, pode-se asseverar que o STF entende ter *status* de direito fundamental amparado nos incisos X e XII do art. 5º, CF/88.

Para muitos autores, a inovação da inclusão da palavra na atual Constituição, compreende informações bancárias, a exemplo Celso Ribeiro Bastos. Para outros, como por exemplo, Aurélio Pitanga Seixas Filho, posicionando –se no sentido de que sigilo de dados não abrange sigilo bancário, aduz que o que é garantido pelo art. 5º, XII, CF/88 é a inviolabilidade da transmissão dados referentes às comunicações telegráficas, telefônica e correspondência, porém, isso não significa que esse direito individual permita que o cidadão-contribuinte tenha direito de manter sigilo sobre a existência de operações tributáveis transmitidas por esses meios de comunicação.

Direitos admitem limitações, por conta das exigências sociais e em atenção ao bem comum. Não há direito fundamental individual absoluto. Dessa forma, é pacífico o entendimento de que Judiciário pode requisitar informações às pessoas e instituições que impliquem na quebra do sigilo. E para fazê-lo, deve observar as coordenadas jurídicas emitidas pelo devido processo legal em sentido substancial e processual.

²³⁷ A título de exemplo, alguns autores que foram usados no presente trabalho: Tércio Sampaio; Arnold Wald; José Augusto Delgado; Rogério Lima; Hamilton Dias Souza; Liliane Maria Busato Batista.

²³⁸ V.g.: Maria José Oliveira Lima Roque; Roberto Massao Chinen; Aurélio Pitanga Seixas Filho; Luiz Fernando Bellinetti.

Nas situações em que há choque de direitos, e sempre que princípios constitucionais aparentemente colidirem, diante de tal situação, é necessário realizar o chamado sopesamento ou avaliação ponderada dos fins, em outras palavras, é preciso aplicar o princípio da proporcionalidade.

Outro postulado de suma importância é o princípio da isonomia que consiste na assertiva de que qualquer que sejam os contribuintes, independente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos, o tratamento isonômico se impõe, vedada qualquer forma de atuação discricionária. E possui, duas fases ou dimensões da igualdade: igualdade perante a lei e a igualdade na lei.

Embora ligado ao princípio da isonomia, não se confunde com este, é o princípio da capacidade contributiva que serve para a consecução de um efetivo ideal de justiça para o Direito Tributário. Evidencia uma das dimensões da isonomia, a saber, *igualdade na lei*, ou seja, busca o tratamento distinto de situações diversas.

Deduz-se da própria função do Poder Judiciário, a prerrogativa de excepcionar o sigilo bancário mesmo não tendo expressa previsão na Constituição Federal de 1988. A quebra do sigilo mediante determinação judicial está contida no art. 3º da LC 105/01. Todavia, o ponto crucial a ser observado em análise de quebra do sigilo é a questão da razoabilidade que decorre do direito ao devido processo legal consagrado no art. 5º, inc. LIV, CF/88 e ao princípio da proporcionalidade, este derivado do sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais, fornecendo critérios para sua limitação.

Portanto, é pacífico o entendimento na jurisprudência o juízo de que o Poder Judiciário pode ordenar a quebra do sigilo bancário, está previsto na LC 105/01, e antes na Lei. 4.595/64.

Quanto às comissões parlamentares de inquérito, o art. 58, §3º, CF/88 prevê a possibilidade de decretação de quebra do sigilo por Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI. O STF permitiu a quebra do sigilo bancário pela CPI, desde que ela cumprisse as mesmas condições impostas ao Poder Judiciário, ou seja, a decisão deve ser devidamente fundamentada (art. 93, IX, CF/88).

A Lei Complementar 105/2001 não trouxe muitas mudanças para o ordenamento jurídico, no que diz respeito a quebra do sigilo bancário pelo Poder Legislativo. A lei nº 4.595/64 permitiu somente ao Banco Central do Brasil e às instituições financeiras públicas a apresentarem informações ao Poder Legislativo,

limitando os órgãos fornecedores de informação, e para isso, submeteu a condição de aprovação do plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Contudo, a LC 105/01 dilatou as fontes de informação do Poder Legislativo ao incluir a Comissão de Valores Mobiliários e as instituições financeiras privadas (lei usou o gênero *instituições financeiras*, abarcando portanto, as públicas e privadas).

De acordo com o art 127, CF/88 o Ministério Público tem como função a defesa dos valores mais importantes, interesses ou bens constitucionais, e dentre suas incumbências é sobressalente a de requerer informações e documentos para instruir procedimentos administrativos de sua competência.

Há divergência quanto ao poder requisitório do Ministério Público. Por uma interpretação literal do art. 8, §2º, da LC 75/93 há quem tenha defendido que não há qualquer limitação expressa a prerrogativa da Instituição Ministerial de solicitar informações sigilosas²³⁹. Já outra corrente entende que o sigilo pode ser excepcionado, somente se houver a intervenção judicial e por meio de requisição motivada que comprove a real necessidade da medida²⁴⁰.

De acordo com o STF, Ministério Público Federal não está autorizado a determinar a quebra do sigilo bancário, pois não possui, segundo a Suprema Corte, a necessária imparcialidade para sopesamento da efetiva imprescindibilidade da medida.

A Constituição Federal de 1988 através do art. 145, §1º autorizou à Administração Tributária faculdades para a função fiscalizatória, com o fito de realizar o postulado da capacidade contributiva, desde que respeitados os direitos individuais.

A Lei Maior no art 5º, LV garante o contraditório e ampla defesa ao processo administrativo. Todavia, também há previsão do *princípio da inafastabilidade da jurisdição*, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Portanto, desse princípio pode-se concluir que quando o fisco determina a quebra do sigilo bancário, mesmo mediante processo administrativo fiscal, porém sem a devida intervenção do órgão equidistante – Poder Judiciário-estar-se-ia ferindo a CF, pois afrontaria o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

²³⁹ Posicionamento adotado por Alexandre de Moraes.

²⁴⁰ Posicionamento adotado por Luiz Fernando Bellinetti; Carlos Alexandre Marques.

Outro argumento é a imparcialidade do juiz, fazendo a devido distinção com a neutralidade. Pois o que se exige do julgador não é esta ultima, porque seria impossível seu cumprimento, mas sim a primeira.

Apesar do sigilo bancário esta inserido no rol dos direitos fundamentais, que por sua vez, são clausulas pétreas, pode ser relativizado, desde que por determinação judicial, pois não possui natureza de direito absoluto, devendo ceder diante do interesse público. O levantamento do sigilo é medida excepcional e o Poder Judiciário deve primar pela aplicação do princípio da proporcionalidade, sopesando os direitos em jogo, e julgar no sentido de causar menos limitação possível ao direito mitigado por conta da medida, almejando dar efetividade ao processo.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Curso de direito bancário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1988.

_____. **O sigilo bancário e direito falimentar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

ALCÂNTARA, Lucio. Sigilo Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/senador/lucalc/2000/artigos/sigilo.html>> Acesso em: 29 ago. 2012.

ALEXY, Robert.: **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, Rodrigo Fonseca Alves de. O princípio base da capacidade contributiva e a sua aplicação diante de uma pluralidade de tributos. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 38, n. 149, jan./mar. 2001, p. 127.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

BALEEIRO, Aliomar. Princípios da Igualdade e do Não-Confisco. In. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Cap. XI, p. 519-583.

_____. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ªed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Temas de Direitos Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1989.

BATISTA, Liliane Maria Busato. . **A quebra do sigilo bancário**: como meio de prova no direito processual civil brasileiro. Curitiba: Juruá, 2004.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Limitações legais ao sigilo bancário. Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.18, p.141-161, abri/jun.1996.

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

BOAVENTURA, Edivaldo Machado. **Metodologia da pesquisa**: monografia, dissertação, tese. São Paulo: Atlas, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL, Cynthia Facundo Alencar. **A relativização do sigilo bancário através da LC nº105/2001 pela Receita Federal**. Em <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/biblioteca/monografias/cynthia_facundo_alencar.pdf> Acesso em: 29 ago. 2012.

CALMON, Eliana. et al. **Código Tributário Nacional Comentado**. São Paulo: RT, 2007.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 9 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra, PT: Almedina, 2010.

_____. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. **Sigilo Bancário à luz da doutrina e jurisprudência**. Curitiba: Juruá. 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHAVES, João Freitas de Castro. A Lei Complementar nº 105/2001 em face aos direitos fundamentais: um exame do entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 10, p. 233-266, dez. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27709>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

CHINEN, Roberto Massao. **Sigilo Bancário e o fisco**. Curitiba: Juruá. 2005

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Das Limitações ao Poder de Tributar. In: **Comentários à Constituição de 1988** Rio de Janeiro: Forense, 1990. Cap. II, p.268-410.

COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**: com particular enfoque na sua esfera civil. 2. Ed. São Paulo: Leud, 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários a Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2009.

DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 4, n. 13, p. 13-52, jul./set. 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed São Paulo: Atlas, 2011.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de Dados: Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 141- 154, 1992.

_____. Sigilo Bancário. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, a. 4, n. 14., out/dez. 2001, p. 14.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2ª edição, 1º volume. São Paulo: Saraiva, 1997

_____. **Curso de direito constitucional**. 36. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

FOLMANN, Melissa. **Sigilo bancário e fiscal**: à luz da lei complementar 105/2001 e do decreto 3.724/2001. Curitiba: Juruá. 2001.

GOMES, Orlando. Personalidades e direitos da personalidade. In. **Introdução ao Direito Civil**. 19º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Cap.11, p.127-149.

GONÇALEZ, Antonio Manoel. A questão do sigilo bancário para efeitos tributários. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 155-157, out./dez. 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Torrieri Deocleciano (Org). **Dicionário compacto jurídico**. 15. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

HAGSTROM, Carlos Alberto. O sigilo bancário e o poder público. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 29, n. 79, p. 34-62, jul./set.1990.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. VI.

LIMA, Rogério. Pode o fisco, por autoridade própria, quebrar o sigilo bancário do contribuinte?. **Revista Tributária de Finanças Públicas**, São Paulo, v.8, n. 34, p.146-156, set./out. 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. A quebra do sigilo bancário. **Repertório IOB de jurisprudência**. Caderno 1. São Paulo, n.9, mai. 2001.

_____.O Estado e o Poder de Tributar In. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.Cap.1, p.25-46

_____.Caderno de Pesquisa Tributária. Vol. 18, São Paulo:Ed. Resenha Tributária, 1993.p.85-86.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. São Paulo:Atlas, 2004.

MARQUES, Carlos Alexandre. Pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal. Atuação do Ministério Público. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 3, n. 27, 23 dez. 1998](#) . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/202>>. Acesso em: 10 out. 2012

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Das Limitações ao Poder de Tributar.In: **O SistemaTributário na Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2007.Cap. 6.3, p. 263-270.

_____.Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, v. 4, n. 11, p. 31-38, jan./mar. 2001.

_____.Sigilo Bancário em Matéria Fiscal. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 66-76, jul/set 1995.

MAZUTTI, Gustavo Cesar. **O sigilo bancário na jurisprudência do STF:proteção constitucional e questões sobre sua relatividade**”. Monografia da EF 2011. Disponível em <<http://bit.ly/JnB4e7> >.Acesso em> 23 de ago. de 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____.**Elementos de direito constitucional**. São Paulo: RT, 1980.

MENDONÇA, Gismália Marcelino. **Manual de Normalização para Apresentação de Trabalhos Acadêmicos**. 2º Ed. Salvador: UNIFACS, 2011.

MERTENS, Fábio Alceu. O sigilo de dados no direito constitucional brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 12, n. 1621, 9 dez. 2007](#) . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10748>>. Acesso em: 22 out. 2012

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Prova, sigilo bancário e verdade material no processo administrativo fiscal. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, V., 2008, São Paulo. **Direito Tributário...** São Paulo: Noeses, 2008, p. 929.

PACHECO, Carla Sakai; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Quebra do sigilo bancário sem autorização judicial: violação da dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica Cesumar- Mestrado**, v. 11, n. 2 p. 553-574, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/2129/1421>> Acesso em: 22 de out. 2012.

PEREIRA, Joana Carolina Lins. Sigilo bancário. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife**, n. 2, p. 187-212, maio 2001. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28072>>. Acesso em: 21.08.12

Problemas de Processo Judicial Tributário, v. 4, coord. Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo: Dialética, 1998.

QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética. 2002.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil: filosofia e dimensões jurídico-políticas**. São Paulo: IBDEC, 2000, p.101.

REIS, Antonio Carlos. A inviolabilidade do sigilo de dados e o dever de informação ao Fisco. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo. n . 45.p. 181-188. Jul/ago. 2002.

REIS, Elcio Fonseca. O estado democrático de direito. Tipicidade tributária. Conceitos indeterminados e segurança jurídica. **Revista Tributária de Finanças Públicas**, São Paulo, v.8, n.34, p.157-168, set./out. 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direito à privacidade e os sigilos fiscal e bancário**. Interesse público. Porto Alegre: Nota Deaz, n.5, v. 20, p.13-43, jul./ag.2003

SABBAG, Eduardo. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SADDI, Jairo. A nova lei de “lavagem de dinheiro” e sua constitucionalidade. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 25-31. 1998.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo Bancário e a Administração Tributária. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 269-81, abr./jun. 1995.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. O sigilo bancário e o direito a intimidade e privacidade das pessoas. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v.10, n.42, p. 241-245, jan./fev. 2002.

SILVA, Jose Afonso da. Direito da Igualdade. In. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011. Cap. III, p. 211-230.

SOUZA, Hamilton Dias de. Sigilo bancário e o direito à liberdade. **Revista Tributária de Finanças Públicas**, São Paulo, v.8, n.30, p.139-145, jan./fev. 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. A Prova no Direito Tributário. 2º Ed. São Paulo: Noeses, 2008.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo Bancário e o Direito à Intimidade**. Curitiba: Juruá, 2001.

WALD, Arnoldo. Sigilo bancário e os direitos fundamentais. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 15/31, jan./mar. 1998.

_____.O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro nacional e na Lei Complementar 70. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, n. 24, p. 196-209, out./dez. 1992.