

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 48 • nº 191
Julho/setembro – 2011

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Acordo bilateral Brasil/EUA e o sigilo bancário

Limite constitucional do poder requisitório do Ministério Público

Renato Gugliano Herani

Sumário

Introdução. 1. Pontos de partida. 1.1. Apresentação do caso jurídico concreto. 1.2. Textos-da-norma pertinentes. 2. Âmbito normativo da expressão “sigilo de dados”. 2.1. Critério de seleção protetiva dos “dados” sigilosos. 2.2. Dados (públicos) bancários. 2.3. O sigilo bancário e a esfera de privacidade. 2.3.1. Maior efetividade possível à proteção da privacidade. 2.3.2. Direito à inviolabilidade dos dados bancários: expressamente relativo. 2.4. Ofício ministerial requisitório: ato (de decisão) de solicitação, e não mera solicitação. 2.5. Ofício ministerial requisitório em jurisdição civil. 2.5.1. Problema do promotor natural. 3. Interpretação conforme a Constituição do Acordo de Assistência Legal Mútua. Conclusões.

Introdução

O estudo se restringe a analisar e assim entabular inquietudes concernentes à constitucionalidade do ato do Ministério Público de *solicitação do Tratado de Assistência Legal Mútua (Mutual Legal Assistance Treaty – MLAT) em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos da América, independentemente de prévia autorização do Poder Judiciário dada por decisão de quebra de sigilo bancário, quando tal providência tem o propósito de as autoridades americanas destinatárias do pedido de cooperação disponibilizarem documentos relativamente a operações bancárias indicativas de ilicitudes apuradas em inquérito civil.*

Renato Gugliano Herani é Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor assistente do Programa de Pós-graduação *Lato Sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e docente integrante do Programa de Pós-graduação *Lato Sensu* da Escola Superior de Advocacia. Advogado.

A partir desse âmbito restrito de análise, ter-se-á, como pano de fundo, um juízo de constitucionalidade dos limites constitucionais vinculantes ao Ministério Público quando do exercício constitucionalmente garantido do poder requisitório, no caso de Solicitação da Assistência Legal Mútua.

O percurso de análise, desnecessário seria dizê-lo, terá como finalidade identificar se a solicitação da Assistência Legal nas condições mencionadas respeita ou não o *direito fundamental ao sigilo de dados (bancários)* incorporado ao Texto Constitucional via dispositivo do inciso XII do artigo 5^o. Com isso, será indispensável uma racionalidade concretizadora desse direito fundamental para saber se, topicamente, há a prática de um ato (in)constitucional levado a efeito pela iniciativa autônoma do Ministério Público.

Em última nota introdutória, agora de ordem metodológica, o estudo busca ser um profícuo trabalho científico, estruturado com o propósito de calcar-se em bases jurídicas sólidas e não como antecipação de resultados desejados. Desse modo, trilhando um ideal metodológico de *concretização* do preceito constitucional nuclear deste estudo (inciso XII, art. 5^o, da CF/88), como também de outros marginalmente tratados ao longo do desenvolvimento do trabalho, o problema jurídico-constitucional especificamente proposto a enfrentamento se finca em premissas adequadas e válidas juridicamente, que são devidamente avaliadas em face do fato controverso apresentado e das peculiaridades do sistema jurídico-constitucional brasileiro. Com efeito, as alterações das circunstâncias fáticas apresentadas na configuração do problema colocado redundariam, indubitavelmente, em outras conclusões que não as aventadas aqui. O que se está a dizer nada mais é do que a reafirmação

¹ “Art. 5^o: [...] 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”.

da primeira premissa metodológica a ser observada para a correção dos resultados a serem alcançados com a adoção de uma metódica de “concretização de prescrições constitucionais” (MÜLLER, 2008, p. 7).

O primeiro passo será o melhor detalhamento do específico problema (caso) para o qual, e aqui está o escopo deste trabalho, ser construída *uma*, e não *a*, norma de decisão para o problema central e outras, secundárias, para a solução dos subproblemas, que serão apresentadas na conclusão jurídica aqui alcançada, de modo que encerre uma análise jurídico-científica fecunda de preparação da “decisão judicial dogmáticamente correta” (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 233) para a solução do proposto caso jurídico concreto². Para tanto, haverá um esforço de concretização que

“[...] implica um caminhar do *texto da norma* para a *norma concreta* (a *norma jurídica*), que não é ainda, todavia, o destinado a ser alcançado; a concretização somente se realiza no passo seguinte, quando é descoberta a *norma de decisão*, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto” (GRAU, 2006, p. 79).

Em última instância, dado o caso concreto – prática pelo Ministério Público de solicitação da Assistência Legal para obtenção de informações bancárias de investigado em inquérito civil sem prévia decisão judicial –, propõe-se aqui concretizar o texto constitucional, mais precisamente o artigo 5^o, inciso XII.

“‘Concretizar’ não significa aqui, portanto, à maneira do positivismo antigo, interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e inferir. E também não, como no positivismo sistema-

² “É um ‘caso’ porque nele se põe um *problema*; é ‘concreto’ porque esse problema se põe numa certa *situação* e para ela; é ‘jurídico’ porque desta emerge um *sentido jurídico* – o problemático sentido jurídico que o problema lhe refere e que nela ou através dela assume e para o qual ela se individualiza como situação (como o ‘dado’ correlativo que oferece o âmbito e o conteúdo relevantes)” (NEVES, 1993, p. 162).

tizado da última fase de Kelsen, 'individualizar' uma norma jurídica genérica condificada na direção do caso individual 'mais restrito'. Muito pelo contrário, 'concretizar' significa: *produzir*, diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito" (MÜLLER, 2005, p. 131).

Para alcançar a concretização, e assim trilhar o caminho que tal método exige, Friedrich Müller (2005, p. 132) anuncia dois "dados de entrada - o caso e os 'pertinentes' textos de norma" ou também reconhecidos como pontos de partida, que antecedem aos meios de trabalho. Identificar esses pontos de entrada é a primeira tarefa a ser cumprida neste estudo, para posteriormente desenvolver os meios de trabalho em direção à construção do programa-da-norma e do âmbito-da-norma até alcançar a norma de decisão (a conclusão jurídica do estudo) a ser aplicada aos problemas que proponho enfrentar com base no caso concreto.

1. Pontos de Partida

1.1. Apresentação do caso jurídico concreto

O caso que ora se apresenta é fictício, mas factível. Não toma uma situação real existente em especial, mas de possível ocorrência. A construção fictícia de um problema concreto permite uma delimitação arbitrária das variáveis do caso. Portanto, as conclusões aqui alcançadas tomam, como ponto de partida e de solução, o caso ora apresentado, com as variáveis aqui expostas.

Em 14.10.1997, o até então Presidente do Brasil, Fernando Henrique Cardoso, celebrou, autorizado pelo artigo 84 inciso VIII da Constituição Brasileira (CB), com o governo dos Estados Unidos da América o "Acordo de Assistência Judiciária em

Matéria Penal", com o propósito comum de "facilitar a execução das tarefas das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei de ambos os países, na investigação, inquérito, ação penal e prevenção do crime por meio de cooperação e assistência judiciária mútua em matéria penal"; entre as atividades incluídas na assistência, está a de "fornecimento de documentos, registros e bens" (item 2, letra "b", do Acordo). Com isso, criou, no sistema brasileiro, mais uma cooperação jurídica internacional para auxílio na obtenção de provas em casos de crimes organizados transnacionais, mais célere do que as cooperações realizadas por via judicial (carta rogatória) ou diplomática.

Em cumprimento ao prescrito no inciso VIII do artigo 84 da CB, o Congresso Nacional referendou e, assim, aprovou o texto do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal, por meio do Decreto-legislativo n. 262, de 18.12.2000. Posteriormente, houve a promulgação do Acordo pelo Decreto-presidencial n. 3.810, de 2.5.2001, com o qual houve o seu ingresso ou incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro com força vinculante. Antes da sua expedição, em 21.2.2001, houve a celebração de assinatura da ata de troca de instrumentos de ratificação do referido Acordo em cerimônia no Itamaraty com a presença de autoridades de ambos os governos signatários (BRASIL, 2001).

Portanto, inexistente qualquer vício no processo de internalização da MLAT, e encontra-se em plena vigência. De sorte que não há o que impeça, ao menos no plano formal, a sua utilização pelas autoridades brasileiras, especialmente pelo Ministério Público. Impedimentos existem, no caso aqui analisado, de ordem material, observados (e aqui adianta-se uma hipótese possível ao problema proposto) como limites constitucionalmente prescritos ao ato de acesso a dados integrantes do âmbito normativo do inciso XII do artigo 5º da CB.

Com um instrumento poderoso para intensificar o trabalho de investigação de

crimes transnacionais, o Ministério Público está constitucionalmente autorizado a valer-se do Acordo de Assistência Mútua por meio do poder requisitório; permissão que vem sendo levada a efeito ao longo dos anos, e que contribui para o Brasil tornar-se “um país requerente de cooperação jurídica”, pois “nós solicitamos mais cooperação do que recebemos solicitações” (GENRO, 2009, p. 13). De fato, de 2004 a 2009, dados estatísticos do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça indicam que, do total de pedidos de cooperação, em média, 33% foram em matéria penal. O principal país destinatário é os Estados Unidos, seguido de Portugal, Argentina e outros. Só nesse período, houve 11.134 pedidos em matéria penal, sendo 17% desses pedidos solicitação de Assistência Mútua aos Estados Unidos (GENRO, 2009). Outro dado relevante: tramitam no Ministério da Justiça, via cooperação internacional, até 2009, “mais de 600 casos relacionados à recuperação de ativos enviados ao exterior ilicitamente. Os referidos casos de recuperação de ativos incluem processos de grande repercussão no Brasil e no mundo, relacionados a organizações criminosas transnacionais e a crimes como corrupção e lavagem de dinheiro” (GENRO, 2009, p. 12).

Em meio a esse cenário, pinço a situação de o Ministério Público promover a solicitação de Assistência Legal Mútua ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América (*Department of Justice of the United States of America*), com o propósito de obter documentos relacionados a contas bancárias de investigados, para comprovar, por exemplo, o envio e recebimento de valores de outras localidades. Esses documentos instruirão futura ação civil pública. Nesse caso, a solicitação é feita sem a intermediação do Poder Judiciário. O *Parquet* civil oficia diretamente ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da

Justiça para que encaminhe o requerimento de assistência judiciária ao Departamento de Justiça americano. Essas são as peculiaridades do caso concreto ora considerado a compor o “âmbito material” (MÜLLER, 2005, p. 42), ao qual ainda acrescentamos outras condições, ou melhor, variáveis concretas relevantes, porque afetadas pela normatividade jurídico-constitucional: (a) imaginemos que já exista em curso, simultaneamente à investigação civil, uma ação penal, versando sobre os mesmos fatos apurados, pela perspectiva da responsabilidade civil, em inquérito civil; (b) tomemos, em pressuposto válido, que a tutela pretendida com a investigação civil envolve diretamente verbas privadas e direitos ou interesses transindividuais.

Diante desse contexto fático, formulo as questões problemáticas cuja resposta identifica as conclusões jurídicas a serem alcançadas com este estudo e com as quais construiremos os limites constitucionais da atuação do Ministério Público especificamente no caso em análise. Da questão-problema central, outras dela derivam, e são aqui apresentadas como subproblemas, de modo que proponho o seguinte debate:

(a) O *Parquet*, que preside o inquérito civil, ao encaminhar ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional do Ministério da Justiça ofício requisitório da Assistência Legal Mútua com o objetivo de o Departamento de Justiça americano cooperar com o envio de documentos relativos aos *dados bancários* do investigado, independentemente de prévia decisão judicial autorizadora da quebra do sigilo bancário, promove, com tal ato, violação ao inciso XII do art. 5º da CB?

(a.i) Essa pergunta se desdobra, na realidade, em outra, própria da peculiaridade do caso de invocação da Assistência Legal Mútua: o fato de a autoridade americana, quando chamada ao atendimento da Assistência Legal Mútua, não receber uma ordem, mas apenas uma solicitação, cuja decisão de colaborar depende de seu juízo

de avaliação, torna esse ato de “mera” solicitação impotente para gerar a quebra de sigilo dos dados bancários, diante da possibilidade de a autoridade não atender ao solicitado envio dos documentos?

(a.ii) Em caso positivo, se o inquérito civil investiga ilicitudes praticadas que evoluíram diretamente verbas públicas, também para essa hipótese, depende o Ministério Público de prévia autorização judicial?

(a.iii) O *Parquet*, no curso das investigações civis, pode solicitar a Assistência Mútua Legal, que é em matéria penal, para instruir futura ação civil pública?

(a.iv) E se, paralelamente, conduzida por outro Membro do Ministério Público, existir ação penal sobre os mesmos fatos investigados civilmente, poderia o *Parquet* civil solicitar a Assistência Mútua, para a utilização dos documentos na ação civil pública e, simultaneamente, encaminhamento ao colega competente da ação criminal?

1.2. Textos-da-norma pertinentes

O caso jurídico concreto em análise, com todas as suas peculiaridades, sugere a afetação prescritiva de certos textos normativos, entre constitucionais e legais, os quais expressam por seu teor literal, na terminologia da metódica de concretização, o “programa-da-norma” (MÜLLER, 2005, p. 42).

O primeiro a destacar é o texto do inciso XII do artigo 5º da CB que traz o seguinte teor literal: “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”.

A tutela específica aos dados aqui prescrita é uma decorrência, lógica e natural, do direito à privacidade (TAVARES, 2006, p. 578; SILVA, 2005, p. 104; WALD, 1992). O art. 5º da CB não trouxe, no rol que sucede ao *caput*, qualquer menção literal ao direito à privacidade. Nem por isso deixou

de contemplá-lo, “pode-se vislumbrar na menção feita no *caput* ao direito à vida a presença, nesse conceito, do direito à privacidade” (TAVARES, 2006, p. 571), que, em sentido amplo, designa “toda e qualquer forma de manifestação da intimidade, privacidade e, até mesmo, da personalidade da pessoa humana” (TAVARES, 2006, p. 571), como também no inciso X, do artigo 5º, na expressão “vida privada”; expressão essa também abarcada no artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado pelo Brasil em 24.1.1992.

Ainda no texto constitucional, há pertinência prescritiva com o caso concreto no texto do artigo 129, inciso VI, da CB, que expressa o poder de requisitar, mediante notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, informações e documentos para instruí-los. Ao mesmo tempo, a Constituição atribui ao Ministério Público, no artigo 127, o *status* de “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”.

O inquérito civil é um procedimento administrativo a cargo do Ministério Público, de natureza pré-processual³, destinado a formar a *opinio actio* do *parquet*⁴ e, por isso, é preparatório da ação civil pública ou da realização de compromisso de ajustamento. A sua instauração é uma função institucional do Ministério Público e, uma vez instaurado, a esse órgão atribui-se a presidência na condução da investigação civil (§1º do artigo 8º da Lei n. 7.347/85⁵). Essa prescrição, especialmente pela expressão “sob sua presidência”, é de suma relevância para a adequada solução do problema proposto, porque conduz à conclusão, ao menos em

³ STF, ADIn-MC n. 1.285, Min. Rel. Moreira Alves, j. 25.10.1995.

⁴ STJ, 2ª Turma, REsp n. 644.994, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.2.2005.

⁵ Art. 8º [...] §1º. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

sua literalidade, que, diferentemente do que ocorre no inquérito criminal, no civil, “a investigação, sob o comando do Ministério Público, é direta” (FERRARESI, 2006, p. 444). Isso implica dizer que, ao instaurá-lo, “faz a colheita de provas, enfim, toma todas as medidas que entender necessárias sem qualquer intervenção do juiz” (FERRARESI, 2006, p. 444).

Essa última afirmação poderia sugerir a solução do problema proposto, porque poderia ser suficiente para afirmar a possibilidade de o Ministério Público solicitar o Acordo de Assistência Legal para obtenção de informações bancárias sobre o investigado sem qualquer intervenção do Poder Judiciário. Porém, seria uma afirmação precipitada de uma leitura parcial e superficial do ordenamento jurídico-constitucional.

O inquérito civil é o foro adequado para o Ministério Público desempenhar a função prescrita no inciso VI do artigo 129 da CB. Mas esse mesmo texto traz uma expressão que não pode ser desprezada: o poder de requisição de informações e documentos pode ser exercido, desde que “na forma da lei complementar respectiva”. Essa lei existe, e é a Lei Complementar n. 75, de 20.5.1993, que traz disposições pertinentes ao caso⁶. Não bastante, outro indício de limitação do poder de requisitar do Ministério Público está calcado no teor literal do §2º do artigo 8º da Lei n. 7.347/85: “Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los” (grifo nosso).

⁶ Art. 8º 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; [...] VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância jurídica pública. [...] §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 (grifo nosso).

Ainda há outro texto legal de relevância para o caso em análise. A Lei Complementar n. 105/2001 revogou o artigo 38, §1º, da Lei n. 4.595/64, que, recepcionada pela Constituição, dispõe sobre a Política e as instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, criando também o Conselho Monetário Nacional. Esse último dispositivo determinava, expressamente, a necessidade de a quebra do sigilo bancário ser ordenada pelo Poder Judiciário. Agora, com a Lei Complementar n. 105/2001, que especialmente dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, traz, em seu artigo 6º, a possibilidade de as “autoridades”, e o Ministério Público é uma delas, “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”, sem que tal ato caracterize violação ao dever de sigilo (inciso VI, §3º, do artigo 1º).

Esse referido artigo da Lei Complementar n. 105/2001, juntamente com a Lei n. 10.174/2001 e o Decreto n. 3.724/2001, tem a constitucionalidade questionada pelas ADIns n. 2.390, 2.386, 2.397, 2.389 e 2.406, ainda pendentes de julgamento. De qualquer forma, como ainda não há julgamento, justifica-se pela presunção de constitucionalidade, a tentação de se afirmar a irrestrita possibilidade de o Ministério Público, com base na Lei Complementar n. 105/2001, mais precisamente no artigo 6º, solicitar o Acordo de Assistência Mútua, uma vez que o acesso aos documentos bancários do investigado não implicaria quebra de sigilo de dados, por força do inciso VI, §3º, do artigo 1º dessa Lei Complementar.

É até possível que, ao final do estudo, essa seja a conclusão; porém, não é juridicamente aceitável afirmá-la neste estágio. Não é consentâneo com o constitucionalismo contemporâneo interpretar a Constituição,

aqui trabalhada como concretização, a partir da legislação ordinária: “não se dá conteúdo à Constituição a partir das leis” (BASTOS, 2002b, p. 172). Não se constrói o conteúdo semântico do texto constitucional desse ponto de partida; a operação deve ser inversa, em que a lei infraconstitucional atua como mais um elemento, entre outros, a ser considerado no processo de construção da norma constitucional (MÜLLER, 2008, p. 249).

O que se fez até o presente momento foi simplesmente elencar os textos pertinentes à prescritividade do caso em estudo, a começar com o texto constitucional, que atua como diretiva orientadora ou como fio condutor, na medida em que define a “área da norma da prescrição” (MÜLLER, 2009, p. 228). É o caso de dar o passo seguinte ao processo de concretização do inciso XII do artigo 5º da CF/88 com a análise do “âmbito normativo” da expressão prescritiva nele contida, ao menos do termo “dados”, ou melhor, da prescrição: “*é inviolável [...] o sigilo de dados*”; com vistas, primordialmente, a verificar se nele estão abarcados os dados bancários.

2. Âmbito normativo da expressão “sigilo de dados”

O enfrentamento da inclusão ou não dos dados bancários no espectro de proteção do inciso XII do artigo 5º da CF, por estarem contemplados na expressão “dados”, é de fundamental importância para a solução do problema proposto. Se a resposta for positiva, comprova-se a estrutura constitucional dos dados bancários, se negativa, são relegados ao âmbito infraconstitucional, devendo a legislação indicada no tópico anterior regular integralmente a matéria.

O “âmbito-da-norma” constitui a “estrutura básica do segmento da realidade social, que o programa da norma ‘escolheu para si’ como a ‘sua’ área de regulação” (MÜLLER, 2008, p. 227). Corresponde ao que se identifica na teoria dogmática dos

direitos fundamentais como a “área de regulamentação”, pressuposto indicativo da situação ou relação real, o que envolve o conjunto fático que acontece por razões físicas ou sociais e objetivamente pretende o direito fundamental regular (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 136).

A situação ou relação real a que se pretende regular no inciso XII do artigo 5º da CB é a *de comunicação humana a distância* realizada por meios técnicos criados para tal fim. “Trata-se aqui de uma situação social: duas pessoas desejam comunicar-se com privacidade e não tendo a possibilidade de se encontrar recorrem ao correio, ao telefone, ao telegrama ou à comunicação que envolve transmissão de dados” (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 136). Atualmente o acelerado desenvolvimento da informática só faz surgir novos meios de comunicação, cada vez mais sofisticados e variados, o que só faz ampliar a área de regulamentação desse dispositivo constitucional.

A situação de comunicação humana a distância é regulada em consequência lógica à proteção dada ao direito à liberdade de expressão e comunicação (incisos IV e IX do art. 5º da CF/88). A atribuição protetiva a tal liberdade pressupõe a reserva de proteção do ato em si de comunicar, no qual se associam não só os dados que dela geram, como também os meios técnicos possíveis.

“Trata-se de garantia constitucional que visa a assegurar o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, que são meios de comunicação interindividual, formas de manifestação do pensamento de pessoa a pessoa, que entram no conceito mais amplo de ‘liberdade de pensamento’ em geral (art. 5º, IV). Garantia também do sigilo das comunicações de dados pessoais, a fim de proteger a esfera íntima do indivíduo” (SILVA, 2005, p. 104).

Ao observar a decisão do constituinte de prescrever a inviolabilidade da situação real de “sigilo de dados”, a fim de

obter uma resposta constitucional ao que deve suceder quando da ocorrência dessa situação, deparamo-nos com a dificuldade linguística do termo “dados”, em relação ao qual a inviolabilidade do sigilo é assegurada. É um termo que padece da peculiar textura aberta da linguagem constitucional (BASTOS, 2002b, p. 111; CANOTILHO, 2003, p. 1176), cujos termos possuem, em sua maior parte, uma significação incompleta, como, no caso, há uma incerteza denotativa, vale dizer, vagueza (WARAT, 1995, p. 76) do termo “dados”.

Por ser vago, o termo “dados” não revela, *prima facie*, sua extensão denotativa, de sorte que é difícil, na literalidade do texto, definir as referências incluídas na situação de “inviolabilidade do sigilo”. Em linguagem comum, no contexto constitucional em que se insere, “dado” indica, numa primeira aproximação, “elemento ou base para a formação dum juízo” (FERREIRA, 1995, p. 194) que integra a situação de comunicação humana a distância. São infundáveis as espécies de elementos presentes no cotidiano da vida em sociedade: informáticos, telegráficos e etc. Estariam então abarcados nesse conceito apenas os dados da comunicação telefônica ou, numa perspectiva mais ampla, todos os dados em geral, entre os quais estão os bancários? Qual o critério de seleção protetiva dos dados contemplados no texto constitucional?

2.1. Critério de seleção protetiva dos “dados” sigilosos

A expressão constitucional “dados” insere-se, como visto, na área de regulamentação da situação de comunicação a distância. A regulação dessa situação, porque prevista em texto contemplativo de um direito fundamental, não tem outro propósito senão a de conferir ao cidadão um direito subjetivo para se proteger contra a intervenção do Poder Público e de outros particulares quando em situação de comunicação a distância. Está em questão um tradicional direito fundamental de defesa,

definidor de uma “competência negativa do Poder Público” (MENDES, 2004, p. 2). Mas redundaria um sem-sentido se tal proteção fosse indiscriminada e irrestrita a qualquer situação de comunicação a distância. Se há um direito subjetivo, há uma postura subjetiva a ser protegida, especificamente delimitada no âmbito de proteção do direito conferido. Por isso, “não há que se falar que toda e qualquer comunicação à distância é protegida de toda e qualquer interferência. Dentro do grande círculo da área de regulação (liberdade de sigilo das comunicações), a Constituição decide proteger somente determinadas comunicações” (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 137). Então qual é o critério da seleção protetiva para se identificar o recorte da realidade social de comunicação humana a ser contemplada pela expressão “dados” do inciso XII do artigo 5º da CB?

Esse critério existe e provém do direito à privacidade, também contemplado no texto constitucional. Ao proteger a situação de comunicação humana, o Constituinte pretende, em última instância, assegurar a liberdade de expressão e comunicação exercida de modo que não vulnere a privacidade do cidadão em situação comunicativa. É que nessa situação “se encontra a proteção dos segredos pessoais, que se dizem apenas aos correspondentes. Aí é que, não raro, as pessoas expandem suas confissões íntimas, na confiança de que se deu pura *confidência*” (SILVA, 2005, p. 104). Ou seja, o critério de determinação da realidade social protegida é a esfera de privacidade em que se insere o indivíduo em situação de comunicação, porque é essa esfera que se pretende, em última instância, proteger. O direito à privacidade em sentido amplo compreende “toda e qualquer forma de manifestação da intimidade, privacidade e, até mesmo, da personalidade da pessoa humana” (TAVARES, 2006, p. 571), e está contemplado se não no inciso X do art. 5º da CB, no *caput* desse artigo, na previsão do direito à vida, do qual deriva (TAVARES,

2006, p. 571). As situações de comunicação interindividual a distância podem con- substanciar espectros de manifestação da intimidade e privacidade, e essas situações são protegidas pela inviolabilidade do sigilo dos “dados” delas decorrentes. Com efeito, é a comunicação privativa, por força de anterior proteção constitucional à vida privada e à intimidade, que se pretende garantir com a prescrição do inciso XII do artigo 5º da CB.

Essa é a percepção do âmbito de proteção do inciso XII do artigo 5º do Ministro Marco Aurélio, seguido de todos os demais Ministros do STF, quando do julgamento do Mandado de Segurança (MS) n. 21.729, em 5.10.2005⁷, ao menos no que se refere ao critério valorativo da privacidade em sentido amplo a determinar a proteção merecida à situação de comunicação referida no texto em questão:

“No rol das garantias constitucionais tem-se como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. O direito à preservação da intimidade mostra-se de forma alargada, valendo notar que o inciso seguinte, o XII, prevê o sigilo quanto a dados e comunicações telefônicas.”

Não parece haver divergência, doutrinária ou jurisprudencial sobre essa particular premissa de interpretação do inciso XII do art. 5º da CB.

Portanto, o critério de determinação da situação real de comunicação a distância protegida no inciso XII do art. 5º da CB é o contexto de privacidade. Expressa uma manifestação própria da esfera íntima da personalidade do indivíduo, de modo que a

⁷No mesmo sentido de reconhecimento do espectro de manifestação da intimidade e privacidade da situação de comunicação a distância e, por isso, proteção dos dados dela decorrentes, outros precedentes do STF: MS n. 23.851; AC-MC n. 33; Pet n. 2790; AgR em RE n. 215.301.

informação que dela decorre cabe exclusivamente a ele decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, desde que por sua exclusiva decisão, a quem, quando e como queira. Se não há um contexto de privacidade na situação de comunicação a distância, escapa do âmbito de proteção do referido dispositivo; por conseguinte, os dados que dessa situação emergirem não são protegidos pela inviolabilidade do sigilo, ou seja, não integram a esfera de privacidade constitucional assegurada ao indivíduo ou ainda, na expressão do Ministro Celso de Mello, o “círculo de imunidade” (MS n. 21.729).

A questão que surge é saber se os dados bancários, uma vez revelados a terceiro, transporiam, por si só, a esfera de privacidade do interessado. Ou, a situação real subjetiva do indivíduo de controlar o acesso ao conhecimento dos dados bancários implica a preservação de sua privacidade? Em últimas palavras, os dados bancários são próprios da esfera de privacidade de seu titular e, por isso, estão sob o abrigo da garantia constitucional da inviolabilidade?

2.2. Dados (públicos) bancários

No caso em análise, está em questão a analisada proteção de dados bancários envolvidos numa situação de comunicação entre a instituição financeira (estrangeira) e o correntista (investigado) contra a intervenção do Ministério Público consubstanciada na solicitação da Assistência Legal Mútua com objetivo específico de obtenção de documentos relativos a essa comunicação, a revelar, com isso, as operações bancárias registradas em território americano. Esse ato implica, por si só, rompimento do valor da privacidade individual do investigado?

Essa pergunta pode ser analisada sob duas perspectivas: (i) a primeira indaga sobre o problema de dados bancários que se referem exclusivamente à movimentação financeira de verba pública, em conta de titularidade pública, e se haveria, nesse caso, a reserva da privacidade; (ii) a se-

gunda aponta a preocupação de saber se os dados bancários pressupõem o valor da privacidade individual e, por isso, por força do inciso XII do artigo 5º da CB, tem *status* constitucional. Ambas as perguntas estão diretamente ligadas ao âmbito de proteção do inciso XII do art. 5º da CB. Por isso, merecem reflexão.

A primeira perspectiva já tem premissas suficientes para o equacionamento da questão, e por isso será desde logo enfrentada.

O inciso XII do artigo 5º carrega, teleologicamente, a prescrição da proteção da esfera de privacidade individual de pessoas em situação de comunicação a distância, garantindo-lhes a inviolabilidade tanto da comunicação em si, como também dos dados comunicados. Com isso, o critério de determinação da incidência protetiva no ato de comunicação está justamente na existência real de situação propriamente de privacidade individual.

Como questão-problema, no item 1.1, letra (a.ii), coloquei a hipótese de o inquérito civil investigar ilicitudes praticadas que evoluam diretamente verbas públicas, ou seja, não há interesse privado diretamente envolvido em relação aos documentos bancários solicitados pelo Ministério Público via Assistência Legal Mútua. Em tal situação fática, à margem do debate sobre o *status* constitucional ou não dos dados bancários, porque esse dilema fica relegado a segundo plano, o que se tem é uma situação investigativa a envolver eminentemente verbas públicas e atos estatais praticados cujos registros podem ser revelados por meio de dados bancários desprovidos de qualquer interesse privado, porque não há esfera individual de privacidade em jogo. Logo, se não há valor de privacidade em questão no ato de solicitação da Assistência Mútua, não há sobre os eventuais dados bancários investigados pela autoridade americana, quando em território brasileiro, a garantia constitucional da inviolabilidade de sigilo. Os dados escapam, nesse caso, do âmbito de sigilo.

Esse raciocínio culmina na resposta ao subproblema (a.ii) do item 1.1. Se não há dados bancários privados envolvidos, podem ser revelados por solicitação do Ministério Público diretamente a esse órgão independentemente de prévia determinação judicial, até porque, por ser coisa pública, recomenda a publicidade (art. 37 da CB). Assim, sem outras indagações mais profundas sobre o sigilo bancário e a extensão de sua proteção, o Ministério Público poderá valer-se do seu poder de requisição constitucionalmente conferido com a solicitação da Assistência Legal Mútua, dispensada a prévia autorização judicial. Pode, assim, oficiar diretamente ao Ministério da Justiça para suscitar a efetividade do acordo bilateral.

A propósito, essa solução se aproxima daquela dada pelo STF no MS n. 21.729, em que a solicitação ministerial se dirigiu a uma instituição nacional que atuava no exercício de política creditícia e financeira do Governo Federal. Nesse caso, a exclusão do âmbito de proteção da inviolabilidade do sigilo foi determinada, essencialmente, pela condição da verba e operações públicas registradas nos dados bancários solicitados. Com efeito, a garantia constitucional da incomunicabilidade não incide sobre todos os dados bancários, porque o sigilo pressupõe a esfera de privacidade. Se os dados bancários são referentes, exclusivamente, à movimentação financeira de verba pública, inexistente a reserva de privacidade, logo não são passíveis de sigilo constitucional. O STF criou, com esse precedente, uma exceção à necessidade de contar-se com o pronunciamento judicial para o afastamento do sigilo.

O problema aqui não envolve verba pública, ainda que os atos investigados possam ter repercussão pública, razão por que o problema central não foi resolvido ainda. Para resolvê-lo é preciso avançar com o enfrentamento da existência ou não do valor da privacidade na situação de comunicação dos dados bancários, em se

tratando de operações bancárias de valores privados.

2.3. O sigilo bancário e a esfera de privacidade

O “sigilo bancário consiste na obrigação de descrição imposta aos bancos e aos seus funcionários, em todos os negócios de seus clientes, abrangendo o presente e o passado, os cadastros, a abertura e o fechamento das contas e a sua movimentação” (WALD, 1992), vale dizer, é a “obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que obtenham em virtude de sua atividade profissional” (COVELLO, 1989). Indago: em que medida, o sigilo bancário atua para a preservação da esfera de privacidade constitucionalmente garantida? A resposta a essa pergunta depende de identificar objetivamente, como existe nos segredos revelados ao médico ou ao advogado, como a outros profissionais, se, no sigilo bancário, o não conhecimento a terceiro de informações registradas decorrente das prestações de serviços bancários preserva, realmente, a esfera de privacidade do cliente. Por essa perspectiva, a doutrina caminha por duas trilhas: (a) o sigilo bancário não só atua na preservação da esfera de privacidade do correntista (direito à privacidade e intimidade), (b) como também atua na esfera de proteção do segredo profissional inerente ao sistema financeiro (segredo profissional).

Os dados bancários, uma vez revelados, propiciam o acesso a quem deles toma conhecimento aos atos inerentes à vida financeira de uma pessoa física ou jurídica a envolver diretamente fatos e atos que revelam, inegavelmente, por meio dos dados financeiros, parte significativa de sua privacidade pessoal, familiar e negocial. É no cadastro bancário, no ato de abertura, fechamento e movimentação de conta, nas operações financeiras, nas transferências de valores que se pode reconstruir, por seus registros, parte significativa da vida privada de qualquer pessoa. Se jurídica,

por eles, revelam-se, especialmente, atos reservados ao âmbito da empresa, que, se abertos ao público, podem, inclusive, obstar o seu regular funcionamento, perante seus concorrentes. Fato que, em última instância, cria, certamente, embaraço ao livre exercício da iniciativa e da livre concorrência (art. 1º, IV e art. 170, inciso IV, da CB).

Um simples exemplo pode clarear ainda mais os dados bancários no espectro de privacidade de uma pessoa, e o tratamento sigiloso que o legislador dá a esses momentos. Uma pessoa se envolve, por contingências da vida, em demanda judicial em que, acionado por sua filha, é condenado ao pagamento de pensão alimentícia. Esse processo, por força do art. 155 do CPC, corre em segredo de justiça, em razão do conteúdo comunicativo que veicula. É dispensável dizer que o sigilo é, nesse caso, prescrito para justamente proteger a vida privada e intimidade dos envolvidos em uma demanda judicial que diz respeito a alimentos, como seria se envolvesse o casamento, a filiação, o divórcio, enfim, aspectos diretamente ligados à vida íntima e privada da pessoa. Com a condenação judicial, quando do cumprimento da sentença, o banco participa dos desdobramentos da questão decidida em juízo, atuando diretamente, por exemplo, nas transferências do valor da pensão objeto da condenação do correntista, como também no recebimento desse valor pela alimentada. Registra, por dados bancários, os valores da condenação alimentícia, informação essa que, em juízo, é um segredo de justiça, porque inerente à vida privada dos envolvidos no processo. Esse é só um exemplo, entre infindáveis outros, de que o banco é, realmente, um inegável ambiente de manifestação da vida privada e íntima da pessoa.

A evolução da infraestrutura tecnológica da informação e da comunicação contribuiu para que os bancos intensificassem a prestação de serviços, cada vez mais rápidos e sofisticados, e, por isso, hoje, mais do que nunca, já integram, indispensavelmente, a

rotina das pessoas, tornando-se inclusive parte do funcionamento da empresa e do dia a dia de um indivíduo.

“Os bancos são, hodiernamente, entidades a um só tempo poderosas e imprescindíveis, que se fazem presentes na vida do cidadão por intermédio de toda a sorte de operações e serviços. Enquanto antigamente muito raramente se adentrava num estabelecimento de crédito, não há atualmente quem possa prescindir direta ou indiretamente desse tipo de empresa: dona-de-casa, estudante, funcionário público, comerciante, industrial, profissional liberal, todos, enfim, se socorrem dos estabelecimentos bancários” (BASTOS; TAVARES, 2000, p. 384).

Não mais sobrevive-se em sociedade, dela participando ativamente, seja no exercício da vida civil ou comercial, à margem das atividades bancárias. De fato,

“[...] todos entram em contato com os bancos e lá deixam registrada uma parcela de sua vida íntima, de tal sorte que a biografia de um homem poderia ser escrita praticamente a partir de seus extratos bancários. No desempenho de sua atividade, os bancos adentram na vida privada de seus clientes e, mesmo, na de terceiros, coletando informações da mais variada ordem. Não só tomam conhecimento da situação patrimonial do indivíduo (o que seria suficiente por si só pra recomendar a discricção), como também se inteiram de seus negócios, de seus projetos e de outras particularidades que integram a esfera mais íntima da personalidade, como relações familiares, lazeres, convicções políticas e religiosas” (BASTOS; TAVARES, 2000).

O que se quer com tal precisa alusão é demonstrar que, mais do que antes, com o crescente incremento da infraestrutura tecnológica, hoje se reconstrói, significati-

vamente, a personalidade de uma pessoa (jurídica ou física) só com os dados gerados pela utilização e processamento dos infundáveis serviços bancários.

“O banco atual instala caixas avançadas em grandes clientes, retira numerário, paga seus empregados e fornecedores, credita a cobrança no mesmo dia de pagamento, oferece caixas automáticos, (ATM), cartões de crédito, cheques especiais, cheques de viagem, custódia e ordens de pagamentos; oferece ainda outros produtos como depósitos a prazo fixo, fundos, seguros e poupança” (FORTUNA, 2007, p. 9).

Em se tratando de uma empresa, os dados bancários revelam, sem dúvida, com os serviços ofertados pelos bancos, o controle de faturamento, contabilidade, fluxo de caixa, mercados externos, operações de transferências e investimentos, segredos empresariais (a incluir os profissionais e comerciais). Segredos porque dizem respeito a informações sobre as quais o empresário confia à reserva de seu reduto empresarial, já que podem revelar fatos indicativos da organização empresarial, métodos de produção da empresa, estratégias de mercado, seleção de fornecedores e tantas outras informações que fazem a empresa ter o melhor ou pior desempenho no mercado, perante os demais concorrentes.

Em seu voto no MS n. 21.729, para justificar a possibilidade de acesso sem interferência judicial pelo Procurador-Geral da República a dados bancários de correntista do Banco do Brasil, o Ministro Francisco Resek negou o *status* constitucional do sigilo bancário, rebaixando-o para o âmbito infraconstitucional, muito porque não reconhece a privacidade a ser protegida em se tratando da vida financeira das empresas perante a autoridade:

“Numa reflexão extra-legal, observo que a vida financeira das empresas e das pessoas naturais não teria mesmo por que enclausurar-se ao

conhecimento da autoridade legítima – não a justiça tão-só, mas também o parlamento, o Ministério Público, a administração executiva, já que esta última reclama, pela voz da autoridade fiscal, o inteiro conhecimento do patrimônio, dos rendimentos, dos créditos e débitos até mesmo do mais discreto dos contribuintes assalariados.”

Não se trata, com a proteção ao sigilo bancário, de propiciar o “enclausuramento” ao conhecimento da autoridade legítima de informações de interesse público. O que se busca, como uma garantia à privacidade, é garantir ao particular um reduto de atuação que, se assim desejar, não será acessível a terceiros, desde que os atos e fatos que geram os dados não extrapolem os limites da lei. O que se está a proteger é a situação de que:

“[...] a pessoa, na sua boa fé, presume que não está sendo observada, vigiada ou espionada. Por isso, pratica atos que sabe não serem públicos, mas reservados. Trata-se de preservar um campo em que o ser humano possa manifestar-se livremente, sem que por essa razão possa, de alguma forma, ser punida” (BASTOS; TAVARES, 2000, p. 387).

Retirar o campo de manifestação livre das atividades bancárias, que tanto revela sobre a personalidade das pessoas jurídicas, implica atuar sobre o núcleo essencial do direito à privacidade financeira. Não se trata, com isso, de criar uma blindagem contra o acesso da autoridade, mas preservar a privacidade empresarial até que, em decorrência de um fato concreto, sobreponha-se o interesse público para justificar o acesso aos dados por autoridade constitucionalmente legítima. Portanto, ainda que os atos decorrentes da utilização dos serviços bancários não escapem ao interesse da autoridade judicial, fiscal ou parlamentar, não significa que não devam ser protegidos contra a intervenção arbitrária e indiscriminada.

De outro lado, essa garantia constitucional ao direito fundamental à privacidade possui uma dimensão objetiva de controle da ação estatal, cuja percepção independe de seus titulares, dos sujeitos de direito (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 118). Se para o cliente os dados bancários integram a sua esfera de privacidade, porque são dados expressivos de sua personalidade, para a instituição bancária esses mesmos dados assumem a condição de verdadeiro segredo profissional, indispensável para o saudável desenvolvimento do sistema financeiro. Por eles, revelam-se “fatos de que a pessoa toma conhecimento em razão do exercício de profissão ou de ofício” (BITTAR, 2004, p. 125). Nada mais é, também, do que uma específica faceta da personalidade própria de determinados profissionais que, por sua natureza, carregam o dever de sigilo pela confiança na reserva de informações que exige o desempenho de sua prestação profissional; é o caso, por exemplo, dos profissionais da medicina, da advocacia e outros, entre os quais estão os profissionais que acessam os dados bancários de seus clientes.

A indispensabilidade do sigilo, para impedir o conhecimento público de toda a vida bancária do cliente, acompanha a própria evolução histórica das instituições bancárias e do sistema financeiro mundial, calcada primordialmente nas ideias liberais da livre iniciativa das operações bancárias, a ponto de os dados do correntista decorrentes das atividades praticadas no âmbito da instituição bancária tornarem-se um segredo profissional. “O sigilo bancário se enquadra no conceito mais amplo do segredo profissional” (WALD, 1992)⁸ e tornou-se, ao longo da história, condição intrinsecamente inerente ao próprio funcionamento das instituições bancárias, razão por que, hoje, é um valor objetivo para a sociedade independentemente de sua função subjetiva.

⁸ Essa percepção não passou ao largo no voto do Min. Maurício Correa, no julgamento do MS n. 21.729.

“Assim, é preciso reconhecer a existência de uma pluralidade de segredos profissionais, com densidades e conteúdos distintos, algumas vezes protegidos diferentemente pela lei, mas que obedecem a uma mesma razão de ser e que não se limitam a consagrar interesses privados, mas também correspondem a interesses sociais e públicos. O interesse privado tanto é o do cliente como o do profissional, ambos necessitando e merecendo a proteção legal, por motivos diversos. Assim, o cliente não quer divulgar determinados fatos que, hoje, já são reconhecidos como constituindo um reflexo e uma projeção de sua personalidade. O profissional, por sua vez, considera a discrição como elemento do seu fundo de comércio, e, por outro lado, os nomes dos seus clientes constituem, em determinados casos, um verdadeiro segredo comercial e integram o seu fundo de comércio. Quanto ao interesse social, consiste em assegurar o bom funcionamento das instituições e o desenvolvimento econômico do país” (WALD, 1992).

Com efeito, o sigilo de dados prescrito, literalmente, no inciso XII do art. 5º da CB, “se refere a cadastros de dados em geral, inclusive os utilizados pela ciência da informática e dados dos cadastros bancários”, quer assim dizer José Afonso da Silva (2005, p. 106) que, “o sigilo bancário encontra aqui a sua proteção constitucional”. E isso implica, para que se efetive a plena proteção, que ninguém, além dos diretamente envolvidos, tenha acesso ao conteúdo do dado bancário. Por isso:

“Dizer que a correspondência assim como as comunicações telegráficas, de dados e telefônicas são invioláveis significa que a ninguém é lícito romper o seu sigilo, isto é: penetrar-lhe o conteúdo. Significa ainda mais: implica, por parte daqueles que em função do seu trabalho tenham de

travar contato com o conteúdo da mensagem, um dever de sigilo profissional. Tudo se passa portanto como se a matéria transmitida devesse ficar absolutamente reservada àquele que a emite ou àquele que a recebe” (BASTOS; TAVARES, 2002a, p. 348).

A matéria do sigilo bancário no atual quadro constitucional será exaustivamente tratada no STF, ao menos acredita-se, quando do julgamento das ADIns n. 2.390, 2.386, 2.397, 2.389 e 2.406, porque nelas discute-se justamente a constitucionalidade da malha legislativa que trata da matéria. Porém, já há claros precedentes dessa Corte indicativos de que:

“[...] assentou-se que a proteção aos dados bancários configura manifestação do direito à intimidade e ao sigilo de dados, previsto nos incs. X e XII do art. 5º da Constituição Federal, só podendo cair à força de ordem judicial ou decisão de Comissão Parlamentar de Inquérito, ambas com suficiente fundamentação. A exceção deu-se no julgamento do MS n. 21.729, em que se admitiu que o Ministério Público obtivesse diretamente os dados, por tratar-se de empresa com participação do erário (patrimônio e interesse público)” (AC-MC n. 33, Min. Cezar Peluzo).

Portanto, fico com a assertiva de que “o sigilo bancário contempla a tutela de questões fundamentais da cidadania, como a proteção das áreas recônditas da personalidade, pressuposto para fruição de outros direitos humanos, como liberdade, propriedade, segurança etc. O sigilo bancário é uma das formas de proteção constitucional à intimidade” (BASTOS; TAVARES, 2000, p. 384), ou à privacidade, num sentido amplo, que comporta a forma de manifestação da vida privada empresarial registrada nos dados bancários. Não há, pois, como discordar de remansoso entendimento jurisprudencial⁹ e

⁹ STF: MS n. 21.729 e n. 23.851; AC-MC n. 33; Pet n. 2790 e n. 577; RE n. 215.301.

doutrinário de que o inciso XII do artigo 5º protege a esfera de privacidade, por meio da inviolabilidade do sigilo dos dados bancários.

2.3.1. *Maior efetividade possível à proteção da privacidade*

O entendimento de que o sigilo de dados não se refere necessariamente ao das comunicações telefônicas (SILVA, 2005, p. 105), porque também abrange “cadastros de dados em geral, inclusive os utilizados pela ciência da informática e dados dos cadastros bancários”, nada mais faz do que realizar o princípio ou postulado da máxima efetividade, ou da eficiência, da norma constitucional consagrada do direito fundamental. Por meio dele, à “norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” (CANOTILHO, 2003, p. 1224), especialmente em se tratando de norma consagrada de direito fundamental.

Como consequência desse princípio, deve-se extrair o máximo de potencialidade normativa da Constituição, o que implica dizer sua maior carga semântica, de modo que caminhe a interpretação constitucional sempre em busca do completo conteúdo do texto constitucional. “Concluindo, o postulado da efetividade máxima possível se traduz na preservação da carga material que cada norma possui, e que deve prevalecer, não sendo aceitável sua nulificação nem que parcial” (BASTOS; TAVARES, 2002b, p. 177). A carga material do inciso XII alcança a sua máxima efetividade de proteção da privacidade se não deixar de fora do âmbito de proteção da garantia de sigilo de dados os dados bancários.

2.3.2. *Direito à inviolabilidade dos dados bancários: expressamente relativo*

O inciso XII do art. 5º da CB traz expressa restrição na expressão “salvo, no último caso”, pertinente, em primeira impressão, apenas à quebra do sigilo de “comunicações telefônicas”, excluindo assim da ressalva os

“dados”. Se assim é, há dois caminhos de discussão: (a) a inviolabilidade do sigilo de dados é absoluta e não pode ser quebrada sequer por autorização judicial; (b) ou, por um raciocínio inverso, a lei está autorizada a disciplinar os mecanismos e os legitimados a quebrar o sigilo dos dados.

A primeira linha de pensamento não comporta consonância com o Estado democrático de Direito, que não abre para o exercício arbitrário e abusivo de qualquer direito, ainda que fundamental. Se não se pode negar, diante das conclusões alcançadas até aqui, a integração dos dados bancários na esfera da privacidade financeira da pessoa, não ousa defender, de outro lado, o valor absoluto atribuído à garantia de inviolabilidade do sigilo de dados.

Do inciso XII do art. 5º da CB constrói-se o âmbito de proteção e também dele obtém-se a respectiva restrição diretamente constitucional; restrição que toma o direito em si – à *situação de comunicação privada a distância* – em diminuição à sua extensão denotativa.

As restrições diretamente constitucionais são as positivadas pelas próprias normas constitucionais. Em nosso texto vigente, esta espécie de restrição está na norma fundamental do inciso XII do art. 5º: “é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (grifo nosso). Note que a estrutura desse texto traz, num primeiro plano, a garantia a um âmbito de proteção e, ao mesmo tempo, segue com uma restrição. A Constituição Brasileira consagra o direito à privacidade na situação de comunicação, e nele está incluída a inviolabilidade dos dados bancários decorrentes da relação (comunicativa) entre o banco e o cliente, como também o restringe. Se tal restrição não está na expressão “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”, porque se refere tão somente às “comunicações telefônicas”, ainda assim não se pode pactuar com a ideia de valor absoluto à inviolabilidade dos dados, sob pena de uma interpretação desarmoniosa da Constituição.

“A inviolabilidade dessa franquia individual – que constitui um dos núcleos básicos em que se desenvolve, em nosso País, o regime das liberdades públicas – ostenta, no entanto, caráter meramente relativo. Não assume nem se reveste de natureza absoluta. Cede, por isso mesmo, e sempre em caráter excepcional, às exigências impostas pela preponderância axiológica e jurídico-social do interesse público” (MS n. 21.729, Min. Celso de Mello).

Tal percepção prestigia a interpretação sistemática da Constituição. Harmoniza o inciso XII do art. 5º da CB com outros, como o art. 1º *caput* da CB e todos os demais dispositivos que buscam a preservação da ordem social contra o exercício abusivo de quaisquer direitos, ainda que fundamentais. Sem dúvida alguma, o convívio harmonioso de todos os direitos, liberdades, garantias e deveres constitucionais é uma exigência do Estado democrático de direito. O exercício dos direitos fundamentais – como o da privacidade – pressupõe a reserva de não prejudicialidade, “não como restrição dos direitos, mas como limite dos pressupostos jurídicos e fáticos desses direitos” (CANOTILHO, 2003, p. 1281). Aqui há, com apoio no texto constitucional, uma implícita previsão constitucional de restrição à inviolabilidade dos dados bancários.

O debate sobre a referência expressa ou não da expressão final do inciso XII do art. 5º também ao sigilo de dados perde efeito prático se a questão é saber se é possível ou não a exceção ao princípio da reserva da informação bancária. Há, se não direta, tácita restrição constitucional,

porque existe autorização implícita do texto constitucional para o legislador e também o judiciário imporem restrições à garantia fundamental da inviolabilidade do sigilo bancário. Tal percepção sedimenta a cláusula de reserva de jurisdição para a quebra do sigilo bancário, um local comum, tanto para a doutrina como, em especial, para o Supremo Tribunal Federal:

“Esta Corte, em inúmeros julgados, vem dizendo reiteradamente e com sabedoria que o direito ao sigilo bancário é um direito limitado, não absoluto, e que pode ceder a interesses públicos em determinados e restritas situações, sempre orientadas para a busca da verdade no interesse da justiça” (MS n. 21.729, Min. Mauricio Corrêa)¹⁰.

Por isso, não há como negar, num Estado democrático de Direito, a possibilidade de o Ministério Público ter acesso aos dados bancários de investigado, com a invocação do MLAT, se for em “caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos que justifiquem, a partir de um critério essencialmente apoiado na prevalência do interesse público, a necessidade da revelação dos dados pertinentes às operações financeiras ativas e passivas resultantes da atividade desenvolvida pelas instituições bancárias” (Min. Celso de Mello, MS n. 21.729).

Com efeito, ainda que a instituição bancária seja americana, para efeito de solicitação do Acordo bilateral de cooperação internacional, porque os dados bancários serão enviados ao Brasil, quando então há em território nacional a quebra do sigilo bancário, a ruptura da esfera de privacidade do investigado é medida excepcional, a seguir, para a sua efetivação, a cautela e prudência na verificação de relevante interesse público. Essa é uma decorrência do sistema

¹⁰ Nesse sentido, outros precedentes do STF: REExt. n. 215.301-0; RMS n. 25.375; RHC n. 26.236; HC n. 90.298-7; HC n. 31.205; também do STJ: HC n. 2.352; REsp n. 79.026, HC n. 1.290.

constitucional brasileiro à qual a Autoridade Central e a Autoridade Solicitante, no caso o Ministério Público, estão vinculadas. Não é, pois, constitucionalmente aceitável que se reconheça o poder requisitório do Ministério Público absoluto e discricionário.

A questão que resta saber é se o Ministério Público é autoridade investida do poder autônomo de avaliar e afastar o princípio da reserva das informações bancárias ou depende, necessariamente, de intervenção do Poder Judiciário.

Se o entendimento de que a ressalva final da restrição do inciso XII do art. 5º abrange também os “dados”, então não haveria dúvida de que, conforme disciplina legal, a quebra da inviolabilidade apenas seria possível “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, o que demanda, necessariamente, a intervenção do Poder Judiciário.

Se a ressalva não alcança os dados bancários, ainda assim não parece, analisada a Constituição a partir de uma efetividade máxima, constitucionalmente válido excluir a condição da apreciação judicial para o afastamento da reserva dos dados bancários. Uma análise axiológica da ressalva do inciso não deixa dúvida da vontade constitucional de manter sob a apreciação do Poder Judiciário os casos de quebra da inviolabilidade da situação de “comunicação telefônica”. A preocupação aqui é a de não permitir a ruptura do círculo de privacidade comunicativa à margem de observação, em processo próprio, do órgão investido do ofício judicante. O que está em questão é a vontade constitucional de proteger os bens consagrados nos incisos X e XII do art. 5º da CB e, excepcionalmente, como medida extraordinária, incumbir ao Poder Judiciário a tarefa de interferir na esfera de privacidade diante da relevância do interesse público, mediante decisão motivada para franquear o acesso aos dados confidenciais da pessoa investigada ou acusada.

Tanto na quebra do sigilo da comunicação (telefônica), como na invasão da

privacidade no ato comunicativo, que se dá com o acesso aos dados da comunicação, e nela, como visto, estão os dados bancários, o que se tem é a ruptura da esfera jurídico-constitucional de privacidade. Se a restrição constitucionalmente prevista à situação de comunicação não dispensa a participação de órgão judicante, que tem o dever de imparcialidade, é um sem-sentido, e um desprestígio à interpretação sistemática e axiológica da Constituição, entender que, para o acesso aos dados bancários, não seria indispensável a imparcialidade da atuação do Judiciário no processo.

Essa linha de raciocínio culmina na construção de sentido do inciso XII do art. 5º dada pelo Min. Carlos Velloso, no MS n. 21.729:

“Então deixo assentado, como premissa maior, esta: é possível a norma infraconstitucional estabelecer caso em que será aceita a quebra do sigilo bancário. Como, entretanto, isso poderá ocorrer? Penso que, tratando-se de um direito que tem ‘status’ constitucional, esta quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente pode ser realizada, sempre com cautela, com prudência, com moderação, porque estas são virtudes inerentes à magistratura, ou virtudes que os magistrados devem possuir. Não posso admitir que a parte, que não tem o dever ou a obrigação de ser imparcial, e que há de ser parcial, porque é inerente à parte ser parcial, não posso admitir que possa ela própria, por suas próprias mãos, efetivar a quebra de um direito inerente à privacidade, que a Constituição consagra, que tem, portanto, ‘status’ constitucional.”

Pensar o contrário, a propósito, redundaria na perda de efetividade da ressalva diretamente expressa à situação de “comunicações telefônicas”, pois bastaria que a comunicação ocorresse para, sem a intervenção judicial, outra autoridade que

não a judicial ter a possibilidade de acesso ao ato de comunicação. Não se esqueça que:

“[...] quando se fala em quebra do sigilo telefônico isso significa não só as chamadas telefônicas pretéritas, como também a invasão da intimidade no ato comunicativo, com a diferença de que neste a quebra do sigilo se dá pela interceptação da comunicação no ato de sua realização enquanto a quebra de sigilo dos registros se dá pela determinação de que eles sejam fornecidos a quem de direito” (SILVA, 2005, p. 105).

Se, para a interceptação da situação de comunicação telefônica, é indispensável a imparcialidade do Judiciário para determiná-la, essa mesma restrição qualificada deve ser observada, sob pena de perda de eficácia da proteção pretendida pela norma constitucional, para a invasão da intimidade do ato comunicativo, ou seja, para a quebra dos sigilos dos dados, entre os quais estão os bancários.

No entanto, por mais relevantes que sejam as funções do Ministério Público, por reunir a atividade de ser parte, não poderia, ao menos pela arquitetura constitucional brasileira, reunir funções inerentes a quem decide, sob pena de prejuízo à imparcialidade no ato de excepcionar a proteção à esfera de imparcialidade.

“As funções do Ministério Público, data venia, por mais importantes que sejam, elas são, entretanto, sobretudo, de parte, de quem requer e não decide, a quem não compete a obrigação de ser imparcial. O advogado é sempre parcial, porque defende a parte. E o Ministério Público é advogado da sociedade, é órgão de acusação na ação penal” (MS n. 21.729, Min. Carlos Velloso).

Mas fica aqui uma última observação. Para a interceptação de “comunicações telefônicas”, a restrição constante do inciso XII do art. 5º condiciona, limitativamente, para os casos de investigação criminal ou

instrução processual penal. Seria também imposta tal condição aos dados bancários? A resposta segue pela linha da negativa. A ressalva diretamente expressa às situações de “comunicação telefônica” implica uma restrição diretamente constitucional e qualificada. Traz exigências mais rígidas para a intromissão no momento da realização da comunicação, e devem ser observadas, especialmente. O Constituinte observou ser uma situação concreta a merecer uma proteção mais qualificada. A restrição ao sigilo de dados bancários existe, e não dispensa a imparcialidade do judiciário para decidi-la. Limitar tal exceção apenas à investigação criminal ou instrução processual penal é atribuir especificidade restritiva a situação não prevista. Retirar da investigação civil e da instrução em ação civil pública a possibilidade de acesso aos dados bancários, sempre com a intervenção do Poder Judiciário, redundaria na perda de efetividade desses instrumentos de absoluta relevância para a proteção do patrimônio público, dos direitos fundamentais transindividuais e, portanto, para a estabilidade social e institucional do País.

2.4. Ofício ministerial requisitório: ato (de decisão) de solicitação, e não mera solicitação

Considerando que a Assistência Legal Mútua, quando utilizada, redundaria numa solicitação que pode ser acatada ou não pela autoridade americana, pode-se, com isso, levar a crer que o ato de solicitação não constitui, por si só, um “ato de autoridade”, mas sim simples “ato executório”, porque não é uma ordem, mas sim uma solicitação de cooperação endereçada à autoridade americana. A consequência prática de tal visão é a de incorrer na regra de que só os “atos de autoridade” é que trazem em si uma decisão (e não apenas execução); razão por que somente tal ato é passível de ser desafiado por mandado de segurança (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 65). Cria-se, com tal raciocínio, a impossibilidade de um ato de solicitação da

Assistência Legal Mútua em transgressão aos limites constitucionais ser desafiado por mandado de segurança.

Tal construção camufla um ardil linguístico perigoso que redundará num efeito prático não desejado pelo sistema jurídico-constitucional, qual seja, a impossibilidade de utilização do remédio constitucional destinado à aplicação da garantia de inviolabilidade do sigilo bancário para o restabelecimento do direito fundamental à privacidade ameaçado ou violado.

Quando há objetivamente a necessidade, para a evolução investigativa, da Assistência Legal Mútua, o Ministério Público promove a “solicitação da assistência”, que deve ser feita, em regra, por escrito e conter: *a)* o nome da autoridade que conduz a investigação, o inquérito, a ação penal ou o procedimento relacionado com a solicitação; *b)* descrição da matéria e da natureza da investigação, do inquérito, da ação penal ou do procedimento, incluindo, até onde for possível determiná-lo, o delito específico em questão; *c)* descrição da prova, informações ou outra assistência pretendida; *d)* declaração da finalidade para a qual a prova, as informações ou outra assistência são necessárias (item 2, do Acordo Bilateral), entre outras indicações quando necessárias e possíveis, tal como prescrito no item 3 do Acordo Bilateral.

O Ministério Público dirige o documento de solicitação à “Autoridade Central” do Brasil, que é o Ministério da Justiça (art. 11 do Decreto n. 6.061/2007)¹¹. Depois de traduzir para o inglês, este órgão encaminha a solicitação à “Autoridade Central” americana, que é o Procurador-Geral. Essa autoridade tem a faculdade de negar a solicitação se verificada uma das hipóteses do artigo III do Acordo Bilateral, como

¹¹ Art. 11. Ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional compete: [...] III - negociar acordos e coordenar a execução da cooperação jurídica internacional; IV - exercer a função de autoridade central para tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional.

o Governo brasileiro tem a faculdade de negar a cooperação se o pedido de auxílio direto partir do Governo Americano. É que, e vale também se o Estado estrangeiro for o solicitado,

“Pelo pedido de auxílio jurídico direto, o Estado estrangeiro [ou o Estado brasileiro solicitante] não se apresenta na condição de juiz, mas de administrador. Não encaminha uma decisão judicial a ser aqui [ou lá] executada, mas solicita assistência para que, no território nacional, sejam tomadas as providências necessárias à satisfação do pedido” (DIPP, 2009, p. 32).

De fato, não se nega ser o ato de solicitação uma mera comunicação de um Estado soberano a outro, sem, pois, conotar uma decisão a ser imposta ao destinatário. Mas tal percepção só é vista pelo lado do destinatário da solicitação, ou seja, pela autoridade estrangeira quando o pedido de cooperação parte do Brasil. Nesse caso, o ato de solicitação implica, a toda evidência, uma mensagem de “solicitação” à autoridade americana. No entanto, a conotação desse ato, pela perspectiva interna do sistema jurídico brasileiro, é um ato de decisão: decisão de solicitar a Assistência Legal Mútua. Não se pode olvidar que, no caso aqui tratado, o ato de solicitação é praticado no bojo de um inquérito civil. Isso implica reconhecer, internamente, uma decisão proferida em procedimento administrativo pela autoridade que o preside. Sem dúvida é, portanto, uma decisão de solicitar.

A “decisão é um procedimento cujo momento culminante é a resposta” (FERRAZ JR, 2003, p. 311), o procedimento é a justificação, e no caso a resposta é justificada pela invocação do Acordo de Assistência Legal Mútua. Ou seja, o ato de solicitação da cooperação internacional constitui uma manifestação do Poder Público/Membro do Ministério Público no desempenho de suas funções de presidente do inquérito civil. Esse ato gera efeitos jurídicos: o desen-

cadeamento da cooperação internacional, com a qual há a real condição de possível acesso aos dados bancários, sobre os quais pesa a garantia de inviolabilidade de sigilo.

O potencial de ofensa ao âmbito de proteção do inciso XII do art. 5º da CB é real e está justamente na possibilidade de a cooperação americana ocorrer. A *ordem de solicitação* por invocação do acordo internacional bilateral, uma vez acatada, proporciona a quebra do sigilo bancário. Isso implica dizer que, ao menos perante os envolvidos na investigação, o Ministério Público determina, ordena, enfim, exerce seu poder requisitório de execução do Acordo de Assistência Legal Mútua, cuja efetivação última é a real quebra do sigilo bancário. Se é a manifestação de um poder, o de requisição, como tal, está submetido às prescrições limitativas constitucionais, as quais, uma vez não atendidas, deflagram ao investigado o direito constitucional de se insurgir contra o ato inconstitucional praticado mediante ação constitucional, no caso, o mandado de segurança.

De fato, o *Parquet* não determina ou ordena nada à autoridade dos Estados Unidos, apenas solicita, requer ou pede, via Ministério da Justiça, com fundamento em acordo internacional; mas, perante os investigados e mesmo perante a Autoridade Central, esse ato de solicitação assume a feição de uma decisão.

Não há nada de estranho nessa conclusão. Trata-se apenas de uma análise da mensagem linguística (representada pelo ato de solicitação) numa perspectiva pragmática. Se se tomar o ato praticado pelo Ministério Público pelo prisma da autoridade estrangeira (como receptora da mensagem), realmente observa-se um mero requerimento ou solicitação, porque tal autoridade não o reconhece, até porque a soberania do Estado Americano impede, como decisão judicial vinculante. Agora, se tomado pelo prisma interno do sistema jurídico brasileiro, ou seja, pela significação e pelos efeitos que o ato gera entre os envolvidos no inquérito

civil e a Autoridade Central, é, por óbvio, uma decisão proferida por autoridade pública nos autos de uma investigação civil. O resultado disso é a solicitação da MLAT, que, uma vez atendida, é a causa determinante para a quebra do sigilo bancário.

Como tal, não se pode negar ser, para os fins do inciso LXIX do art. 5º da CB, um ato de autoridade sujeito ao controle de legalidade-constitucionalidade. Isso porque é uma decisão; decisão de solicitar a instauração da cooperação internacional sem a prévia autorização judicial, o que, desse ato, dadas as peculiaridades do caso em exame, resulta em ameaça de quebra do sigilo bancário.

A decisão de solicitação constitui, por si só, uma situação de iminência na quebra da inviolabilidade de sigilo. Ainda que exista, e de fato existe, a possibilidade de a autoridade americana negar a solicitação, há, e até com mais probabilidade dada a pré-disposição dos Estados Soberanos em fazer efetiva a cooperação internacional, o empenho de a autoridade americana cumprir com a solicitação, prestando as informações solicitadas. Até porque pesa para ambos os Estados soberanos a força vinculante da MLAT. *Pacta sunt servanda*: invocável, já que se trata de verdadeiro contrato internacional. Não se pode olvidar, nessa linha, que a figura da Autoridade Central americana é encarada, no plano de cooperação internacional, “como órgão que busca a efetividade da cooperação, e não como órgão que simplesmente envia e recebe documentos” (TUMA JÚNIOR, 2009, p. 15). Assim, a solicitação constitui, sem dúvida, ato de decisão que gera consequências jurídicas supranacionais e afeta, internamente, a esfera privada constitucionalmente garantida do investigado.

Isso implica séria e objetiva ameaça de violação ao âmbito de proteção do inciso XII do art. 5º do CB. Não pode o investigado ter a garantia à inviolabilidade do sigilo de dados bancários lançada à sorte do juízo de faculdade da autoridade americana.

Não é uma situação constitucionalmente aceitável. É verdade que não se pode impor a ordem de cumprimento à autoridade americana, mas a sua faculdade não pode ser, no sistema jurídico brasileiro, um mero evento futuro e incerto a merecer a indiferença jurídica. A mera possibilidade de ser cumprida a Assistência Legal Mútua com o envio de dados sigilosos, e, com isso, a consecução da quebra do sigilo, constitui ato de autoridade traduzida em “justo receio” de violação ao âmbito de proteção do inciso XII do art. 5º da CB.

Portanto, em resposta ao questionamento (*a.i.*), o fato de a autoridade americana, quando chamada ao atendimento da Assistência Legal Mútua, não receber uma ordem, mas apenas uma solicitação, cuja decisão de colaborar depende de seu juízo de avaliação, é suficiente para essa solicitação gerar um justo receio contra a inviolabilidade do sigilo dos dados bancários. Internamente, é um ato de decisão capaz de gerar a violação de um direito fundamental. Portanto, o âmbito de proteção da inviolabilidade do sigilo dos dados bancários, salvo por ordem prévia judicial, também alcança o ato de solicitação da Assistência Legal Mútua pelo Ministério Público, e por isso deve ser a ele imposto.

Na prática, o efeito dessa conclusão é o condicionamento da solicitação da MLAT à prévia autorização judicial. Porém, a provocação da manifestação judicial não é para o fim de autorizar a solicitação da MLAT. O Ministério Público é autoridade competente para formular pedido de cooperação internacional com vistas à obtenção de provas para instrução de inquérito ou ação penal. Não há necessidade de prévia autorização judicial, desde que o conteúdo do documento solicitado, por força de proteção constitucional, não exija prévia autorização judicial para o seu acesso.

Poder-se-ia pensar, com isso, que, independentemente da intervenção judicial, o Ministério Público poderia formular o pedido de solicitação da cooperação in-

ternacional à Autoridade Central, e esta providenciaria a transmissão do pedido à Autoridade Central americana. Só depois, quando atendida à solicitação, antes de a documentação ser enviada ao Ministério Público, a Autoridade Central aguardaria, já em poder da documentação, a ordem judicial de envio àquele órgão. Porém, esse cronograma do pedido de auxílio direto criaria situação de violação ao âmbito de proteção da privacidade do investigado, visto que também à Autoridade Central brasileira impõe-se a garantia da inviolabilidade do sigilo bancário.

Por isso, só há um expediente para a utilização da cooperação internacional, nesse caso, constitucionalmente válido. O Ministério Público deve obter a prévia autorização judicial, não para promover a solicitação da MLAT, mas para a obtenção de ordem de quebra de sigilo bancário, como condição indispensável para o efetivo cumprimento da cooperação. De posse dessa ordem, o Ministério Público pede o auxílio direto. A propósito, outra não é a conclusão lançada no Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos elaborado pelo próprio Ministério da Justiça por Nadia de Araujo (2009, p. 46), em se tratando de disponibilização à Autoridade Central brasileira pela Autoridade Central estrangeira de informações que não dispensam a prévia intervenção judicial para o acesso:

“No caso do Brasil, embora o pedido possa ser transmitido diretamente à Autoridade Central brasileira, sempre haverá necessidade da ordem judicial para seu cumprimento, a menos que a situação não seja de molde a exigí-la, como por exemplo, quando se requer informações disponíveis sem a necessidade de intervenção judicial.”

2.5. Ofício ministerial requisitório em jurisdição civil

Indaguei, inicialmente, como uma das questões problemáticas propostas: o

Membro do Ministério Público, no curso das investigações civis, pode solicitar a Assistência Mútua Legal, que é em matéria penal, para instruir futura ação civil pública? Essa pergunta não parece ser, numa visão rápida, diretamente pertinente ao âmbito de proteção do inciso XII do artigo 5º da CB em relação ao caso concreto em análise, mas é. Esse elemento fático – o de solicitação de Assistência Legal Mútua em matéria penal por Membro do Ministério Público nos autos de investigações em inquérito civil público – é relevante para a prescrição constitucional da inviolabilidade do sigilo de dados bancários.

Até o momento, conclui pela restrição constitucional ao poder requisitório do Ministério Público, condicionando a solicitação da MLAT à prévia ordem judicial de quebra do sigilo dos dados bancários do investigado. Mas algo mais é necessário para o regular exercício do poder requisitório do Ministério Público.

O Acordo de Assistência Legal Mútua traz, expressamente, a restrição de colaboração em investigações estritamente em matéria penal.

“Desejosos de facilitar a execução das tarefas das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei de ambos os países, na investigação, inquérito, ação penal e prevenção do crime de cooperação e assistência judiciária mútua em matéria penal. Acordam o seguinte: Artigo I. Alcance da Assistência. 1. As partes se obrigam a prestar assistência mútua, nos termos do presente Acordo, em matéria de investigação, ação penal, prevenção de crimes e processos relacionados a delitos de natureza criminal” (grifo nosso).

A solicitação do Membro do Ministério Público em inquérito civil pode redundar em dois problemas: (a) a matéria solicitada à investigação internacional não é relacionada a “delitos de natureza criminal”, mas civil; (b) a matéria solicitada à investigação tem repercussão penal, por isso é relaciona-

da, ainda que indiretamente, à matéria de “natureza criminal”, mas não é matéria de “ação penal”, e sim de ação civil pública.

Pela primeira perspectiva do problema, a matéria penal é incompatível com aquela própria do inquérito civil. Não pode, nesse caso, o Ministério Público exercer seu poder requisitório para investigação por cooperação internacional em matéria que não seja penal. Ou seja, o conteúdo da informação solicitada deve ser pertinente à investigação de delitos capitulados no sistema penal brasileiro; sob pena de ser o *Parquet* civil incompetente para exercer o poder requisitório em razão da matéria.

Sob a segunda perspectiva do problema, pode a matéria investigada no âmbito de inquérito civil ter repercussões penais, suficientes para a instauração de inquérito ou ação penal. Ainda assim não pode o *Parquet* civil utilizar o Acordo de Assistência Mútua em matéria penal para obtenção de prova que será utilizada em ação civil pública. Haveria, nesse caso, sede imprópria para o depósito das informações prestadas em cooperação, uma vez que não se destina diretamente aos instrumentos administrativos ou jurídico-processuais genuinamente de natureza penal. Basta dizer que no artigo IV, item 2, do acordo bilateral consta que a solicitação da cooperação internacional deve conter, entre outras, as informações sobre a “descrição da matéria e da natureza da investigação, do inquérito, da ação penal ou do procedimento, incluindo, até onde for possível determiná-lo, o delito específico em questão”, bem como a “declaração da finalidade para a qual a prova, as informações ou outra assistência são necessárias”.

Se a solicitação da cooperação para a prestação de assistência legal mútua não visa à obtenção de informações e documentos em matéria de investigação e ação penal, prevenção de crimes e processos relacionados a delitos de natureza criminal, ou seja, não envolve pedido de informações para investigação em âmbito de “Matéria Penal”, o pedido de cooperação atende a

finalidade outra que não de natureza penal, e isso não está contemplado no acordo bilateral. Em últimas palavras, o inquérito civil não é sede própria para receber provas colhidas com o auxílio da cooperação internacional em matéria penal; do contrário, há a subversão das finalidades tratadas entre os Estados soberanos envolvidos. Nesse caso, o *Parquet* civil é incompetente para exercer o poder requisitório em razão não da incompatibilidade da matéria, mas do procedimento investigativo para o qual pretende a colheita de provas.

Essa matéria foi enfrentada e assim equacionada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, quando do julgamento do Agravo de Instrumento n. 200201000127845, com o voto do Relator Desembargador Federal Cândido Ribeiro, em 15.12.2009:

“[...] I - A cooperação celebrada entre o Brasil e a América do Norte está circunscrita à matéria penal, não se aplicando ao campo da Jurisdição Cível no qual se insere a ação de improbidade administrativa. II - A quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico não encontra justificativa *in casu*, pois tais dados já foram espontaneamente ofertados [...]”

Em suma, se as informações solicitadas têm natureza de matéria penal, então a pertinência e competência para investigar - e assim solicitar a Assistência Legal Mútua - é dos Promotores de Justiça da ação ou inquérito penal. Não se trata, pois, de eliminar a possibilidade de investigação ou esvaziar totalmente a competência que a Constituição atribuiu ao Ministério Público, mas sim assegurar que transcorra nos limites e na medida da constitucionalidade-legalidade. É um limite imposto à intervenção do Ministério Público no caso em análise, porque faz parte do âmbito de proteção do inciso XII do art. 5º da CB que a violabilidade da quebra do sigilo dos dados bancários, ainda que potencial, pela solicitação de Assistência Legal, seja precedida por determinação judicial e que a solicitação da

cooperação seja realizada para a obtenção de documentos não só relacionados com a matéria penal, como também destinados à investigação ou ação penal.

2.5.1. *Problema do promotor natural*

Questão interessante surge, para tornar o debate ainda mais agudo, quando, em paralelo, existir ação penal sobre os mesmos fatos investigados civilmente. Nesse caso, poderia o *Parquet* civil solicitar a MLAT para obter documentos para a ação civil pública e, ao mesmo tempo, encaminhar ao colega competente da ação criminal?

Para que essa hipótese ocorra, tal como trabalhado no tópico anterior, necessariamente o *Parquet* civil deve atender aos requisitos de admissibilidade do pedido de solicitação da MLAT previstos no artigo IV, item 2, do acordo bilateral, o que implica apresentar a “descrição da matéria e da natureza da investigação, do inquérito, da ação penal ou do procedimento, incluindo, até onde for possível determiná-lo, o delito específico em questão”. Se corre, em paralelo à investigação civil, outra de natureza penal sobre as repercussões criminais das circunstâncias que ensejaram a instauração do inquérito civil, então, para não incorrer na inadmissibilidade por sede imprópria, o *Parquet* civil tem que cumprir, em seu pedido de solicitação da MLAT, o item 2 do referido artigo do Acordo Bilateral, com a indicação dos dados exigidos a partir do inquérito penal. Com isso, essa autoridade acaba por praticar um ato inerente ao ofício investigativo do *Parquet* criminal.

Perante os ditames do Acordo Bilateral, o *Parquet* civil atende à exigência da alínea *b* do item 2 do artigo IV, mas está em consonância, com tal ato de obtenção de provas criminais para uso civil, com o princípio do promotor natural (inciso LIII do artigo 5º da CF/88)¹²? Creio que a resposta seja negativa.

¹² Art. 5º [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. O STF

O *Parquet* civil foi designado para atuar na investigação civil, com base em critérios legais fixos que lhe conferem previamente essa função específica. Não lhe são outorgados, pois, poderes para atuar na investigação penal, ainda que os fatos tenham conexão com a sua linha investigativa. Se só é possível valer-se da solicitação da MLAT em matéria penal e para a utilização em investigação ou ação penal, então não pode o *Parquet* civil formular o pedido de cooperação internacional, ainda que se valha da indicação dos instrumentos criminais, simultaneamente, em trâmite, sob pena de violação do princípio do promotor natural.

“Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinado tanto a proteger o membro do MP, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente de seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei” (HC n. 67759, Rel. Min. Celso de Mello, j. 6.8.1992).

No entanto, há uma possibilidade de o ato praticado pelo *Parquet* civil não incorrer em violação ao princípio do promotor natural. No HC n. 67759, depois de reconhecer “o postulado do Promotor Natural [...] iminente ao sistema constitucional brasileiro”, o STF admitiu que “eventual atuação *ultra vires* do promotor designado, uma vez convalidada por deliberação superveniente e imediata do Procurador-Geral da Justiça, despoja-se de qualquer eiva de ilegalidade formal” (NERY JÚNIOR, 1999, p. 126). Isso em razão do princípio institucional do Ministério Público da unidade (parágrafo 1º do art. 127 da CB).

Com efeito, em resposta aos questionamentos (a.iii) e (a.iv) do item 1.1, se o pedido de solicitação partir do *Parquet* civil, decidi-

confirmou ser esse o fundamento constitucional do princípio do promotor natural ao julgar o HC n. 67759.

do nos autos do inquérito civil para obter informação de matéria de natureza penal, haverá subversão do objeto da investigação civil e, com isso, violação ao princípio do promotor natural, porque cabe apenas à autoridade pública investida da função de acusação criminal produzir a prova penal. Contudo, é legítima a ratificação do ato pelo Chefe do Ministério Público, o que afasta a violação ao referido princípio.

3. Interpretação conforme a Constituição do Acordo de Assistência Legal Mútua

Tudo o que fora dito até aqui converge para a evidência de que o Decreto Presidencial n. 3.810/2001 e, por conseguinte, quaisquer dos textos normativos integrantes do Acordo de Assistência Legal Mútua, devem ser interpretados conforme a Constituição Federal de 1988; e assim, qualquer ato praticado sob sua invocação é ilegítimo se fundado em sentido contrário à Constituição.

No caso concreto, interpretar constitucionalmente o Acordo de Assistência Legal Mútua é admitir o sentido ao item 2 do artigo IV de que: “A solicitação de assistência [para obtenção de dados bancários] deverá ser feita por escrito [depois de obtida a autorização judicial de quebra do sigilo bancário]”. Se não for assim, não há âmbito constitucionalmente possível de aplicação do contrato bilateral, caso a pretensão da solicitação seja a de obtenção de dados bancários do investigado. Esse é o sentido constitucional possível em decorrência da construção interpretativa do sistema jurídico brasileiro.

O regime da prévia autorização judicial repousa seu fundamento na Constituição Federal. É a partir dela que decorre o enlace internormativo, tudo a conformar ou densificar a proteção e a restrição constitucionais ao sigilo de dados. A condição de exceção à inviolabilidade do sigilo bancário por meio de ato oficial de autoridade judicante, por ter assento constitucional, serve como

norte interpretativo de toda a legislação infraconstitucional que disciplina as formas de acesso aos dados bancários da pessoa. O que se confirma, inclusive, com a boa técnica de integração normativa da expressão “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” do inciso XII do artigo 5º da CF/88. Com isso, toda a malha legislativa deve conformar-se com essa perspectiva constitucional, de sorte que, contrariando-a, incorre no vício da inconstitucionalidade.

Portanto, interpretar o Acordo de Assistência Legal Mútua que atribui sentido de prescrição da solicitação do processo de cooperação internacional envolvendo o acesso pelo Ministério Público a dados bancários dos investigados sem a prévia autorização judicial implica admitir sentido normativo contrário à Constituição e à legalidade.

Conclusões

A situação de comunicação humana a distância é regulada em consequência lógica à proteção dada ao direito à liberdade de expressão e comunicação (incisos IV e IX do art. 5º da CB). A atribuição protetiva a tal liberdade pressupõe a reserva de proteção do ato em si de comunicar, no qual estão associados não só os dados que dela geram, como também os meios técnicos possíveis.

O critério de determinação da situação real de comunicação a distância protegida no inciso XII do art. 5º da CB é o contexto de privacidade. Se não há esse contexto na situação de comunicação, escapa do âmbito de proteção do referido dispositivo; e os dados que dessa situação emergir não serão protegidos pela inviolabilidade do sigilo, ou seja, não integram a esfera de privacidade constitucional assegurada ao indivíduo.

Os dados bancários, uma vez revelados, propiciam o acesso à esfera privada do correntista. Eles fazem parte do espectro de privacidade de uma pessoa, porque são dados expressivos de sua personalidade. Tal evidência reforça a relevância dos dados

bancários no âmbito de proteção prescrito no inciso XII do art. 5º da CB, na medida em que é indispensável para a proteção da esfera privada da pessoa (dimensão subjetiva). Igualmente, a indispensabilidade do sigilo, para impedir o conhecimento público de toda a vida bancária do cliente, acompanha a própria evolução histórica das instituições bancárias e do sistema financeiro mundial. Com isso, a violabilidade bancária pode afetar a estabilidade do sistema financeiro e desequilibrar o sistema concorrencial, conflitando com os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (dimensão objetiva).

É necessário extrair o máximo da potencialidade normativa da Constituição, o que implica alcançar a maior carga semântica ou material da norma consagrada do direito fundamental. A carga material do inciso XII alcança sua máxima efetividade se não deixar de fora do âmbito de proteção da garantia de sigilo de dados também os bancários.

No entanto, não se atribui valor absoluto à inviolabilidade do sigilo bancário. Num Estado democrático de Direito, como é o Brasil, o Ministério Público tem autorização constitucional para acessar aos dados bancários de investigado, por meio da solicitação da MLAT, desde que em caráter de absoluta excepcionalidade e em atendimento ao relevante interesse público. Ainda assim, para ser legítima tal solicitação, e, portanto, a restrição à garantia do sigilo bancário, algumas outras condições são indispensáveis:

(a) A prévia intervenção do Poder Judiciário não para autorizar a solicitação de cooperação internacional, para o que é dispensável a anuência judicial, mas para determinar a exceção à reserva da informação bancária, ou seja, a quebra do sigilo bancário;

(b) A solicitação da cooperação para a prestação de assistência legal mútua deve visar à obtenção de informações e documentos em matéria de investigação e ação

penal, prevenção de crimes e processos relacionados aos delitos de natureza criminal. Com isso, o inquérito civil não é sede própria para receber provas colhidas com o auxílio da cooperação internacional em matéria penal. Se as informações solicitadas têm natureza de matéria penal, e partem de uma sede investigativa ou processual penal para depois a ela integrarem, então a pertinência e competência para investigar, e assim solicitar a MLAT, é dos Promotores de Justiça da ação ou inquérito penal.

(c) Se o pedido de solicitação partir do *Parquet* civil, decidido nos autos do inquérito civil, para obter informação de matéria de natureza penal, somente será legítima se houver a ratificação do ato pelo Chefe do Ministério Público e estiver em trâmite, concomitantemente, investigação penal ou ação penal sobre a repercussão criminal dos fatos investigados no inquérito civil.

Portanto, em um caso como este, especificamente de *solicitação do Tratado de Assistência Legal Mútua (Mutual Legal Assistance Treaty – MLAT) em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos da América, independentemente de prévia decisão judicial de quebra de sigilo bancário, para obtenção de documentos relativamente a operações bancárias para instruir inquérito civil*, deve ser garantida a inviolabilidade do sigilo de dados bancários, de modo que, para o *Parquet* civil ter acesso a tais documentos, é indispensável a intervenção prévia do Poder Judiciário. Essa é a norma constitucional desejável para o Estado constitucional brasileiro produzida a partir do texto do inciso XII do art. 5º da CB e diante da provocação do caso aqui trabalhado.

Individualizada, pois, a norma constitucional, a sua aplicação ao caso concreto, conduz à decisão, dogmaticamente aceitável, de que a solicitação da MLAT pelo *Parquet* civil, sem a prévia aquiescência judicial, para a obtenção de prova para instruir inquérito civil, uma vez que provoca a quebra do sigilo bancário, constitui, sem dúvida, um ato inconstitucional.

Referências

ARAÚJO, Nadia de. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional. In: MANUAL de Cooperação Internacional e Recuperação de Ativos: cooperação em matéria civil. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público: no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002a.

_____. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002b.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Nota nº 69: Assinatura da Ata de Troca de Instrumentos de Ratificação do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 2001. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/2001/02/20/assinatura-da-ata-de-troca-de-instrumentos-de/?searchterm=%20troca%20de%20instrumentos>>. Acesso em: 9 mar. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COVELLO, Sérgio Carlos. O sigilo bancário como proteção à intimidade. *Revista dos*

Tribunais, São Paulo, v. 648, p. 27-30, out. 1989.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIPP, Gilson Langaro. Carta Rogatória e Cooperação Internacional. In: MANUAL de

Cooperação Internacional e Recuperação de Ativos: cooperação em matéria civil. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário básico da língua portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 1995.

FERRARESI, Eurico. Art. 8º (Inquérito Civil). In: COSTA, Susana Henriques da (Org.). *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro: produtos e serviços*. 17. ed. São Paulo: Qualitymark, 2007.
- GENRO, Tarso. A Cooperação Jurídica Internacional e o Propósito deste Manual. In: MANUAL de Cooperação Internacional e Recuperação de Ativos: cooperação em matéria civil. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2005.
- _____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Tradução de Peter Naumann et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NEVES, Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TUMA JÚNIOR, Romeu. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional. In: MANUAL de Cooperação Internacional e Recuperação de Ativos: cooperação em matéria civil. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 2009.
- WALD, Arnaldo. O sigilo bancário no projeto de Lei Complementar de reforma do sistema financeiro e na lei complementar n. 70. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 29, p. 233-252, out./dez. 1992.
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Frabris, 1995.