

Referência bibliográfica:

HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. A quebra de sigilo bancário *post mortem* em inquérito policial: entre a proteção dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade e o interesse público de persecução penal. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 149-177, abr./jun. 2015.

ano 15 - n. 60 | abril/junho - 2015
Belo Horizonte | p. 1-308 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2015 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema *double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Sumário

Editorial.....	9
----------------	---

DOCTRINA

ARTIGOS

El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz	13
1 Introducción.....	13
2 La dimensión social del Derecho Administrativo	15
3 Derecho Administrativo y dignidad del ser humano.....	23
4 Referencias	36

Estado Constitucional de Derecho y servicios públicos

Augusto Durán Martínez	39
I Estado Constitucional de Derecho	39
II Servicios públicos	45
III Derechos de los usuarios	51
IV Unidades reguladoras.....	56
V Apreciaciones finales	58
Bibliografía	59

A democracia interna dos partidos políticos como premissa da autenticidade democrática

Eneida Desiree Salgado, Alejandro Pérez Hualde	63
1 A democracia e a vontade popular.....	63
2 O partido político democrático.....	68
3 A função constitucional dos partidos políticos na Argentina e no Brasil.....	70
4 Os dirigentes partidários e a alternância de poder	75
5 Reflexões sobre o estado das coisas	79
Referências	81

Autonomia delle Università: studio comparativo tra l'ordinamento giuridico brasiliano e quello italiano

Fabrizio Motta	85
1 Introduzione	85
2 Ragioni della scelta del tema, delimitazione dell'oggetto e sua importanza	86
3 Diritto fondamentale all'istruzione: prospettiva comparata.....	90
3.1 Diritti fondamentali nello Stato Costituzionale.....	90
3.2 Diritto fondamentale all'istruzione	96
4 L'autonomia universitaria.....	101
4.1 L'autonomia universitaria nella Costituzione Italiana	101
4.2 Autonomia universitaria nella Costituzione Brasiliana	120
5 Conclusioni	125
6 Riferimenti bibliografici	126

A nova lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a Administração Pública

Emerson Gabardo, Gabriel Morettini e Castella	129
1 Introdução	130
2 Apresentação do <i>compliance</i>	134
3 Questões fundamentais nos programas de <i>compliance</i>	135
4 O <i>compliance</i> e a Lei 12.846/2013	137
5 Os princípios da Administração Pública na aplicação do <i>compliance</i>	141
6 Conclusão	143
Referências	145

A quebra de sigilo bancário *post mortem* em inquérito policial: entre a proteção dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade e o interesse público de persecução penal

Daniel Wunder Hachem, Felipe Klein Gussoli	149
1 Considerações iniciais	150
2 O direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e da privacidade como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana	151
3 O sigilo bancário e fiscal como elemento integrante do direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e da privacidade	154
4 A proteção da intimidade e da privacidade da pessoa para além da vida: legitimidade dos familiares para reivindicar a tutela da memória do <i>de cujus</i>	160
5 A quebra do sigilo bancário como restrição a direito fundamental sujeita à observância do princípio da proporcionalidade	165
6 A aplicação do princípio da proporcionalidade no caso de colisão entre o interesse público de persecução penal e o direito da família à proteção da intimidade e da memória do falecido	168
7 Conclusão	172
Referências	175

O judicial e o extrajudicial: Ministério Público e direito à saúde no Brasil

Felipe Asensi, Adriana Aidar, Daniela Dias, Arnaldo Ferreira, João Barcelos, Renata Sallum, Luiza Cattley, Patrick Szklarz, Vanderson Maçullo	179
I Introdução	180
II Estratégia metodológica	181
III Estratégias e políticas do MP para a saúde	182
3.1 Comissão Permanente de Defesa da Saúde (COPEDES)	182
3.2 Associação Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde (AMPASA)	184
3.3 Promotorias de Tutela Coletiva	184
3.4 Centros de Apoio Operacional	185
IV Judicialização e juridicização da saúde	187
V O MP para além do processo judicial	195
VI Considerações finais	203
Referências	204

Legitimidade política e compatibilidade constitucional: a recepção pelos juristas das propostas de assembleia constituinte exclusiva para alterar o sistema político

Alexandre Araújo Costa, Eduardo Borges Araújo	207
1 Introdução	208
2 Estratégias de implementação da reforma política	213
3 Teoria liberal do poder constituinte	217

4	A crítica ao “processo constituinte específico”	221
5	Poder Constituinte ilimitado	229
6	Considerações finais	235
	Referências	238

A aplicação do regime diferenciado de contratações (RDC) aos megaeventos no Direito Administrativo contemporâneo

Lucas do Monte Silva, Patrícia Borba Vilar Guimarães	243	
1	Introdução	243
2	A mudança paradigmática do Direito Administrativo: os avanços do Direito Administrativo contemporâneo	245
3	Análise do Regime Diferenciado de Contratações	252
3.1	A contratação integrada	254
3.2	A remuneração variável	260
3.3	A inversão de fases do procedimento licitatório	262
3.4	O sigilo inicial do orçamento	264
4	Experiência da utilização do RDC: casos concretos da Infraero	268
5	Considerações finais	273
	Referências	275

A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades em Portugal. Um exemplo a ser seguido

Camila Silva de Amorim	279	
1	Introdução	279
2	Noções gerais sobre responsabilidade civil extracontratual e responsabilidade civil extracontratual do Estado	280
2.1	Gestão pública <i>versus</i> gestão privada	283
2.2	A responsabilidade objetiva	287
3	A Lei nº 67/2007 de 31 de dezembro	288
3.1	Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa	289
3.2	Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional	293
3.3	Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa	296
3.4	As indenizações compensatórias pelo exercício de atuações administrativas lícitas ou em estado de necessidade. Indenização pelo sacrifício	297
4	Tribunal competente para a instauração do processo comum	298
5	Jurisprudência sobre o tema	299
6	Considerações finais	303
	Referências	304

INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES	307
----------------------------------	-----

A quebra de sigilo bancário *post mortem* em inquérito policial: entre a proteção dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade e o interesse público de persecução penal

Daniel Wunder Hachem

Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Diretor Acadêmico do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR (<www.ninc.com.br>). Coordenador Executivo, pelo Brasil, da Rede Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. Membro do Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Advogado. *E-mail:* <danielhachem@gmail.com>

Felipe Klein Gussoli

Pós-Graduando em Direito Administrativo no Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Curitiba-PR, Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Foi bolsista do PIBIC – Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica/CNPq (2012-2013) e monitor das disciplinas de Direito Constitucional (2013 e 2014) e Teoria do Direito (2011) na Universidade Federal do Paraná. Advogado. *E-mail:* <gussoli@hotmail.com>

Resumo: O artigo tem como objetivo analisar a possibilidade jurídica, à luz do sistema constitucional brasileiro, de determinação de quebra de sigilo bancário em inquérito policial após o falecimento do investigado. O estudo parte do exame do âmbito de proteção normativa dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade na Constituição brasileira, investiga as hipóteses em que o ordenamento jurídico autoriza expressamente a quebra do sigilo bancário e fiscal, para então averiguar os limites fixados no sistema normativo para a restrição dos direitos à intimidade e à privacidade com base na aplicação do princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: direitos fundamentais; interesse público; quebra de sigilo bancário; intimidade e privacidade; persecução penal.

Sumário: **1** Considerações iniciais – **2** O direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e da privacidade como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana – **3** O sigilo bancário e fiscal como elemento integrante do direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e da privacidade – **4** A proteção da intimidade e da privacidade da pessoa para além da vida: legitimidade dos familiares para reivindicar a tutela da memória do *de cuius* – **5** A quebra do sigilo bancário como restrição a direito fundamental sujeita à observância do princípio da proporcionalidade – **6** A aplicação do princípio da proporcionalidade no caso de colisão entre o interesse público de persecução penal e o direito da família à proteção da intimidade e da memória do falecido – **7** Conclusão – **8** Referências

1 Considerações iniciais

Os direitos à intimidade e à privacidade foram assegurados expressamente na Constituição brasileira de 1988 como direitos fundamentais (art. 5º, X).¹ De tais direitos, à luz do que estabelece o art. 5º, XII da Constituição Federal,² emana o direito fundamental ao sigilo bancário, de inquestionável importância em tempos de acirrada movimentação monetária via sistema financeiro. Assim como qualquer direito fundamental, o direito ao sigilo bancário como elemento dos direitos à intimidade e à privacidade não é absoluto: por vezes, em casos restritos e sob condições determinadas, um direito fundamental individual pode sofrer restrições diante da prevalência circunstancial de um interesse da coletividade igualmente protegido pelo ordenamento jurídico.

Uma dessas hipóteses restritivas aos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, bem como ao direito fundamental ao sigilo bancário, consiste justamente nos casos de persecução penal. O interesse público de promover-se a investigação de infrações penais, bem como a sua apuração e punição nos termos da lei, encontra-se consagrado constitucionalmente como um dever do Estado brasileiro a ser desempenhado por meio do Ministério Público, da Polícia Federal e das Polícias Cíveis.

É a própria Constituição da República, em seu art. 129, incisos I e VIII, que define como funções institucionais do Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” e “requer diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”. É também a Constituição Federal que fixa como incumbência da Polícia Federal “apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei” (art. 144, §1º, I, CF) e como atribuição das Polícias Cíveis “(...) ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares” (art. 144, §4º, CF).

Dito isso, cogita-se neste estudo sobre a legitimidade jurídica de ordem judicial, exarada no curso de inquérito policial, que determina a quebra do sigilo bancário de investigado que falece durante as investigações preliminares. Questiona-se, portanto, se a morte de investigado e a extinção de sua personalidade jurídica torna, por si só, a quebra do sigilo compatível com a Constituição da República Federativa do Brasil.

¹ Art. 5º (...): X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

² Art. 5º (...): XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

É este o objetivo do presente artigo: examinar a possibilidade jurídica de decretar-se o rompimento do sigilo bancário do investigado após o seu falecimento, levando em consideração, de um lado, os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade e, de outro, o interesse público de persecução penal.

O deslinde da problemática suscitada pode ser levado a efeito por meio da análise de cinco aspectos jurídicos centrais: 1. a proteção constitucional conferida aos direitos à intimidade e à privacidade e sua conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana; 2. o sigilo bancário como desdobramento do conteúdo jurídico dos direitos à intimidade e à privacidade; 3. a possibilidade de os familiares postularem a tutela da memória e da privacidade do falecido; 4. a quebra do sigilo bancário como medida excepcionalíssima que se subordina à incidência do princípio da proporcionalidade; 5. a aplicação do princípio da proporcionalidade à hipótese em discussão. Cumpre analisá-los separadamente.

2 O direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e da privacidade como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição da República Federativa do Brasil erigiu como um de seus fundamentos, no art. 1º, III, o princípio da dignidade da pessoa humana. Nascido no âmbito da filosofia, o conceito da dignidade humana adquiriu juridicidade positiva e normativa como reação às práticas nazifascistas, configurando-se verdadeiro anticorpo jurídico contra “a praga da degradação da pessoa por outras que podem destruí-la ao chegar ao poder”.³ Com o advento do modelo de Estado Social, após a Segunda Guerra Mundial, a pessoa humana passou a ocupar posição de destaque no cenário mundial, constituindo princípio matricial do constitucionalismo contemporâneo⁴ e sendo compreendida como o valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal.⁵

Cumpre reconhecer a dificuldade de se obter uma conceituação clara do que efetivamente venha a ser essa dignidade, até mesmo para se definir o seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental.⁶ Essa dificuldade justifica-se em decorrência, dentre outros fatores, da imprecisão e vagueza dos contornos deste conceito, caracteres que, não obstante, não têm o condão de lhe esvaziar o conteúdo axiológico-normativo.⁷

³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Interesse Público*, v. 1, n. 4, p. 23-48, out./dez. 1999, p. 29.

⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. Cit.*, p. 24.

⁵ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 13.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 39.

⁷ Na tentativa de alcançar uma definição minimamente objetiva, ainda que aberta, da dignidade da pessoa humana, registra Ingo Wolfgang Sarlet: “temos por dignidade da pessoa humana a *qualidade intrínseca e*

Compreende-se de forma majoritária na doutrina contemporânea que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o valor basilar dos direitos humanos e fundamentais, encarados sob a perspectiva ocidental. É nesse contexto que se afirma que o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais configura uma exigência da dignidade da pessoa humana,⁸ pelo fato de os direitos fundamentais constituírem explicitações desta dignidade,⁹ de modo que em cada um deles se pode identificar um conteúdo ou alguma projeção da dignidade da pessoa.¹⁰ Não se pode confundir essa relação, entretanto, com uma suposta identidade entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade: este se expressa através daqueles em diferentes graus, compondo, de modo geral, parcela do seu conteúdo. Assim, embora com diferentes graus de vinculação, a dignidade da pessoa humana, na condição de valor e princípio normativo fundamental, atrai o conteúdo dos direitos fundamentais,¹¹ exigindo e pressupondo o seu reconhecimento e proteção.¹²

Nos últimos anos, o recurso reiterado – e muitas vezes inadequado – à noção de dignidade da pessoa humana acabou por acarretar certa banalização desse princípio, forçando a doutrina do Direito Constitucional a buscar definir o seu conteúdo com maior precisão. Foi justamente com esse propósito que Luís Roberto Barroso, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, propôs-se a identificar um conteúdo mínimo do princípio da dignidade da pessoa humana, delimitando de modo mais acurado o seu teor jurídico-constitucional. Esse conteúdo mínimo, nos termos da proposta desenvolvida por Barroso, é formado por três dimensões, as quais permitem encarar a dignidade como *valor intrínseco*, *autonomia* e *valor comunitário*.¹³ Para os fins a que se destina este estudo, cumpre analisar o primeiro deles.

*distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 60).*

⁸ Nessa linha, sublinha Antonio Enrique Pérez Luño: “La dignidad humana supone el valor básico (*grundwert*) fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral” (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 318).

⁹ José Carlos Vieira de Andrade identifica os direitos fundamentais por seu conteúdo comum baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, sustentando que tal princípio concretiza-se pelo reconhecimento e positivação de direitos e garantias fundamentais. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 83 e ss.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004. p. 244.

¹¹ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998. p. 92. Deve-se registrar, contudo, a impossibilidade de se reconduzir diretamente todos os direitos fundamentais previstos na nossa Constituição ao princípio da dignidade da pessoa humana, havendo, como já frisado, diferentes graus de intensidade dessa correlação.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 85.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 72.

De acordo com Luís Roberto Barroso, a dignidade humana como *valor intrínseco* “corresponde ao conjunto de características que são inerentes e comuns a todos os seres humanos, e que lhes confere um *status* especial e superior no mundo, distinto de outras espécies. (...) No plano jurídico, o valor intrínseco está na origem de um conjunto de direitos fundamentais”.¹⁴ Entre tais direitos, o autor destaca “o *direito à integridade psíquica ou mental*, [que] na Europa e em muitos países da tradição do *civil law* compreende o direito à honra pessoal e à imagem, bem como à privacidade”.¹⁵

Daí se depreende que *os direitos fundamentais à intimidade, à honra e à privacidade* – todos dotados de extrema relevância para a análise da hipótese levantada – constituem elementos que integram o *núcleo do princípio da dignidade da pessoa*, pois derivam da noção de dignidade como *valor intrínseco* a todo ser humano, conforme bem observa Luís Roberto Barroso. São direitos intimamente conectados com esse fundamento basilar da República Federativa do Brasil, assim reconhecido pelo art. 1º, III, da Constituição Federal, razão pela qual a sua restrição por qualquer dos Poderes Públicos – aí incluído o Judiciário – só será admitida em hipóteses excepcionais e desde que cumpridos determinados requisitos impostos pela ordem constitucional. Essa vinculação direta é também reconhecida por Ingo Wolfgang Sarlet, ao acentuar que “dos direitos fundamentais que dizem respeito à proteção da dignidade e personalidade humanas, o direito à privacidade (ou vida privada) é um dos mais relevantes, embora nem sempre tenha sido contemplado nas constituições, ao menos, não expressamente”.¹⁶

O constituinte brasileiro de 1988, no entanto, tomou esse cuidado. Com o escopo de densificar esse desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, a atual Constituição da República Federativa do Brasil assegurou, em dispositivo específico encartado no rol de direitos fundamentais do cidadão, o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Trata-se do art. 5º, X, que assim determina: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Dessa disposição constitucional decorre “o *direito às esferas íntima, secreta e privada*, assegurando o respeito de um ‘âmbito protegido’ e de uma situação de inviolabilidade documental, de dados e de comunicações pessoais, sendo a intimidade o núcleo mais sensível e, consequentemente, nuclear da esfera privada, ‘espaço último intangível da liberdade humana’”.¹⁷ Esse direito, segundo J. J. Gomes Canotilho e

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, p. 76-77.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, p. 78.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 390.

¹⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. Art. 5º, X. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 277.

Vital Moreira, manifesta-se especialmente a partir de duas facetas: “(a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem”.¹⁸

O que se pode concluir deste segundo tópico é que a *Constituição de 1988 assegurou, como desdobramento do princípio da dignidade da pessoa e elemento essencial da noção de dignidade como valor intrínseco do ser humano, o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e da privacidade, que impõe ao Estado e aos demais particulares o dever de respeito a uma esfera intangível da vida privada do cidadão, a qual compreende o resguardo de documentos, dados, correspondências e comunicações pessoais do indivíduo.*

3 O sigilo bancário e fiscal como elemento integrante do direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e da privacidade

Até o ano de 1964 o ordenamento jurídico brasileiro não dispunha de legislação específica que tratasse do sigilo bancário. Com o advento da Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964 o costume, até então a principal fonte da obrigação dos bancos de preservar o sigilo das transações bancárias dos clientes,¹⁹ deu lugar à regulamentação legislativa do tema. A lei, de forma inovadora no país, visava a regular o cada vez mais forte sistema financeiro nacional. Dispôs no seu artigo 38 sobre a obrigação das operadoras financeiras de conservar o “sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”.

A doutrina partiu do conceito fixado na lei para então formular os contornos jurídicos do instituto do sigilo bancário, válidos até hoje. Passou-se a defini-lo como um direito do sujeito, pessoa física ou jurídica, ao segredo em relação às suas informações disponibilizadas aos bancos. Para esses, em contrapartida, surgia o dever de segredo, oriundo do próprio exercício da atividade profissional desempenhada pelas instituições financeiras. O delineamento desse direito subjetivo ao segredo consagrou a definição proposta por Sérgio Carlos Covello ainda na primeira edição

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 467-468.

¹⁹ Acerca da origem consuetudinária do sigilo bancário no Brasil, mas também da influência do Código Comercial de 1850 na proteção do segredo, discorre Sérgio Carlos Covello: “Inerente à atividade dos Bancos, o sigilo bancário ingressou em nosso Direito como costume *praeter legem* e só tardiamente, há pouco mais de trinta anos, mereceu, a atenção do legislador pátrio, a exemplo do que ocorreu em outros sistemas jurídicos. É verdade que, com a promulgação do Código Comercial, em 1850, o sigilo bancário ganhou certo arrimo legal no artigo 17 que trata do sigilo mercantil, aplicável também aos Bancos e às operações bancárias, por força dos artigos 119 e 120: ‘Nenhuma autoridade, Juízo ou Tribunal, debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja, – reza o dispositivo – pode praticar, ordenar alguma diligência para examinar se o comerciante arranja ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou mesmo se tem cometido algum vício’ (COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. 2. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001. p. 74).

de seu *O Sigilo Bancário*, em 1991, e que se seguiu nas edições seguintes. Para o autor, o sigilo bancário corresponde à “obrigação que têm os Bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional”.²⁰

Tal obrigação de não fazer recai sobre o banco em face de todos. Vale, pois, *erga omnes*, impondo-se como dever de respeitar o direito à intimidade dos clientes e de terceiros não clientes partícipes das operações e serviços bancários. Logo, enquanto o *sujeito passivo* da obrigação de sigilo é o banco (incluídos aí todos seus empregados que tenham acesso às informações sigilosas), o *sujeito ativo* titular do direito é tanto o cliente da instituição quanto “qualquer pessoa que de forma direta ou indireta entre em contato com o Banco”.²¹ Isto é, terceiros relacionados ao cliente do banco e alheios à relação jurídica travada entre este e aquele também estão protegidos pela cláusula de sigilo.

Contudo, não só as instituições bancárias propriamente ditas estão obrigadas à preservação do caráter sigiloso das informações obtidas em razão do exercício profissional da atividade. Todas as instituições integrantes do sistema financeiro nacional estão abrangidas pela regra do sigilo, bem como o Conselho Monetário Nacional e as empresas de fomento comercial. Daí que alguns autores preferam a designação “sigilo financeiro” em oposição à expressão mais restrita de “sigilo bancário”.²² Tal posição se fortaleceu com a entrada em vigência da Lei Complementar nº 105/2001, em 10 de janeiro de 2001. A lei que atualmente rege o sigilo das operações das instituições financeiras lista no artigo 1º, §1º e 2º todas as instituições vinculadas ao dever de sigilo. Entre elas estão: distribuidoras de valores mobiliários, corretoras de câmbio e de valores mobiliários; sociedades de crédito, financiamento e investimentos; sociedades de crédito imobiliário; administradoras de cartões de crédito; sociedades de arrendamento mercantil; administradoras de mercado de balcão organizado; cooperativas de crédito; associações de poupança e empréstimo; bolsas de valores e de mercadorias e futuros; entidades de liquidação e compensação; empresas de fomento comercial; e “outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional”.

Por determinação da Lei Complementar nº 105/2001 e, como se verá mais abaixo, principalmente por mandamento constitucional, essas entidades estão vinculadas à obrigação de não revelar informações sobre as operações de crédito realizadas entre os usuários do sistema financeiro. Aliás, nem mesmo dados “referentes aos serviços secundários ou acessórios, ou seja, as operações de mediação, como

²⁰ COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 1991. p. 69; COVELLO, Sérgio Carlos. *Op. Cit.*, p. 86.

²¹ COVELLO, Sérgio Carlos, *Op. Cit.*, p. 96-100.

²² BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.66.

serviços de cobrança e ordens de pagamento, e operações de custódia, como depósito de bens e locação de cofres” podem ser revelados a terceiros pelas instituições financeiras, em regra, sem autorização *judicial*.²³

É nesse ponto que o sigilo financeiro se diferencia do sigilo fiscal. Os institutos não se confundem, eis que enquanto o primeiro faz surgir uma obrigação das entidades listadas no artigo 1º da Lei Complementar nº 105/2001, o segundo tem amparo no art. 198 do Código Tributário Nacional,²⁴ e se opõe em face das “pessoas políticas de direito público, às autoridades, na qualidade de seus órgãos, e aos seus

²³ A doutrina de Sérgio Carlos Covello trata dos limites do sigilo financeiro classificando-os em (i) limites naturais e (ii) limites legais. Os (i) limites naturais dizem respeito àquelas situações em que o sigilo financeiro é relativizado em virtude da vontade do titular do direito ao segredo, da natureza da operação bancária, ou ainda das regras gerais de Direito Civil. São exemplos de limites naturais a revelação dos dados sigilosos ao próprio titular; aos seus representantes e mandatários, nos termos permitidos na procuração; aos herdeiros e sucessores; às pessoas permitidas pelo titular do direito; ao co-titular da conta conjunta; e até mesmo aos funcionários do banco. A seu turno, os (ii) limites legais estão compreendidos nas hipóteses listadas na Lei Complementar nº 105/2001, que permite a quebra do sigilo quando o direito à intimidade do titular do direito ao segredo colide com o interesse público. São casos de limites legais previstos na referida lei: a revelação dos dados por ordem do Poder Judiciário (art. 1º, §4º e art. 3º, §1º); o envio de informações bancárias ao Poder Legislativo, quando do exercício do poder de investigação conferido pela Constituição às Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs (art. 4º, §§1º e 2º); a remessa dos dados sigilosos espontaneamente à Receita Federal, nos termos do art. 5º e Decreto nº 4.489/2002; ou ainda a revelação aos agentes fiscais tributários e autoridades dos extratos e dados bancários necessários à instrução de procedimento fiscal instaurado no âmbito municipal, estadual ou federal (COVELLO, Sérgio Carlos. *Op. Cit.*, p. 171-222). Apesar do rol dos limites legais apresentado, há quem negue a possibilidade de quebra do sigilo pelo Poder Legislativo e Poder Executivo, adrogando assim pela inconstitucionalidade de todas as disposições que autorizam a requisição direta aos integrantes do sistema financeiro dos dados bancários pelas CPIs ou por órgãos da Administração direta ou indireta responsáveis pela cobrança de tributos. É a posição de Juliana Garcia Belloque, para quem “o Poder Judiciário é o único legitimado, no Estado Constitucional brasileiro, para a decretação da quebra de sigilo financeiro, ato de restrição do direito fundamental à intimidade (...) [que] apenas pode ocorrer por meio do devido processo legal, cujo desenvolvimento exige a atuação condutora do juiz constitucionalmente competente” (BELLOQUE, Juliana Garcia. *Op. Cit.*, p. 122). Há, por outro lado, os defensores da constitucionalidade de todos os limites legais apresentados. Roberto Massao Chinen justifica a necessidade das “medidas trazidas pela Lei Complementar 105/2001 (...), pois constituem os meios mais eficazes para os fins a que se destinam, isso é, quaisquer outras alternativas, ainda que menos restritivas de direitos individuais, são desprovidas de igual potencial para diminuir as distorções da aplicação do princípio da capacidade contributiva. A potencialidade da medida ora em análise pode ser também aferida pelo efeito que ela provoca na sociedade, como uma forma de manifestação do poder de polícia exercido pela Administração Tributária (...)” (CHINEN, Roberto Massao. *Sigilo bancário e o fisco: liberdade ou igualdade?* Curitiba: Juruá, 2005. p. 186). A controvérsia, de todo modo, pende de julgamento nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade de números 2.386, 2.390 e 2.397, que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal, nas quais se discute a existência ou não de reserva de jurisdição para a quebra do sigilo bancário e fiscal.

²⁴ Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. §1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. §2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. §3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a: I – representações fiscais para fins penais; II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; III – parcelamento ou moratória.

funcionários, agentes público técnicos”.²⁵ Feita a diferenciação, incumbe ressaltar a semelhança entre os sigilos financeiro e fiscal quanto à sua fonte: ambos têm origem nos direitos à intimidade e privacidade, positivados na Constituição como direitos fundamentais. A identidade dos institutos permite estender a ambos, até certo ponto, as considerações traçadas neste estudo sobre a quebra do sigilo e seus requisitos.

O tema é complexo e embora a Lei Complementar nº 105/2001 busque regular as minúcias do direito ao sigilo bancário, elucubrações teóricas das mais diversas se dirigem à *fundamentação* desse instituto jurídico. A existência de diversas correntes aptas ao embasamento do direito ao sigilo²⁶ não exclui as vantagens reconhecidas pela doutrina na utilização da teoria do direito à intimidade. Denominada por Sérgio Carlos Covello de “teoria do direito de personalidade”, essa construção teórica explica o sigilo financeiro como “manifestação do direito genérico à intimidade e, portanto, um dos direitos de personalidade, encontrando seu fundamento na própria natureza humana”.²⁷ Para o autor não há dúvidas de que a razão de ser do sigilo bancário está na proteção da intimidade do cidadão.²⁸

Fruto das concepções liberais dos direitos fundamentais, essa doutrina “reconhece que o aspecto econômico ou patrimonial faz parte da intimidade das pessoas, tema esse bastante controvertido”.²⁹ De outro modo não poderia ser, afinal, todas as informações pessoais consubstanciadas nas transações bancárias efetuadas cotidianamente permitem o conhecimento de dados individuais e familiares dos usuários do sistema financeiro. A complexa rede de dados tecida a partir de uma simples compra e venda mediada pelo sistema bancário permite saber a localização do sujeito, nome, idade, endereço, seus gostos, preferências e até mesmo doenças que ele possa ter. Além disso, a ampla disseminação dos serviços bancários para todos os estratos da população expande a importância do direito ao sigilo para a sociedade. Não mais apenas um pequeno círculo de privilegiados utilizadores de contas bancárias recheadas de dinheiro têm interesse em fazer valer a proteção da vida íntima e privada. É

²⁵ BELLOQUE, Juliana Garcia. *Op. Cit.*, p. 82.

²⁶ É possível fazer referência ao menos a seis teorias que embasam o sigilo bancário: (i) a teoria contratualista explica o sigilo como obrigação acessória do pacto firmado entre o banco e o cliente; (ii) a teoria consuetudinária fundamenta o sigilo no costume largamente aceito da obrigação do banqueiro de resguardar o segredo das operações bancárias dos clientes; (iii) a teoria da responsabilidade civil propõe que o direito ao sigilo surge do dever geral da não causar dano a outrem, sob pena de sujeitar o infrator, no caso o banco, às sanções reparatórias; (iv) a teoria da boa-fé encontra na lisura, honestidade e probidade a coluna estruturante do dever de sigilo; (v) a teoria do segredo profissional engloba o sigilo financeiro entre os deveres da profissão de banqueiro, sujeito de confiança dos clientes e guardião de seus dados íntimos; (vi) a teoria dos direitos da personalidade apoia-se no direito à intimidade e privacidade do cliente do banco, que ao realizar transações bancárias termina por revelar uma série de informações pessoais do cliente e de terceiros. Esta última é a teoria mais aceita pela doutrina brasileira, e encontra base legal no art. 5º, X da Constituição. Para mais detalhes, ver CHINEN, Roberto Massao. *Op. Cit.*, p. 23-29.

²⁷ COVELLO, Sérgio Carlos. *Op. Cit.*, p. 150.

²⁸ COVELLO, Sérgio Carlos. *Idem*, p. 156.

²⁹ CHINEN, Roberto Massao. *Op. Cit.*, p.29.

interesse legítimo de todos a preservação de informações individuais inevitavelmente reveladas em transações financeiras.

O direito ao sigilo, portanto, deriva principalmente do direito fundamental assegurado no art. 5º, X, da Constituição Federal, merecedor da máxima tutela jurídica pelo sistema normativo, imediatamente aplicável e protegido como cláusula pétrea contra emendas constitucionais abolitivas.³⁰ Essas são razões suficientes para justificar as penas impostas aos sujeitos que violam o segredo financeiro. A mesma Lei Complementar nº 105/2001, disciplinadora do sigilo bancário, qualifica como crime sua quebra injustificada:

Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.

Fica claro o grau de relevância do sigilo bancário como manifestação concreta do direito à intimidade. É dizer, dentre os aspectos que compõem o conteúdo jurídico do direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e da privacidade encontra-se a salvaguarda do sigilo bancário e fiscal. Sendo assim, as hipóteses de quebra, como visto, são restritas, pois entendidas como *exceção* a um direito consagrado no catálogo do Título II da Constituição.

Pouco importa que no elenco de direitos fundamentais enunciado pelo Título II da Constituição Federal não haja expressa referência aos termos “sigilo bancário” e “sigilo fiscal”. A doutrina majoritária *deduz* a sua proteção do próprio art. 5º, X, quando tutela os direitos à privacidade e à intimidade.³¹

Há, ainda, autores que reconhecem o assento normativo do direito fundamental ao resguardo do sigilo bancário e fiscal no art. 5º, XII, da Constituição, segundo o qual “*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*”. Sustentam tais autores que além de ser dedutível da proteção à intimidade e à privacidade, a proteção constitucional do sigilo bancário e fiscal encontra-se contemplada pela expressão “sigilo de dados” inscrita no art. 5º, XII, da CF.³²

³⁰ BELLOQUE, Juliana Garcia. *Op. Cit.*, p.73.

³¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 620 e ss.; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 396.

³² Nessa linha: CORRÊA, Luciane Amaral. O princípio da proporcionalidade e a quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal nos processos de execução. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo*

Independentemente da fundamentação apresentada pela doutrina, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que a proteção do sigilo bancário goza da condição de autêntico *direito fundamental* no ordenamento constitucional brasileiro, característica que atrai sobre ele a incidência do regime jurídico peculiar de que desfruta essa espécie de direitos, notadamente no que diz respeito aos limites à sua restrição pelos Poderes Públicos. São vários os julgados que merecem destaque, posto que consignam expressamente o caráter de fundamentalidade do direito, como por exemplo o Mandado de Segurança nº 22934, de relatoria do então Ministro Joaquim Barbosa e julgado em 17.04.2012. Na decisão, ao afastar a possibilidade de quebra de sigilo pelo Tribunal de Contas da União, o relator fez constar que este tribunal “não está autorizado a requisitar informações que importem a quebra de sigilo bancário, por não figurar dentre aqueles a quem o legislador conferiu essa possibilidade, nos termos do art. 38 da Lei 4.595/1964, revogado pela Lei Complementar 105/2001. Não há como admitir-se interpretação extensiva, por tal implicar restrição a direito fundamental positivado no art. 5º, X, da Constituição”.³³

Outros julgados do Supremo Tribunal Federal ratificam o entendimento exposto.³⁴ Destarte, observa-se que *para a Suprema Corte brasileira, o resguardo do sigilo*

pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 165 e ss; TEIXEIRA, Eduardo Didonet; HAEBERLIN, Martin. *A proteção da privacidade: aplicação na quebra de sigilo bancário e fiscal*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2005. p. 91-92.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22934. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Julgado em 17.04.2012. Acórdão eletrônico DJE-090. Divulgado em 08.05.2012. Publicado em 09.05.2012.

³⁴ Quanto a esse reconhecimento bastante consolidado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, vale destacar as decisões proferidas no *Habeas Corpus* n. 96056 (“*Habeas Corpus*. 2. *Quebra de sigilo bancário* e telefônico. Alegação de que as decisões proferidas pelo magistrado de primeiro grau não foram devidamente motivadas, por terem apresentado mera menção às razões expostas pelo Parquet. 3. *Ausência de decisão com fundamentos idôneos para fazer ceder a uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional*. 4. Prova ilícita, sem eficácia jurídica. Desentranhamento dos autos. 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, deferido”). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 96056. Relator: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 28.06.2011. Acórdão eletrônico DJE-089. Divulgado em 07.05.2012. Publicado em 08.05.2012), no Mandado de Segurança n. 22801 (“Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Banco Central do Brasil. *Operações financeiras. Sigilo*. 1. A Lei Complementar nº 105, de 10.1.01, não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a *quebra do sigilo bancário* de dados constantes do Banco Central do Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§1º e 2º do art. 4º). 2. Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, *não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário*. 3. Ordem concedida para afastar as determinações do acórdão nº 72/96 - TCU - 2ª Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no Acórdão nº 54/97 - TCU - Plenário”). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22801. Relator: Min. Menezes Direito. Tribunal Pleno. Julgado em 17.12.2007. Acórdão eletrônico DJE-047. Divulgado em 13.03.2008. Publicado em 14.03.2008) e no Mandado de Segurança n. 23851 (“COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – *QUEBRA DE SIGILO* – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO CONCRETA DE CAUSA PROVÁVEL – NULIDADE DA DELIBERAÇÃO

bancário e fiscal constitui legítimo direito fundamental do cidadão, derivado da inviolabilidade da intimidade e da privacidade (art. 5º, X, CF), fato que enseja a exigência de uma ampla fundamentação para justificar a sua excepcional restrição pelo Estado.

4 A proteção da intimidade e da privacidade da pessoa para além da vida: legitimidade dos familiares para reivindicar a tutela da memória do *de cujus*

Observadas as duas premissas antes lançadas, cumpre agora examinar os limites e possibilidades da tutela jurídica da intimidade e da privacidade da pessoa, bem como de seu sigilo bancário e fiscal, após o seu falecimento. Isso porque a hipótese da qual se cogita no presente estudo diz respeito à ordem judicial que determina a quebra do sigilo bancário de sujeito investigado em inquérito policial mesmo depois da sua morte.

A análise da questão reclama uma incursão em conceitos básicos do Direito Civil-Constitucional, uma vez que os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade consistem em *direitos da personalidade*, e, portanto, o seu reconhecimento e os seus efeitos estão diretamente ligados ao conceito jurídico de *personalidade civil*.

Para o Direito, o conceito de personalidade é classicamente definido como um atributo jurídico que se traduz na aptidão de desempenhar na sociedade um papel jurídico.³⁵ A doutrina tradicional costuma definir *personalidade* como “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações”.³⁶ Assim sendo, toda pessoa teria personalidade, e ao Direito caberia apenas *reconhecê-la*.

PARLAMENTAR – MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. A QUEBRA DE SIGILO NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE DEVASSA INDISCRIMINADA, SOB PENA DE OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE. – A quebra de sigilo, para legitimar-se em face do sistema jurídico-constitucional brasileiro, necessita apoiar-se em decisão revestida de fundamentação adequada, que encontre apoio concreto em suporte fático idôneo, sob pena de invalidade do ato estatal que a decreta. A ruptura da esfera de intimidade de qualquer pessoa – quando ausente a hipótese configuradora de causa provável – revela-se incompatível com o modelo consagrado na Constituição da República, pois a quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. Não fosse assim, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada, que daria, ao Estado – não obstante a ausência de quaisquer indícios concretos – o poder de vasculhar registros sigilosos alheios, em ordem a viabilizar, mediante a ilícita utilização do procedimento de devassa indiscriminada (que nem mesmo o Judiciário pode ordenar), o acesso a dado supostamente impregnado de relevo jurídico-probatório, em função dos elementos informativos que viessem a ser eventualmente descobertos. A FUNDAMENTAÇÃO DA QUEBRA DE SIGILO HÁ DE SER CONTEMPORÂNEA À PRÓPRIA DELIBERAÇÃO LEGISLATIVA QUE A DECRETA. – A exigência de motivação – que há de ser contemporânea ao ato da Comissão Parlamentar de Inquérito que ordena a quebra de sigilo – qualifica-se como pressuposto de validade jurídica da própria deliberação emanada desse órgão de investigação legislativa, não podendo ser por este suprida, em momento ulterior, quando da prestação de informações em sede mandamental. Precedentes”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23851. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 26.09.2001. DJ 21.06.2002).

³⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 133.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 459-460.

Versando sobre o *início* da personalidade humana, autores como Maria Helena Diniz, lastreados em uma interpretação do art. 2º do Código Civil, inclinam-se para a teoria natalista, segundo a qual a personalidade exsurge a partir do nascimento com vida, cabendo atribuir ao nascituro mera expectativa de direitos. Tal dispositivo estabelece que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. No que diz respeito ao *fim* da personalidade, a mesma autora, ao comentar o art. 6º do Código Civil, conclui pela extinção deste atributo com a morte da pessoa natural (“Art. 6º. A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”).³⁷

Outros juristas, no entanto, ao analisarem os problemas contemporâneos sobre o início e fim da personalidade, vão além dos limites postos pela interpretação literal do Código Civil e buscam realizar a hermenêutica da legislação civil com supedâneo em uma filtragem constitucional. É dizer: o sentido dos enunciados normativos legais passa a ser atribuído à luz da incidência dos princípios e valores albergados na Constituição Federal.

Apenas para citar um exemplo, com apoio no princípio-cerne do ordenamento constitucional brasileiro – a dignidade da pessoa humana – Jussara Maria Leal de Meirelles defende o *status* de dignidade aos *embriões humanos*. Em que pese ser desprovido de personalidade jurídica, o embrião, para a autora, por ser uma pessoa em potencial (e porque todas as pessoas já foram embriões), merece ampla consideração pelo sistema jurídico.³⁸ Dita posição se fundamenta nos pressupostos axiológicos que ligam os embriões aos seres humanos já nascidos. Com isso, restam afastadas posturas científicas utilitaristas na manipulação de embriões, pois estes merecem “respeito à dignidade”.³⁹ É a natureza humana do embrião que impõe o reconhecimento da “necessidade de sua proteção jurídica, assegurando-lhe o direito à vida e o respeito à sua dignidade”.⁴⁰ Para Meirelles, o conceito clássico de pessoa, afeto tão somente aos “parâmetros para a titularidade no comércio jurídico, é insuficiente para atingir a realidade atual dos embriões humanos ‘excedentes’”.⁴¹

O raciocínio acima permite encarar também à luz da normatividade constitucional a questão do *fim da personalidade* – aspecto central para o deslinde do tema ora debatido. Se o conceito de *pessoa* – e de personalidade civil, por extensão – classicamente estabelecido já não serve em sua pureza para regular as questões atinentes ao *início* da vida humana (como é o caso dos embriões), certamente não

³⁷ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.*, p. 465.

³⁸ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 111.

³⁹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Op. Cit.*, p. 164.

⁴⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Idem*, p. 177.

⁴¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Idem*, p. 213.

servirá também como parâmetro único para resolver de forma isolada problemas relacionados ao *final* dela.

A doutrina contemporânea se inclina no sentido de que a personalidade civil não é mais conceito estanque, aplicável pela lógica da subsunção. A *pessoa*, que para o Direito Civil clássico se resumia ao sujeito de direito, deve, para uma visão mais atualizada, “ser considerada um princípio, um bem, um valor em que se inspira o sistema jurídico, superando-se a concepção tradicional, própria do individualismo do século XIX, que exaltava a pessoa apenas do ponto de vista técnico-jurídico”.⁴² Desde esse ponto de vista hodierno da noção jurídica de personalidade, novas considerações devem ter traçadas acerca da afirmação de que ela se extingue com a morte (art. 6º do Código Civil). A personalidade, afinal, é um *valor* a ser resguardado. Sendo assim, conforme reconhece Francisco Amaral, ela se projeta para além da morte.⁴³

Nesse mesmo sentido ensina Gustavo Tepedino. Ao tratar dos direitos da personalidade, o autor remete à cláusula geral de proteção e à necessidade de o intérprete basear-se na dignidade da pessoa humana, valor sobranceiro do ordenamento jurídico pátrio. Tepedino é claro ao definir a personalidade humana como “um valor jurídico, insusceptível, pois, de redução a uma situação jurídica-tipo ou a um elenco de direitos subjetivos típicos”.⁴⁴

Ao expor as diversas teorias que explicam o começo da personalidade humana para o Direito, Francisco Amaral esclarece que a questão do início da personalidade “simplifica-se com a concepção moderna, que distingue personalidade da capacidade, atribuindo a primeira ao nascituro e ao *defunto*, e a segunda aos indivíduos com vida extrauterina”.⁴⁵ Ou seja, o jurista mencionado não apenas entende possível a *projeção* da personalidade para além da morte, como entende que esse predicado é ínsito ao falecido. Essa consideração, que reconhece personalidade ao *de cuius*, encara tal atributo como um *valor jurídico* reconhecido em todos os indivíduos e grupos. Ao ser juridicizada na forma de *princípio jurídico* é que a personalidade se torna, então, pressuposto de direitos e deveres. Destarte, apenas após sua consideração axiológica é que o conceito de personalidade civil se traduz na aptidão de ser titular de relações jurídicas.⁴⁶

Assim considerado, em que pese a máxima *mors omnia solvit*, o Direito não deixa de se preocupar com a proteção do corpo humano já sem vida, pois o resguardo de sua dignidade é relevante mesmo em se tratando de pessoa que já não pode exprimir sua vontade. É sob o influxo dessas ideias que o tema merece ser tratado.

⁴² AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 254.

⁴³ AMARAL, Francisco. *Op. Cit.*, p. 260.

⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo. Introdução: crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XXIII.

⁴⁵ AMARAL, Francisco. *Op. Cit.*, p. 258. (grifos ausentes no original)

⁴⁶ AMARAL, Francisco. *Op. Cit.*, p. 254-255.

A questão específica dos direitos da personalidade e da sua projeção *post mortem* é tratada sob essa perspectiva por Elimar Szaniawski, Professor de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná. Segundo o jurista, “com a morte, cessam os direitos inerentes à pessoa humana. (...) *Pode, no entanto, ocorrer a existência de efeitos reflexos que venham a atingir os familiares e pessoas ligadas ao morto, ofendendo seus sentimentos, quanto então, apesar da extinção do direito geral de personalidade pela morte da pessoa, a proteção em relação à sua boa fama, à sua boa imagem, deverá continuar a persistir durante algum tempo, contra os atos ou as divulgações de fatos que atentem contra aspectos íntimos e pessoais do falecido totalmente desnecessários, somente divulgados para satisfazer à curiosidade popular*”.⁴⁷

Logo, do mesmo modo que a manipulação de embriões está sujeita a inúmeras regras – que afastam a utilização desmedida de potenciais pessoas humanas – a preservação da memória da pessoa falecida se impõe perante posturas utilitaristas. A partir dessas considerações permite-se conciliar o já referido artigo 6º do Código Civil (“A existência da pessoa natural termina com a morte...”) com o artigo 12, parágrafo único, do mesmo diploma normativo, que assim dispõe:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

O referido dispositivo do Código Civil admite que os familiares promovam a tutela jurídica, inclusive pelas vias judiciais, dos direitos de personalidade que eram titularizados pelo falecido – aí incluídos os direitos à intimidade e à privacidade. Cuida-se de inclusão expressa, na legislação civil, de proposta que de há muito vinha sendo defendida pela doutrina, como se denota do pensamento de Luiz da Cunha Gonçalves: “até os mortos têm a sua honra, que aos parentes sobrevividos cumpre defender: ‘*semper enim haeredis defuncti existimationem purgare*’ [é sempre do interesse dos herdeiros limpar a reputação do morto], diziam já os romanos”.⁴⁸

Sílvio de Salvo Venosa, comentando o parágrafo único do artigo 12 do Código Civil, compartilha do mesmo entendimento. Para tanto, cita Karl Larenz em defesa da legitimidade dos familiares do falecido para defenderem sua honra ou quaisquer resquícios da personalidade que sobrevierem à morte. Os familiares são “fiduciários” dessa faculdade que é proteger a dignidade do falecido.⁴⁹

⁴⁷ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 217-218. (grifos ausentes no original)

⁴⁸ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. v. 3. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. p. 13.

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 24.

Não há dúvidas, portanto, de que o Direito positivo brasileiro admite explicitamente a possibilidade de os parentes, nos termos do art. 12, parágrafo único do Código Civil, reivindicarem judicialmente a tutela *preventiva* ou *ressarcitória* dos direitos à intimidade e à privacidade do falecido. Não se trata aqui de uma transmissão *post mortem* dos direitos de personalidade do *de cuius*, mas sim de *direito próprio* da família reconhecido textualmente pela lei.⁵⁰

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, em célebre caso que envolvia o jogador de futebol Garrincha, reconheceu o direito dos filhos à tutela da honra e da imagem do pai falecido. Decidiu a Corte que os filhos tinham direito à reparação por danos materiais e morais decorrentes da publicação não autorizada da biografia do pai, com conteúdo lesivo à sua memória. No caso aludido afastou-se qualquer possibilidade de fenecimento do direito de defesa da imagem e honra do pai já falecido por seus filhos. A intransmissibilidade dos direitos da personalidade não significa a subtração da legitimidade dos filhos para proteção da honra e intimidade do *de cuius*, conforme apresentado na decisão do Superior Tribunal de Justiça. Na ementa do acórdão no Recurso Especial n. 521.697 constou inequivocamente que “a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo (...)”.⁵¹

Em diversas outras decisões o Superior Tribunal de Justiça brasileiro manifesta idêntico entendimento, como se denota, exemplificativamente, da leitura do acórdão do Recurso Especial n. 1.005.278.⁵² Some-se a isso o fato de que o Enunciado

⁵⁰ Nesse sentido, Aparecida Amarante defende que: “A proteção jurídica, a partir da morte do *de cuius*, pertence à família, como direito próprio, que não foi transmitido em razão da morte” (AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 144).

⁵¹ Observe-se a ementa do acórdão citado: “CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO À IMAGEM E À HONRA DE PAI FALECIDO. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material. Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Segundo recurso especial das autoras não conhecido. Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 521.697/RJ. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Quarta Turma. Julgado em 16.02.2006. DJ 20.03.2006).

⁵² “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DIREITO À IMAGEM. MORTE EM ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. 1. (...) 2. Havendo violação aos direitos da personalidade, como utilização indevida de fotografia da vítima, ainda ensanguentada e em meio às ferragens de acidente automobilístico, é possível reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, conforme art. 12 do Código Civil/2002. 3. Em se tratando de pessoa falecida, terá legitimação para as medidas judiciais cabíveis, o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral, até o quarto grau, independentemente da violação à imagem ter ocorrido antes ou após a morte do tutelado (art. 22, §único, C.C.). 4. (...). 5. (...). RECURSO ESPECIAL PROVIDO” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1005278/SE. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 04.11.2010. DJe 11.11.2010).

nº 275 aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal reconhece ao companheiro em união estável a legitimidade para proteger os direitos da personalidade do companheiro falecido.⁵³ Portanto, seja esposo ou esposa, companheiro ou companheira, a legitimidade é a mais abrangente possível para a defesa de todos os aspectos ligados à personalidade do morto.

Inferese, por conseguinte, que *a proteção da intimidade e da privacidade do falecido pode ser reivindicada judicialmente por seus familiares, seja através de um pedido de tutela preventiva, com vistas a evitar lesões à memória do “de cujus”, seja mediante um pedido de tutela ressarcitória, voltada à reparação de danos morais e materiais já ocasionados.*

5 A quebra do sigilo bancário como restrição a direito fundamental sujeita à observância do princípio da proporcionalidade

Viu-se, até aqui, que: (i) o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e da privacidade encontra-se intrinsecamente conectado com o princípio da dignidade da pessoa humana; (ii) a proteção ao sigilo bancário compõe o conteúdo desse direito fundamental; (iii) quando se trata do resguardo da intimidade e da privacidade de pessoa falecida, aí incluída a proteção do sigilo bancário, sua tutela judicial pode ser promovida por seus familiares. Cabe, neste momento, verificar os requisitos que o sistema constitucional impõe para que o Poder Judiciário possa autorizar a restrição desse direito fundamental por meio da determinação da quebra do sigilo bancário.

Os direitos à privacidade e à intimidade, assim como – em regra – os demais direitos fundamentais, não ostentam caráter absoluto. Na teoria e na dogmática constitucionais contemporâneas tem prevalecido a concepção bastante difundida por Robert Alexy, segundo a qual os direitos fundamentais são, geralmente, protegidos pelas Constituições por enunciados normativos que veiculam *princípios jurídicos*. De acordo com essa leitura, os princípios, como espécie do gênero *norma*, possuem um aspecto que as *regras jurídicas* não detêm: a *dimensão de peso ou importância*. Se dois princípios colidirem num caso concreto, o intérprete que irá resolver a questão deverá levar em conta a força relativa de cada um, isto é, o peso que cada princípio deve exercer naquela situação específica. Não obstante, ambos continuam pertencendo ao ordenamento, não havendo a necessidade de declarar a invalidade de nenhum deles. Se um princípio teve importância maior em uma determinada hipótese, isso pode se dar de forma diversa diante de circunstâncias diferentes.⁵⁴

⁵³ Enunciado nº 275: “Arts. 12 e 20. O rol dos legitimados de que tratam os arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil também compreende o companheiro”.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 42-43.

Robert Alexy registra que o ponto decisivo para a diferenciação entre regras e princípios é que estes últimos são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das condições fáticas e jurídicas presentes no caso concreto. São, por isso, *mandamentos de otimização*, caracterizados por poderem ser aplicados em diferentes graus, a depender das circunstâncias de cada situação. As *regras*, por outro lado, são normas que devem ser aplicadas em uma única medida: se a regra for válida, “deve fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos”.⁵⁵

O conflito entre duas regras, para Alexy, resolve-se de dois modos: (i) ou se introduz em uma das regras uma cláusula de exceção que afasta o conflito; (ii) ou deve ser declarada a invalidade de pelo menos uma delas. Nessa segunda hipótese, o autor sugere também que se recorra aos critérios de resolução de antinomias citados por Ronald Dworkin (norma superior derroga a norma inferior, norma posterior derroga a norma anterior, norma especial derroga a norma geral).⁵⁶ Sendo assim, as regras, a menos que se tenha criado uma exceção, são *razões definitivas* para decidir.⁵⁷

A colisão entre princípios, de acordo com Alexy, deve ser solucionada mediante a *técnica da ponderação*. Se dois princípios, num determinado caso, indicarem caminhos opostos a serem seguidos, não há que se declarar a invalidade de um deles, nem incluir uma cláusula de exceção. Um irá ceder passo ao outro, conforme o peso exercido por cada um deles naquelas circunstâncias. Através da ponderação se determinará qual princípio deve possuir um peso maior na situação específica, de sorte que o conteúdo de ambos os princípios colidentes seja realizado na maior medida possível, produzindo um resultado ótimo. Daí porque os princípios serem conceituados pelo autor como *mandamentos de otimização*.⁵⁸

Por esse motivo, os princípios, distintamente das regras, não instituem deveres e direitos *definitivos*, mas apenas *prima facie*. O comando do princípio, embora imponha uma ordem a ser cumprida, pode ser afastado por razões opostas, diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Assim, havendo colisão entre dois princípios que determinam, *prima facie*, que algo seja realizado na maior medida possível, deve ser estabelecida uma *relação de precedência condicionada*. Ou seja: é preciso que sejam indicadas quais as condições sob as quais um princípio precede a outro.⁵⁹

Em caso de colisão, não poderia haver uma precedência *a priori* de uma norma principiológica sobre outra: seria necessário, em cada caso, realizar um sopesamento

⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 67-68.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério...* *Op. Cit.*, p. 39.

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...* *Op. Cit.*, p. 69-70 e 82-84.

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Idem*, p. 70-71.

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Idem*, p. 71 e 79-82.

para concluir qual delas deveria exercer um peso maior diante das circunstâncias fáticas e jurídicas ali presentes.⁶⁰ A resolução da colisão dar-se-ia através da aplicação do *princípio da proporcionalidade*, que conduziria à adoção da medida mais adequada (subprincípio da *adequação*), menos restritiva aos princípios que cederam passo à norma prevalente naquela situação (subprincípio da *necessidade*), e mais consentânea com a valoração dos bens jurídicos e interesses em jogo (subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*).⁶¹

Desse modo, como os direitos fundamentais decorrem, em geral, de normas constitucionais com estrutura de *princípios*, uma das formas de resolver os casos de colisão desses direitos com outros interesses individuais ou coletivos também protegidos pela Constituição é através do recurso ao *princípio da proporcionalidade* e à *técnica da ponderação*. A doutrina é pacífica no sentido de que o Estado pode restringir pontualmente o exercício de um direito fundamental constitucionalmente assegurado sempre que este colidir com outro direito fundamental ou com outro bem da mesma estatura jurídica, desde que essa restrição respeite o princípio constitucional implícito da proporcionalidade. É a posição, entre outros, de Luís Roberto Barroso, Gilmar Ferreira Mendes, Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire, Virgílio Afonso da Silva, Fernando Dias Menezes de Almeida, Jorge Reis Novais e Carlos Bernal Pulido.⁶²

Assim, o *princípio da proporcionalidade* constitui parâmetro jurídico para se avaliar a conformidade das restrições de direitos fundamentais com a Constituição Federal. Seu fundamento normativo se encontra no art. 5º, LIV, da Lei Fundamental, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Trata-se do princípio do *devido processo legal*, que se manifesta em duas vertentes: (i) uma *procedimental*, que exige que qualquer intervenção do Estado na esfera jurídica do cidadão observe um conjunto de *procedimentos e formalidades* previamente estabelecidos no ordenamento jurídico, evitando-se ofensa ao dever de previsibilidade da ação estatal e à segurança jurídica; (ii) outra *substancial*, a qual impõe que as intervenções do Poder Público na órbita jurídica dos indivíduos obedeça

⁶⁰ ALEXY, Robert. *Idem*, p. 72.

⁶¹ ALEXY, Robert. *Idem*, p. 91-95.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 353; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64-82; CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdades do Brasil*, Curitiba, UniBrasil, p. 29-42, mar./ago. 2002; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 167-182; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Liberdade de reunião*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 239 *et seq.*; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 752-765; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. *passim*.

a um processo *substancialmente justo*, isto é, adequado ao caso concreto e aos fins a que se destina, sem excessos, exageros ou descomedimentos.⁶³

É dessa segunda faceta – *substancial* – do princípio do devido processo legal que decorre o princípio da proporcionalidade, cuidando-se, assim, de um princípio constitucional implícito no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, consoante entendimento pacífico da doutrina brasileira.⁶⁴ Qualquer medida interventiva do Estado em direitos fundamentais dos cidadãos que não respeitar o referido princípio importará violação a esse dispositivo constitucional.

O direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e da privacidade, por possuir natureza principiológica, pode colidir como outros direitos fundamentais, como é o caso do direito à liberdade de expressão e manifestação do pensamento,⁶⁵ ou com outros interesses de caráter coletivo igualmente tutelados pela Constituição Federal, como é o caso do interesse público de que o Estado promova a persecução penal. Em situações como essas, o aludido direito fundamental pode sofrer restrições pontuais se – e somente se – essa medida se apresentar: (i) *adequada* a solucionar a colisão entre os princípios em jogo, (ii) *necessária*, por não haver outra medida restritiva menos gravosa à esfera jurídica do titular do direito restringido, e (iii) *proporcional em sentido estrito*, em face da valoração realizada entre os bens jurídicos em conflito.

O que se extrai dessa explicação é que *a quebra do sigilo bancário e fiscal constitui medida restritiva aos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, razão pela qual só poderá ser levada a efeito em hipóteses excepcionálíssimas e apenas se for respeitado integralmente o princípio da proporcionalidade, sob pena de violação ao devido processo legal substancial (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).*

6 A aplicação do princípio da proporcionalidade no caso de colisão entre o interesse público de persecução penal e o direito da família à proteção da intimidade e da memória do falecido

O último ponto que reclama atenção neste estudo consiste na aplicação do princípio da proporcionalidade à situação hipotética apresentada. Tem-se, no caso

⁶³ Sobre essa dupla dimensão da cláusula do devido processo legal, ver: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 29 e ss.

⁶⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdades do Brasil*, Curitiba, UniBrasil, p. 29-42, mar./ago.2002. p. 37; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 295 e ss; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 155-172.

⁶⁵ Ver FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

sob exame, uma colisão entre dois interesses de estatura constitucional: (i) um deles, garantido pela Constituição na forma de *direito fundamental*, consiste no *direito à inviolabilidade da intimidade e da privacidade* (art. 5º, X); (ii) o outro, que no texto constitucional figura na forma de *atribuições do Ministério Público, da Polícia Federal e das Polícias Civis*, consiste no *interesse público de persecução penal*, mediante a apuração de infrações penais e o oferecimento das ações penais (art. 144, §1º, I e §4º⁶⁶ e art. 129, I e VIII⁶⁷).

Eventual ordem judicial proferida em sede de inquérito policial, ao determinar a quebra do sigilo bancário de investigado falecido no curso das investigações, poderia concluir sem maior fundamentação – e não raro assim o faz – pela prevalência pura e simples do segundo interesse acima apontado: o *interesse público de persecução penal* em detrimento do *direito dos familiares à inviolabilidade da intimidade e da privacidade do falecido*. Contudo, se a medida restritiva ordenada pelo Poder Judiciário for analisada à luz do princípio da proporcionalidade, tal como deve ser toda e qualquer providência que vise a restringir o conteúdo de um direito fundamental, percebe-se que são grandes as chances de ela se encontrar em desacordo com o ordenamento constitucional brasileiro.

Como visto no tópico precedente, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá mediante a análise de três subprincípios: (a) *adequação*: a medida restritiva deve ser *adequada* ao alcance da finalidade a que ela se destina; (b) *necessidade*: a medida restritiva deve ser realmente *necessária* para resolver a colisão, isto é, deve-se verificar previamente, entre as medidas restritivas *adequadas*, se não há outra providência *menos gravosa* ao princípio constitucional que será restringido; (c) *proporcionalidade em sentido estrito*: deve ser realizado um sopesamento entre os benefícios alcançados com a adoção da medida restritiva e os prejuízos por ela causados ao princípio constitucional que sofrerá constrição, buscando-se um equilíbrio entre as vantagens e desvantagens. Cumpre analisar cada um deles separadamente.

(a) Em relação ao subprincípio da *adequação*, a medida restritiva ao direito à privacidade e à intimidade (quebra do sigilo bancário) deve revelar-se antes de tudo *adequada* para atingir o fim a que se destina: apurar eventual infração penal cometida

⁶⁶ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...) §1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; (...) §4º às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

⁶⁷ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (...) VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

pelo(s) investigado(s) e promover, se constatados indícios de autoria e materialidade do delito, a ação penal correspondente. Se é verdade que a decretação da quebra do sigilo bancário originalmente *antes do falecimento* do investigado poderia, em tese, apresentar-se adequada, não mais subsiste tal entendimento com a morte do indiciado. Com o seu falecimento, opera-se a perda do objeto do inquérito policial em relação ao *de cuius*, diante da impossibilidade de se promover a persecução penal. O art. 5º, XLV, da Constituição Federal assegura entre os direitos fundamentais a garantia de que “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado*, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. O falecimento de investigado no curso das investigações enseja a extinção da punibilidade e, com isso, torna *desproporcional* – por ofensa ao subprincípio da *adequação* – a decretação do afastamento do sigilo bancário.

(b) Quanto ao subprincípio da *necessidade*, é inegável a existência de diversos outros meios investigatórios de que se pode valer a polícia judiciária sem ter de recorrer à medida extrema que é a quebra de sigilo bancário. Em que pese o Poder Judiciário brasileiro utilize de forma indiscriminada e abusiva o rompimento da proteção constitucional conferida ao sigilo bancário e fiscal, impõe-se a adoção de extrema cautela para o emprego dessa prática, haja vista estar-se lidando com direitos fundamentais da mais alta indagação, como são os direitos à privacidade e à intimidade. Se há no inquérito policial acusação da prática de crime por outras pessoas que não o falecido, compete à polícia judiciária perquirir as condutas dos demais investigados, inquirir testemunhas, buscar evidências documentais, entre outras medidas, em vez de manifestar preferência por devassar informações privadas e íntimas de alguém que já não tem mais condições de depor e dar explicações a respeito de suas operações e movimentações financeiras. Em face da possibilidade de se recorrer a todas essas outras providências de cunho investigativo, afigura-se *desnecessária* – e portanto *desproporcional* – a quebra do sigilo bancário, sempre que houver alternativas *menos gravosas* ao direito dos familiares de proteção à intimidade e à privacidade do *de cuius*.

(c) Finalmente, no que diz respeito ao subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, cabe realizar um sopesamento entre os interesses em conflito e o emprego da quebra de sigilo bancário. De um lado, encontra-se o interesse titularizado pela coletividade de ver as infrações penais apuradas e sancionadas pelo Poder Público, interesse que se encontra resguardado pela Constituição na forma de atribuições das Polícias Judiciárias Cíveis e Federal e do Ministério Público. A única vantagem em favor desse interesse constitucionalmente salvaguardado seria ampliar o número de possibilidades de encontrar evidências que viessem a confirmar as suspeitas de práticas de infração penal pelos investigados. De outra parte, apresenta-se o direito

da família ou herdeiros em ver protegida a intimidade e privacidade do falecido, o qual seria atingido letalmente e de maneira irreversível com a efetivação do rompimento do sigilo bancário. Há, em relação a esse último ponto, dois fatores cruciais que exigem consideração.

O *primeiro fator* consiste no alto grau de vinculação que os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade guardam com o princípio-fundamento da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana. Destacou-se no segundo tópico deste estudo, à luz dos ensinamentos de Luís Roberto Barroso, que a dignidade como *valor intrínseco* de todo o ser humano, para receber uma tutela adequada, impõe o dever de respeito ao *direito à integridade psíquica e mental* da pessoa, o qual contempla o direito à privacidade.⁶⁸ Significa dizer que a restrição desse direito fundamental, que certamente se dará com a quebra do sigilo bancário, implicará também atentado contra o princípio da dignidade da pessoa humana, manifestado como *valor intrínseco* do cidadão. Logo, seria necessária uma carga argumentativa altíssima para que fosse possível justificar essa afetação a um dos principais fundamentos da República, estampado no art. 1º, III, da Constituição Federal.

O *segundo fator* consiste na forma como a Lei Fundamental de 1988 positivou os direitos fundamentais que seriam restringidos com a quebra do sigilo bancário. A redação do art. 5º, X da Constituição assegura expressamente a *inviolabilidade* da intimidade e da privacidade. Não se trata simplesmente de prever a possibilidade de exercício de tais direitos, mas sim de uma garantia à sua *intangibilidade*. Interpretando esse dispositivo constitucional, Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que “ao não prever, para a privacidade e intimidade, uma expressa reserva legal, além de afirmar que se cuida de direitos invioláveis, há que reconhecer que a *Constituição Federal atribuiu a tais direitos um elevado grau de proteção*, de tal sorte que uma restrição apenas se justifica quando necessária a assegurar a proteção de outros direitos fundamentais ou bens constitucionais relevantes”.⁶⁹

Esses dois fatores fazem pesar em favor da proteção do sigilo bancário do *de cuius* um ônus argumentativo imenso, que na hipótese sob discussão não consegue ser facilmente invertido em prol do outro interesse constitucionalmente tutelado em jogo: o interesse público de persecução penal. Se a quebra do sigilo bancário (i) não é medida *adequada* ao fim a que se propõe, pois extinguiu-se a punibilidade em relação ao investigado falecido (art. 5º, XLV, CF); (ii) não é medida *necessária*, eis que existem outras providências menos ofensivas aos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade para apurar as infrações penais investigadas no inquérito policial; (iii)

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 78.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 395. (grifos ausentes no original)

afetaria de forma demasiadamente grave direitos fundamentais intimamente ligados à dignidade da pessoa humana e que são resguardados pelo constituinte como bens jurídicos *invioláveis*; logo, trata-se de uma medida *desproporcional em sentido estrito*.

Como se vê, uma hipotética ordem judicial de quebra de sigilo financeiro de investigado falecido no curso das investigações preliminares ostenta alta probabilidade de: (i) encontrar-se em desacordo com o princípio da proporcionalidade; (ii) mostrar-se incapaz de ultrapassar o teste tríplice à luz dos três subprincípios acima apresentados; e (iii) revelar-se incompatível com a Constituição brasileira de 1988.

Somente circunstâncias fáticas extremamente peculiares seriam capazes de autorizar a restrição pontual do direito da família do *de cujus* à proteção da sua intimidade e privacidade e permitir a quebra de seu sigilo bancário, como, por exemplo, na raríssima hipótese de: (i) estar-se diante de inquérito policial que perquire a prática de crime por outros investigados (que não apenas o *de cujus*) e haver a necessidade de dar seguimento ao inquérito para a investigação de tais condutas por parte dos demais envolvidos; (ii) não existir absolutamente nenhum outro meio de prova – além dos dados bancários do *de cujus* – apto a solucionar a investigação e atestar a prática de crime por outras pessoas que não o falecido; (iii) tratar-se de investigação de crime atentatório contra bens jurídicos de elevado grau de importância, igualmente protegidos como valores constitucionais, a ponto de justificar a restrição de um direito dotado de fundamentalidade tal como a proteção de inviolabilidade de intimidade e da privacidade; (iv) haver farta fundamentação e comprovação da presença dos três requisitos anteriores.

7 Conclusão

O presente artigo propôs-se a apresentar uma resposta à seguinte pergunta: é juridicamente admissível, no sistema constitucional brasileiro, determinar-se judicialmente no curso de um inquérito policial a quebra de sigilo bancário de um investigado após a sua morte? Diante de tudo o que foi exposto, retomando as conclusões a que se chegou ao longo do texto, pode-se inferir que:

1. A Constituição brasileira de 1988 garantiu o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e da privacidade do cidadão, o qual deriva do princípio da dignidade da pessoa na sua acepção de valor intrínseco ao ser humano. Tal direito dirige aos Poderes Públicos e aos sujeitos privados o dever de respeitar uma esfera intangível da vida privada do indivíduo, que abrange a inviolabilidade de documentos, dados, correspondências e comunicações pessoais.

2. A doutrina brasileira e o Supremo Tribunal Federal sedimentaram o entendimento de que a salvaguarda do sigilo bancário e fiscal consiste em autêntico direito fundamental do cidadão, decorrente da inviolabilidade da intimidade e da privacidade (art. 5º, X, da Constituição Federal). Dessa conclusão advém a necessidade de uma

farta motivação para justificar a restrição pontual desse direito por parte dos Poderes Públicos, haja vista tratar-se de valor que recebe uma proteção reforçada pelo ordenamento constitucional e timbrada pelo regime jurídico dos direitos fundamentais.

3. O resguardo da intimidade e da privacidade do *de cuius* pode ser reivindicado judicialmente por seus familiares, tanto mediante um pedido de tutela preventiva voltada a evitar ofensas à memória do falecido, quanto por meio de um pedido de tutela ressarcitória, destinada a reparar prejuízos de natureza moral ou material já ocorridos, uma vez que o próprio art. 12, parágrafo único do Código Civil reconhece expressamente essa possibilidade.

4. Os casos de quebra do sigilo bancário e fiscal do cidadão representam hipótese de *restrição de direito fundamental* (inviolabilidade da intimidade e da privacidade). Por esse motivo, tal medida só poderá ser empregada em situações de caráter excepcional e sua admissibilidade pela ordem constitucional depende do respeito, no caso concreto, ao princípio da proporcionalidade, cujo assento constitucional se encontra na cláusula do devido processo legal substancial (art. 5º, LIV, da Constituição Federal). Eventuais ofensas ao referido princípio e aos seus desdobramentos implicarão inconstitucionalidade da medida restritiva (quebra do sigilo).

5. Em havendo colisão entre o direito fundamental da família à proteção da intimidade e da privacidade do *de cuius* e o interesse público de persecução penal, a aceitação da quebra do sigilo bancário como medida restritiva do primeiro dependerá da aplicação do princípio da proporcionalidade e da verificação dos seguintes elementos:

(a) *adequação*: a quebra do sigilo bancário – ação que restringe o direito à privacidade e à intimidade – deve mostrar-se no caso concreto *adequada* para atingir a finalidade a que se destina (apuração de eventual infração penal cometida pelo(s) investigado(s) e promover, se constatados indícios de autoria e materialidade do delito, a correspondente ação penal);

(b) *necessidade*: o rompimento do sigilo bancário deve ser realmente *necessário* para solucionar a colisão, vale dizer, impõe-se averiguar antes se entre as medidas restritivas *adequadas* não existe uma alternativa *menos gravosa* ao direito fundamental que sofrerá a restrição (outro meio de prova que dispense a necessidade de quebrar o sigilo bancário e revelar informações financeiras do falecido);

(c) *proporcionalidade em sentido estrito*: é preciso sopesar as vantagens de aplicar a medida restritiva (quebra do sigilo) e as desvantagens por ela causadas ao direito fundamental que será restringido, com o objetivo de chegar-se a uma solução equilibrada. Devem ser levados em conta nesses casos: (i) o elevado nível de vinculação dos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade com o princípio da dignidade da pessoa humana; (ii) o fato de que o art. 5º, X da Constituição Federal refere-se à privacidade e à intimidade como valores *invioláveis*, e nem sequer faz

referência à possibilidade de o legislador restringi-los, o que demonstra o alto grau de proteção a eles dispensado pelo sistema constitucional.

6. Não será admissível a quebra do sigilo bancário caso se constate que tal medida: (i) não se revela como providência *adequada* ao fim a que se destina, uma vez que já terá se extinguido a punibilidade em relação ao investigado falecido (art. 5º, XLV, CF); (ii) não se apresenta *necessária*, pelo fato de haver outras medidas menos atentatórias aos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade para apurar as infrações penais investigadas no inquérito policial; (iii) atingiria de modo exageradamente grave direitos fundamentais diretamente relacionados à dignidade da pessoa humana e que são tutelados pelo constituinte como bens jurídicos *invioláveis*, tratando-se, pois, de uma providência *desproporcional em sentido estrito*.

7. Diante da forma como o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e da privacidade foi protegido pelo ordenamento constitucional brasileiro, provavelmente a resposta a que se chegará na maior parte dos casos será a da inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário *post mortem*, haja vista a altíssima carga argumentativa exigida pelo sistema normativo para se admitir a restrição do direito fundamental em questão (art. 5º, X, CF).

8. Contudo, não se pode ignorar que determinadas circunstâncias fáticas poderiam vir a admitir a restrição tópica do direito da família do falecido ao resguardo de sua intimidade e privacidade e autorizar a quebra de seu sigilo bancário, uma vez que o interesse público de persecução penal também está protegido na Constituição brasileira (art. 144, §1º, I e §4º e art. 129, I e VIII) e inexistente hierarquia entre normas constitucionais capaz de definir *a priori* quais irão prevalecer em caso de conflito. Para tanto, seria necessária a ocorrência dos seguintes elementos: (i) tratar-se de inquérito policial que investiga a prática de conduta criminosa por outros indivíduos (além do falecido) e ser necessário dar continuidade ao inquérito para investigar os demais envolvidos; (ii) não haver absolutamente nenhum outro meio de prova – afora os dados bancários do falecido – capaz de resolver a investigação e comprovar a prática de crime por outros envolvidos que não o *de cujus*; (iii) tratar-se de investigação de crime ofensivo a bens jurídicos de alto grau de importância, também protegidos como valores constitucionais, a ponto de justificar a restrição de um direito dotado de fundamentalidade tal como a proteção de inviolabilidade de intimidade e da privacidade; (iv) existir ampla fundamentação e comprovação da existência dos três elementos anteriormente descritos.

The *post mortem* breach of bank secrecy in police investigation: between the protection of fundamental rights to intimacy and privacy and the public interest of criminal prosecution

Abstract: The article aims to analyze the legal possibility, in the light of the Brazilian constitutional system, of determination of breach of bank secrecy in police investigation after the death of the investigated. The study begins with the exam of the scope of normative protection of the fundamental rights to intimacy and

privacy in the Brazilian Constitution, investigates the situations on which the legal order expressly authorizes the bank and tax secrecy breaks, to then find out the limits established by the normative system for the restriction of the rights to intimacy and privacy based on the application of the principle of proportionality.

Keywords: fundamental rights; public interest; breach of bank secrecy; intimacy and privacy; criminal persecution.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Liberdade de reunião*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

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

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1005278/SE. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 04.11.2010. *DJe* 11.11.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 521.697/RJ. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Quarta Turma. Julgado em 16.02.2006. *DJ* 20.03.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 96056. Relator: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 28.06.2011. Acórdão eletrônico *DJE*-089. Divulgado em 07.05.2012. Publicado em 08.05.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22801. Relator: Min. Menezes Direito. Tribunal Pleno. Julgado em 17.12.2007. Acórdão eletrônico *DJe*-047. Divulgado em 13.03.2008. Publicado em 14.03.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22934. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Julgado em 17/04/2012. Acórdão eletrônico *DJE*-090. Divulgado em 08.05.2012. Publicado em 09.05.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23851. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 26.09.2001. *DJ* 21.06.2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

- CHINEN, Roberto Massao. *Sigilo bancário e o fisco: liberdade ou igualdade?* Curitiba: Juruá, 2005.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdades do Brasil*, Curitiba, UniBrasil, p. 29-42, mar./ago.2002.
- CORRÊA, Luciane Amaral. O princípio da proporcionalidade e a quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal nos processos de execução. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. 2. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001.
- COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 1991.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. v. 3. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, [s.d.].
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Interesse Público*, v. 1, n. 4, p. 23-48, out./dez. 1999.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Art. 5º, X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Eduardo Didonet; HAEBERLIN, Martin. *A proteção da privacidade: aplicação na quebra de sigilo bancário e fiscal*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. A quebra de sigilo bancário *post mortem* em inquérito policial: entre a proteção dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade e o interesse público de persecução penal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 149-177, abr./jun. 2015.

Recebido em: 11.04.2014

Aprovado em: 26.11.2014