



Nathalia Myki Fukunaga

**O PRINCÍPIO DA PRIVACIDADE E A QUEBRA DE
SIGILO BANCÁRIO PELA ADMINISTRAÇÃO
TRIBUTÁRIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Monografia apresentada à
Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP,
sob a orientação do
Professor André
Janjácomo Rosilho.**

**SÃO PAULO
2016**

Resumo: Esta monografia pretende compreender a construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da quebra de sigilo bancário pela Administração Tributária, em particular, pela Receita Federal. Para tanto, foram analisados se os fundamentos que motivaram a mudança de posicionamento pelos Ministros foram coerentes e racionais. Como resultado, conclui que há dois momentos na jurisprudência do STF. O primeiro compreende o julgamento da AC 33/PR e RE 389.808/PR que reconheceu o princípio da privacidade como limite aos poderes fiscalizatórios da Administração Tributária, ou seja, ficou sedimentada a excepcionalidade da quebra de sigilo bancário sob reserva de jurisdição. O segundo momento, entretanto, refere-se ao julgamento do RE 601.314/SP e das ADI's 2390, 2397, 2386 e 2859. Neste conjunto, ficou determinado a eliminação de barreiras ao exercício de poderes fiscalizatórios da Administração Tributária, isto é, o acesso às informações bancárias, sem prévia autorização judicial, não constitui um desbordamento do seu poder fiscalizatório.

Casos citados: AC 33 MC /PR; RE 389.808/PR; RE 601.314/SP; ADI's 2390, 2397, 2386 e 2859, Pet 577, REsp 1.134.655/SP

Palavras-chave: Administração Tributária, privacidade; intimidade; quebra de sigilo bancário; poder fiscalizatório.

Agradecimentos

Agradeço ao meu orientador André Janjácomo Rosilho pela paciência, pelo convívio precioso, inspirando o espírito crítico, destemido e livre. Expresso minha profunda admiração pela sua capacidade de desbravar com tanta firmeza, humildade e serenidade os desafios e as perspectivas enfrentadas durante esta pesquisa.

À Bruna Pretzel e ao Yasser Gabriel, coordenadores da Escola de Formação 2016, e aos monitores Pedro Gonçalo e Natália Godoy que conduziram e organizaram os trabalhos, procurando incentivar e cultivar espaços horizontais e respeitosos.

À equipe de tutoria formada pelo tutor Maike Wile dos Santos e Felipe Barocat Ferreira dos Santos, agradeço pelos encontros estimulantes.

Pelas quartas e sextas-feiras, agradeço aos meus amigos da Escola de Formação e a todos os professores envolvidos pelo estímulo intelectual. Sou grata pelos diálogos, pois foram fundamentais para criar dentro de mim a vontade da descoberta acadêmica, da abertura de horizontes de reflexões em que cada ponto de chegada simboliza um novo ponto de partida.

Meus agradecimentos às queridas amigas Ana Sofia Coelho Correia, Beatriz de Araújo Gomes de Castro, Fernanda Mascarenhas Marques, Natália Pita Cid e Sérgio Henrique Goulart Calux pelos diálogos abertos e construtivos, pelo compartilhamento constante e privilegiado e, principalmente, pela sincera e eterna amizade.

Agradeço aos meus pais, Angelica e Milton, pelo amor incondicional e apoio contínuo. Gostaria de agradecer também ao meu irmão Christian Ken Fukunaga que, após as lições de matemática, português e geografia, reservava tempo para leitura desta monografia. O olhar da criança dá direito ao mundo lúdico e infinito.

Meu sentimento não poderia ser diferente, mas de profunda gratidão.

*"A expressão reta não sonha.
Não use o traço acostumado.
A força de um artista vem das suas derrotas.
Só a alma atormentada pode trazer para a voz um formato
de pássaro.
Arte não tem pensa:
O olho vê, a lembrança revê, e a imaginação transvê.
É preciso transver o mundo".
(Manoel de Barros, Livro sobre nada)*

Abreviaturas

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

CPI: Comissão Parlamentar de Inquérito

CF: Constituição Federal

LC: Lei Complementar

RE: Recurso Extraordinário

OCDE: Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

STF: Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

Introdução	7
• Apresentação do trabalho: pressupostos normativos, pergunta de pesquisa e hipótese.....	8
• Metodologia: recorte temático, recorte temporal e delimitação da análise.....	12
1. Análise da jurisprudência do STF	16
1.1. Panorama Legislativo: o que os dispositivos dizem?	16
1.2. Análise dos casos	21
1.2.1. O que realmente está em jogo?.....	21
1.2.1.1. <i>Primeiro momento da jurisprudência do STF: princípio da privacidade como limite aos poderes fiscalizatórios da Administração Tributária.....</i>	<i>23</i>
1.2.1.2. <i>Segundo momento da jurisprudência do STF: eliminação de barreiras do poder fiscalizatório da Administração Tributária .</i>	<i>26</i>
1.3. Conclusões parciais	28
1.3.1. Quanto à ratio decidendi extraída dos dois momentos jurisprudenciais do STF	28
1.3.2. Quanto à fundamentação dos dois momentos jurisprudenciais do STF	29
2. Inconsistências e incoerências nos julgados.....	31
2.1. Análise histórico – temporal dos votos dos Ministros	31
2.1.1. Ministro Ricardo Lewandowski	34
2.1.2. Ministro Gilmar Ferreira Mendes	35
2.1.3. Conclusões parciais.....	39
2.2. Breves questionamentos sobre os limites da fundamentação	40
Conclusões finais.....	43
Anexos	45

Introdução¹

A Constituição Federal de 1988 constitui o símbolo de uma história de lutas incessantes: a transição de um Estado autoritário, intolerante, e por vezes, violento, para um Estado Democrático de Direito. É neste cenário que vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos como referência ética a orientar todo o ordenamento jurídico e, dentre os direitos assegurados, estão a intimidade, privacidade e inviolabilidade de dados².

Perante este sistema constitucional que amplia e elenca o catálogo de direitos fundamentais, há a formação de uma conjuntura jurídica determinada, majoritariamente, por normas abstratas que demandam interpretações feitas pelo Poder Judiciário. Nesta estrutura, o STF possui a prerrogativa de salvaguardar a Constituição Federal, conforme leitura do seu art.102, *caput*.

As decisões judiciais devem estar baseadas em fundamentos claros e consistentes. As mudanças jurisprudenciais - o abandono de precedentes e a adoção de novas interpretações de textos normativos - tornam o ônus da fundamentação das decisões ainda maior. A observância dos precedentes liga-se a valores essenciais no Estado Democrático de Direito como racionalidade, legitimidade das decisões e a segurança jurídica, tornando-se elementos imprescindíveis para a estabilidade e harmonia do ordenamento jurídico³.

Dessa forma, a problemática não reside na mudança de entendimento da Corte sobre determinada temática. Inclusive, faz-se necessário, muitas vezes, desconstruir posicionamentos passados como

¹ Gostaria de agradecer às sugestões elaboradas pelos professores André Janjácomo Rosilho e Carolina Dalla Pacce, membros da banca examinadora desta monografia, apresentada no dia 01 de dezembro de 2016. As preocupações de ambos foram consideradas para versão revisada do presente trabalho.

² Art.5º, incisos X e XII, da Constituição Federal de 1988.

³ Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais*. In Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v.2, 2006, p.261-288. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf

imperativo de transformações sociais efetivas e democráticas. Contudo, a ausência ou insuficiência de fundamentação que enseja a mudança de posicionamento, já consolidado, revela a manutenção de decisões arbitrárias e autoritárias que rompem com o sistema constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, antes de 2016, possuía uma postura quanto à possibilidade de quebra de sigilo bancário. Entendia-se que a regra era o princípio da privacidade quanto às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção - quebra de sigilo - sob reserva de jurisdição. O RE 601.314/SP em conjunto com as ADI's 2390, 2397, 2386 e 2859, contudo, inauguram um novo posicionamento da Corte sobre o tema, permitindo à Receita Federal o acesso a dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial. Ficou sedimentado que essa prática não resultaria em quebra de sigilo bancário, mas em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, desse modo, não havendo ofensa à Constituição Federal.

Pretendo, neste trabalho, examinar a construção jurisprudencial sobre a quebra de sigilo bancário pela Administração Tributária. Para tanto, analisei minuciosamente os fundamentos dos Ministros que justificaram o abandono da postura anterior a 2016, cujo entendimento firmado era de que o acesso de dados bancários diretamente pela Receita Federal violaria o direito à privacidade.

A partir disso, será possível constatar como se deu a construção da jurisprudência da Corte e se houve, ou não, pontos de inconsistência.

- ***Apresentação do trabalho: pressupostos normativos, pergunta de pesquisa e hipótese***

A Constituição de 1988 declara, nos termos do art. 5º, inciso X que *"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das*

peçoas”, ficando assegurado nas hipóteses de violação, o direito à indenização material ou moral. Percebe-se que a esfera de inviolabilidade é ampla, por isso, há outros três dispositivos constitucionais⁴ que buscam especificá-los quanto ao objeto tutelado: a casa como asilo inviolável do indivíduo, a inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telefônicas, de dados e das comunicações telegráficas e, por fim, o sigilo profissional.

O direito à intimidade e à privacidade de dados são temas preocupantes. Dois casos emblemáticos traduzem a complexidade da sua proteção no mundo contemporâneo: (i) O Whatsapp, aplicativo de mensagem mais utilizado no mundo com mais de um bilhão de usuários, iniciará o compartilhamento de dados dos usuários junto ao Facebook, auxiliando a rede social a colocar anúncios e recomendações de amizades⁵ e (ii) O Tribunal Superior Eleitoral repassou informações cadastrais de 141 milhões de brasileiros para a Serasa - empresa privada que gerencia banco de dados sobre a situação de crédito dos consumidores brasileiros – em razão do acordo de cooperação estabelecido entre eles. O Tribunal fica responsável pela entrega dos nomes dos eleitores, número e situação da inscrição eleitoral. Inclusive, o nome da mãe dos cidadãos e a data de nascimento poderão ser “validados” para que o Serasa possa identificar corretamente duas ou mais pessoas que tenham o mesmo nome⁶.

Por meio destes relatos, compreende-se que o compartilhamento e acesso aos dados evidencia a condição de vulnerabilidade que todos nós estamos sujeitos quando a temática é o direito à intimidade e à privacidade.

O desenvolvimento tecnológico impulsionado pela globalização, por um lado, vem trazendo transformações que buscam delinear um espaço

⁴ Art. 5º, XI, XII e XIII da Constituição Federal.

⁵ Mudança na privacidade do Whatsaspp será avaliada na Europa, Folha de São Paulo, São Paulo, 29 agosto, 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/tec/2016/08/1808211-mudanca-na-privacidade-do-whatsapp-sera-avaliada-na-europa.shtml>

⁶ A Justiça Eleitoral repassa dados de 141 milhões de brasileiros para a Serasa, Estado de São Paulo, São Paulo, 07 de agosto, 2013. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,justica-eleitoral-repassa-dados-de-141-milhoes-de-brasileiros-para-a-serasa,1061255>

mais democrático, igualitário no acesso à informação, ao lazer, à cultura e ao entretenimento. Por outro lado, percebe-se que tais inovações tornaram complexa a proteção de dados, principalmente, porque há um dissenso quanto: (i) objeto de proteção; (ii) responsável pela proteção e (iii) situações que estaríamos dispostos a abrir mão da nossa liberdade individual para salvaguardar outros direitos.

Neste contexto de luzes e sombras, se insere a inviolabilidade do sigilo de dados bancários, cuja proteção constitucional apresenta controvérsias, já que não está contemplada de forma clara na Constituição. Em razão disso, sua proteção depende de exercício interpretativo.

Dito isto, o presente trabalho irá analisar qualitativamente a argumentação dos Ministros do STF, apresentando a seguinte pergunta de pesquisa: *Como se deu a construção jurisprudencial da Corte a respeito da temática da quebra de sigilo bancário pela Administração Tributária?*

Na tentativa de esclarecer este questionamento, outras duas subperguntas foram formuladas: (i) Quais foram *os fundamentos* que motivaram a mudança de posicionamento do STF? e (ii) Houve *coerência e racionalidade* na mudança de entendimento do STF sobre a quebra de sigilo bancário pela Administração Tributária?

Essa monografia foi construída ao redor dessas preocupações.

Em seguida, analisarei a definição de alguns termos com o objetivo de atribuir maior clareza conceitual ao trabalho empírico. Dentre os termos a serem esclarecidos, temos: (i) *fundamentos* e (ii) *coerência e racionalidade*.

O termo *fundamentos* se refere à motivação das decisões judiciais como uma garantia fundamental do Estado Democrático de Direito que permite ao jurisdicionado conhecer e contestar, posteriormente, as razões que formaram o livre convencimento do juiz no momento da sentença.

A construção do raciocínio do juiz deve ser compatível com o caso concreto, isto é, ele deverá pronunciar-se sobre todos os pedidos e todas as causas de pedir arroladas pelo autor na petição inicial, bem como as matérias de defesa suscitadas pelo réu na contestação que sejam essenciais para a resolução do litígio, sob pena de nulidade pela falta ou deficiência de

fundamentação, nos termos do art. 5º, incisos LIII e LIV e art. 93, IX, ambos da Constituição⁷.

Desse modo, exigir constitucionalmente a motivação das decisões acarreta a limitação dos poderes exercidos pelo magistrado e, por consequência, a garantia de direitos e princípios constitucionais (princípio da legalidade, do devido processo legal, contraditório e ampla defesa e da transparência dos atos processuais) em detrimento às posturas arbitrárias e autoritárias.

A motivação das decisões judiciais constitui peça importante na compreensão das razões que levaram o magistrado a deixar ou não de aplicar postura paradigmática já consolidada pela Corte – precedente – sobre determinada temática.

A marca de uma cultura jurídica de precedentes não está tanto na relação hierárquica entre tribunais ou na obediência às decisões anteriores, mas antes, na valorização do tratamento idêntico a casos semelhantes. Os fatos e as considerações jurídicas em torno dos fatos – essenciais para identificar a semelhança entre casos – ganham centralidade na fundamentação judicial. Isso porque a racionalidade de precedentes tem menos a ver com a identidade entre o conteúdo das decisões do que entre as razões para decidir de cada julgado, a chamada *ratio decidendi*.⁸

A partir da análise da fundamentação, percebe-se que os termos *coerência e racionalidade* utilizados na sub-pergunta estão relacionados à

⁷ Art.5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

⁸ GLEZER, Rubens Eduardo. Súmula vinculante e *ratio decidendi*: uma abordagem empírica a respeito de redesenho institucional e cultura jurídica. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8370>>.

organização e justificação dos Ministros no momento da sentença.

Em suma, o estudo da construção da jurisprudência da Corte poderá demonstrar se o entendimento acerca do conteúdo e dos contornos dos princípios da intimidade, privacidade e inviolabilidade dados bancários foram se modificando no sentido de permitir à Receita Federal o acesso a dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial.

Além disso, será possível compreender como se deu essa mudança de entendimento, a partir da fundamentação das decisões judiciais e comparar o posicionamento anterior da Corte com o atual.

Dito isto, a hipótese da pesquisa é de que a construção jurisprudencial do STF sobre a temática da quebra de sigilo bancário apresentará incoerências e inconsistências quanto à fundamentação da recente mudança jurisprudencial julgada nas ADI's 2390, 2397, 2386 e 2859 em conjunto com RE nº 601.314/SP.

- **Metodologia: recorte temático, recorte temporal e delimitação da análise**

Esta monografia terá como principal fonte de estudo a análise de decisões encontradas junto ao acervo jurisprudencial do STF, disponibilizado por seu sítio eletrônico, na seção de pesquisa de jurisprudência⁹.

Selecionei os acórdãos julgados em Plenário que tiveram como discussão a quebra de sigilo bancário pela Administração Tributária, em especial, a Receita Federal, e os princípios da intimidade, privacidade e inviolabilidade de dados bancários. Foram desconsideradas, portanto, as decisões monocráticas, dando-se foco exclusivamente às decisões colegiadas.

Utilizei os recursos de busca indicados em conjunto com expressões sinônimas das palavras, por exemplo, Receita Federal/Fisco, dentre as diversas tentativas, aquela que apresentou maior número de acórdãos e coerência temática foi "*Sigilo adj Bancário e Receita*"¹⁰ e órgão julgador

⁹ A pesquisa de jurisprudência do STF pode ser acessada pelo endereço eletrônico <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>.

¹⁰ A pesquisa de jurisprudência do STF disponibiliza diversas ferramentas para auxiliar na busca de decisões judiciais. O operador "*adj*" permite encontrar documentos cujos termos

Plenário. Foram encontrados 9 acórdãos, sendo que, a partir das leituras das ementas, apenas 2 acórdãos (AC 33 MC /PR e RE 389.808/PR) relacionavam-se inteiramente com a quebra de sigilo bancário pela Administração Tributária, excluindo, dessa forma, CPI's, Ministério Público, Banco Central e Tribunal de Contas da União.

Em 24/02/2016, o STF julgou, no Plenário, o RE 601.314/SP em conjunto com as ADI's 2390, 2397, 2386 e 2859, inaugurando um novo posicionamento da Corte sobre o tema. Em razão deste recente julgamento, não foram disponibilizados todos votos proferidos, com exceção dos votos dos Ministros Relatores Edson Fachin e Dias Toffoli.

Realizei a busca dos referidos votos no site do STF no setor de andamento processual, entretanto, não obtive êxito. Por isso, pesquisei junto ao *site* Google e encontrei duas reportagens do Conjur¹¹ e ¹² que continham, respectivamente, os votos dos Ministros. Para fins de confirmação, decidi encaminhar os referidos anexos adquiridos no Conjur, via e-mail, aos gabinetes dos Ministros. Eles reconheceram a autenticidade do documento, razão pela qual os incorporei ao conjunto amostral da pesquisa. Dessa forma, tive acesso apenas aos votos dos Ministros Relatores Edson Fachin e Dias Toffoli.

Na tentativa de obter os demais votos proferidos no recente julgamento, enviei diversos e-mails aos gabinetes dos Ministros, comunicando a suma importância em analisá-los para fins acadêmicos, contudo alegaram que estão *"impossibilitados de encaminhar textos processuais antes da publicação, sejam acórdãos ou decisões"*¹³.

Em razão da negativa, transcrevi o julgamento do RE 601.314/SP e das ADI's 2390, 2397, 2386 e 2859 a partir dos vídeos disponibilizados no

especificados apareçam adjacentes entre si. A ordem especificada na busca e a ordem em que os termos devem aparecer.

¹¹ Leia o voto em que Fachin permite a quebra de sigilo bancário pela Receita Federal, Conjur, São Paulo, 18 fev, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/leia-voto-fachin-permite-quebra-sigilo-receita>

¹² Leia o voto do ministro Dias Toffoli sobre repasse de dados bancários à Receita Federal, Conjur, São Paulo, 19 fev, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/leia-voto-toffoli-repasse-dados-bancarios-receita>

¹³ Em 16 de agosto de 2016, encaminhei os e-mails aos gabinetes dos Ministros do STF, solicitando os acórdãos RE 601.314/SP e ADI's 2390, 2397, 2386 e 2859 e, nesta mesma data, foram negados.

site da TV Justiça¹⁴ para dar continuidade a esta pesquisa. As referidas ações foram apensadas, pois questionavam dispositivos da LC 105/2001. Foram realizadas três sessões de julgamento neste ano: (i) 17 de fevereiro; (ii) 18 de fevereiro e (iii) 24 de fevereiro. No total, computam-se aproximadamente 9 horas de duração de julgamento.

No dia 17 de outubro de 2016, acessei novamente o andamento processual e verifiquei que foi publicado o inteiro teor dos RE 601.314/SP e das ADI's 2390, 2397, 2386 e 2959.

Como a realização da presente pesquisa está relacionada com a construção jurisprudencial do STF, é exigível a análise comparativa dos acórdãos AC 33 MC /PR e RE 389.808/PR julgados em 2010 com o RE 601.314/SP e as ADI's 2390, 2397, 2386 e 2859 julgados em 2016. Os referidos acórdãos constituem, portanto, o conjunto amostral desta pesquisa empírica.

Em seguida, delimitado o recorte temático, elaborei as fichas – modelos¹⁵ para catalogar as decisões judiciais, com o propósito de apurar a construção jurisprudencial, observando a linha argumentativa apresentada pelos Ministros e como se deu esta mudança de posicionamento.

Dentre as monografias apresentadas junto ao site da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBPD), verifiquei que, em 2011, o ex-aluno da Escola de Formação Gustavo Cesar Mazutti¹⁶ foi responsável pela análise do sigilo bancário na jurisprudência do STF a partir da Constituição Federal. Alguns dos questionamentos por ele levantados foram estes: Em que ocasião e em nome de que interesse pode ocorrer afastamento (do sigilo bancário)? Quais são os critérios e quem pode decretar a quebra do sigilo? O que ocorre com a quebra ilegal?

¹⁴ Nas sessões de 17 e 18 de fevereiro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal discutiu a temática da quebra de sigilo bancário pela Administração Tributária, concluindo, em 24 de fevereiro, o julgamento conjunto de cinco processos (RE 601.314, ADI's 2389, 2390, 2397 e 2359). Disponível em: <https://www.youtube.com/channel/UCsW4QSB1USsu9ouuFUWe4Iw>

¹⁵ A padronização das fichas-modelos apresentará elementos que sejam compatíveis com os objetivos a serem atingidos nesta pesquisa. Sua finalidade é auxiliar na consistência das decisões judiciais e permitir relação comparativa entre as decisões coletadas. Por isso, utilizei a metodologia de análise de decisões desenvolvida pela Professora Camila Villard Duran.

¹⁶ MAZZUTI, Gustavo Cesar. *O sigilo bancário na jurisprudência do STF: proteção constitucional e questões sobre sua relatividade*. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2011. Disponível em: < http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=179>

Neste período, as ADI's 2390, 2397, 2386 e 2859, sob relatoria do Ministro Dias Toffoli, que questionavam dispositivos da Lei Complementar 105/2001 – sigilo das operações de instituições financeiras - estavam aguardando julgamento, motivo pelo qual ficou impossibilitada a referida monografia de examinar a mudança jurisprudencial do STF. Inclusive, nas notas de rodapé, ele deixa claro a oportunidade de futuros estudos a partir da data de julgamento destas ações.

Assim, a monografia do ex-aluno da Escola de Formação foi uma fonte de inspiração para o presente trabalho.

O recorte temporal estabelecido foi a partir de 2011 (data de conclusão da monografia do ex-aluno Gustavo Mazutti) até 24/02/2016 (data do julgamento das ADI's 2390, 2859, 2386 e 2397 e RE 601.314/SP). Contudo, ainda que ele tenha realizado uma análise argumentativa dos acórdãos AC 33 RE 398.808/PR¹⁷ contribuí também com as minhas observações, pois como pretendo compreender a construção jurisprudencial deste tema, reputo importante outras considerações que possibilitem comparar a recente mudança jurisprudencial ao posicionamento paradigmático anteriormente da Corte.

Esclarecidos os recortes temático e temporal, passo a delimitação da análise.

Inicialmente, analisarei a jurisprudência do STF, buscando como o STF solucionou o problema jurídico a respeito da quebra de sigilo bancário pela Administração Tributária. Em seguida, tratarei sobre os dispositivos legais envolvidos nessa questão, a fim de auxiliar no entendimento da argumentação. Passarei à análise dos casos, tomando como foco principal a fundamentação dos Ministros do STF. Por fim, abordarei as eventuais inconsistências e incoerências das soluções apresentadas pelos Ministros.

¹⁷ Com relação a quebra de sigilo bancário pela Administração Fazendária, a jurisprudência do STF, segundo a monografia do ex- aluno da Escola de Formação, deparou-se com estes dois acórdãos: AC 33/PR e RE 398.808/PR. Estes dois acórdão constituem decisões paradigmáticas e, portanto, precedentes da Corte.

1. Análise da jurisprudência do STF

1.1. Panorama Legislativo: o que os dispositivos dizem?

A apresentação do panorama legislativo tem por finalidade explicitar o teor dos dispositivos essenciais para análise da quebra de sigilo bancário pela Administração Tributária. Destaco os seguintes: art. 5º, incisos X e XII, art. 145, § 1º, ambos da Constituição; e os arts. 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001.

A redação dos referidos dispositivos não traz diretrizes claras, dificultando o exercício interpretativo dos Ministros, motivo pelo qual busquei indicar as possíveis controvérsias.

A Constituição Federal enuncia, no art. 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurando explicitamente nas hipóteses da sua violação o direito à indenização pelo dano material ou moral¹⁸. Extrai-se da leitura que a preservação destes direitos está relacionada à proteção da personalidade, ficando garantido o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto núcleo básico de todo ordenamento jurídico como parâmetro a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.

O art. 5º, inciso XII, evidencia o caráter excepcional do acesso às *"correspondências e comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas"*, sendo possível realizá-lo apenas mediante ordem judicial e, na forma da lei para fins de investigação criminal ou instrução processual penal:

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; (grifo meu).

¹⁸ Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A disposição das palavras, a utilização das vírgulas e das conjunções aditivas “e”, neste último inciso, tornam o dispositivo confuso. Isto porque a construção gramatical suscita três entendimentos diferentes, impossibilitando que o exercício interpretativo seja feito com segurança.

Pode-se entender, primeiramente, que a utilização da palavra “*comunicações*” antes da expressão “*de dados*” não era essencial, pois ela está subentendida no dispositivo quando o legislador menciona, anteriormente, a expressão “*comunicações telegráficas*”¹⁹. Assim, estaria contemplada a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, (comunicações) de dados e das comunicações telefônicas.

Numa segunda leitura, contudo, podemos nos questionar sobre os motivos que levaram o legislador a escrever “comunicações telefônicas” e não apenas “telefônicas”. Sendo assim, este artigo poderia ter sido redigido: É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial. A partir dessa redação, fica evidente o caráter inviolável e sigiloso da comunicação dos dados, sendo permitido o acesso apenas por autorização judicial.

Embora estes dois entendimentos provoquem questionamentos distintos, é possível compreender que se tratam do caráter inviolável do sigilo das comunicações de dados. Entende-se por comunicação a transmissão de uma mensagem ou informação entre locutor/emissor e interlocutor/receptor²⁰. Ou seja, a inviolabilidade do sigilo se restringe a esse canal de comunicação criado por dois ou mais indivíduos.

¹⁹ Trata-se de uma figura de linguagem denominada zeugma que consiste na omissão de um termo expresso já mencionado anteriormente e que está subentendido. Ela consiste na omissão de um termo facilmente identificável pelo contexto por elementos gramaticais presentes na frase com intenção de tornar o texto mais conciso e claro. É o caso, por exemplo, da seguinte frase: “*Nossos grãos têm mais sabor, nosso café tem mais aroma e nossos colhedores, mais panturrilha*”. Na última oração, caso não houvesse uma omissão intencional, teríamos: *Nossos colhedores têm mais panturrilha*. Este exemplo foi extraído da Gramática: texto, reflexão e uso de William Roberto Cereja e Thereza Cochar Magalhães (Editora Atual, p.145).

²⁰ Acepção da palavra *comunicação* foi extraída do Novo Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Editora Objetiva. A Comunicação advém do latim *communicatio* que significa “ato ou efeito de emitir, transmitir e receber mensagens por meio de métodos e/ou processos convencionados, quer através da linguagem falada ou escrita, quer outros sinais, signos ou símbolos, quer de aparelhamento técnico especializado, sonoro e/ou visual”.

Por fim, há dúvidas se o caráter inviolável e sigiloso se refere unicamente às comunicações de dados ou se também abarcaria os dados propriamente dito enquanto informação armazenada que não estivesse inserido no canal de comunicação.

A partir disso, percebe-se que as dúvidas existentes acerca da proteção da "*inviolabilidade do sigilo de dados*" estão relacionados com a formulação deste dispositivo. Por isso, esta expressão suscita grandes dúvidas interpretativas, principalmente, se estaria abarcado, neste artigo, a inviolabilidade do sigilo de dados bancários.

O art. 145, § 1º, da Constituição, por sua vez, indica dois pontos importantes: (i) necessária correlação entre os impostos e o princípio da capacidade contributiva e a (ii) faculdade da Administração Tributária, para fins fiscalizatórios, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, ficando assegurados os direitos individuais. Cumpre frisar que este artigo não impõe a identificação de tais dados do contribuinte a qualquer custo. Exige-se a observância de direitos individuais como limite à atividade fiscalizatória.

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão **caráter pessoal** e serão **graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte**, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, **identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei**, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (grifo meu).

Segundo o professor Roque Antônio Carraza:

"(...) o princípio da capacidade contributiva está intimamente conectado com o princípio da igualdade, pois a criação da hipótese de incidência dos impostos deve descrever fatos que façam presumir que quem os pratica, ou por eles é alcançado, possui capacidade econômica, isto é, os indivíduos possuem meios financeiros capazes de absorver o

impacto deste tipo de tributo".²¹

Desse modo, a repartição equitativa, entre os contribuintes, da carga econômica dos impostos constitui real cumprimento dos deveres e objetivos fundamentais do Estado brasileiro, nos termos do art. 3º, incisos I e III, respectivamente, de "*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*" e "*construir uma sociedade livre, justa e solidária*".

O dever fundamental de pagar tributos constitui peça importante para a concretização da igualdade tributária e da justiça fiscal, desde que atendidos os requisitos legais do art. 145, § 1º, segunda parte da Constituição; bem como a observância aos direitos individuais na identificação do patrimônio, dos rendimentos e as atividades econômicas.

Analisarei a Lei Complementar 105/2001, em especial, os artigos 5º e 6º.

Em 10 de janeiro de 2001, foi criada a Lei Complementar 105/2001 que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. Ela tornou possível, no seu art. 6º, que as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios requisitassem diretamente às instituições financeiras informações protegidas pelo sigilo bancário. Esse acesso está condicionado, portanto, a dois requisitos: (i) existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e (ii) caráter indispensável do acesso pela autoridade administrativa competente.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, **quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso** e tais exames sejam considerados **indispensáveis pela autoridade administrativa competente**.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo **serão conservados em sigilo**, observada a legislação

²¹ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 110-111.

tributária. (grifo meu).

Tomando conhecimento das informações e dos documentos acima mencionados, deverão as autoridades administrativas competentes conservar em sigilo, sob pena de reclusão de um a quatro anos e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, nos termos do art.10 e 11 desta Lei.

O Decreto Federal 3.724, de 10 de janeiro de 2001²², regulamenta o art.6º da Lei Complementar 105/2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal de informações referentes às operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. Em outras palavras, o Decreto busca estabelecer os procedimentos para a preservação do sigilo das informações obtidas. Esta Lei Complementar foi modificada, posteriormente, pelos Decretos federais 6.104, de 30 de abril de 2007 e 8.303, de 04 de setembro de 2014.

²² O art.2º, § 5º, do Decreto revela que o exame das informações constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive, as contas de depósitos e de aplicações financeiras, deverá atender aos requisitos de (i) existência de procedimento ou de fiscalização em curso e (ii) a indispensabilidade do acesso. Tais requisitos estão, portanto, em sintonia com o art. 6º LC 105/2001.

O Decreto, no art. 3º elenca quais as situações de indispensabilidade do exame das informações: I - subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado; II - obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o sujeito passivo deixar de comprovar o efetivo recebimento dos recursos; III - prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país com tributação favorecida ou beneficiária de regime fiscal de que tratam os art. 24 e 24- A da lei 9.430 de 27 de setembro de 1996; IV - omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável; V - realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível; VI - remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas; VII - previstas no art. 33 da Lei 9.430 de 1996; VIII - pessoa jurídica enquadrada, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), nas seguintes situações cadastrais: a) cancelada; b) inapta, nos casos previstos no art.81 da Lei 9.430 de 1996 ; IX - pessoa física sem inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou com inscrição cancelada; X - negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira; XI - presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato; e XII - intercâmbio de informações, com fundamento em tratados, acordos ou convênios internacionais, para fins de arrecadação e fiscalização de tributo”.

Ademais, a requisição de informações pelas autoridades competentes será formalizado, mediante documento chamado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), devendo ser dirigida aos agentes e precedida ao sujeito passivo para a apresentação das informações necessárias à execução do procedimento fiscal, nos termos, respectivamente, do art.4º, § 1º e § 2º do referido Decreto.

O art. 5º²³ da Lei Complementar 105/2001 determina que as instituições financeiras informarão à Administração Tributária da União as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços, segundo critérios de periodicidade e limites de valor. Este artigo foi regulamentado pelo Decreto federal em 28 de novembro de 2002.

Percebe-se, em suma, que os dispositivos supramencionados demonstram que as dificuldades sobre a quebra de sigilo bancário pela Administração Tributária estão relacionadas à existência de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados que contém expressões que exigem complementação do intérprete. Ademais, há falta de clareza na construção e disposição das palavras dos comandos normativos.

1.2. Análise dos casos

1.2.1. O que realmente está em jogo?

²³ Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços § 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo: I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança; II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques; III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados; IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança; V – contratos de mútuo; VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito; VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável; VIII – aplicações em fundos de investimentos; IX – aquisições de moeda estrangeira; X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional; XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior; XII – operações com ouro, ativo financeiro; XIII – operações com cartão de crédito; XIV – operações de arrendamento mercantil; e XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente. § 2º As informações transferidas na forma do *caput* deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados § 3º Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. § 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos. § 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Neste t3pico, tratarei da an3lise dos casos a fim de identificar os argumentos trazidos pelos Ministros do STF para resolv4-los. Para isso, analisarei, primeiramente, o problema jur3dico que foi levado ao STF.

A partir da an3lise do conjunto amostral, h3 um debate constante acerca dos limites da atividade fiscalizat3ria da Receita Federal que, por um lado, segundo o art. 145, § 1º, da Constituiç3o (princ3pio da capacidade contributiva), tem o direito de acessar informaç3es econ3micas dos contribuintes para conferir maior efetividade aos objetivos fiscalizat3rios e, por outro, deve respeitar os direitos individuais, dentre eles o direito à privacidade e intimidade dos contribuintes. Em outras palavras, o grande questionamento levado à apreciaç3o do STF seria se o direito à privacidade é opon3vel, ou n3o, à Receita Federal.

Estes dispositivos dependem do exerc3cio interpretativo, j3 que n3o conferem diretrizes claras que possibilitam a resoluç3o do problema jur3dico. Desse modo, as decis3es do STF devem ser coerentes e bem justificadas, de modo a ficar demonstrado os motivos que o significado extra3do das normas seja aplicado ao caso concreto.

O 3nus da fundamentaç3o das decis3es se torna maior quando ocorre mudanç3 de entendimento, pois para que a Corte possa decidir de modo diverso um caso an3logo a outro j3 julgado, deve-se apresentar os argumentos que permitiram o provimento jurisdicional diferenciado bem como dialogar com a pr3pria jurisprud4ncia.

A leitura e an3lise do conjunto amostral evidencia dois momentos da jurisprud4ncia do STF. O primeiro compreende o julgamento da AC 33/PR e RE 389.808/PR, que reconheceu o princ3pio da privacidade como limite aos poderes fiscalizat3rios da Administraç3o Tribut3ria. Isto é, ficou sedimentada a excepcionalidade da quebra de sigilo banc3rio sob reserva de jurisdiç3o. O segundo momento, entretanto, refere-se ao julgamento do RE 601.314/SP e das ADI's 2390, 2397, 2386 e 2859. Neste conjunto de ac3rd3os, ficou determinada a eliminaç3o de barreiras ao exerc3cio de poderes fiscalizat3rios da Administraç3o Tribut3ria, isto é, o acesso às informaç3es banc3rias, sem pr3via autorizaç3o judicial, n3o constitui um desbordamento do seu poder fiscalizat3rio. Portanto, tratarei o conjunto

amostral da presente pesquisa em blocos.

Considerando os dois momentos da jurisprudência do STF, procurei identificar se os Ministros: (i) apresentaram fundamentos coerentes e racionais que permitiram a mudança de entendimento; (ii) valorizaram o tratamento idêntico a casos semelhantes (identidade no conteúdo das decisões), tentando extrair dos acórdãos a *ratio decidendi*²⁴ da Corte e (iii) dialogaram com a própria jurisprudência anteriormente proferida.

Por isso, realizei uma leitura minuciosa dos fundamentos trazidos por cada Ministro. A fundamentação judicial deve estar pautada nas questões fáticas e jurídicas em torno dos fatos apresentada pelas partes – elementos essenciais para se reconhecer a semelhança entre casos julgados.

Posteriormente, será possível detectar as possíveis inconsistências e incoerências dos julgados em conjunto com a construção argumentativa dos Ministros, objetos do Capítulo III da presente pesquisa.

1.2.1.1. Primeiro momento da jurisprudência do STF: princípio da privacidade como limite aos poderes fiscalizatórios da Administração Tributária

O primeiro momento da jurisprudência do STF compreende o julgamento da AC 33/PR e RE 389.808/PR. Tais ações versam sobre a mesma questão fática²⁵, no primeiro caso, uma ação cautelar com pedido de liminar e, no segundo de mérito.

Na AC 33/PR²⁶, o Tribunal, por maioria de votos – 6 contra 4 – negou

²⁴ Apesar das dificuldades em conceituar o termo *ratio decidendi*, para a presente pesquisa, entende-se como a regra jurídica constituída pelas questões fáticas que o juiz tenha considerado enquanto fatos da demanda e pelas questões jurídicas da sua decisão baseada em tais fatos.

²⁵ A questão fática envolvida refere-se ao ajuizamento destas ações pela empresa em face da Delegacia Regional da Receita Federal, visando impedir o acesso direto, isto é, sem autorização judicial, às informações bancárias pela Receita Federal bem como afastar a aplicação da LC 105/01 e do Decreto 3.724/01.

²⁶ A Delegacia Regional da Receita Federal na cidade de Ponta Grossa (PR) instaurou processo administrativo fiscal contra a empresa GVA Indústria e Comércio S.A. e, com base na LC 105/01 e do Decreto 3.724/01, determinou o afastamento do sigilo das informações bancárias da empresa. A empresa tentou obstaculizar de diversas formas esse acesso direto por parte da Receita Federal: por mandado de segurança, por recurso de apelação contra a denegação deste último, e por fim, com a interposição do recurso extraordinário. Em 30 de junho de 2003, quatro meses após entrada dos autos no STF (20 de fevereiro de 2003), a

referendo a liminar. Votaram contra os Ministros (as) Carmen Lúcia, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Ayres Britto e a favor os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

No julgamento de mérito no RE 389.808/PR, o Tribunal, por maioria de votos – 5 contra 4 – deu provimento ao Recurso Extraordinário impedindo o acesso de dados bancários pela Administração Tributária sem autorização judicial. Votaram contra os Ministros (as) Carmen Lúcia, Dias Toffoli, Ellen Gracie e Ayres Britto e a favor os Ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Cezar Peluso.

Vale salientar que o julgamento do mérito do RE 389.808/PR deixou evidente que a temática da quebra de sigilo bancário pela Administração Tributária merecia maiores reflexões, pois vinte e um dias²⁷ após o Plenário do STF julgar indeferida a medida cautelar AC 33/PR, que pretendia impedir o acesso às informações bancárias pela Receita, foi apresentado resultado diverso no julgamento do mérito da RE 389.808/PR.

Neste primeiro momento da jurisprudência, a Corte apresentou três principais argumentos.

O direito à privacidade representa importante manifestação dos direitos da personalidade que reconhece em favor do indivíduo um espaço indevassável destinado a protegê-lo contra indevidas interferências de terceiros na esfera da sua vida privada²⁸. Portanto, a proteção normativa busca assegurar, sempre em favor do indivíduo e contra o expansivo arbítrio do Poder Público – uma esfera da autonomia pela atividade desenvolvida pelo Estado.

Em segundo lugar, a Corte decidiu que os órgãos da Administração Tributária não guardam, em relação ao contribuinte, posição equidistante. Desse modo, o Fisco é parte da relação jurídica tributária (sujeito ativo) e, ao mesmo tempo, órgão competente para decretar autuações fiscais em razão de irregularidades existentes na obrigação tributária devida pelo

empresa ajuizou ação cautelar (AC 33/PR), requerendo efeito suspensivo ativo ao RE 389.808/PR, com o fim de preservar a eficácia de uma possível decisão favorável à empresa.

²⁷ A AC 33/PR e o RE 389.808/PR foram julgadas, respectivamente, em 24/11/2010 e 15/12/2010.

²⁸ STF: AC 33/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p.88.

contribuinte (sujeito passivo). Daí surge o interesse fiscal – arrecadador do Fisco²⁹.

Em razão desta relação jurídica desigual, a Corte entendeu ser imperativo a tutela do Poder Judiciário, investido de competência institucional para neutralizar eventuais abusos e medidas arbitrárias das entidades governamentais.

Por fim, o direito à privacidade não tem caráter absoluto³⁰, há possibilidade do compartilhamento de dados, contudo, só deverá ser realizado mediante ordem judicial e com finalidades específicas, ou seja, para os propósitos estabelecidos na Constituição Federal, no seu art.5º, inciso XII, - "*investigação criminal*" ou "*instrução processual penal*".

Embora o direito à privacidade comporte exceções³¹, não significa que a Administração Tributária detenha poderes absolutos na identificação do patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, pelo contrário, segundo o art. 145 § 1º, da Constituição, o poder fiscalizatório deve observar o complexo de direitos, liberdades e prerrogativas que assistem constitucionalmente os contribuintes.

Assim, a Corte entendeu que a quebra de sigilo bancário é ato constitucionalmente excepcional. Por isso, extrai-se que a regra jurídica é a aplicação do art. 5º, incisos X e XII, da Constituição. A regra é o direito à privacidade das comunicações telegráficas, dos dados e comunicações, ficando a exceção - quebra de sigilo bancário – sob reserva de jurisdição.

Portanto, a Corte não permitiu à Receita Federal o acesso a dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia

²⁹ STF: AC 33/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p.18: "(...) preciso também atentar para a posição do contribuinte, para esse bem maior que é a privacidade, tanto que inserido na Carta da República, afastável de regra mediante deliberação de órgão equidistante, e o Fisco não é órgão equidistante, ele é sujeito da relação juridical tributária, é parte interessada".

³⁰ Segundo Ministro Celso de Mello "(...) a administração tributária, embora podendo muito, não pode tudo, eis que é somente licito atuar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei – art.145, § 1º, da Constituição Federal, consideradas, sob tal perspectiva, e para esse efeito, as limitações decorrentes do próprio sistema constitucional". (STF: RE 389.808/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p.85).

³¹ "(...) a administração tributária, embora podendo muito, não pode tudo, eis que é somente licito atuar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei – art.145, § 1º, da Constituição Federal, consideradas, sob tal perspectiva, e para esse efeito, as limitações decorrentes do próprio sistema constitucional" (STF: RE 389.808/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p.85).

autorização judicial por entender que o direito à privacidade constitui limite ao poder fiscalizatório da Administração Tributária.

A quebra de sigilo deve ser decretada mediante ordem judicial, a partir de um critério de prevalência do interesse público e de necessidade da revelação dos dados pertinentes às operações financeiras ativas e passivas resultantes da atividade desenvolvida pelas instituições bancárias.

1.2.1.2. Segundo momento da jurisprudência do STF: eliminação de barreiras do poder fiscalizatório da Administração Tributária

Em 24/02/2016, houve julgamento do RE 601.314/SP³² e das ADI's 2859, 2390, 2386 e 2397³³, sob relatoria, respectivamente, dos Ministros Edson Fachin e Dias Toffoli. As referidas ações foram apensadas e julgadas na mesma Sessão do Plenário do STF, pois questionavam dispositivos da Lei Complementar 105/2001.

O Tribunal, por maioria de votos – 9 contra 2 – julgou improcedente as referidas ações. Votaram contra os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello e a favor os Ministros (as) Carmen Lúcia, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavaski, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Neste segundo momento da jurisprudência, a Corte apresentou os seguintes argumentos.

O acesso aos dados bancários pela Administração Tributária sem autorização judicial não se trata de quebra de sigilo bancário, mas transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas

³² A Secretaria da Receita Federal de São Paulo requereu a apresentação dos extratos bancários mensais relativos às contas correntes, à aplicação financeira e à poupança mantidas junto ao Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A, Banco Safra S/A, Banco Bradesco S/A e Banco Santander Brasil S/A. O contribuinte Marcio Holcman buscou impedir o acesso direto por parte da Receita Federal: por mandado de segurança, por recurso de apelação contra a denegação deste último, e por fim, com a interposição do recurso extraordinário.

³³ As ADI's 2859, 2390, 2386 e 2397 foram interpostas, respectivamente, pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), Partido Social Liberal (PSL), Confederação Nacional do Comércio e Confederação Nacional da Indústria (CNI) que alegaram a inconstitucionalidade, principalmente, dos art.5º e 6º da LC 105/01 no tocante ao fornecimento, pelas instituições financeiras, de informações bancários dos contribuintes à Administração Tributária sem a intermediação judicial.

contra o acesso de terceiro³⁴.

A ilicitude e, portanto, a quebra de sigilo, reside na divulgação e no vazamento do conteúdo dos dados. Fica vedada à Administração Tributária tornar públicas as informações sigilosas obtidas, cabendo medidas sancionatórias, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei Complementar 105/01.

Por isso, a Corte entendeu que não havendo a quebra de sigilo bancário, não há afronta aos direitos fundamentais.

Em segundo lugar, defende que, no Estado Democrático de Direito, a tributação é um instrumento de redução das desigualdades jurídicas, políticas e econômicas entre os cidadãos, caracterizando-se como uma ferramenta para persecução dos objetivos da República Federativa do Brasil, encartados no art.3º da Constituição. Há um comprometimento mútuo e uma responsabilidade coletiva no dever fundamental de pagar tributos, na medida da sua capacidade contributiva, segundo o art. 145, §1º, da Constituição³⁵.

O princípio da capacidade contributiva torna-se efetivo na identificação do patrimônio, rendimento e atividades econômicas do contribuinte pela Administração Tributária. O exercício da atividade fiscalizatória mediante o acesso aos dados bancários está sujeito aos requisitos previstos no art.6º da Lei Complementar 105/01: a) existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e b) indispensabilidade do exame pela autoridade administrativa competente.

Ademais, apresenta uma tendência internacional no compartilhamento de informações financeiras dos contribuintes. Neste sentido, a Lei Complementar 105/01 está em sintonia com os compromissos assumidos pelo Brasil em diversos tratados internacionais³⁶ em matéria tributária³⁷, principalmente, aqueles voltados ao compartilhamento e acesso

³⁴ STF: RE 601.314/SP e ADI's 2859, 2386, 2397 e 2390, Rels. Min. Edson Fachin e Dias Toffoli, j. 24/02/2016, p.71.

³⁵ STF: RE 601.314/SP e ADI's 2859, 2386, 2397 e 2390, Rels. Min. Edson Fachin e Dias Toffoli, j. 24/02/2016, p.28.

³⁶ Por exemplo, o acordo internacional entre Brasil e Estados Unidos para buscar melhorias de implementação e aperfeiçoamento do compartilhamento de dados bancários pelo FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act).

<http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2015/agosto/acordo-brasil-eua-permitira-troca-de-informacoes-sobre-contribuintes>

³⁷ Em abril de 2009, o G20 e a OCDE organizaram o Fórum Global entre com a finalidade de

de informações fiscais, para combater atos ilícitos como lavagem de dinheiro e evasão de divisas.

Por fim, a Corte endossa que o direito ao sigilo bancário não é um absoluto nem ilimitado que deverá ceder diante do interesse público. Dessa forma, não pode o controle dos dados ficar submetido ao exclusivo arbítrio do indivíduo³⁸.

Neste segundo momento da jurisprudência do STF, extrai-se que a regra jurídica é a aplicação do art. 6º da Lei Complementar 105/01. Entende-se que não há limites ao poder fiscalizatório da Administração Tributária, já que o acesso de dados bancários pela Receita Federal, sem autorização judicial, não resulta propriamente na quebra de sigilo bancário, mas em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra terceiros.

1.3. Conclusões parciais

1.3.1. Quanto à ratio decidendi extraída dos dois momentos jurisprudenciais do STF

Realizado o exercício de extrair a *ratio decidendi*, há casos semelhantes nos dois momentos jurisprudenciais da Corte. Contudo, as regras jurídicas atribuídas são distintas.

A mudança de entendimento não significa necessariamente a imprevisibilidade das decisões judiciais, inclusive, é imprescindível refletir e reexaminar posicionamentos passados com objetivo de construir e promover mudanças sociais. As interpretações não podem estar confinadas e estagnadas às concepções do momento da elaboração normativa, elas devem ser dinâmicas.

No primeiro momento da jurisprudência do STF, a regra jurídica é a aplicação do art. 5º, incisos X e XII, da Constituição. A regra é o direito à privacidade das comunicações telegráficas, dos dados e comunicações,

acabar com a "era do segredo bancário". Para tanto, o Estado brasileiro está tomando medidas de compartilhamento internacional de dados fiscais.

³⁸ STF: RE 601.314/SP e ADI's 2859, 2386, 2397 e 2390, Rels. Min. Edson Fachin e Dias Toffoli, j. 24/02/2016, p.28.

sendo a exceção a quebra de sigilo, sob reserva de jurisdição. No segundo momento da jurisprudência, a regra jurídica é a aplicação do art. 6º da LC 105/01, assim, o acesso aos dados bancários não resulta na quebra de sigilo bancário, mas em transferência de sigilo.

Considerando análise destes dois momentos, percebe-se que a fundamentação da Corte não delimitou as circunstâncias fáticas que seriam relevantes, deixando de concentrar esforços em se extrair regras jurídicas que não se limitem simplesmente ao caso concreto. Entendo que é necessário incentivar e cultivar a criação de regras jurídicas que se destinem aos casos semelhantes.

Dessa forma, o Tribunal ao decidir de modo diverso um caso análogo a outro já julgado não apresentou os argumentos que permitiram o provimento jurisdicional diferenciado e não dialogou com a própria jurisprudência de forma coerente e racional.

1.3.2. Quanto à fundamentação dos dois momentos jurisprudenciais do STF

A partir da análise comparativa dos momentos jurisprudenciais, percebe-se que a Corte apresentou argumentos jurídicos pautados em conceitos gerais e abstratos, por exemplo, o princípio da privacidade, da capacidade contributiva e interesse público com a finalidade de contornar a abrangência e extensão dos poderes fiscalizatórios da Administração Tributária.

Além disso, a Corte ao mudar de posicionamento decide que o acesso direto às informações bancárias pela Administração Tributária não se trata de quebra de sigilo, mas de transferência de sigilo entre a órbita bancária e fiscal.

A alteração de nomenclatura suavizou e minimizou o peso conotador da palavra "*quebra*", fazendo com que a Corte, mediante uso estratégico da linguagem, desviasse de se pronunciar sobre motivos pelo quais o precedente já consolidado – regra é princípio da privacidade, sendo exceção reserva de jurisdição na quebra de sigilo bancário – não se aplicaria aos

demais casos.

Desse modo, quando a Corte modifica a terminologia, determinando que não há quebra de sigilo bancário, mas mera transferência, não deixa claro os motivos pelos quais a regra (princípio da privacidade e inviolabilidade de dados bancários) transformou-se em exceção.

2. Inconsistências e incoerências nos julgados

2.1. *Análise histórico – temporal dos votos dos Ministros*

Nesta seção, começarei, mediante as tabelas abaixo, a análise histórico – temporal dos votos dos Ministros da Corte. Na Tabela 1, verifiquei quais Ministros mantiveram ou não seu posicionamento em relação à temática da quebra de sigilo bancário, já a Tabela 2, demonstra quais os dispositivos foram utilizados na fundamentação.

Vale lembrar que, a Tabela 2, embora sinalize os artigos utilizados na fundamentação dos Ministros (as), não significa que houve coerência e racionalidade, isto é, se foi explicado o porquê da utilização daquele dispositivo legal, esclarecendo quais os motivos que enquadram o caso concreto à norma escolhida.

TABELA 01

		2010		2016		
		AC 33/ PR	RE 389.808/ PR	RE 601.314/ SP	ADI 2859	ADI'S 2390, 2386 e 2397
MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	1	Min. Ricardo Lewandowski				
	2	Min. Carmen Lúcia				
	3	Min. Celso de Mello				
	4	Min. Marco Aurélio				
	5	Min. Gilmar Mendes				
	6	Min. Dias Toffoli				
	7	Min. Luiz Fux				
	8	Min. Rosa Weber				
	9	Min. Teori Zavaski				
	10	Min. Roberto Barroso				
	11	Min. Edson Fachin				
	12	Min. Ellen Gracie				
	13	Min. Cezar Peluzo				
	14	Min. Joaquim Barbosa				
	15	Min. Ayres Britto				
JULGAMENTO DA CORTE		Ideferimento da cautelar	Provimento ao recurso	Negou provimento ao recurso e declarou a constitucionalidade LC 105/2001 , pois não há quebra de sigilo bancário, mas transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, portanto não há ofensa à Constituição Federal.		Negou provimento ao recurso e declarou a constitucionalidade LC 105/2001 , pois não há quebra de sigilo bancário, mas transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, portanto não há ofensa à Constituição Federal.
VOTAÇÃO DOS MINISTROS		6 X 4	5 X 4	9 X 2	8 X 2	
NÚMERO COMPOSIÇÃO DA CORTE		10	9	11	10	

 Acesso aos dados bancários com autorização judicial

 Acesso aos dados bancários sem autorização judicial

 Impossibilitado de participar em razão de impedimento e/ ou

 Não integra STF

TABELA 02

		2010		2016		
		AC 33/ PR	RE 389.808/ PR	RE 601.314/ SP	ADI 2859	ADI'S 2390, 2386 e 2397
MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	1	Min. Ricardo Lewandowski			Art.3º, II e 50 Lei 9.784/99 c/ art.5º, LV e 3º CF (Lei do Processo Administrativo) Arts. 5º e 6º LC 105/01 Art.198 CTN Decreto 3.724/01	
	2	Min. Carmen Lúcia			Não há afronta ao art.5º CF	
	3	Min. Celso de Mello	Art. 5º, X e XII da CF Art. 145, § 1º, CF	Art. 5º, X e XII da CF Art. 145, § 1º, CF	Art. 5º, X e XII da CF Art. 145, § 1º, CF	
	4	Min. Marco Aurélio	LC 105/01 Arts. 4º e 5º Decreto 3.724/01	Art. 5º, XI da CF LC 105/01 Decreto 3.724/01	Art. 5º, XI da CF LC 105/01	
	5	Min. Gilmar Mendes	Art.6º LC 105/01 Decreto 3.724/01	Art. 145, § 1º, CF	Art. 5º, X CF - citação Art. 145, § 1º, CF Arts. 5º, § 4º e 6º LC 105/01 LC 104/01 Art.198 CTN Decretos 4.892/02 e 3.724/01 Decreto 8.506/2015 (Acordo Internacional entre Brasil e EUA)	
	6	Min. Dias Toffoli	Art.6º, 10 e 11 LC 105/01	Art. 5º, X e XII da CF Art. 145, § 1º, CF Art.6º, 10 e 11 LC 105/01	Art. 5º, XII CF Arts. 5º e 6º LC 105/01	
	7	Min. Luiz Fux			Art. 144, § 1º, CTN	
	8	Min. Rosa Weber			Art. 145, § 1º, CF	
	9	Min. Teori Zavaski			A matéria de sigilo bancário não está contemplada no art. 5º CF	
	10	Min. Roberto Barroso			Art. 145, § 1º c/ 150, II CF Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo) Arts. 5º e 6º LC 105/01 Decreto 3.724/01	
	11	Min. Edson Fachin			Art.5º, XII, CF - Citação da Ementa RE 389.808/ PR Art. 145, § 1º, CF Arts. 5º e 6º LC 105/01 Decreto 3.724/01	
	12	Min. Ellen Gracie	Art. 5º, X e XII da CF Art. 145, § 1º c/ Art.37 CF Art.198 CTN Art.6º e 10 LC 105/01	Art. 5º, X e XII da CF Art. 145, § 1º c/ Art.37 CF Art.198 CTN Art.6º e 10 LC 105/01		
	13	Min. Cezar Peluzo	Art. 5º, X e XII da CF			
	14	Min. Joaquim Barbosa	Lei 10.174/2001 LC 105/01 Decreto 3.724/01			
	15	Min. Ayres Britto		Art. 5º, X e XII CF		



Fundamentação sem dispositivo



Não integra STF



Impossibilitado de participar em razão de impedimento e/ ou

Associando as informações fornecidas pelas tabelas, no recorte temporal de 2010 a 2016, podemos perceber que: (i) não há consenso entre os Ministros se o princípio da intimidade e a inviolabilidade de dados bancários – sigilo bancário - está contemplado na Constituição e, aqueles que defendem a existência da sua proteção constitucional, não definem se está inserida no art.5º, inciso X ou XII e (ii) mudança de entendimento dos Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes (modificou entendimento sobre esta temática duas vezes) sobre a quebra de sigilo bancário, motivo pelo qual será realizada análise apartada no Capítulo 3, a fim de apurar com maior detalhamento as possíveis inconsistências e incogruências na fundamentação.

Em seguida, analisarei os argumentos trazidos pelos Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, já que eles modificaram seu entendimento.

2.1.1. Ministro Ricardo Lewandowski

Na AC 33/PR, o Ministro Lewandowski expressa sua preocupação pela quantidade de órgãos desejando a quebra de sigilo de dados sem autorização judicial. Alega a necessidade de se avançar no fortalecimento do Poder Judiciário.

“O Judiciário que tem dezesseis mil magistrados em todas as suas instâncias, está disponível, a qualquer momento, se as circunstâncias e o caso assim autorizarem, a determinar a quebra do sigilo”³⁹. (grifo meu).

Reitera a importância de sopesar valores constitucionais de defesa dos direitos e liberdades fundamentais. Por estes motivos, julga procedente a medida cautelar.

No RE 389.808/PR, acompanhou o voto do Ministro Relator Marco Aurélio⁴⁰, impossibilitando o acesso a dados bancários de contribuintes pela Administração Tributária sem autorização judicial. Alega que o art. 145, §1º, da Constituição faz menção à respeitabilidade dos direitos individuais, motivo pelo qual o dispositivo está indicando a necessidade de manifestação

³⁹ STF: AC 33/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2010, p.52.

⁴⁰ STF: RE 389.808/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p.234.

do Poder Judiciário, enquanto guardião último dos direitos fundamentais⁴¹.

Os argumentos supramencionados se referem ao primeiro momento da jurisprudência do STF. Passo à análise dos argumentos apresentados pelo Ministro Ricardo Lewandowski no segundo momento da jurisprudência do STF.

No RE 601.314/SP e nas ADI's 2859, 2390, 2386 e 2397 julgadas em conjunto, o Ministro Lewandowski argumenta que, os intensos debates travados no Plenário juntamente com as constatações de que, atualmente, é essencial a repressão às organizações criminosas, o narcotráfico, a lavagem de dinheiro, ao terrorismo e os crimes de âmbito internacional, permitiram sua mudança de posicionamento. Isto porque, o acesso às informações bancárias constitui mecanismo de combate a tais ilícitos.

“Acabei convencido de que não há, no caso sob exame, quebra de sigilo, mas apenas transferência de sigilo para finalidades de natureza eminentemente fiscal. Registro, ademais, que a legislação aplicável garante que a confiabilidade dos dados seja preservada, sem que possa ser repassada a terceiros, estranhos ao próprio Estado, sob pena de responsabilização dos agentes que eventualmente pratiquem essa gravíssima infração”⁴². (grifo meu).

Defende que, a partir do poder-dever de tributar conferido ao Estado, é possível a concretização dos direitos fundamentais de segunda geração arrolados no art. 6º da Constituição. Em outras palavras, a tributação como dever fundamental de pagar tributos, conforme o art. 145, § 1º, da Constituição aliada ao poder fiscalizatório da Administração Tributária possibilita ao Estado a formulação de políticas públicas que busquem perseguir os objetivos da República encartados no art. 3º, III, da Constituição.

2.1.2. *Ministro Gilmar Ferreira Mendes*

Na AC 33/PR, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista do processo,

⁴¹ STF: RE 389.808/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p.241.

⁴² STF: RE 601.314, Rels. Min. Edson Fachin e Min Dias Toffoli, j. 24/02/2015, p.172.

permanecendo com os autos por um período superior a cinco anos⁴³. Argumenta que o art. 6º da Lei Complementar 105/01 e o Decreto 3.724/01 são compatíveis com a Constituição, já que, pela leitura do art. 145, § 1º, é permitido que a Administração Tributária identifique o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais.

Ressalta que o direito ao sigilo bancário não é absoluto, nem ilimitado devendo ceder em razão do interesse público⁴⁴. Por estes fundamentos, acompanhou a divergência para negar a medida liminar, permitindo que a Administração Tributária tenha acesso direto aos dados bancários independentemente de autorização judicial.

No RE 389.808/PR, modifica seu entendimento, defendendo a necessidade de reserva de jurisdição para quebra de sigilo bancário.

Inicialmente, o Ministro Gilmar Mendes demonstra sentimento de angústia e incômodo com a temática levada ao STF. Justifica que negou provimento a medida liminar AC 33/PR, por entender que a autorização judicial, nos casos de quebra de sigilo bancário, comprometeria a eficiência da Administração Tributária, pois, ao invés de pedir ao Poder Judiciário, ela poderia exercer diretamente⁴⁵.

“Por que há de ser tão difícil, numa matéria que é relevante e tão suscetível a abusos, obter-se essa declaração do próprio Judiciário, diante uma medida cautelar? O que diz o texto constitucional no § 1º ao art.145: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à Administração Tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar **respeitados os direitos individuais e nos termos da lei”- portanto, é um caso típico de**

⁴³ O Ministro Gilmar Mendes permaneceu com os autos de 04 de fevereiro de 2004 a 18 de dezembro de 2009, demonstrando a falta de controle quanto ao tempo que um Ministro fica com o processo quando pede voto-vista, podendo suscitar questionamentos a respeito do uso estratégico.

⁴⁴ Cita o precedente Pet-QO 577/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, DJ 23.4.1993 e afirma que “Havendo tensão entre o interesse do indivíduo e o interesse da coletividade, em torno do conhecimento de informações relevantes para determinado contexto social, o controle sobre os dados pertinentes não há de se ficar submetido ao exclusivo arbítrio do indivíduo”. (STF: RE 389.808/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p.238).

⁴⁵ O Ministro Gilmar Mendes argumenta que “tendo em vista o valor de que cuida dos direitos fundamentais, haja a observância do princípio da reserva de jurisdição. Portanto, não se trata de impedir o acesso”. (STF: RE 389.808/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p.238).

reserva legal – “o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte⁴⁶”. (grifo meu).

Entende que o art. 145, § 1º, da Constituição traz expressamente a salvaguarda dos direitos fundamentais – “*respeitados os direitos individuais*”, concluindo, por este motivo, ser essencial a observância do princípio da reserva de jurisdição.

No RE 601.314/SP e ADI 2346, o Ministro Gilmar Mendes estruturou seu voto percorrendo os seguintes pontos: (i) análise da controvérsia; (ii) jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e (iii) constitucionalidade da transferência de sigilo à Administração Tributária e o princípio da proporcionalidade.

Segundo o Ministro, a controvérsia nos autos faz-se em torno da interpretação do art. 5º, inciso X⁴⁷ e art.145, § 1º, ambos da Constituição. O debate suscitado diz respeito ao sujeito legitimado para acessar as informações bancárias, no caso, a Administração Tributária e ao modo pelo qual pode fazê-la.

Com relação à jurisprudência do STF, alega que, na AC 33/PR, acompanhou a divergência para negar a medida liminar, pois “*não pareceu na ocasião, verificar-se a necessária verossimilhança da alegação, para referendar a medida*”. No RE 389.808/PR retoma que, naquela oportunidade, acompanhou o Ministro Relator Marco Aurélio, determinando a reserva de jurisdição e a indispensabilidade de autorização judicial para o acesso aos dados pela autoridade fiscal.

Reitera posicionamento da Corte de que o direito ao sigilo não é absoluto⁴⁸. Por isso, as medidas previstas na Lei Complementar 105/01 ao restringem o direito à privacidade, construíram um espaço de proteção.

⁴⁶ STF: RE 389.808/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, p.238.

⁴⁷ Segundo Ministro Gilmar Mendes, “a controvérsia dos autos diz mais precisamente com a interpretação do inciso X do que com o inciso IX do art.5º. É que o sigilo garantido pelo art. 5º, XII, da da Constituição Federal refere-se apenas à comunicação de dados, e não aos dados em si mesmo”. Cita precedente HC 91.867 Dje de 20.09.2012 de sua relatoria, realçando que a proteção constitucional do art.5º, XII refere-se a comunicação de dados e não dos dados propriamente dito. (STF: RE 601.314/SP e ADI’s 2859, Rels. Min. Edson Fachin e Dias Toffoli, j. 24/02/2016, p.127).

⁴⁸ Segundo o Ministro Gilmar Mendes, “a restrição de direitos fundamentais pode ocorrer mesmo sem autorização expressa do constituinte, sempre que se fizer necessária a concretização do princípio da concordância prática entre ditames constitucionais”. (STF: RE 601.314/SP e ADI’s 2859, Rels. Min. Edson Fachin e Dias Toffoli, j. 24/02/2016, p.136).

Este espaço de proteção é delimitado por um conjunto de procedimentos e responsabilidades para o uso de informações obtidas junto às instituições bancárias.

“(...) a possibilidade de **colisão entre direitos cria uma necessidade de reserva legal**. Por outro lado, nós não podemos perder de vista que direitos como o que nós estamos a discutir, **o direito à privacidade ou mesmo o direito à intimidade**, são direito que tem – claro – uma base fática, mas que **têm um forte conteúdo jurídico**. O que eu quero dizer com isso? Que são direitos passíveis de conformação, não se trata de uma pura restrição. Mas a própria **lei pode estabelecer determinadas delimitações, definindo o âmbito de proteção desses direitos que chamamos de direito de âmbito de proteção marcadamente normativos**”. (grifo meu).

De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, as restrições previstas na legislação não ofendem o texto constitucional, pois respeitam o princípio da proporcionalidade nos seus três aspectos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

As medidas são *adequadas*, pois promovem as finalidades a que se destinam, que é fornecer à Administração Tributária as informações, permitindo o exercício da atividade de fiscalizar e cobrar tributos, segundo capacidade econômica.

A Lei Complementar 105/01 confere à Administração Tributária diversos poderes e prerrogativas específicas que viabilizam a atividade fiscalizatória, tornando efetivo o dever fundamental de pagar tributos.

O Fisco não tem somente o acesso às informações bancárias, mas, sobretudo, o seu uso, ou seja, permite-se a realização “*de cruzamentos, averiguações e conferências com outros (dados) que já dispõe e, ao fim, exigir os tributos que eventualmente tenham sido pagos a menor, se for o caso*”⁴⁹”.

Em segundo lugar, as medidas são *necessárias*, pois não parece haver meios capazes de assegurar à Administração Tributária o mesmo resultado pretendido, sem implicar ainda maior restrição aos direitos fundamentais dos contribuintes. Justifica que, atualmente, há uma

⁴⁹ STF: RE 601.314/SP e ADI's 2859, Rels. Min. Edson Fachin e Dias Toffoli, j. 24/02/2016, p.140.

verdadeira tendência mundial – transparência tributária internacional - para ampliar e estender a troca de informações fiscais entre países, reduzindo o espaço, nas legislações nacionais, para sigilo bancário⁵⁰.

Em terceiro lugar, *a proporcionalidade em sentido estrito* foi observada, já que a restrição imposta pela transferência de sigilo é superada pela importância dos objetivos perseguidos.

Entende que não há quebra de sigilo bancário, mas transferência, já que a Lei Complementar 105/01 não autoriza a divulgação dos dados bancários dos contribuintes. Em outras palavras, no momento do compartilhamento com a Administração Tributária os dados não são expostos, permanecendo a regra do sigilo.

Por estes fundamentos, o Ministro Gilmar Mendes acredita que, mediante essa transferência do sigilo de dados, será exercido o poder fiscalizatório da Administração Tributária, nos moldes do art.145, § 1º, da Constituição que confere ao Fisco o dever de *"identificar, respeitos os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte"*.

2.1.3. Conclusões parciais

A partir dos argumentos supramencionados, percebe-se que os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes não apresentaram motivos decisórios suficientes que ensejaram a mudança de posicionamento.

Esta mudança está relacionada com a interpretação atribuída ao art.145, § 1º, da Constituição. No primeiro momento, eles reconhecem que deve haver manifestação do Poder Judiciário em razão da expressa respeitabilidade dos direitos individuais e, no segundo momento, o dispositivo é visto como instrumento do poder fiscalizatório da Administração Tributária que aliado ao dever fundamental de pagar

⁵⁰ O Ministro Gilmar Mendes faz menção ao recente Decreto 8.506, de 24 de agosto de 2015, que promulga acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos para melhoria da Observância Tributária Internacional e Implementação do FATCA, prevendo a troca de informações para fins tributários se dê de forma automática, conforme os termos e procedimentos estabelecidos entre as autoridades competentes dos dois países. (STF: RE 601.314/SP e ADI's 2859, Rels. Min. Edson Fachin e Dias Toffoli, j. 24/02/2016, p.143-144).

tributos, possibilita a concretude dos objetivos republicanos.

Contudo, é necessário frisar que a citação de dispositivos legais deve estar acompanhada da devida relação com o caso concreto em julgamento. A decisão judicial não pode estar assentada em subjetivismos, exige-se que o livre convencimento do juiz seja motivado.

Por fim, expresse minha preocupação com atitude do Ministro Gilmar Mendes de pedir voto-vista, permanecendo com autos por um período de cinco anos e, em seguida (vinte e um dias⁵¹ após julgamento), modificar entendimento sem traçar fundamentos suficientes.

Na monografia de conclusão de curso da Escola de Formação, Guilherme Forma Klafke conclui que "*o instituto [do voto-vista] também tem efeitos colaterais prejudiciais à deliberação coletiva*". Para tanto, aponta dois problemas no voto-vista: a demora entre o pedido de vista e a apresentação do voto e o tipo de voto-vista apresentado⁵².

O voto-vista tem como finalidade permitir análise permenorizada do caso concreto, podendo interferir excessivamente na duração do processo. Por isso, entendo que se é conferido maior tempo no exame das questões, exige-se o correspondente preparo e qualidade argumentativa.

Caso contrário, o voto-vista continuará sendo apontado como instrumento de manipulação da agenda do tribunal ou, até mesmo, como mecanismo que dificulta a deliberação⁵³.

2.2. Breves questionamentos sobre os limites da fundamentação

O julgamento do RE 601.314/SP e ADI's 2859, 2390, 2386 e 2397, em particular, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, suscitou alguns questionamentos que, embora não estejam diretamente relacionado com os objetivos desta pesquisa, são essenciais na construção de narrativas críticas

⁵¹ A AC 33/PR e o RE 389.808/PR foram julgadas, respectivamente, em 24/11/2010 e 15/12/2010.

⁵² Cf. KLAFFE, Guilherme Forma. *Vícios no Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal*. Monografia de Conclusão da Escola de Formação de 2010, p. 110. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/164_Monografia%20Guilherme%20Klafke.pdf

⁵³ Cf. KLAFFE, Guilherme Forma. *Vícios no Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal*. Monografia de Conclusão da Escola de Formação de 2010, p. 111. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/164_Monografia%20Guilherme%20Klafke.pdf

sobre os limites da fundamentação dos Ministros.

Segundo o Ministro Barroso, a Receita Federal é destinatária natural e, portanto, possui acesso destas informações mediante declaração de ajuste anual sobre saldos bancários, pagamentos a terceiros, investimentos apresentados pelo contribuinte⁵⁴.

Embora o Ministro tenha entendimento doutrinário que *"a regra geral deve ser a da reserva de jurisdição sempre que se cuide de quebra de sigilo fiscal, de sigilo bancário ou telefônico⁵⁵"*, admite que, no caso concreto, *"há uma situação particular em relação à Receita Federal e à autoridade tributária federal que é a de que, na fiscalização da renda do contribuinte – e esta é a materialidade em questão – a Receita já tem acesso natural a essa informação⁵⁶"*.

"(...) a Receita Federal é depositária de informações mais graves e relevantes sobre a vida de uma pessoa do que as suas informações bancárias. Se o indivíduo tiver, por exemplo, um filho for a do casamento, e o filho for seu dependente, ele tem que declarar na sua declaração de ajuste anual. E esta é uma informação personalíssima. E possivelmente **essas são informações mais delicadas na vida de uma pessoa do que propriamente a sua movimentação bancária, se ele não tiver nada a esconder⁵⁷". (grifo meu)**

Como o sigilo bancário não se encontra no núcleo essencial do direito à intimidade, *"prevalece a ideia de que o sigilo bancário não compõem o conjunto de dados sensíveis – núcleo essencial da intimidade – que mais diretamente se ligam à personalidade⁵⁸"*, ele é passível de restrição razoável pelo legislador com o objetivo de compatibilizá-lo com o dever fundamental de pagar tributos (isonomia tributária e a capacidade contributiva).

Por essas razões, entende que o legislador não desbordou dos parâmetros constitucionais ao exercer sua relativa liberdade de

⁵⁴ STF: RE 601.314/SP e ADI's 2859, 2386, 2397 e 2390, Rels. Min. Edson Fachin e Dias Toffoli, j. 24/02/2016, p.45.

⁵⁵ STF: RE 601.314/SP e ADI's 2859, 2386, 2397 e 2390, Rels. Min. Edson Fachin e Dias Toffoli, j. 24/02/2016, p.44.

⁵⁶ STF: RE 601.314/SP e ADI's 2859, 2386, 2397 e 2390, Rels. Min. Edson Fachin e Dias Toffoli, j. 24/02/2016, p.45.

⁵⁷ STF: RE 601.314/SP e ADI's 2859, 2386, 2397 e 2390, Rels. Min. Edson Fachin e Dias Toffoli, j. 24/02/2016, p.45.

⁵⁸ STF: RE 601.314/SP e ADI's 2859, 2386, 2397 e 2390, Rels. Min. Edson Fachin e Dias Toffoli, j. 24/02/2016, p.63.

conformação, no momento de estabelecer os requisitos objetivos para o acesso de tais informações – transferência do dever de sigilo dos dados bancários da órbita bancária para fiscal (faz menção ao Decreto Federal 3.724/01 que regulamenta o art. 6º LC 105/01).

Tendo em vista que o art. 6º da Lei Complementar 105/01 não se refere somente à União Federal, mas aos demais entes federativos, o Ministro argumenta que, o acesso aos dados bancários pelas autoridades tributárias estaduais e municipais fica condicionada a dois requisitos: (i) pertinência temática - é necessário que a informação bancária tenha relevância para o tributo que esteja sendo cobrado no procedimento administrativo instaurado e (ii) existência de um decreto regulamentador nos moldes da normatização federal.

“Portanto, eu acho que a legislação estadual ou municipal, a normatização para habilitá-la a pretender obter essas informações precisa seguir **uma normatização nos moldes federais**, por exemplo, para: 1) a sujeição do pedido ao delegado ou à chefia, portanto, ter um segundo juízo na necessidade daquela informação; 2) a existência de sistemas adequados de segurança; 3) os registros de acesso – é preciso saber, para você poder responsabilizar, quem é que pediu e quem teve acesso ao sigilo, para evitar a manipulação indevida⁵⁹”.(grifo meu)

A construção argumentativa do Ministro fomenta os seguintes questionamentos: É possível a decisão judicial delimitar de forma prévia e pormenorizada o âmbito de proteção e acesso dos dados bancários nas legislações estaduais e municipais? Não seria o Poder Legislativo como órgão legitimamente democrático o competente na elaboração das leis? Estaria o Poder Judiciário ultrapassando os limites da sua atuação?

Tais reflexões não constituem objetivo da presente pesquisa, contudo, evidenciam que o exercício interpretativo de normas que não trazem diretrizes claras dificulta perceber os limites e o alcance da fundamentação para resolver o problema jurídico.

⁵⁹ STF: RE 601.314/SP e ADI's 2859, 2386, 2397 e 2390, Rels. Min. Edson Fachin e Dias Toffoli, j. 24/02/2016, p.70.

Conclusões finais

Compartilho do entendimento de que a argumentação e fundamentação das decisões constituem requisito e pressuposto do fortalecimento das instituições democráticas e amadurecimento do Estado Democrático de Direito na luta por maior transparência e controle público de decisões arbitrárias e superficiais.

A partir disso, esta pesquisa analisou argumentação dos Ministros do STF, apresentando a seguinte pergunta de pesquisa: *Como se deu a construção jurisprudencial da Corte a respeito da temática da quebra de sigilo bancário pela Administração Tributária?* Para tanto, percorri outras duas sub-perguntas: (i) Quais foram *os fundamentos* que motivaram a mudança de posicionamento do STF? e (ii) Houve *coerência e racionalidade* na mudança de entendimento do STF sobre a quebra de sigilo bancário pela Administração Tributária?

Para esclarecer estas questões, organizei a pesquisa em duas partes: (i) Análise da jurisprudência da Corte e (ii) Inconsistências e incoerências dos julgados.

No Capítulo 2 (Análise da jurisprudência do STF), procurei mapear a solução jurídica encontrada pela Corte, detectando quais foram os argumentos trazidos para a resolução do problema jurídico.

A análise dos casos selecionados apontou dois momentos da jurisprudência do STF. O primeiro compreende o julgamento da AC 33/PR e RE 389.808/PR que reconheceu o princípio da privacidade como limite aos poderes fiscalizatórios da Administração Tributária, ou seja, ficou sedimentada a excepcionalidade da quebra de sigilo bancário sob reserva de jurisdição. O segundo momento, entretanto, refere-se ao julgamento do RE 601.314/SP e das ADI's 2390, 2397, 2386 e 2859. Neste conjunto, ficou determinado a eliminação de barreiras ao exercício de poderes fiscalizatórios da Administração Tributária, isto é, o acesso às informações bancárias, sem prévia autorização judicial, não constitui um desbordamento do seu poder fiscalizatório.

Nestes dois momentos jurisprudenciais constatou-se que nos casos semelhantes aplicou-se regras jurídicas distintas. O Tribunal decidiu de modo diverso um caso análogo a outro já julgado sem apresentar os fundamentos que ensejaram o provimento jurisdicional diferenciado, deixando de dialogar com a própria jurisprudência.

Percebe-se que não houve preocupação em construir *ratio decidendi* com clareza fática em cada julgado. As regras jurídicas foram produzidas conforme comandos abstratos.

O emprego de termos vagos exige maior dedicação no momento de motivar a decisão, sendo necessário justificar por que a situação fática se encaixa neste conceito. Caso contrário, podemos entender que tais comandos abstratos serão vistos como ferramentas estratégicas para se decidir sem a necessária motivação.

Ademais, a Corte ao modificar seu entendimento, determinando que o acesso direto aos dados bancários pela Administração Tributária sem autorização judicial não constitui "*quebra de sigilo bancário*", mas mera "*transferência de sigilo*", evita enfrentar os argumentos pretéritos já sedimentados (primeiro momento da jurisprudência do STF).

Em outras palavras, quando a Corte modifica a nomenclatura, não deixa evidente que os motivos pelos quais a regra (princípio da privacidade e inviolabilidade de dados) tornou-se a exceção.

No Capítulo 3 (Inconsistências e incoerências nos julgados) a hipótese de pesquisa de que a construção jurisprudencial do STF sobre a temática da quebra de sigilo bancário apresentaria incoerências e inconsistências quanto à fundamentação na mudança jurisprudencial foi comprovada.

Neste capítulo, verifiquei que os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes não apresentaram motivos decisórios suficientes que ensejaram a mudança de posicionamento. A argumentação foi pautada na simples citação de comandos normativos vagos desacompanhada de critérios e da devida relação com o caso concreto em julgamento.

Em suma, a problemática não reside na mudança de entendimento da Corte sobre determinada temática. É necessário revisitar, reexaminar e

desconstruir posicionamentos passados como imperativo de transformações sociais efetivas e democráticas, exigindo a revelação sincera e o movimento permanente de aprofundamento da análise jurisdicional⁶⁰. Entretanto, a ausência ou insuficiência de fundamentação que enseja a mudança de posicionamento, já consolidado, significa indiferença em relação à segurança jurídica, à confiança dos jurisdicionados e, principalmente, à própria credibilidade institucional da Corte.

Anexos

Gostaria de disponibilizar as fichas-modelos desenvolvidas pela Professora Camila Villard Duran. Elas foram essenciais para análise dos casos, permitindo visualizar com maior clareza e facilidade as relações comparativas entre as decisões coletas.

⁶⁰ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 218.