

24/02/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.390 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	: PARTIDO SOCIAL LIBERAL - PSL
ADV.(A/S)	: WLADIMIR SÉRGIO REALE
REQTE.(S)	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI
ADV.(A/S)	: CARLOS ROBERTO MIGUEL
REQTE.(S)	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO - CNC
ADV.(A/S)	: IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
ADV.(A/S)	: FÁTIMA FERNANDES RODRIGUES DE SOUZA
ADV.(A/S)	: CÁCITO AUGUSTO DE FREITAS ESTEVES
ADV.(A/S)	: CRISTINALICE MENDONÇA SOUZA DE OLIVEIRA
REQTE.(S)	: PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO
ADV.(A/S)	: MARCOS PEDREIRA PINHEIRO DE LEMOS
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
AM. CURIAE.	: BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL

EMENTA

Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Normas federais relativas ao sigilo das operações de instituições financeiras. Decreto nº 4.545/2002. Exaurimento da eficácia. Perda parcial do objeto da ação direta nº 2.859. Expressão “do inquérito ou”, constante no § 4º do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/2001. Acesso ao sigilo bancário nos autos do inquérito policial. Possibilidade. Precedentes. Art. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentadores. Ausência de quebra de sigilo e de ofensa a direito fundamental. Confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar). Compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de compartilhamento de informações bancárias. Art. 1º da Lei

ADI 2390 / DF

Complementar nº 104/2001. Ausência de quebra de sigilo. Art. 3º, § 3º, da LC 105/2001. Informações necessárias à defesa judicial da atuação do Fisco. Constitucionalidade dos preceitos impugnados. ADI nº 2.859. Ação que se conhece em parte e, na parte conhecida, é julgada improcedente. ADI nº 2.390, 2.386, 2.397. Ações conhecidas e julgadas improcedentes.

1. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, que têm como núcleo comum de impugnação normas relativas ao fornecimento, pelas instituições financeiras, de informações bancárias de contribuintes à administração tributária.

2. Encontra-se exaurida a eficácia jurídico-normativa do Decreto nº 4.545/2002, visto que a Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, de que trata este decreto e que instituiu a CPMF, não está mais em vigência desde janeiro de 2008, conforme se depreende do art. 90, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias -ADCT. Por essa razão, houve parcial perda de objeto da ADI nº 2.859/DF, restando o pedido desta ação parcialmente prejudicado. Precedentes.

3. A expressão “do inquérito ou”, constante do § 4º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001, refere-se à investigação criminal levada a efeito no inquérito policial, em cujo âmbito esta Suprema Corte admite o acesso ao sigilo bancário do investigado, quando presentes indícios de prática criminosa. Precedentes: AC 3.872/DF-AgR, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, Tribunal Pleno, DJe de 13/11/15; HC 125.585/PE-AgR, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, Segunda Turma, DJe de 19/12/14; Inq 897-AgR, Relator o Ministro **Francisco Rezek**, Tribunal Pleno, DJ de 24/3/95.

4. Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009) consagram, de modo expresso, a permanência do sigilo das informações bancárias obtidas com espreque em seus comandos, não havendo neles autorização para a exposição ou circulação daqueles dados. Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém

ADI 2390 / DF

a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal.

5. A ordem constitucional instaurada em 1988 estabeleceu, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Para tanto, a Carta foi generosa na previsão de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para o cidadão. Ocorre que, correlatos a esses direitos, existem também deveres, cujo atendimento é, também, condição **sine qua non** para a realização do projeto de sociedade esculpido na Carta Federal. Dentre esses deveres, consta o **dever fundamental de pagar tributos**, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão. Nesse quadro, é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal, **sendo o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/ 2001 de extrema significância nessa tarefa.**

6. O Brasil se comprometeu, perante o G20 e o Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários (**Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes**), a cumprir os padrões internacionais de transparência e de troca de informações bancárias, estabelecidos com o fito de evitar o descumprimento de normas tributárias, assim como combater práticas criminosas. Não deve o Estado brasileiro prescindir do acesso automático aos dados bancários dos contribuintes por sua administração tributária, sob pena de descumprimento de seus compromissos internacionais.

7. O art. 1º da Lei Complementar 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, não determina quebra de sigilo, mas transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública. Outrossim, a previsão vai ao encontro de outros comandos legais já amplamente consolidados em nosso ordenamento jurídico que permitem o acesso da Administração Pública à relação de bens, renda e

ADI 2390 / DF

patrimônio de determinados indivíduos.

8. À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão da Advocacia-Geral da União, caberá a defesa da atuação do Fisco em âmbito judicial, sendo, para tanto, necessário o conhecimento dos dados e informações embasadores do ato por ela defendido. Resulta, portanto, legítima a previsão constante do art. 3º, § 3º, da LC 105/2001.

9. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.859/DF conhecida parcialmente e, na parte conhecida, julgada **improcedente**. Ações diretas de inconstitucionalidade nº 2390, 2397, e 2386 conhecidas e julgadas **improcedentes**. **Ressalva em relação aos Estados e Municípios, que somente poderão obter as informações de que trata o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 quando a matéria estiver devidamente regulamentada, de maneira análoga ao Decreto federal nº 3.724/2001, de modo a resguardar as garantias processuais do contribuinte, na forma preconizada pela Lei nº 9.784/99, e o sigilo dos seus dados bancários.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, em julgar improcedente o pedido formulado na ação direta, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Reajustou o voto o Ministro Roberto Barroso para acompanhar integralmente o Relator.

Brasília, 24 de fevereiro de 2016.

MINISTRO DIAS TOFFOLI
Relator

17/02/2016**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.390 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
REQTE.(S)	: PARTIDO SOCIAL LIBERAL - PSL
ADV.(A/S)	: WLADIMIR SÉRGIO REALE
REQTE.(S)	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI
ADV.(A/S)	: CARLOS ROBERTO MIGUEL
REQTE.(S)	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO - CNC
ADV.(A/S)	: IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
ADV.(A/S)	: FÁTIMA FERNANDES RODRIGUES DE SOUZA
ADV.(A/S)	: CÁCITO AUGUSTO DE FREITAS ESTEVES
ADV.(A/S)	: CRISTINALICE MENDONÇA SOUZA DE OLIVEIRA
REQTE.(S)	: PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO
ADV.(A/S)	: MARCOS PEDREIRA PINHEIRO DE LEMOS
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
AM. CURIAE.	: BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL

RELATÓRIO**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Foram ajuizadas quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nº 2390, ADI nº 2397, ADI nº 2386 e ADI nº 2859) cujo núcleo comum de impugnação são as normas federais que possibilitaram a utilização pela fiscalização tributária de dados bancários e fiscais acobertados por sigilo constitucional. Em razão da conexão entre as diversas ações, foram todas apensadas para julgamento comum, motivo pelo qual elaborei relatório único, contemplando a totalidade dos pedidos de declaração de inconstitucionalidade.

A **ADI nº 2.390**, que encabeça o conjunto de ações, foi proposta pelo Partido Social Liberal – PSL, em 15 de janeiro de 2001, tendo por objeto os arts. 1º, § 4º (expressão “do inquérito ou”), 5º e 6º da Lei Complementar nº

ADI 2390 / DF

105/2001, bem como a integralidade do Decreto nº 3.724/2001, o qual regulamenta o art. 6º daquela lei complementar.

A **ADI nº 2.386**, por seu turno, foi proposta pela Confederação Nacional do Comércio, em 12 de janeiro de 2001, em face do arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

A **ADI nº 2.397/DF**, por sua vez, foi proposta pela Confederação Nacional da Indústria, com a finalidade de declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 3º; do art. 5º, caput e seus parágrafos e da remissão ao art. 5º contida no art. 1º, § 3º, inciso VI; do art. 6º e da remissão a este dispositivo contida no art. 1º, § 3º, inciso VI, todos da Lei Complementar nº 105/2001; bem assim do art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001, na parte em que acrescentou o § 1º, inc. II, e o § 2º ao art. 198 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional); e da integralidade do Decreto nº 3.724/2001.

Por fim, a **ADI nº 2.859/DF** foi oferecida pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) tendo como o objeto art. 5º, caput e seus parágrafos, da Lei Complementar nº 105/2001 e a integralidade do Decreto nº 4.489/2002, que regulamenta aquele dispositivo da LC 105/2001, e o Decreto nº 4.545/2002, que dispõe sobre a prestação de informações de que trata o Decreto nº 4.489/2002.

Eis o teor dos dispositivos de lei complementar impugnados neste conjunto de ações:

Lei Complementar nº 105/2001

“Art. 1º (...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

(...)

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, **5º, 6º**, 7º e 9 desta Lei Complementar.

(...)

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em

ADI 2390 / DF

qualquer fase **do inquérito ou** do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

I – de terrorismo;

II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;

IV – de extorsão mediante seqüestro;

V – contra o sistema financeiro nacional;

VI – contra a Administração Pública;

VII – contra a ordem tributária e a previdência social;

VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;

IX – praticado por organização criminosa”.

(...)

Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.

(...)

§ 3º Além dos casos previstos neste artigo o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários fornecerão à Advocacia-Geral da União as informações e os documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte.

(...)

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.(Regulamento)

§ 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

ADI 2390 / DF

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

ADI 2390 / DF

apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

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

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

Lei Complementar nº 104/2001

“Art. 1º A Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

"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." (NR)

"§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:" (NR)

"I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;" (AC)

"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

ADI 2390 / DF

informação, por prática de infração administrativa." (AC)

"§ 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." (AC)

"§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:" (AC)

"I – representações fiscais para fins penais;" (AC)

"II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;" (AC)

"III – parcelamento ou moratória." (AC)

Cumpre esclarecer que, em 24/9/01 (fls. 352 da ADI 2390), o então relator das presentes ações diretas, o Ministro **Sepúlveda Pertence**, assinalou a existência de um grupo de cinco ações diretas, todas relativas à transferência, à administração tributária, de dados sobre a movimentação bancária dos contribuintes. No entanto, dividiu as cinco ações em dois grupos, para apensamento em separado: um relativo aos dados colhidos por meio da arrecadação da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF (ADI nº 2406 e 2389); e outro, relativo à Lei Complementar nº 105/2001 (ADI nº 2386 e 2397, apensadas à ADI nº 2390).

No mesmo despacho, o relator reputou suficientes as informações apresentadas, até aquele momento, nos autos da ADI nº 2390 pela Presidência da República e pelo Congresso Nacional, dispensando a apresentação de novas informações nas demais ações. Por fim, aplicou o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999.

Posteriormente, em 20/3/03, foi ajuizada a ADI nº 2859, tendo sido determinado por aquele relator o imediato apensamento aos autos da ADI nº 2390.

Registro que as ações que compuseram o primeiro grupo (ADI nº 2.389 e 2.406) foram julgadas prejudicadas e, conseqüentemente, arquivadas, em razão do encerramento da vigência das leis impugnadas,

ADI 2390 / DF

na forma do art. 90, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O Partido Social Liberal – PSL requereu o aditamento da petição inicial da ADI nº 2390, para incluir, como objeto, a Instrução Normativa nº 802, de 27 de dezembro de 2007 (fls. 375/388 da ADI 2390), o que foi indeferido, em 25/2/08, pelo então relator, o Ministro **Menezes Direito** (fls. 441/446 da ADI 2390), com fundamento na preclusão do direito de requerer o aditamento após o oferecimento das informações.

No conjunto de ações, alega-se ofensa ao artigos 5º, incisos X (inviolabilidade da vida privada e da intimidade), XII (inviolabilidade do sigilo de dados), XXXV (inafastabilidade da jurisdição) e LIV (princípio do devido processo legal) e 145, § 1º, todos da Constituição Federal. Os autores alegam, em síntese, que:

a) a jurisprudência deste STF consolidou-se no sentido de não caber ao Poder Executivo determinar, sem interferência do Poder Judiciário, a quebra do sigilo bancário e fiscal;

b) sendo os sigilos bancário e fiscal desdobramentos do direito à privacidade, o qual tem estatura constitucional, somente podem ser flexibilizados mediante ordem judicial devidamente fundamentada;

c) a inviolabilidade do sigilo de dados, prevista no art. 5º, inciso XII, é absoluta, sendo relativa somente aquela concernente ao sigilo das comunicações telefônicas, que admite quebra por decisão judicial;

d) a possibilidade do contribuinte acionar o Poder Judiciário apenas em momento posterior ao acesso aos dados bancários pela administração tributária viola o direito à inafastabilidade da jurisdição;

e) embora as garantias fundamentais estabelecidas na Constituição possam ter exceções regulamentadas por leis infraconstitucionais, a legislação deve observar limites, tais como o respeito ao núcleo essencial e o respeito ao princípio da razoabilidade. As normas impugnadas violariam o princípio da razoabilidade, visto que a supressão da intimidade dos contribuintes, por meio do monitoramento de suas operações financeiras, não é medida indispensável à eficiente fiscalização

ADI 2390 / DF

tributária;

f) muito embora se reconheça a inexistência de direitos absolutos em face do interesse público, este não se confunde com o interesse da Fazenda Pública, colocando-se as garantias constitucionais como medidas de proteção das liberdades das pessoas contra o arbítrio do Estado;

g) os preceitos violam a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, uma vez que promovem a quebra automática de sigilo de dados financeiros, sem a ocorrência de justa causa ou de indícios de irregularidades;

h) os Decretos n. 4.489 e 4.545 promovem subdelegação de ação normativa a órgão do Poder Executivo, qual seja, a Secretaria da Receita Federal, em afronta aos artigos 2º e 84, inciso IV, da Constituição Federal.

i) o art. 3º, § 3º, da Lei Complementar 105/2001 viola *“o princípio da igualdade que deve reger o processo, desequilibrando a relação processual instaurada e desatendendo o também examinado inciso LV do art. 5º”* (ADI 2397/DF).

j) a Lei Complementar 104/2001, no ponto em que acrescenta o inciso II do § 1º e o § 2º ao art. 198 do CTN, contradiz o que dispõe o parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, por darem *“acesso a qualquer dado ou informação em poder da Fazenda Pública a qualquer autoridade administrativa que, em razão da existência de processo administrativo por prática de infração administrativa, se disponha a recebê-los pessoalmente e por escrito, comprometendo-se a guarda do sigilo”* (ADI 2397/DF). Ademais, dados obtidos pela administração, inclusive com autorização judicial, poderão ser fornecidas à autoridade administrativa por meio de mero requerimento.

A Presidência da República, em suas informações, alega que (fls. 95/196 da ADI 2390):

a) o sigilo bancário não é direito absoluto;

b) o sigilo bancário não é manifestação necessária e absoluta do direito à intimidade e do direito à privacidade;

c) as pessoas jurídicas não são titulares direito à intimidade ou à privacidade;

ADI 2390 / DF

d) a norma do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal tem como âmbito de proteção a comunicação de dados, e não o registro dos dados;

e) o acesso às informações bancárias pelas autoridades tributárias implica tão somente transferência da responsabilidade por tais informações, não havendo quebra de sigilo;

f) é possível restringir o direito ao sigilo bancário por meio de norma infraconstitucional;

g) há expressa autorização constitucional para que a administração tributária acesse os dados referentes a operações financeiras (art. 145, § 1º, da Constituição Federal);

h) é inerente à atividade da administração ter acesso a esses dados, para que possa desempenhar o seu poder-dever de fiscalização;

i) no que tange especificamente ao § 4º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001, assevera que o sigilo bancário não se impõe no inquérito policial.

O Senado Federal apresentou informações em que sustenta a improcedência do pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade. Sustenta, em síntese, que as normas indicadas como inconstitucionais não permitem, propriamente, a quebra do sigilo, mas a utilização de dados para a verificação de eventual irregularidade, resguardando-se o sigilo das informações. Assevera, ademais, que observa-se no direito comparado tendência no sentido da limitação ao sigilo bancário. Por fim, aduz a inexistência de reserva de jurisdição para o acesso a dados bancários pelos agentes da fiscalização tributária (fls. 303/350 da ADI 2390).

O Ministério Público Federal manifesta-se pelo não conhecimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e, no mérito pela constitucionalidade dos artigos 3º, § 3º, 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001, e do art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001, na parte em que acrescentou o § 1º, inc. II, e o § 2º ao art. 198 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional) (fls. 359/360 da ADI 2390).

A Advocacia-Geral da União apresentou manifestação no sentido do

ADI 2390 / DF

não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade quanto aos decretos regulamentares, e, no mérito, pela improcedência do pedido. Argumenta no sentido da constitucionalidade da prerrogativa conferida ao Fisco de acessar os dados bancários dos contribuintes, tendo em vista o disposto no art. 145, § 1º, da Constituição Federal. Afirma, ademais, ser inerente à atividade da administração ter acesso a esses dados, com o fito de desempenhar seu poder-dever de fiscalização. Por assim, aduz que não se está diante de hipótese de quebra de sigilo (fls. 459/503 da ADI 2390).

O Ministério Público Federal juntou aos autos cópia de parecer ofertado na ADI nº 4010, que tem por objeto o art. 5º da Lei Complementar 105/2001. Na manifestação juntada aos autos, o MPF propõe o julgamento conjunto das ADI nº 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, de **minha relatoria**, das ADI nº 4.001 e 4.010, de relatoria da Ministra **Rosa Weber**, e do RE-RG nº 601.314, de relatoria do Ministro **Ricardo Lewandowski**.

Esclareço que as ADI nº 4010 e 4006, ambas relativas à Lei Complementar 105/2001, e das quais fui o relator originário, foram redistribuídas à Ministra **Rosa Weber**, após ter me declarado impedido em razão de ter atuado como Advogado-Geral da União naqueles feitos (fls. 508/522 da ADI 2390).

Por fim, o Banco Central do Brasil foi admitido nos autos na qualidade de **amicus curiae**.

É o relatório.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.390

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIAL LIBERAL - PSL

ADV.(A/S) : WLADIMIR SÉRGIO REALE

REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI

ADV.(A/S) : CARLOS ROBERTO MIGUEL

REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO - CNC

ADV.(A/S) : IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

ADV.(A/S) : FÁTIMA FERNANDES RODRIGUES DE SOUZA

ADV.(A/S) : CÁCITO AUGUSTO DE FREITAS ESTEVES

ADV.(A/S) : CRISTINALICE MENDONÇA SOUZA DE OLIVEIRA

REQTE.(S) : PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO

ADV.(A/S) : MARCOS PEDREIRA PINHEIRO DE LEMOS

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

AM. CURIAE. : BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, pelo requerente Partido Social Liberal - PSL, do Dr. Wladimir Reale, e, pela Advocacia Geral da União, da Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 17.02.2016.

18/02/2016**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.390 DISTRITO FEDERAL****VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Conforme relatado, cuida-se de quatro ações diretas de inconstitucionalidade que possuem, como núcleo comum de impugnação, normas relativas ao fornecimento, pelas instituições financeiras, de informações bancárias de contribuintes à administração tributária sem a intermediação do Poder Judiciário (art. 1º, § 3º, inciso VI, na parte em que remete aos arts. 5º e 6º; art. 5º; e art. 6º, todos da Lei Complementar nº 105/2001, e os Decretos nº 3.724/2001, nº 4.489/2002 e nº 4.545/2002).

Além desses dispositivos, foram impugnados: a expressão “**do inquérito ou**”, constante no § 4º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001; o art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001, na parte em que inseriu o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional), normas que permitem que a Fazenda Pública forneça à autoridade administrativa, no interesse da Administração Pública, “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”, para a utilização em processo administrativo instaurado com o fito de apurar a prática de infração administrativa; e o art. 3º, § 3º, que prevê que o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários forneçam à Advocacia-Geral da União “as informações e documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte”.

1 – PREJUDICIALIDADE PARCIAL DA ADI Nº 2.859/DF

Inicialmente, observo que houve parcial perda de objeto da ADI nº 2.859/DF, em razão do esgotamento da eficácia jurídico-normativa do

ADI 2390 / DF

Decreto nº 4.545/2002. Esse decreto, que possuía apenas um artigo, estabelecia o seguinte: “a prestação de informações sobre operações financeiras, na forma estabelecida pela Secretaria da Receita Federal, em decorrência do disposto no **§ 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996**, por parte das instituições financeiras, supre a exigência de que trata o Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002”. Ocorre que a Lei nº 9.311/1996, que instituiu a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF), não está mais em vigência desde janeiro de 2008, conforme se depreende do art. 90, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias -ADCT.

A jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade por perda superveniente de objeto quando sobrevém a revogação da norma questionada. Nesse sentido: ADI nº 709/PR, Pleno, Relator o Ministro **Paulo Brossard**, DJ de 24/6/94; ADI nº 2.006/DF, Pleno, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJ de 10/10/08; ADI nº 3.831/DF, Pleno, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJ de 24/8/07; ADI nº 1.920/BA, Pleno, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJ de 2/2/07; ADI nº 1.952/DF-QO, Pleno, Relator o Ministro **Moreira Alves**, DJ de 9/8/02 e ADI nº 520/MT, Pleno, Relator o Ministro **Maurício Corrêa**, DJ de 6/6/97.

Pelo exposto, **encontra-se prejudicado o pedido de declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 4.545/2002.**

2 - CONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO “DO INQUÉRITO OU” CONTIDA NO ART. 1º, § 4º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da expressão “do inquérito ou”, contida no § 4º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001, esclareço que a norma não cuida da transferência de informações bancárias ao Fisco, questão que está no cerne das ações diretas. Trata-se, conforme bem definiu a Advocacia-Geral da União e a Presidência da República, de norma referente à investigação criminal levada a efeito no

ADI 2390 / DF

inquérito policial, em cujo âmbito há muito se admite o acesso ao sigilo bancário do investigado, quando presentes indícios de prática criminosa. Confira-se o teor da norma em análise:

“Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase **do inquérito** ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

I – de terrorismo;

II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;

IV – de extorsão mediante seqüestro;

V – contra o sistema financeiro nacional;

VI – contra a Administração Pública;

VII – contra a ordem tributária e a previdência social;

VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;

IX – praticado por organização criminosa.”

Carlos Alberto Habström aduz que a norma em tela evidentemente se refere à quebra do sigilo bancário para a apuração de crimes, destacando que os tribunais fixaram orientação no sentido da possibilidade de afastamento do sigilo no curso de inquéritos policiais (**Comentários à Lei de Sigilo Bancário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009).

De fato, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, de longa data, admite a possibilidade de que seja decretado o acesso ao sigilo bancário do investigado, não apenas no âmbito da ação judicial, mas também no curso do inquérito policial, desde que atendidos os requisitos para tanto exigidos. Nesse sentido, os seguintes julgados:

ADI 2390 / DF

“PENAL. AFASTAMENTO DOS SIGILOS FISCAL E BANCÁRIO. REQUISITOS. IMPOSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DA PROVA POR OUTROS MEIOS E LIMITAÇÃO TEMPORAL DA QUEBRA. INDÍCIOS APRESENTADOS PELA AUTORIDADE POLICIAL E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE DEMONSTRAM POSSÍVEL PAGAMENTO DE VANTAGEM INDEVIDA A PARLAMENTAR. LEGITIMIDADE DA DECRETAÇÃO. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a autorização do afastamento dos sigilos fiscal e bancário deverá indicar, mediante fundamentos idôneos, a pertinência temática, a necessidade da medida, ‘que o resultado não possa advir de nenhum outro meio ou fonte lícita de prova’ e ‘existência de limitação temporal do objeto da medida, enquanto predeterminação formal do período’ (MS 25812 MC, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, publicado em DJ 23-2-2006). 2. No caso, o pedido de afastamento dos sigilos fiscal e bancário encontra-se embasado, em síntese, em declarações feitas no âmbito de colaboração premiada, em depoimento prestado por pessoa supostamente envolvida nos fatos investigados e em relatório do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Os elementos até então colhidos indicavam possível pagamento de vantagem indevida a parlamentar em troca de influência supostamente exercida no âmbito da Petrobras, mostrando-se necessária e pertinente a decretação da medida postulada para que fossem esclarecidos os fatos investigados. Solicitação que, ademais, estava circunscrita a pessoas físicas em tese vinculadas aos fatos investigados, com CPF definidos, e limitavam-se a lapso temporal correspondente ao tempo em que teriam ocorridos os supostos repasses. 3. Agravos regimentais a que se nega provimento” (AC 3.872/DF-AgR, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, Tribunal Pleno, DJe de 13/11/15).

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. SIGILOS FISCAL

ADI 2390 / DF

E BANCÁRIO. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DA DECISÃO AGRAVADA. INVIABILIDADE JURÍDICA. IMPETRAÇÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Não é cabível habeas corpus contra decisão proferida em recurso ordinário em habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça. 2. Os Agravantes têm o dever de impugnar, de forma específica, todos os fundamentos da decisão agravada, sob pena de não provimento do agravo regimental. 3. **A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que os sigilos bancário e fiscal são relativos e podem ser quebrados, observado o devido processo legal.** 4. Verificada na espécie a indispensabilidade da quebra do sigilo, sendo apresentadas razões de relevante interesse público e exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades, o sigilo não pode prevalecer, impondo-se a medida excepcional, como exposto nas instâncias antecedentes. 5. Para decidir de forma diversa e concluir pela ‘inutilidade processual’ das provas obtidas pela quebra dos sigilos bancário e fiscal seria necessário o reexame de fatos e provas, ao que não se presta o habeas corpus. 6. Agravo Regimental não provido” (HC 125.585/PE-AgR, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, Segunda Turma, DJe de 19/12/14).

“INQUERITO. AGRAVO REGIMENTAL. SIGILO BANCARIO. QUEBRA. AFRONTA AO ARTIGO 5.-X E XII DA CF: INEXISTÊNCIA. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. CONTRADITÓRIO. NÃO PREVALECE. I - A quebra do sigilo bancario não afronta o artigo 5.-X e XII da Constituição Federal (Precedente: PET.577). II - O princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitória (HHCC 55.447 e 69.372; RE 136.239, inter alia). Agravo regimental não provido” (Inq 897-AgR, Relator o Ministro **Francisco Rezek**, Tribunal Pleno, DJ de

ADI 2390 / DF

24/3/95).

Pelo exposto, é constitucional a expressão “do inquérito ou”, constante do § 4º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001.

3 – CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 5º E 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 E DOS DECRETOS Nº 3.724/2001 e Nº 4.489/2002

No que tange à impugnação dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar 105, ponto central das ações diretas de inconstitucionalidade, insta destacar que o tema já foi objeto de questionamento perante esta Corte em duas significativas ocasiões.

A primeira delas, no julgamento da AC 33/PR. Nesses autos, em que o Plenário findou por não referendar a medida liminar inicialmente concedida, se iniciou profícuo debate entre os membros desta Corte acerca da oponibilidade do sigilo bancário ao Fisco, em face das disposições constantes da LC nº 105/01. O julgado restou assim ementado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TUTELA DE URGÊNCIA (PODER GERAL DE CAUTELA). REQUISITOS. AUSÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. REFERENDO DE DECISÃO MONOCRÁTICA (ART. 21, V DO RISTF). CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DADOS BANCÁRIOS PROTEGIDOS POR SIGILO. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS DA ENTIDADE BANCÁRIA AO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA FEDERAL SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. LEI 10.174/2001. DECRETO 3.724/2001. A concessão de tutela de urgência ao recurso extraordinário pressupõe a verossimilhança da alegação e o risco do transcurso do tempo normalmente necessário ao processamento do recurso e ao julgamento dos pedidos. Isoladamente considerado, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade sobre o tema é insuficiente para justificar a concessão de tutela de

ADI 2390 / DF

urgência a todo e qualquer caso. Ausência do risco da demora, devido ao considerável prazo transcorrido entre a sentença que denegou a ordem e o ajuizamento da ação cautelar, sem a indicação da existência de qualquer efeito lesivo concreto decorrente do ato tido por coator (21.09.2001 – 30.06.2003). Medida liminar não referendada. Decisão por maioria” (AC 33/PR-MC, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, Relator para o acórdão o Min. **Joaquim Barbosa**, Tribunal Pleno, DJe de 10/2/11).

Os debates se aprofundaram na apreciação do RE nº 389.808/PR, também de relatoria do eminente Ministro **Marco Aurélio**, o qual recebeu a seguinte ementa:

“SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte”.(RE 389.808/PR, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, Tribunal Pleno, DJe de 10/5/11).

Segundo a posição que prevaleceu na Corte, por maioria, o acesso pelo Fisco dos dados bancários do contribuinte constituía matéria sujeita à reserva de jurisdição. Alguns posicionamentos sintetizam a conclusão obtida.

O Ministro **Marco Aurélio**, Relator do feito, salientou que, nos autos da Pet nº 3.898, ficou assentado que “nem mesmo o Ministro de Estado da Fazenda poderia ter acesso a dados bancários de certo cidadão – individualizado”, e rememorou Sua Excelência que a Receita Federal é

ADI 2390 / DF

órgão subordinado ao Ministério da Fazenda. Apontou, ainda, que a Corte, nos autos do RE nº 461.366-2/DF, não reconheceu ao Banco Central, órgão com atuação fiscalizadora, a possibilidade de acessar dados de correntista, e categorizou a Receita Federal como órgão “fiscalista por excelência”, o que a afastaria, ainda mais, do acesso aos dados bancários dos contribuintes.

O Ministro **Celso de Mello** destacou que o sigilo bancário possui assento constitucional, pois protege a esfera de *intimidade financeira* das pessoas e se manifestou no sentido de que “a **pretensão estatal** voltada à *disclosure* das operações financeiras **constitui** fator de grave ruptura das delicadas relações - *já estruturalmente tão desiguais* - existentes entre o Estado e o indivíduo”.

O Ministro **Cezar Peluso**, por seu turno, salientou que essa conclusão “em nada prejudica a administração pública, que pode, fundamentadamente, requerer ao Poder Judiciário, que lhe franqueará acesso aos dados de que precise”.

Por outro lado, iniciei a divergência, para destacar que o § 1º do art. 145 da CF/88 dispõe, em síntese, que a administração tributária poderá “identificar, respeitados os direitos e garantias individuais e nos **termos da lei**, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”. E concluí que a lei em questão se mostrava consentânea com os direitos dos cidadãos, **uma vez que previa a manutenção do sigilo**.

No mesmo sentido, votou a Ministra **Cármem Lúcia** – que se manifestou pela ausência de quebra da privacidade, “uma vez que não [se] está autorizado por lei a dar a público, mas apenas a transferir para um outro órgão da administração, para o cumprimento das finalidades da Administração Pública, aqueles dados”. Também na mesma direção, se posicionou o Ministro **Ayres Britto**, que destacou:

“[A] conjugação do inciso XII com o inciso X da Constituição abona a tese de que o que se proíbe não é o acesso a dados, mas a quebra do sigilo, é o vazamento do conteúdo de dados. É o vazamento, é a divulgação. E, no caso, as leis de

ADI 2390 / DF

regência, ao falar das transferências de dados sigilosos, é evidente que elas impõem ao órgão destinatário desses dados a cláusula da confidencialidade, cuja quebra implica a tipificação ou o cometimento de crime.”

Apontadas as distintas perspectivas em que se pôs, até aqui, a discussão do tema nesta Corte, tenho por relevante, nos presentes feitos, abordar em separado dois elementos que refletem, em essência, minha compreensão quanto ao tema: (i) a inexistência, nos dispositivos combatidos, de violação a direito fundamental (notadamente de violação à intimidade), pois não há “quebra de sigilo bancário”, mas, ao contrário, a afirmação daquele direito; e (ii) a confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar), esses últimos com espreque, inclusive, nos mais recentes compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

A) MANUTENÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS: DO SIGILO BANCÁRIO AO SIGILO FISCAL.

Como salientei, mantenho o entendimento que em outras ocasiões já externei: para se falar em “quebra” de sigilo bancário pelos dispositivos impugnados, necessário seria vislumbrar, em seus comandos, autorização para a exposição das informações bancárias.

Consoante assinalou o Procurador-Geral da República em seu parecer, “a afronta à garantia do sigilo bancário, como dito, compreendida no âmbito de proteção do inciso X do artigo 5º da Carta da República, não ocorre com o simples acesso a esses dados, mas verdadeiramente com a circulação desses dados”.

A previsão de circulação dos dados bancários, todavia, inexistente nos dispositivos impugnados, que consagram, de modo expresso, a permanência do sigilo das informações obtidas com espreque em seus comandos. É o que expressam o § 5º do art. 5º e o parágrafo único do art. 6º. **Vide** a íntegra dos dispositivos citados:

ADI 2390 / DF

“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 (...)

§ 2º (...)

§ 3º (...)

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

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

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

Soma-se a isso o art. 10 da própria lei complementar, que estabelece que **a divulgação de informações bancárias pelas instituições financeiras fora das hipóteses previstas na lei constitui crime**, o qual é apenado com reclusão, de um a quatro anos, e multa. Além disso, a lei fixa, no art. 11, **a responsabilização civil do servidor público que “utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar”**,

ADI 2390 / DF

respondendo **“pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial”**.

A determinação de sigilo se estende, ainda, pela legislação tributária, apontada nos dispositivos questionados.

Observe-se que o Código Tributário Nacional, no art. 198, “[veda] 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”.

Questiono, então: de que tratam todos esses dispositivos, senão do sigilo das informações? Na percutiente definição da eminente Ministra **Ellen Gracie**, exposta durante o julgamento da AC nº 33, **“o que ocorre não é propriamente a quebra de sigilo, mas a ‘transferência de sigilo’ dos bancos ao Fisco. Os dados, até então protegidos pelo sigilo bancário, prosseguem protegidos pelo sigilo fiscal”**.

Nessa transmutação, importa salientar que inexistente qualquer distinção entre uma e outra espécie de sigilo que possa apontar para uma menor seriedade do sigilo fiscal em face do bancário. Ao contrário, os segredos impostos às instituições financeiras (muitas das quais, de natureza privada), se mantêm, com ainda mais razão, com relação aos órgãos fiscais integrantes da Administração Pública, submetidos que são à mais estrita legalidade. Conforme apontei nos autos do RE nº 389.808/PR,

“não há que se considerar que um gerente de uma instituição privada, um caixa de um banco privado, seja mais responsável do que um auditor fiscal da Receita Federal do Brasil, que tem todas as responsabilizações e pode perder o seu cargo se descumprir a lei. A maioria dos brasileiros faz movimentação bancária em bancos privados, com caixas de banco, funcionários de bancos, escriturários de bancos, gerentes de bancos tendo acesso total a essas movimentações. Todos com o dever de sigilo. O auditor da Receita Federal não tem

ADI 2390 / DF

responsabilidade? Tanto o caixa de banco que quebre o sigilo será penalizado quanto o auditor da Receita Federal do Brasil se o fizer.”.

Trata-se, desse modo, de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo.

Note-se que, ao se dizer que há mera transferência de informações, **não se está por desconsiderar a possibilidade de utilização dos dados pelo Fisco**. Está-se, contudo, a dizer que essa utilização não desnatura o caráter sigiloso da movimentação bancária do contribuinte, e, dessa forma, não tem o condão de implicar violação de sua privacidade.

Para essa conclusão, vale recordar o real intuito da proteção constitucional à privacidade, prevista no art. 5º, X, da CF/88 (“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”).

Na lição de Ada Pellegrini Grinover,

“[o] direito ao segredo ou o direito ao respeito da vida privada objetiva impedir que a ação de terceiro procure conhecer e descobrir aspectos da vida privada alheia; **por outro lado, o direito à reserva ou direito à privacidade sucede o direito ao segredo, compreendendo a defesa da pessoa da divulgação de notícias particulares, embora legitimamente conhecidas pelo divulgador**” (GRINOVER, apud ROQUE, Maria José Oliveira Lima. Sigilo Fiscal e Direito à Intimidade. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 43. PELLEGRINI, Ada. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. São Paulo, 1976).

Nesse sentido, o conhecimento da notícia, do dado, da informação não implica, por si, que haja violação da privacidade, desde que: 1) não seja seguido de divulgação; 2) for do domínio apenas de quem legitimamente o detenha.

E é nisso que reside o chamado ‘sigilo fiscal’: o Fisco, é certo, detém

ADI 2390 / DF

ampla informação relativa “[a]o patrimônio, [a]os rendimentos e [à]s atividades econômicas do contribuinte” (art. 145, § 1º, da CF/88), e tem, em contrapartida, o dever de sobre ela silenciar (no sentido de não proceder à divulgação); permanecendo-lhe legítimo utilizar os dados para o fim de exercer os comandos constitucionais que lhe impõem a tributação.

E, enquanto a atividade do Fisco se desenvolver sob esses limites (sigilo e utilização devida), está respaldada pela previsão constitucional inserta no art. 145, § 1º, da CF/88:

“Art. 145. (...)

§ 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.”.

Ilustro a legitimidade do Fisco para deter a informação bancária dos contribuintes, retomando o que disse no julgamento do RE nº 389.808/PR: qual o conjunto maior de patrimônio que detém o cidadão? Seus bens, que são – por imposição legal, não por ordem judicial – obrigatoriamente declarados à Secretaria da Receita Federal do Brasil.

E, se a Receita Federal já detém o conjunto maior, que corresponde à declaração do conjunto total de nossos bens, por que ela não poderia ter acesso – também sem autorização judicial e desde que “respeitados os direitos individuais” – ao conjunto menor?

Em síntese, tenho que o que fez a LC 105/01 foi possibilitar o acesso de dados bancários pelo Fisco, para identificação, com maior precisão, por meio de legítima atividade fiscalizatória, do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte, sem permitir, contudo, a divulgação dessas informações, resguardando-se a intimidade e a vida privada do correntista.

ADI 2390 / DF

Esse resguardo se torna evidente com a leitura sistemática da LC nº 105/01, em verdade, bastante protetiva na ponderação entre o acesso aos dados bancários do contribuinte e o exercício da atividade fiscalizatória pelo Fisco.

O primeiro elemento que evidencia esse conjunto protetivo do cidadão é o sigilo fiscal: conforme já mencionado neste voto, os dados obtidos perante as instituições financeiras são mantidos em sigilo (art. 5º, § 5º, e art. 6º, parágrafo único), tanto que os servidores responsáveis por eventual extravasamento dessas informações devem ser responsabilizados administrativa e criminalmente (arts. 10 e 11).

Em seguida, pode-se observar o desenvolvimento paulatino da atuação fiscalizatória, que se inicia com meios menos gravosos ao contribuinte: é que **a natureza das informações acessadas pelo Fisco na forma do art. 5º da lei complementar é, inicialmente, bastante restrita, limitando-se, conforme dispõe o seu § 2º, à identificação dos “titulares das operações e dos montantes globais mensalmente movimentados, sendo vedada a inclusão de qualquer elemento que permita identificar sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados”**.

Perceba-se, pois, que, com base nesse dispositivo, **a Administração tem acesso apenas a dados genéricos e cadastrais dos correntistas**. Essas informações obtidas na forma do art. 5º da LC são cruzadas com os dados fornecidos anualmente pelas próprias pessoas físicas e jurídicas via declaração anual de imposto de renda, **de modo que tais informações, do ponto de vista da Administração Tributária, já não são, a rigor, sigilosas**.

Apenas se, no cotejo dessas informações, forem “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” (§ 4º do art. 5º).

Em tal caso, para o exame mais acurado das informações financeiras por autoridades e agentes fiscais tributários, a LC 105, em seu art. 6º, traça requisitos rigorosos, uma vez que requer: a **existência de processo**

ADI 2390 / DF

administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, bem como a inexistência de outro meio hábil para esclarecer os fatos investigados pela autoridade administrativa.

Além, portanto, de consistir em medida fiscalizatória sigilosa e pontual, o acesso amplo a dados bancários pelo Fisco requer a existência de processo administrativo (ou procedimento fiscal), o que, por si, atrai, ainda, para o contribuinte, todas as garantias da Lei nº 9.784/99 – dentre elas, a observância dos princípios da finalidade, da motivação, da proporcionalidade e do interesse público (art. 2º, **caput**, da Lei 9.784/99) –, a permitir extensa possibilidade de controle sobre os atos da Administração Fiscal.

O mesmo se diga quanto aos decretos regulamentadores dos arts. 5º e 6º da LC nº 105/01 (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009), que tão somente densificaram essas previsões normativas, com reforço ao dever de sigilo já imposto na lei complementar.

Percebe-se, pois, a impropriedade do argumento dos autores destas ações de que a Lei Complementar 105/2001, e seus decretos regulamentadores, promoveriam uma “devassa” na vida financeira dos contribuintes. Ao contrário, foram respeitados os direitos e as garantias individuais dos contribuintes, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal, atendendo, destarte, ao princípio da razoabilidade.

Tenho, por tudo quanto foi exposto, que os arts. 5º e 6º da LC nº 105/01, além de não violarem qualquer garantia constitucional, representam o próprio cumprimento dos comandos constitucionais direcionados ao Fisco, bem como dos comandos dirigidos aos cidadãos, na relação tributária que os une. É o que passo a expor.

B) A CONFLUÊNCIA ENTRE OS DEVERES DO CONTRIBUINTE (O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS) E OS DEVERES DO FISCO (O DEVER DE BEM

ADI 2390 / DF**TRIBUTAR E FISCALIZAR)**

Por se tratar de mero compartilhamento de informações sigilosas, seria mais adequado situar as previsões legais combatidas na categoria de elementos concretizadores dos deveres dos cidadãos e do Fisco na implementação da justiça social, a qual tem, como um de seus mais poderosos instrumentos, a tributação.

A solução do presente caso perpassa, portanto, pela compreensão de que, **no Brasil, o pagamento de tributos é um dever fundamental**.

A propósito do tema, vale destacar, por seu pioneirismo, a obra do jurista português José Casalta Nabais. No livro “O Dever Fundamental de Pagar Impostos”, o professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra **demonstra, em síntese, que, no Estado contemporâneo – o qual é, essencialmente, um Estado Fiscal, entendido como aquele que é financiado majoritariamente pelos impostos pagos por pessoas físicas e jurídicas – pagar imposto é um dever fundamental.**

Na doutrina brasileira, vale mencionar os estudos de Marciano Buffon, que, se debruçando sobre a conceito em referência, destacou a importância do dever fundamental de pagar tributos numa sociedade que se organiza sob as características do Estado Social – como é o caso do Brasil –, pois, nesse modelo, o Estado tem o dever de assegurar a todos uma existência digna, o que pressupõe a concretização de direitos sociais, econômicos e culturais do cidadão, por meio da prestações que demandam recursos públicos. O autor disserta:

“Enfim, não se faz necessário um profundo esforço intelectual para se compreender a importância do dever fundamental de pagar tributos, pois sem ele a própria figura do Estado resta quase inviabilizada, uma vez que não é possível pensar uma sociedade organizada sem que existam fontes de recursos para financiar o ônus dessa organização, exceto se o exemplo pensado for uma sociedade na qual os bens de produção estejam concentrados nas mãos do próprio Estado.

Esse dever fundamental se torna mais significativo

ADI 2390 / DF

quando a sociedade se organiza sob as características do denominado Estado Social, pois esse modelo tem como norte garantir a todos uma existência digna, e isso passa, especialmente, pela realização dos denominados direitos sociais, econômicos e culturais, o que demanda uma gama expressiva de recursos.

(...)

Dentro do modelo do Estado Social, a tributação ocupa um papel de fundamental importância, porque é esse modelo de Estado que tem o dever de assegurar os direitos fundamentais, sendo que tais direitos são mais necessários aos menos providos da capacidade de contribuir para com a coletividade” (BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2009. p. 91).

O tributo corresponde, pois, à contribuição de cada cidadão para a manutenção do Estado e, conseqüentemente, para a realização de atividades que assegurem os direitos fundamentais – notadamente os direitos daqueles que possuem menos condições de contribuir financeiramente com o Estado.

Tendo isso em conta, José Casalta Nabais ressalta que o imposto não deve ser encarado como mero exercício de poder pelo Estado, ou como um sacrifício pelo cidadão, mas como “**contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada em estado fiscal**. Um tipo de estado que tem na subsidiariedade da sua própria acção (económico-social) e no primado da autorresponsabilidade dos cidadãos pelo seu sustento o seu verdadeiro suporte” (**O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 679, grifo nosso).

Nesse quadro, **evidencia-se a natureza solidária do tributo**, o qual é devido pelo cidadão pelo simples fato de pertencer à sociedade, com a qual tem o dever de contribuir. **O dever fundamental de pagar tributos está, pois, alicerçado na ideia de solidariedade social**. Consoante aduz Marciano Buffon,

ADI 2390 / DF

“o liame da solidariedade é o fundamento que justifica e legitima o dever fundamental de pagar tributos, haja vista que esse dever corresponde a uma decorrência inafastável de se pertencer a uma sociedade” (p. 99).

A ordem constitucional instaurada em 1988 estabeleceu, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Para tanto, a Carta foi generosa na previsão de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para o cidadão.

Ocorre que, correlatos a esses direitos, existem também deveres, cujo atendimento é, também, condição **sine qua non** para a realização do projeto de sociedade esculpido na Carta Federal. Dentre esses deveres, consta o dever fundamental de pagar tributos, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão.

Sendo o pagamento de tributos, no Brasil, um dever fundamental, por representar o contributo de cada cidadão para a manutenção e o desenvolvimento de um Estado que promove direitos fundamentais, **é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal.**

Em 2015, a sonegação fiscal no país ultrapassou a marca dos R\$ 420 bilhões, valor estimado pelo Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda (SINPROFAZ) ainda no mês de outubro daquele ano, conforme noticiou o portal Estadão, em 22 de outubro de 2015. Segundo o editorial, esse valor equivale a 13 (treze) vezes o valor que o governo pretende arrecadar com a volta da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira.

Notícia publicada no portal Valor Econômico, em 9 de novembro de 2013, apontou que, segundo levantamento realizado pelo grupo internacional Tax Justice Network, com base em dados de 2011 do Banco Mundial, o Brasil só perde para a Rússia no ranking mundial da sonegação fiscal.

ADI 2390 / DF

Estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), em 2009, traçou um diagnóstico acerca da sonegação fiscal em nosso país, a qual já era expressiva à época, mas menor que nos dias atuais. As conclusões foram, em síntese, as seguintes:

“- Sonegação das empresas brasileiras vem diminuindo, mas ainda corresponde a 25% do seu faturamento;

- Em 2000 o índice de sonegação era de 32% e em 2004 era de 39%;

- Faturamento não declarado é de R\$ 1,32 trilhão;

- Tributos sonegados pelas empresas somam R\$ 200 bilhões por ano;

- Somados aos tributos sonegados pelas pessoas físicas, sonegação fiscal no Brasil atinge 9% do PIB;

- Cruzamento de informações, retenção de tributos e fiscalização mais efetiva são os principais responsáveis pela queda da sonegação;

- Contribuição Previdenciária (INSS) é o tributo mais sonegado, seguida do ICMS e do Imposto de Renda;

- Indícios de sonegação estão presentes em 65% das empresas de pequeno porte, 49% das empresas de médio porte e 27% das grandes empresas;

- Em valores, a sonegação é maior no setor industrial, seguido das empresas do comércio e das prestadoras de serviços;

- Com os novos sistemas de controles fiscais, em 5 anos o Brasil terá o menor índice de sonegação empresarial da América Latina e em 10 anos índice comparado ao dos países desenvolvidos.”

A sonegação fiscal gera uma série de consequências danosas para a sociedade.

A sonegação determina drástica redução da receita pública, o que impacta negativamente na prestação de serviços essenciais pelo Estado e, conseqüentemente, na concretização de direitos fundamentais sociais, tais

ADI 2390 / DF

como educação, saúde e assistência e previdência sociais. Quanto a esse aspecto, José Paulo Baltazar Junior assinala:

“De lembrar, nesse ponto, que vivemos em um Estado social de direito, e o interesse do Estado, ao tributar, não se esgota na arrecadação, mas transcende para a aplicação dos recursos auferidos, até mesmo para a concretização dos direitos fundamentais sociais, como a saúde, a educação, a assistência e a previdência sociais, os quais são direitos a prestações concretas, que demandam ação, e não mera omissão do estado e portanto, dependem da existência de recursos para a sua efetivação” (**Sigilo bancário e privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005).

Ademais, a prática em referência inviabiliza a concretização dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

No estado fiscal, em que os cidadãos estão ligados por um liame de solidariedade, do qual decorre um dever de contribuir financeiramente para o funcionamento do Estado, o cidadão detém o direito de que todos os demais contribuintes paguem o tributo devido, de modo que haja uma distribuição justa dos encargos financeiros.

A sonegação fiscal subverte essa lógica, visto que, embora a arrecadação possa ser menor que a esperada, as necessidades de caixa do governo jamais diminuem, o que redundará em aumento da carga tributária.

Segundo expõe Joana Marta Onofre de Araújo, em dissertação de mestrado, a sonegação gera uma distribuição desigual da carga tributária, visto que os custos dessa prática tendem a ser redirecionados, vindo a recair sobre a classe de trabalhadores tributada na fonte (**A legitimação do tributo como pressuposto para a concretização do Estado Social**. Fortaleza, 2012).

Nesse cenário, **importa destacar que o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 se mostra de extrema significância ao efetivo combate à sonegação fiscal no país.**

ADI 2390 / DF

Consoante observou o Procurador-Geral da República, no parecer oferecido na ADI 4.010, cuja cópia foi juntada à ADI nº 2390, sem o mecanismo em referência, seria

“inviável à administração tributária aferir a real disponibilidade patrimonial e financeira do contribuinte. Num país continental, torna-se economicamente insustentável e até mesmo impossível equipar a administração tributária para fiscalizar todos os contribuintes em tempo real”.

A Ministra **Cármem Lúcia**, no julgamento do RE nº 389.808, também assinalou a necessidade do compartilhamento de dados bancários com o Fisco para que o Estado cumpra seu papel de agente fiscalizador:

“Também acho que não há como se dar cobro às finalidades do Estado, especialmente da Administração Fazendária, e até ao Direito Penal, nos casos em que precisa haver investigação e penalização, se não houver acesso a esses dados, que, de toda sorte, já são de conhecimento das instituições financeiras que nem Estado são.”

O entendimento aqui defendido é corroborado pelo estudo do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) mencionado acima, **que atestou que o cruzamento de informações é um dos principais responsáveis pela queda da sonegação, o que confirma a imprescindibilidade da aplicação das normas ora questionadas.**

Outrossim, Saldanha Sanches e Taborda da Gama destacam que, **nos sistemas em que o pagamento de impostos é baseado na declaração do próprio contribuinte, como é o caso do Imposto de Renda no Brasil, a impossibilidade de acesso às movimentações bancárias do cidadão equivale a estabelecer quase uma presunção absoluta da veracidade desta declaração, visto que não há outra forma de aferir a veracidade das informações** (Sigilo bancário: crônica de uma morte anunciada. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes e GUIMARÃES, Vasco

ADI 2390 / DF

Branco (Org.). **Sigilos Bancário e Fiscal**. Belo Horizonte: Fórum, 2001).

Ressalta-se, ainda, que o acesso às informações bancárias pela Administração é relevante não só para coibir os casos de sonegação fiscal, mas também para o combate às organizações criminosas, às fraudes do comércio exterior e às condutas caracterizadoras de concorrência desleal. Mais recentemente, tem-se mostrado instrumento essencial no combate à corrupção no país e aos crimes de lavagem de dinheiro, dentre tantos outros delitos.

Atente-se que o Brasil assumiu compromissos internacionais relativos à transparência e ao intercâmbio de informações financeiras para fins tributários e de combate à movimentação de dinheiro de origem ilegal no mundo.

Com efeito, o Brasil é membro do Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários (**Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes**), órgão criado pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômicos (OCDE) no âmbito das ações voltadas ao combate à concorrência fiscal danosa gerada pelos paraísos fiscais.

Os motivos que levaram à criação do órgão remontam à elaboração pela OCDE, em 1988, do relatório denominado **“Harmful Tax Competition - an Emerging Global Issue”**. Esse relatório especificou as práticas observadas em determinados países que poderiam ser vistas como indícios de concorrência fiscal prejudicial, constando dentre elas **a ausência de transparência e a restrição à obtenção de informações em nome do contribuinte.**

Todos os países do G20 aderiram ao fórum global, que, atualmente, conta com 127 (cento de vinte e sete) membros, segundo informação do portal da Secretaria de Assuntos Internacionais do Ministério da Fazenda.

Em síntese, o Fórum estabelece padrões internacionais de transparência e de troca de informações na área tributária, com o fito de evitar o descumprimento de normas tributárias – especialmente por meio do combate aos paraísos fiscais –, assim como o cometimento de atos ilícitos, por pessoas ou empresas, por meio de transações internacionais.

ADI 2390 / DF

A partir desses padrões, o Fórum monitora o nível de transparência desses países em matéria fiscal.

No âmbito do Fórum, a avaliação do nível de transparência dos países ocorre por meio de um processo de revisão pelos pares (**peer review**), o qual é dividido em duas fases. Na fase 1, **é avaliada a estrutura das leis e da regulação de cada jurisdição associada ao Fórum, a fim de verificar sua compatibilidade aos padrões internacionais de transparência** estabelecidos no termo de referência. Na fase 2, analisa-se a implementação prática dos instrumentos indicados na fase anterior. **São avaliados a) se a informação é disponível e acessível pelas autoridades na prática; e b) se a informação é realmente compartilhada em tempo hábil.**

Segundo informa o portal da Secretaria de Assuntos Internacionais do Ministério da Fazenda, o Brasil foi avaliado, quanto à fase 1, no 1º semestre de 2011, e quanto à fase 2, teve relatório aprovado em julho de 2013. A partir de 2016, os países serão reavaliados, estando a reavaliação do Brasil prevista para 2018.

Em julho de 2014, foi desenvolvido um padrão global para o intercâmbio automático de informações para fins tributários (**Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters**), o qual **insta as jurisdições a obter informações perante instituições financeiras e disponibilizá-las automaticamente a outras jurisdições anualmente**, conforme esclarecimento do portal da OCDE:

“No encontro ocorrido em setembro de 2013, os líderes do G20 subscreveram integralmente a proposta da OCDE no sentido de um modelo verdadeiramente global para a troca de informações e convidaram a OCDE para, juntamente com os países do G20, desenvolver um novo padrão global de troca automática de informações, incluindo as modalidades técnicas, com o fim de melhor combater a evasão fiscal e assegurar o cumprimento das obrigações tributárias.

O Padrão, desenvolvido em resposta ao requerimento do G20 e aprovado pelo Conselho da OCDE em 15 de julho de

ADI 2390 / DF

2014, insta as jurisdições a obterem informações de suas instituições financeiras e automaticamente trocar essas informações com as outras jurisdições em uma base anual. O documento estabelece as informações financeiras a serem trocadas, as instituições financeiras obrigadas a compartilhá-las, os diferentes tipos de contas e contribuintes abrangidos, bem como os procedimentos comuns de diligência a serem seguidos pelas instituições financeiras”. (Tradução livre de: “G20 Leaders at their meeting in September 2013 fully endorsed the OECD proposal for a truly global model for automatic exchange of information and invited the OECD, working with G20 countries, to develop such a new single standard for automatic exchange of information, including the technical modalities, to better fight tax evasion and ensure tax compliance.

The Standard, developed in response to the G20 request and approved by the OECD Council on 15 July 2014, calls on jurisdictions to obtain information from their financial institutions and automatically exchange that information with other jurisdictions on an annual basis. It sets out the financial account information to be exchanged, the financial institutions required to report, the different types of accounts and taxpayers covered, as well as common due diligence procedures to be followed by financial institutions”).

O Brasil se comprometeu, perante o G20 e o Fórum Global, a adotar esse padrão a partir de 2018, de modo que não deve o Estado brasileiro prescindir do acesso automático aos dados bancários dos contribuintes por sua administração tributária, sob pena, inclusive, de descumprimento de seus compromissos internacionais.

Destaco que na VI Cúpula do BRICS, ocorrida em julho de 2014, o Brasil renovou o compromisso de cooperação nos foros internacionais voltados ao intercâmbio de informações em matéria tributária, conforme consta do item 17 da Declaração de Fortaleza:

“17. Acreditamos que o desenvolvimento sustentável e o

ADI 2390 / DF

crescimento econômico serão facilitados pela tributação dos rendimentos gerados nas jurisdições onde a atividade econômica transcorre. Manifestamos nossa preocupação com o impacto negativo da evasão tributária, fraude transnacional e planejamento tributário agressivo na economia global. Estamos cientes dos desafios criados pelo planejamento tributário agressivo e práticas de não cumprimento de normas. Afirmamos, portanto, nosso compromisso em dar continuidade a um enfoque cooperativo nas questões relacionadas à administração tributária e aprimorar a cooperação nos foros internacionais devotados à questão da erosão da base tributária e intercâmbio de informação para efeitos tributários. Instruímos também nossas autoridades competentes a explorar formas de reforçar a cooperação na área aduaneira.”

Esses movimentos de cooperação internacional para a troca de informações para fins tributários evidenciam que **o compartilhamento de informações financeiras dos contribuintes com as administrações tributárias é uma tendência internacional.**

De fato, conforme esclarece Carlos Alberto Habström, a previsão do art. 5º da LC 105/2001 não é uma inovação do Direito Brasileiro, visto que normas semelhantes foram adotadas, por exemplo, nos Estados Unidos, na Argentina, na Itália, na Espanha e na Austrália:

“A justificativa do projeto de lei que resultou neste artigo da LC 105 oferece, como se verá adiante, informações sobre a legislação norte-americana que efetivamente exige dos bancos, dentre outras coisas, a comunicação à administração tributária (no caso à repartição do imposto sobre a renda, o *Internal Revenue Service*), mensalmente, das operações superiores a dez mil dólares.

Exigência semelhante foi adotada pela Argentina, há alguns anos, mediante lei que obrigou os bancos a comunicarem à *Dirección General Impositiva* (DGI), órgão equivalente à Receita Federal, todas as operações de valor

ADI 2390 / DF

superior a 12 mil dólares.

Na Itália, uma extensa legislação, referente ao imposto sobre a renda e ao IVA (imposto de valor agregado), que começou a ser implantada em 1971, objetivando o combate à evasão fiscal e à lavagem de dinheiro, foi ampliando os poderes da chamada *Amministrazione finanziaria* e derogando o segredo bancário. Com a aprovação da Lei nº 413, de 1991, que permitiu a requisição direta de informações e documentos aos bancos, independentemente de certos pressupostos e de formalidade anteriormente exigidas, chegou-se a falar em ‘abolição’ do segredo bancário. Nas palavras de Enrico Gianfelici (ob. cit. p. 177), as mudanças introduzidas pela nova lei importam verdadeira eliminação do segredo bancário perante a Administração tributária, sob o argumento de ser necessário evitar-se que o instituto se transformasse em proteção para a evasão fiscal e para a criminalidade econômica: (....).

O mesmo se poderia dizer da legislação espanhola, adiante mencionada.

Na Austrália, a lei denominada *Financial Transaction Reports Act*, de 1988, e legislação posterior, obriga as instituições financeiras a informarem a uma agência especializada (*Australian Transaction Reports and Analysis Centre – AUSTRAC*, equivalente ao COAF, no Brasil) operações relevantes em dinheiro – *significant cash transactions*, expressão que designa as operações de transferência de moeda (pagamentos, ordens de crédito, etc) em valor igual ou superior a dez mil dólares australianos. Às informações obtidas pelo AUSTRAC podem ter acesso a administração tributária (*Australian Taxation Office*), a agência alfandegária (*Australian Customs Service*), o Procurador-Geral do país, para fins de colaboração internacional, nos termos de lei específica (*Mutual Assistance in Criminal Matters Act*), e, ainda, outras autoridades (*law enforcement agencies*)” (**Comentários à Lei de Sigilo Bancário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009).

ADI 2390 / DF

O autor em referência observa que tais legislações se inserem **num quadro que compreende não só o enfrentamento da evasão fiscal, mas também o combate a práticas criminosas que envolvem a circulação internacional de dinheiro de origem ilícita, tais como o narcotráfico, o crime organizado, a lavagem de dinheiro e o terrorismo.**

Considerando o cenário internacional aqui exposto, fica claro que eventual declaração de inconstitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001 poderia representar um retrocesso de nosso país em matéria de combate à sonegação fiscal e a uma série de crimes que envolvem a circulação internacional de dinheiro de origem ilícita.

Tenho, por tudo quanto abordado no presente tópico, que a atuação fiscalizatória traçada nos arts. 5º e 6º da LC nº 105/01 e em seus decretos regulamentadores (Decretos nº 3.724/2001 e nº 4.489/2002) não encerra inconstitucionalidade; ao contrário, retrata o pleno cumprimento dos comandos constitucionais e dos compromissos internacionais assumidos nessa seara pela República Federativa do Brasil.

4 – CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 104/2001

Quanto à impugnação ao art. 1º da Lei Complementar 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, esclareço que os referidos dispositivos se referem ao sigilo imposto à Receita Federal quando essa detém informações sobre a situação econômica e financeira do contribuinte. Rememoro o teor dos dispositivos:

“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.

ADI 2390 / DF

§ 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.”

Os preceitos impugnados autorizam o compartilhamento de tais informações com autoridades administrativas, no interesse da Administração Pública, desde que comprovada a instauração de processo administrativo, no órgão ou entidade a que pertence a autoridade solicitante, destinado a investigar, pela prática de infração administrativa, o sujeito passivo a que se refere a informação.

Destaco que o § 2º exige a instauração de processo administrativo para esse compartilhamento (o que atrai o respectivo regramento), além de determinar que a entrega das informações seja feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, de modo a assegurar a preservação do sigilo.

Mais uma vez, o legislador preocupou-se em criar mecanismos que impedissem a circulação ou o extravasamento das informações relativas ao contribuinte. Nota-se, diante de tais cautelas da lei, que não há propriamente quebra de sigilo, **mas sim transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública.**

Novamente estamos diante de um mecanismo voltado à satisfação do interesse público primário, visto que destinado à apuração de infrações administrativas.

ADI 2390 / DF

Saliente-se que a previsão vai ao encontro de outros comandos legais já amplamente consolidados em nosso ordenamento jurídico que permitem o acesso da Administração Pública à relação de bens, renda e patrimônio de determinados indivíduos.

Começo por lembrar o art. 13, da Lei nº 8.429/92 (lei de improbidade administrativa), que dispõe, em seu **caput**, que

“a posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente”; obrigação que, ressalte-se, será “anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função”.

A regulamentação desse dispositivo se deu por meio do Decreto nº 5483/05, que prevê, inclusive, a possibilidade de que os órgãos de controle interno da Administração Pública instaurem procedimento de sindicância patrimonial (ou requeiram sua instauração ao órgão ou autoridade competente) sempre que, na fiscalização das declarações apresentadas, identifique incompatibilidade patrimonial.

A Lei nº 8.730/93, de igual modo, estabelece a obrigatoriedade da apresentação de declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Note-se que a ordem alcança as seguintes autoridades e servidores:

- “I - Presidente da República;
- II - Vice-Presidente da República;
- III - Ministros de Estado;
- IV - membros do Congresso Nacional;
- V - membros da Magistratura Federal;
- VI - membros do Ministério Público da União;
- VII - todos quantos exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União.”

ADI 2390 / DF

Observe-se que cópia da declaração de imposto de renda será remetida ao Tribunal de Contas da União (§ 2º, do art. 1º), que manterá registro dos dados e exercerá o controle da legalidade e da legitimidade desses bens e rendas. A não apresentação dessa declaração (ou a não autorização para que o TCU tenha acesso à Declaração Anual de Bens e Rendimentos apresentada à Receita Federal) implica, conforme seja a autoridade omissa:

“a) crime de responsabilidade, para o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado e demais autoridades previstas em lei especial, observadas suas disposições; ou

b) infração político-administrativa, crime funcional ou falta grave disciplinar, passível de perda do mandato, demissão do cargo, exoneração do emprego ou destituição da função, além da inabilitação, até cinco anos, para o exercício de novo mandato e de qualquer cargo, emprego ou função pública, observada a legislação específica.” (art. 3º, parágrafo único, a e b).

A rigor, portanto, já há uma ampla atuação da Administração Pública sobre a esfera de intimidade patrimonial dos seus agentes, justificada pela evidente necessidade de salvaguarda do patrimônio e do interesse públicos.

Trata-se, ademais, de normas intimamente relacionadas ao dever de ética e moralidade que deve pautar o exercício de cargos públicos. O art. 1º, da LC nº 104/01, ora combatido, segue nesse mesmo sentido, já que o acesso aos dados constantes do Fisco poderá ser requerido quando identificada infração administrativa, prática evidentemente contrária àqueles deveres.

Diante disso, reputo constitucional o art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001 no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º no art. 198 do CTN.

ADI 2390 / DF**5 – CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § 3º, DA LC 105/2001**

Por fim, o art. 3º, § 3º, da LC 105/2001, também impugnado neste conjunto de ações, prevê que o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários forneçam à Advocacia-Geral da União “as informações e documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte”. Quanto a esse dispositivo, alega-se que ele violaria a igualdade processual entre as partes, por criar uma espécie de privilégio para a União.

Entendo, no entanto, ser esta uma interpretação equivocada do dispositivo. É que o acesso pelo Fisco aos dados e informações bancárias podem, legitimamente, resultar em notificações dos contribuintes e mesmo em lançamento tributário, situações em que, havendo pretensão resistida, a questão será judicializada. À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão da Advocacia-Geral da União, caberá a defesa da atuação do Fisco em âmbito judicial, sendo, para tanto, necessário o conhecimento dos dados e informações embasadores do ato por ela defendido.

Tal previsão, ressalte-se, já é prática recorrente: os órgãos de defesa da União solicitam aos órgãos federais envolvidos em determinada lide informações destinadas a subsidiar a elaboração de contestações, recursos e outros atos processuais. Conforme bem delineado por Carlos Alberto Habström:

“(…) Ora, nos termos daquela legislação, os órgãos jurídicos da Administração Federal estão, hoje – melhor dizendo, talvez, a partir da criação da AGU – estreitamente interligados. É como se formassem um grande departamento administrativo, com divisões ou seções especializadas.

Ora, a maioria das ações ajuizadas contra a União envolvem atos normativos ou administrativos de órgãos da administração direta e indireta, normalmente também integrantes do polo processual passivo. Na prática, como sabe quem quer que tenha algum conhecimento da máquina jurídica federal, em todos esses casos a defesa da União solicita aos

ADI 2390 / DF

órgãos envolvidos subsídios para as contestações.

É nesse contexto que se insere a norma ora comentada. Não há que falar, portanto, em transformação da União em ‘superparte’, privilegiada e avassaladora, caracterizando-se como um excesso de cautela ou de zelo do legislador.

Seja como for, exemplos de hipóteses de aplicação dessa norma são ações como aquelas decorrentes da implantação do PROER e da decretação de regimes especiais em instituições financeiras (liquidação extrajudicial, intervenção ou administração especial temporária).

De modo geral, em ações da espécie estarão em causa informações sobre atividades e operações do BC, da CMV e das instituições financeiras envolvidas. Só por exceção se pode pensar na necessidade de informações sobre operações realizadas por terceiros, sobretudo por clientes. Em princípio, informações dessa natureza só podem vir à tona mediante autorização judicial” (**Comentários à Lei de Sigilo Bancário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2009, p. 348).

De nada adiantaria a possibilidade de acesso dos dados bancários pelo Fisco se não fosse possível que essa utilização legítima fosse objeto de defesa em juízo por meio do órgão por isso responsável, a Advocacia-Geral da União, razão pela qual entendo que o art. 3º, § 3º, da LC 105/2001 é constitucional.

6 – CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço parcialmente da ADI nº 2.859/DF, para (i) **julgar prejudicada** a ação em relação ao Decreto nº 4.545/2002 e (ii) **julgar improcedente** a ação, declarando a constitucionalidade do art. 5º, **caput** e seus parágrafos, da Lei Complementar nº 105/2001.

Quanto às demais ações (ADI nºs 2390, 2397, e 2386), conheço das ações e as **julgo improcedentes**, declarando a constitucionalidade do art. 1º, § 3º, inciso VI, na parte em que remete aos arts. 5º e 6º; da expressão “do inquérito ou”, contida no art. 1º, § 4º; do art. 3º, § 3º; e dos arts. 5º e 6º,

ADI 2390 / DF

todos da Lei Complementar nº 105/2001; dos Decretos nº 3.724/2001 e nº 4.489/2002, que regulamentam, respectivamente, os arts. 6º e 5º da Lei Complementar nº 105/2001, e do art. 1º da Lei Complementar 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º no art. 198 do CTN.

Por fim, no que tange especificamente ao **art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001**, acolho as sugestões formuladas em Plenário pelos eminentes Ministros **Roberto Barroso** e **Ricardo Lewandowski**, no sentido de deixar explicitado neste julgamento que **os Estados e Municípios somente poderão obter as informações de que trata o preceito em referência quando a matéria estiver devidamente regulamentada, de forma análoga ao Decreto federal nº 3.724/2001, o qual foi formulado de forma a resguardar as garantias processuais do contribuinte, na forma preconizada pela Lei nº 9.784/99, e o sigilo dos seus dados bancários**. Assim, a exemplo do que prevê o mencionado decreto federal, **a regulamentação da matéria no âmbito estadual e municipal deverá, obrigatoriamente, conter as seguintes garantias:**

i) pertinência temática entre as informações bancárias requeridas na forma do art. 6º da LC nº 105/01 e o tributo objeto de cobrança no processo administrativo instaurado;

ii) prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo (leia-se, o contribuinte deverá ser notificado da existência do processo administrativo previamente à requisição das informações sobre sua movimentação financeira) e relativamente a todos os demais atos;

iii) submissão do pedido de acesso a um superior hierárquico do agente fiscal requerente;

iv) existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso, de modo que torne possível identificar as pessoas que tiverem acesso aos dados sigilosos, inclusive para efeito de responsabilização na hipótese de abusos;

v) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios;

vi) amplo acesso do contribuinte aos autos, garantindo-lhe a

ADI 2390 / DF

extração de cópias de quaisquer documentos e decisões, de maneira a permitir que possa exercer a todo tempo o controle jurisdicional dos atos da administração, segundo atualmente dispõe a Lei 9.784/1999.

É como voto.

18/02/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.390 DISTRITO FEDERAL

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Toffoli, Vossa Excelência me permite? Eu peço escusas por interrompê-lo.

Eu estou acompanhando com vivo interesse o voto de Vossa Excelência, como também acompanhei o voto do Ministro Edson Fachin, e vejo que um dos artigos impugnados, salvo melhor juízo, é o art. 198 do Código Tributário Nacional – alterado pela Lei 5.172 –, que, no § 2º, permite o intercâmbio de informação sigilosa no âmbito da Administração Pública.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Entre os Fiscos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ou seja, a Receita poderia receber informações sigilosas e intercambiá-las com qualquer órgão da Administração Pública?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Inclusive, o Simples Nacional trabalha dessa forma: com troca de informações entre as Receitas.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Qualquer órgão?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Entre as Receitas da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios - no caso do Simples, que é um pagamento simplificado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Qualquer órgão, seja o Tribunal de Contas da União, seja a CGU, enfim, órgão de qualquer hierarquia dentro da Administração Pública.

Então, esse artigo diz o seguinte: o intercâmbio de informação sigilosa...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

ADI 2390 / DF

Eu ainda nem cheguei nesse ponto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu não estou querendo contestar Vossa Excelência, evidentemente, e também não quero interromper o raciocínio de Vossa Excelência, mas apenas quero dizer: num primeiro momento, eu até imaginava que a Receita recebesse esses dados, tem o compromisso, o dever funcional, sob pena até de prevaricação, de manter o sigilo, mas vejo, aqui, que há, inclusive, a possibilidade de intercâmbio. E nós estamos tratando até das diversas Administrações Públicas, nos três níveis político-administrativos da Federação. Recebe e intercambia com qualquer órgão, em qualquer nível hierárquico.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Ficando sempre mantido o sigilo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Está bem, obrigado. Perdoe-me por interrompê-lo.

18/02/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.390 DISTRITO FEDERAL**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, nas últimas 24 horas, nós temos nos defrontado com questões verdadeiramente complexas: ontem, questão do cabimento de **habeas corpus** contra Ministro do Supremo; em seguida, a questão de a partir de qual momento pode ter início a execução de uma condenação criminal; e hoje essa delicadíssima questão envolvendo a quebra ou transferência de sigilo bancário.

Eu devo dizer a Vossa Excelência que tenho uma posição antiga no sentido de que a regra geral deve ser a da reserva de jurisdição sempre que se cuide de quebra de sigilo fiscal, de sigilo bancário ou de sigilo telefônico. Já sustentei isso doutrinariamente em relação até mesmo às Comissões Parlamentares de Inquérito, tese que, todavia, não prevaleceu aqui no Supremo Tribunal Federal. E, na Turma - penso que anteriormente ao ingresso do Ministro Fachin -, eu votei vencido relativamente a pedidos de informação do Tribunal de Contas da União ao BNDES, a propósito de informações comerciais de determinada empresa, também por entender que seria necessária a autorização judicial. E eu continuo pensando assim, como regra geral: quebra de sigilo, em qualquer das suas formas, deve depender de autorização judicial, porque acho que é uma segurança da cidadania e uma forma de proteção dos direitos fundamentais que um órgão externo àquele diretamente interessado exerça esse tipo de controle. Portanto, essa é a minha posição doutrinária, como regra geral, que, no entanto, parece-me merecer atenuação nesse caso envolvendo a Receita Federal.

Eu penso que - estou me referindo especificamente ao Recurso Extraordinário da relatoria do Ministro Luiz Edson Fachin -, no que diz respeito à Receita Federal, ela já é uma destinatária natural dessas informações, como, aliás, foi destacado no voto do Ministro Dias Toffoli. Vale dizer, o contribuinte que cumpre adequadamente as suas obrigações

ADI 2390 / DF

já presta à Receita Federal, no mínimo na sua declaração de ajuste anual, informações relevantes sobre os seus saldos bancários, sobre pagamentos a terceiros, sobre seus investimentos. E, de fato, a previsão é que essas informações sejam prestadas anualmente, mas nada impediria - o Ministro Toffoli também fez menção a isso - que se previsse que as informações fossem semanais ou até diárias, quando então todas as movimentações seriam de conhecimento da Receita.

Porém, mais do que isso, se nós estamos aqui preocupados com a questão do direito à intimidade e à vida privada, 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 fora do casamento, e o filho for seu dependente, ele tem que declarar na sua declaração de ajuste anual. E esta é uma informação personalíssima. Ou, por exemplo, se uma determinada pessoa tem uma doença grave que lhe dá o direito de uma isenção do imposto de renda, ele tem que declarar também. 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 esconder.

De modo que eu acho que 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 informação.

Para não repetir argumentos e, em primeiro lugar, louvando o voto do eminente Ministro Luiz Edson Fachin, que, com detalhamento e sofisticação intelectual e doutrinária, explorou a questão, eu estou acompanhando as conclusões de Sua Excelência.

Vou juntar um voto escrito, do qual, Presidente, eu lerei a ementa, apenas para documentação e para deixar clara a minha posição, que é a seguinte:

O princípio da transparência, significando clareza, abertura e simplicidade, vincula tanto o Estado quanto a sociedade. Se a criação do Estado é um projeto coletivo, deve-se reconhecer que a solidariedade se projeta também no campo fiscal. Assim, o pagamento de tributos é um

ADI 2390 / DF

dever fundamental, lastreado na feição fiscal assumida pelo Estado contemporâneo e no elenco de direitos fundamentais que pressupõem, para sua concretização, o necessário financiamento.

Além do que também vislumbro lastro constitucional no artigo 145, § 1º, que cuida da capacidade contributiva, e no artigo 150, inciso II, que cuida da isonomia tributária.

Aqui há, por evidente, uma ponderação com um direito fundamental, e, sobre ela, também me pronuncio a seguir.

O direito à intimidade e à proteção da vida privada dos indivíduos são direitos fundamentais de extrema relevância, já que se ligam diretamente aos valores da liberdade e da dignidade humana, pilares de qualquer Estado que se pretenda democrático e de direito.

Contudo, considero que a oposição do sigilo bancário à Administração Tributária não tem relação direta com tais garantias constitucionais, conforme se entende nas principais democracias do mundo - e isso foi enfatizado em mais de um dos pronunciamentos.

De todo modo, ainda que assim não fosse, o sigilo de informações financeiras, a meu ver, não se encontra no núcleo essencial do direito à intimidade e, portanto, é passível de restrição razoável pelo legislador, principalmente com o objetivo de compatibilizá-lo com o dever fundamental de pagar tributos, a isonomia tributária e a capacidade contributiva.

Sendo assim, verifica-se que o legislador não desbordou dos parâmetros constitucionais ao exercer sua relativa liberdade de conformação, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação, pela Administração Tributária, às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se uma transferência do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

E aqui destaco, porque considero igualmente importante, que o Decreto nº 3.724, que regulamenta o artigo 6º da Lei Complementar, foi publicado na mesma data de promulgação da Lei, e esse Decreto regulamenta de maneira minuciosa os procedimentos destinados a

ADI 2390 / DF

preservar o sigilo das informações obtidas.

De modo que, quanto a essa primeira parte da decisão do Ministro Luiz Edson Fachin, eu o estou acompanhando integralmente e, ainda que vazado em forma eventualmente diversa, substantivamente assemelhada.

E, quanto à outra questão, de Direito intertemporal, eu igualmente estou acompanhando Sua Excelência, dizendo que:

A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei nº 10.174/2001 não atrai a aplicação do princípio da retroatividade das leis tributárias por se tratar de regra relativa ao lançamento tributário e não constituir hipótese de instituição ou majoração de tributo. Aplica-se, portanto, o artigo 144, § 1º, do Código Tributário Nacional.

De modo que, pedindo todas as vênias a quem eventualmente pense de maneira diferente, eu estou acompanhando o voto do Ministro Luiz Edson Fachin numa hipótese concreta que diz respeito ao acesso a informações bancárias pela Receita Federal.

Passo agora, Presidente, a me manifestar sobre as Ações Diretas de Inconstitucionalidade sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli. E aqui eu também vou acompanhar Sua Excelência, mas com - não é uma ressalva, porque eu concordo com tudo que Sua Excelência enunciou - um pequeno acréscimo, talvez uma interpretação conforme a Constituição, que submeterei ao próprio Relator para ver se Sua Excelência estaria de acordo: a Lei e o artigo 6º não se referem apenas à União Federal, referem-se aos três níveis Estatais - União, Estados e Municípios. Foi essa a razão pela qual eu fiz uma indagação ontem à ilustre Procuradora da Fazenda que esteve na tribuna.

No âmbito federal, o art. 6º da Lei Complementar nº 105 - que é um dos dois artigos impugnados - é regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, que foi, como acabo de dizer, publicado concomitantemente à Lei, ao tempo em que era Secretário da Receita essa figura exemplar de brasileiro, que é o Doutor Everardo Maciel - que teve a preocupação de publicar a regulamentação da Lei na mesma data da sua promulgação.

Portanto, em matéria federal, existe um decreto que limita de

ADI 2390 / DF

maneira relevante e impõe restrições e procedimentos protetivos do contribuinte e protetivos do sigilo fiscal.

Portanto, Presidente e eminente Relator, eu imaginaria que o acesso por autoridades estaduais e municipais fica condicionado, a meu ver, primeiro, a uma "pertinência temática" - é preciso que aquela informação bancária tenha alguma relevância para o tributo que esteja sendo cobrado. É a primeira informação relevante.

Em segundo lugar, fica condicionado, a meu ver, à existência de um decreto regulamentador nos moldes da normatização federal para a proteção dos dados sigilosos do contribuinte.

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 da 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 que teve acesso ao sigilo, para evitar a manipulação indevida.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Como nós fizemos agora, anteontem, no CNJ, quando nós regulamentamos ou tentamos evitar o vazamento de dados sigilosos em processos que tramitam sob segredo de Justiça. Então, nós estamos, por meio da Resolução, obrigando que o juiz assente com muita clareza quais são as pessoas – servidores do Judiciário, eventuais magistrados, membros do Ministério Público, peritos, tradutores, enfim, auxiliares do Poder Judiciário – que têm acesso aos dados, para que isso fique bem claro, para que se possa eventualmente persegui-los numa eventual investigação, na hipótese de quebra do sigilo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Exatamente.

E, por fim, tal como no Decreto Federal, é preciso que haja a previsão das punições adequadas para quem viole o sigilo ou use abusivamente desse poder.

ADI 2390 / DF

De modo que, e concluindo, Presidente, eu estou acompanhando o eminente Relator para considerar constitucionais os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, sendo certo, todavia, que considero imprescindível que o ente que se valha da faculdade do artigo 6º tenha normatizado adequadamente a matéria nos moldes do que já existe no plano federal, para assegurar a proteção do sigilo e a eventual responsabilização por força dos abusos.

Portanto, é essa a ideia que submeto ao Relator e evidentemente aos eminentes Colegas.

18/02/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.390 DISTRITO FEDERAL

Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. SIGILO BANCÁRIO. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES DIRETAMENTE PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA.

1. É constitucional o requerimento ao Poder Judiciário, ainda na fase do inquérito policial, de dados acobertados pelo sigilo bancário, desde que respeitado o devido processo legal. Jurisprudência pacífica.

2. A mera transferência da guarda dos dados fiscais sigilosos entre diferentes órgãos da Administração Pública para fins de apuração do dever de pagar tributos é constitucional, desde que mantido o sigilo em relação a terceiros estranhos à Administração Tributária. Disciplina do art. 37, inciso XXII, da Carta.

3. O pagamento de tributos é um dever fundamental, lastreado (i) na feição fiscal assumida pelo Estado contemporâneo, (ii) no elenco de direitos fundamentais que pressupõem para a sua concretização o necessário financiamento, (iii) na capacidade contributiva e (iv) na isonomia tributária.

4. Os direitos à intimidade e à proteção da vida privada dos indivíduos, conforme se entende nas principais democracias do mundo, não guardam relação direta com o

ADI 2390 / DF

fornecimento de informações fiscais à Administração Tributária. Ainda que assim não fosse, o sigilo das referidas informações financeiras não se encontra no núcleo essencial do direito à intimidade, sendo, portanto, passível de restrição razoável pelo legislador com o objetivo de compatibilizá-lo com outros valores fundamentais do Estado Fiscal.

5. O legislador não desbordou dos parâmetros constitucionais ao exercer sua relativa liberdade de conformação, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição às instituições financeiras de informações pelo Fisco e garantiu a manutenção do sigilo dos dados obtidos, deixando-os, portanto, afastados do acesso por parte de terceiros estranhos à Administração Tributária.

6. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859 conhecida em parte, haja vista o esgotamento dos efeitos do Decreto nº 4.545/2002, nela impugnado. No mérito, ação julgada improcedente, assim como as ADIs nº 2.390, 2.386 e 2.397, fixando-se a seguinte tese central de julgamento: *“A requisição e o acesso pelas autoridades fiscais de informações bancárias e financeiras dos contribuintes é constitucional, desde que: (i) necessários para apuração do tributo; (ii) controlado o acesso e a utilização de tais dados no âmbito interno do Fisco; e (iii) mantido o*

ADI 2390 / DF

*sigilo fiscal em relação a pessoas estranhas
à Administração Tributária”.*

INTRODUÇÃO

1. Trata-se do julgamento conjunto de quatro ADI's que atacam, essencialmente, atos normativos que instituíram e regulamentaram o acesso direto e a utilização de dados bancários pela Administração Pública, portanto, sem a prévia autorização do Poder Judiciário. De todas as preliminares suscitadas, entendo que uma delas merece ser acolhida. Quanto aos demais dispositivos, praticamente todos eles regulamentam a questão específica do sigilo bancário para fins fiscais, sendo que apenas dois dos dispositivos questionados destoam dessa lógica.

2. Diante disso, após a análise da preliminar mencionada, o voto seguirá dividido em três partes. Nelas tratarei, em sequência, da: (i) constitucionalidade da expressão “do inquérito ou” contida no art. 1º, §4º, da Lei Complementar nº 105/2001; (ii) constitucionalidade do art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001; e (iii) constitucionalidade das regras anti-sigilo bancário (arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e demais dispositivos da legislação que os regulamentou).

3. Como intuitivo, a parte principal do voto é a que trata da constitucionalidade dos dispositivos que flexibilizaram as regras referentes ao sigilo bancário para fins fiscais. Quanto a esse tema entendo que a solução adequada passa por três ordens de ideias que irei tratar a seguir. A primeira delas está associada ao contexto atual da tributação e do sigilo bancário no mundo. A segunda gravita em torno daquele que considero seja o tratamento constitucional adequado da matéria. A terceira e última está ligada aos efeitos práticos e sistêmicos que a manutenção de uma concepção absoluta de sigilo bancário pode acarretar.

ADI 2390 / DF**PREJUDICIALIDADE PARCIAL DA ADI Nº 2.859**

4. Primeiramente, destaco que entendo que ocorreu a perda parcial do objeto da ADI 2.859, em razão do esgotamento dos efeitos do decreto nº 4.545/2002¹. O mencionado ato normativo tinha o objetivo de regulamentar a Lei nº 9.311/1996, que instituiu a CPMF. Contudo, como se sabe, tal lei deixou de produzir efeitos desde 2007, o que, nos termos da pacífica jurisprudência da Corte, conduz à prejudicialidade da ação direta quanto ao ponto².

CONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO “DO INQUÉRITO OU” CONTIDA NO ART. 1º, § 4º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001

5. A discussão sobre a constitucionalidade da expressão “do inquérito ou” contida no art. 1º, § 4º da Lei Complementar nº 105/2001 difere das demais que serão tratadas a seguir. Em verdade, aqui não se trata da transferência de dados bancários sigilosos à Administração Tributária, mas da sua utilização na esfera da investigação criminal, especificamente na fase de inquérito. Quanto ao ponto, a jurisprudência do Tribunal caminha no sentido de considerar constitucional a quebra do sigilo bancário em tais casos, desde que respeitado o devido processo legal³. Entendimento que eu considero também como o mais acertado e que deve ser aplicado ao presente caso.

1 O teor do Decreto nº 4.545/2002 era o seguinte: “Art. 1º A prestação de informações sobre operações financeiras, na forma estabelecida pela Secretaria da Receita Federal, em decorrência do disposto no § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, por parte das instituições financeiras, supre a exigência de que trata o Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002. Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.”

2 Entre vários precedentes, v. ADI 179, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Julgado em 19.02.2014.

3 Nesse sentido veja-se: STF, AC 3872 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 22.10.2015 e STF, HC 125.585 AgR, Rel. Min. Carmen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 16.12.2014.

ADI 2390 / DF

**CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI COMPLEMENTAR
Nº 104/2001**

6. Nesse ponto, a controvérsia foi instaurada em relação aos seguintes dispositivos inseridos no Código Tributário Nacional abaixo transcritos e grifados:

“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. (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

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. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 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.” (grifos nossos)

7. Quanto a esse particular, entendo que não há qualquer inconstitucionalidade nos dispositivos, não só porque considero que os sigilos fiscal e bancário não são absolutos, mas também porque, a rigor,

ADI 2390 / DF

ocorre a mera transferência da guarda dos dados sigilosos entre diferentes órgãos da Administração Pública e não sua divulgação ampla. Entendo que tais regras encontram fundamento direto no art. 37, inciso XXII, da CF⁴ e não desbordam do espaço de conformação razoável conferido ao legislador infraconstitucional para tratar da matéria.

CONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS ANTI-SIGILO BANCÁRIO PARA FINS TRIBUTÁRIOS**1. TRIBUTAÇÃO E SIGILO BANCÁRIO NO CONTEXTO GLOBAL****1.1. Tributação na Sociedade de Massa**

8. Historicamente, o lançamento, a liquidação e a cobrança dos impostos era uma atividade exclusiva da Administração Tributária. Por um imperativo de ordem prática, o processo de massificação que marcou a gestão fiscal na segunda metade do século XX alterou esse quadro, provocando profundas modificações nessa dinâmica. No atual contexto do Direito Tributário, o contribuinte passa a atuar de forma cooperativa com a Administração, cabendo-lhe o cálculo, a declaração e o pagamento dos tributos devidos por ele e, muitas vezes, até mesmo daqueles devidos por terceiros⁵. Se cada ato do contribuinte demandasse a chancela pontual do Fisco, o sistema arrecadatório entraria em colapso, expondo os dois elos da relação jurídico-tributária à insegurança jurídica. Portanto, fato é que a maior parte da arrecadação tributária atual depende da correção

4 “XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.”

5 No que diz respeito à possibilidade de constituição do crédito tributário por parte do sujeito passivo da relação, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se consolidou no sentido da admissibilidade do exercício de tal posição ativa pelo contribuinte, dando ensejo inclusive à edição do verbete nº 436 da Súmula de Jurisprudência Dominante.

ADI 2390 / DF

das declarações e pagamentos efetivados de forma prévia pelos próprios sujeitos passivos do tributo.

9. Nesse ambiente, cabe à Administração Tributária uma atividade, quase que exclusiva, de controle e fiscalização a *posteriori* do cumprimento desses pagamentos e do adimplemento dos deveres de cooperação. Promover essa transferência de responsabilidade aos contribuintes e ao mesmo tempo retirar do Fisco os meios necessário para o seu efetivo controle, como ocorreria com a criação de mais obstáculos ao acesso aos dados bancários, equivale a estabelecer uma presunção quase absoluta em relação às declarações de pagamento efetivadas por aqueles que, de certo modo, são interessadas no não pagamento. Isso manietta a Administração Tributária e abre um espaço amplo para a evasão tributária e a sonegação fiscal, que corroem as ideias de justiça e igualdade fiscal.

10. Diante desse quadro, as regras que disciplinam as relações entre Administração Tributária e contribuintes não podem continuar a ser elaboradas e interpretadas segundo um referencial teórico e fático que não corresponde mais ao momento que vivemos. A realidade da tributação impôs uma feição colaborativa à relação entre Estado e contribuintes, que vem sendo positivada em diversos diplomas legais e tratados internacionais. Esse novo referencial reforça a responsabilidade das duas partes na exata apuração dos tributos em geral, impondo a transparência como regra e reduzindo a praticamente zero o espaço para o segredo.

1.2. Globalização, Sociedade de Riscos e Transparência

11. Em paralelo a isso, deve-se dizer que o momento atual é marcado pela sociedade de risco, que se caracteriza por algumas notas relevantes: a ambivalência, a insegurança, a procura de novos princípios e o redesenho do relacionamento entre atribuições das instituições do Estado e da própria sociedade⁶. Para RICARDO LODI RIBEIRO, a sociedade de risco é

6 Ricardo Lobo Torres, Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário, volume II. Valores e Princípios Constitucionais Tributários, 2008, pp. 173-174.

ADI 2390 / DF

caracterizada pela imprevisibilidade dos riscos presentes, que não mais podem ser explicados com base em dados oferecidos pela experiência passada; e pela ambivalência, com as medidas adotadas para solucionar problemas gerando outros problemas para outras pessoas⁷.

12. Em síntese, os riscos atuais não se restringem mais àqueles naturais, que desde sempre acompanharam a humanidade, mas são criados pelo próprio desenvolvimento humano e potencializados pelo fenômeno da globalização. Terrorismo, lavagem de dinheiro, evasão fiscal, crises financeiras são todos riscos da pós-modernidade, que transcendem a individualidade das pessoas e até mesmo as comunidades locais, países e regiões, fazendo com o que os riscos assumam uma escala global. Tais características impõem que se revise não só a relação entre Estado e Sociedade, mas também a própria relação entre os Estados e os mecanismos para se atacar problemas antigos, como é o caso da evasão fiscal.

13. Nesse contexto a tributação se afasta da ótica eminentemente individualista, típica do Estado Liberal, e também da ideia de seguridade social e do Estado como segurador universal, marca do Estado Social, para se consolidar na ideia de seguro social, a partir da repartição, não só de direitos, mas também de danos e custos pelos cidadãos, de acordo com regras extraídas do pluralismo político e social⁸. Reconhece-se que os direitos fundamentais e sociais representam custos⁹ que, em última análise, são repartidos por toda a sociedade e financiados quase que exclusivamente pela receita dos tributos. É dizer, tanto a norma de incidência quanto as diversas espécies de desoneração, formais ou informais, representam uma repartição dos custos dos direitos e da prevenção dos riscos sociais por toda a sociedade, em uma equação que

7 Ricardo Lodi Ribeiro, *A segurança jurídica do contribuinte. Legalidade, Não-surpresa e Proteção à Confiança Legítima*, 2008, p.263.

8 Ricardo Lodi Ribeiro, *A segurança jurídica do contribuinte. Legalidade, Não-surpresa e Proteção à Confiança Legítima*, 2008, p.263.

9 Flávio Galdino, *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*, 2005.

ADI 2390 / DF

onera determinados indivíduos e concede benefícios a outros¹⁰.

14. Como lembra RICARDO LOBO TORRES, nesse ambiente a transparência surge como o melhor princípio para a superação das ambivalências da Sociedade de Risco. Somente quando se desvenda o mecanismo do risco, pelo conhecimento de suas causas e de seus efeitos, é que se supera a insegurança. O princípio da transparência, significando clareza, abertura e simplicidade, vincula assim o Estado e a Sociedade e se transforma em instrumento importante para a superação dos riscos fiscais provocados pela globalização. Somente a transparência na atividade financeira, consubstanciada na clareza orçamentária, na responsabilidade fiscal, no respeito aos direitos fundamentais do contribuinte, no aperfeiçoamento da comunicação social e no combate à corrupção dos agentes públicos, em contraponto à transparência na conduta do contribuinte garantida pelas normas antielisivas, pelas regras anti-sigilo bancário e pelo combate à corrupção ativa, pode conduzir à minimização dos riscos fiscais do Estado Democrático de Direito¹¹.

1.3. Movimento Global de Pressão às Práticas de Lavagem de Dinheiro e Evasão Fiscal Internacional

15. Em linha com isso, os últimos anos foram marcados pelo aumento significativo da pressão internacional pelo fim do sigilo fiscal, especialmente após a crise financeira de 2008. Esse movimento vem sendo capitaneado principalmente por Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido e França e tem o objetivo claro de acabar com a era do sigilo bancário no mundo¹². Embora o principal móvel seja a necessidade de financiamento doméstico dos Estados afetados pela crise e o combate à evasão fiscal, tais

10 Ricardo Lodi Ribeiro. A segurança jurídica do contribuinte. Legalidade, Não-surpresa e Proteção à Confiança Legítima, 2008, p.263.

11 Ricardo Lobo Torres, Sigilo Bancário e Fiscal. In: Sigilo Bancário e Fiscal – Homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves, O. Othon de Pontes Saraiva Filho; V. Branco Guimarães (Coord.), 2011, pp. 147-159.

12 <<http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/48996146.pdf>> Acesso em: 16.02.2016.

ADI 2390 / DF

medidas também são impulsionadas pelas crescentes preocupações com o terrorismo, a lavagem de dinheiro e os esquemas globais de corrupção.

16. Na reunião do G-20 ocorrida em 2009 para tratar dos efeitos da crise econômico-financeira mundial, concluiu-se que a transparência internacional e adoção de medidas de controle de paraísos fiscais e regimes fiscais privilegiados são objetivos a serem alcançados com vistas à superação da crise e como meio de evitar novos sobressaltos. Em fevereiro de 2011, a OCDE editou o relatório *“Tackling Aggressive Tax Planning Through Improved Transparency and Disclosure”* que conclui que a resposta para planejamentos fiscais agressivos é a disponibilidade de informação tempestiva, específica e abrangente¹³. Com o agravamento da crise, ainda em 2012, o Conselho da OCDE aprovou a alteração do art. 26 da sua Convenção Modelo para Tributação da Renda e do Capital, que é o dispositivo que disciplina a troca de informações entre os Estados contratantes. Com isso, passou-se a permitir expressamente a utilização das informações trocadas para outros fins que não apenas os previstos nos tratados, desde que autorizados pela legislação interna, abrindo espaço para utilização de tais dados para apuração de outros tributos não previstos no tratado e para a persecução criminal, quando for o caso.

17. Cabe lembrara que, ainda em 2011, o Brasil assinou a Convenção Modelo Multilateral da OCDE/Conselho da Europa sobre Assistência Administrativa sobre Assuntos Tributários, na parte relativa à troca de informações e, em setembro de 2012, tornou-se signatário de uma Convenção sobre Troca de Informações em Matéria Tributária com o Reino Unido. Em outubro do mesmo ano, acordos semelhantes foram firmados com as Ilhas Bermudas e o Uruguai. No início de 2013, adotamos o mesmo caminho em relação às Ilhas Cayman, Guernsey e Jersey. E, ainda em 2013, finalmente foi publicado o decreto nº 8.003, o qual promulgou o Acordo entre os governos brasileiro e americano para o Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos, que fora assinado em 2007¹⁴.

13 < <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/48322860.pdf> > Acesso em: 16.02.2016.

14 Sergio André Rocha, Troca de Internacional de Informações para Fins Fiscais, 2015,

ADI 2390 / DF

18. Todos esses instrumentos de direito internacional trazem mecanismos controle e cooperação internacional que, em maior ou menor medida, pressupõem a coleta interna e o compartilhamento de informações fiscais e econômicas entre Estados. Ou seja, em sede internacional, a abordagem do tema já pressupõe a ausência de empecilhos internos à obtenção dos dados e caminha no sentido de se estabelecer mecanismos que possibilitem as trocas automáticas de informações, inclusive superando a lógica do pedido específico de informações. Isso tem uma explicação que será melhor desenvolvida à frente: as principais democracias do mundo não impõem sigilo aos agentes fiscais em relação aos dados bancários e pautam também suas relações internacionais segundo essa premissa.

2. DIMENSÃO NORMATIVA**2.1 Dever Fundamental de Pagar Tributos**

19. A Constituição Federal colocou a solidariedade ao lado da igualdade e da justiça como objetivos fundamentais da República, insculpidos no art. 3, inciso I da CF/88. A noção de solidariedade social pode ser visualizada tanto como valor ético e jurídico, absolutamente abstrato, quanto como princípio positivado, que é o caso do Brasil. Trata-se, sobretudo, de uma obrigação moral e um dever jurídico que, em razão da correlação entre deveres e direitos, informa e vincula a liberdade, a justiça e a igualdade¹⁵. Por meio dele, a alteridade se insere de forma definitiva também no discurso jurídico.

20. Nesse ponto, algumas aproximações são inevitáveis. A primeira delas é com a definição de tributo como um dever fundamental¹⁶. É comum que as pessoas após alguns séculos esqueçam que as principais

p. 33.

15 Ricardo Lobo Torres, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Valores e Princípios Constitucionais Tributários* – vol. II, 2005, p. 180.

16 Sobre o tema vide: José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, 2009.

ADI 2390 / DF

formulações sobre o contrato social o conceberam com um acordo entre pessoas e não entre essas e o Estado, o que é um desvio de percepção bastante comum¹⁷. Se a criação do Estado é um projeto coletivo, deve-se reconhecer que a solidariedade se projeta com muita força no direito fiscal, que se traduz na disciplina da repartição igualitária dos custos dos direitos prestados e/ou garantidos pelo Estado. Nesse contexto, o pagamento de tributos constitui-se um dever fundamental estabelecido constitucionalmente¹⁸. Dever esse juridicamente fundamentado quer na

17 “Um dos aspectos frequentemente mal interpretados da temática do contrato social diz respeito à relação entre os agentes contratantes e o Estado. Esta varia de formulação para formulação, mas o acordo subjacente quase nunca é feito entre o governante e o povo. Trata-se, antes, de um acordo mútuo entre pessoas para repudiar a ação unilateral em defesa do direito individual, desde que haja a garantia de que todos os outros também repudiem tal ação. A formulação de Hobbes deixa muito claro que o acordo fundamental não se dá entre o governante e o povo. Para ele os indivíduos racionais concordariam mutuamente em se submeter a um soberano absoluto porque a alternativa é a guerra civil permanente (...). Em outras formulações, ocorre uma relação de mediação entre as pessoas, quer elas atuem individual ou coletivamente, e o Estado, mas que é subordinada ao acordo mútuo fundamental de repudiar a auto-ajuda do estado natureza. É por isso que, para Locke, uma revolução não significa necessariamente o retorno ao estado de natureza. É por isso que encontramos, entre os diferentes autores da tradição do contrato social, a defesa de diferentes sistemas institucionais. Na verdade, todos eles – Hobbes, Locke e Rousseau – pensavam que os sistemas de governos ideias podiam variar de acordo com o tamanho da população e outros acidentes históricos. Mas consideravam que as questões de formato institucional estavam subordinadas ao contrato social subjacente entre as pessoas. É desse que afirmava retirar a legitimidade fundamental.” Ian Shapiro, *Os fundamentos morais da política*/ tradução: Fernando Santos, 2006, pp. 145-146.

18 Na visão de Ricardo Lobo Torres: “o tributo se define como dever fundamental estabelecido pela Constituição no espaço aberto pela reserva da liberdade e pela declaração dos direitos fundamentais. transcende o conceito de mera obrigação prevista em lei, posto que assume dimensão constitucional.” Ricardo Lobo Torres, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Valores e Princípios Constitucionais Tributários* – vol. II, 2005, p. 181.

ADI 2390 / DF

feição Fiscal¹⁹ assumida pelo Estado contemporâneo²⁰, quer no elenco de direitos fundamentais constitucionalmente previstos²¹ e que pressupõem o necessário financiamento.

21. Com isso, se quer dizer que todos os membros da sociedade têm o dever de contribuir, na medida da capacidade econômica manifestada, para o sucesso desse projeto coletivo que, repita-se, tem como principal forma de financiamento a receita advinda de tributos. Ao descrever o papel atual que assume a Administração Tributária, em passagem feliz, KLAUS TIPKE afirma que a função das autoridades fiscais não corresponde ao mero interesse do Tesouro, mas sim ao interesse que o contribuinte tem de que os demais também paguem os tributos devidos²². E conclui que, em uma acepção mais correta, a Administração Tributária age como um agente fiduciário da comunidade solidária formada por todos os contribuintes²³.

19 No Estado Fiscal os tributos arrecadados dos particulares são a principal fonte de custeio do Estado, superando o modelo anterior do estado Patrimonialista, em que o Estado era financiado basicamente pela exploração de seu próprio patrimônio. Não significa que no Estado Fiscal não haja mais a exploração do patrimônio estatal, mas apenas que essas receitas passam a ter uma reduzida importância frente aos valores amealhados pela via tributária. Para um estado mais completo sobre a diferença dos dois modelos, v. Ricardo Lobo Torres, *A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal*, 1991.

20 Juan Manuel Barquero Estevan, citando Josef Isensee colaciona as principais características do Estado Fiscal ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La Función Del tributo em El Estado social y democrático de Derecho*, 2002, pp. 21-22.

21 José Casalta Nabais, em síntese, sustenta que não há necessidade de uma cláusula constitucional explícita que estabeleça o pagamento de tributos como uma um dever fundamental. Para o referido autor, basta que uma Constituição preveja em seu corpo uma “constituição fiscal”, ou se constitua efetivamente em um Estado Fiscal ou ainda traga um rol de direitos fundamentais cuja promoção, garantia e defesa, por certo, dependerá dos valores recolhidos pela via dos tributos. José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, 2009, p. 63.

22 Klaus Tipke, *Moral Tributaria Del Estado y de los Contribuyentes*. Trad. Pedro M. Herrera Molina, 2002, p.81.

23 Klaus Tipke, *Moral Tributaria Del Estado y de los Contribuyentes*. Trad. Pedro M.

ADI 2390 / DF

22. É preciso dizer que no Sistema Constitucional Tributário brasileiro essa ideia que acabo de expor encontra fundamento positivo direto nos arts. 145, § 1º, que estabelece o princípio da capacidade contributiva, e 150, inciso II, que trata da isonomia tributária, ambos da Constituição²⁴. Deles é possível extrair a noção atual de capacidade contributiva, que tem uma dimensão subjetiva importante, representada no comanda dirigido ao legislador para que busque graduar o aspecto quantitativo do fato gerador, de modo que de todos contribuam na medida da sua capacidade econômica, e que autoriza, portanto, a utilização da progressividade como principal critério de distribuição da carga tributária dos tributos, em geral.

23. Porém, há também um aspecto menos famoso, mas não menos importante, da capacidade contributiva, que é a sua dimensão instrumental. Essa ligada diretamente à efetividade da dimensão subjetiva mencionada anteriormente e ao princípio da isonomia. Ela está contida no mandamento presente na parte final do § 1º do art. 145, CF/88, que é direcionado à Administração Tributária. Nessa passagem, o texto constitucional é claro ao autorizar a criação de instrumentos que permitam ao Fisco, no momento da apuração dos tributos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas de todos os contribuintes na medida das efetivas manifestações de riqueza.

Herrera Molina, 2002, p.81.

24 CRFB/88: “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...)§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.(...) Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;”

ADI 2390 / DF

24. Em última análise, essa faceta da dimensão instrumental decorre também do princípio da efetividade das normas constitucionais aplicado à justiça fiscal (art. 150, II, da CF/88), na medida em que busca impedir que, entre a ocorrência do fato gerador e o efetivo pagamento das obrigações tributárias, essa ideia-força, que dá sustentação ao sistema tributário, seja corroída por práticas como a sonegação, a evasão e a fraude fiscal. Mecanismos que confirmam à Administração Tributária instrumentos eficazes de combate à fuga ilegítima da tributação potencializam a ideia de justiça fiscal e ajudam a impedir que o ônus do custeio do Estado fique desequilibrado, recaindo, essencialmente e de forma absolutamente iníqua, sobre aqueles contribuintes que cumprem de forma regular suas obrigações.

25. Estabelecidas tais premissas, fica fácil demonstrar que: (i) na feição atual do Estado, todos têm a obrigação de contribuir, na medida das suas capacidades, para a manutenção do Estado Fiscal; e (ii) para garantir a efetividade da primeira afirmação, é necessária a criação de regras que auxiliem a fiscalização e arrecadação de tributos, possibilitando que tais recolhimentos possam representar de maneira concreta o percentual da riqueza revelada pelo contribuintes. Um sistema tributário constitucional que consagre a capacidade contributiva e a utilize na gradação dos seus tributos, mas não conceda à autoridade fiscal os mecanismos necessários para fazer cumprir esse objetivo na prática e coibir os abusos, frustra a vontade da Constituição de promover uma repartição equitativa da carga tributária, o que é um direito de todos²⁵.

2.2. Tributação, Sigilo Bancário e o Direito à Intimidade e à Vida Privada

26. Como o próprio texto constitucional ressalva no art. 145, § 1º da CF/88, as prerrogativas que decorrem da dimensão instrumental da capacidade contributiva encontram limites nos direitos e garantias fundamentais dos contribuintes. Nesse sentido, o principal argumento

25 Klaus Tipke e Joachim Lang, *Direito Tributário (Steuerrecht)*, volume III – tradução Elisete Antoniuk, 2014, p. 217.

ADI 2390 / DF

constitucional contra o acesso às informações bancárias diretamente pelos agentes fiscais está na proteção à intimidade e à vida privada, dois direitos fundamentais. Em rumo oposto ao que caminhou o resto do mundo, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido da necessidade de intermediação judicial para obtenção, para fins fiscais, de dados relativos a movimentações financeiras dos contribuintes²⁶. Em verdade, penso que a discussão nunca alcançou a profundidade, a pluralidade e a visibilidade do debate travado nas presentes ações. Assim, parece ser essa uma boa oportunidade para a Corte aprofundar um pouco mais essa importante discussão e atualizar o seu entendimento sobre a correlação entre o direito à intimidade e o sigilo bancário nos dias atuais.

27. Um breve olhar sobre o panorama desse tema no direito comparado, mostra que tal rigor na proteção ao bancário não encontra eco nas principais democracias do mundo. Os Estados Unidos da América, desde 1970, contam com legislação específica, “*Bank Secrecy Act*”, que obriga as instituições financeiras a auxiliarem as agências governamentais a identificar e prevenir a ocorrência de crimes como a lavagem de dinheiro, a evasão de divisas e a sonegação fiscal, devendo ser comunicada *incontinenti* ao Estado toda atividade bancária suspeita. Da mesma forma, estão sujeitas à comunicação compulsória as transações diárias em dinheiro que excedam o montante de US\$ 10,000. Na França, o sigilo bancário é tratado apenas como segredo profissional e a proteção é meramente legal, não constitucional. Assim, permite-se o acesso automático pela Administração Tributária e Aduaneira. E, em paralelo com os EUA, as operações suspeitas devem ser imediatamente informadas ao órgão de controle competente. Em Portugal, a Administração Tributária pode acessar dados financeiros não apenas do contribuinte, mas também de seus familiares ou terceiros que encontrem numa relação especial com o contribuinte quando não houver a declaração de tais valores ou quando comprovada a existência de dívidas com a administração fiscal ou a seguridade social, entre outras diversas

26 Nesse sentido, RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 15.12.2010.

ADI 2390 / DF

hipóteses previstas no art. 63-B da Lei Geral Tributária²⁷.

28. Tome-se como último exemplo o caso Alemão, que tem um dos sistemas mais desenvolvidos e robustos de proteção de dados do mundo. O ordenamento germânico não contém uma regra expressa, assim como no Brasil, que preveja a proteção do sigilo bancário, embora seja considerado elemento integrante da esfera privada das pessoas. Em síntese, prevalece a ideia de que o sigilo bancário não compõe o conjunto de dados sensíveis – núcleo essencial da intimidade – que mais diretamente se ligam à personalidade. Por tal razão, apenas dados

27 “1 - A administração tributária tem o poder de aceder a todas as informações ou documentos bancários, bem como a informações ou documentos de outras entidades financeiras previstas como tal no artigo 3.º da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, alterado pelos Decretos-Leis n.os 317/2009, de 30 de outubro, e 242/2012, de 7 de novembro, sem dependência do consentimento do titular dos elementos protegidos: a) Quando existam indícios da prática de crime em matéria tributária; b) Quando se verifiquem indícios da falta de veracidade do declarado ou esteja em falta declaração legalmente exigível; (Redacção dada pela Lei n.º94/2009, de 1 de Setembro) c) Quando se verifiquem indícios da existência de acréscimos de património não justificados, nos termos da alínea f) do n.º 1 do artigo 87.º; (Redacção dada pela Lei n.º94/2009, de 1 de Setembro) d) Quando se trate da verificação de conformidade de documentos de suporte de registos contabilísticos dos sujeitos passivos de IRS e IRC que se encontrem sujeitos a contabilidade organizada ou dos sujeitos passivos de IVA que tenham optado pelo regime de IVA de caixa;(Redacção do DL n.º 71/2013, de 30 de maio) e) Quando exista a necessidade de controlar os pressupostos de regimes fiscais privilegiados de que o contribuinte usufrua; (Aditado pela Lei n.º94/2009, de 1 de Setembro) f) Quando se verifique a impossibilidade de comprovação e quantificação directa e exacta da matéria tributável, nos termos do artigo 88.º, e, em geral, quando estejam verificados os pressupostos para o recurso a uma avaliação indirecta. (Aditado pela Lei n.º94/2009, de 1 de Setembro) g) Quando se verifique a existência comprovada de dívidas à administração fiscal ou à segurança social. (Redacção da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro) h) Quando se trate de informações solicitadas nos termos de acordos ou convenções internacionais em matéria fiscal a que o Estado português esteja vinculado. (Redacção do artigo 220.º da Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro) 2 - A administração tributária tem, ainda, o poder de aceder directamente aos documentos bancários e aos documentos emitidos por outras entidades financeiras previstas como tal no artigo 3.º da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, nas situações de recusa da sua exibição ou de autorização para a sua consulta, quando se trate de familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte.”

ADI 2390 / DF

relativos à opção religiosa, orientação sexual, política, e informações de saúde merecem uma disciplina mais rigorosa. Em relação aos dados bancários e de natureza eminentemente econômica, é franqueado o acesso direto pelas Agências Estatais²⁸.

29. Quanto ao tratamento dado à matéria pelas Cortes Constitucionais pelo mundo, destaco que as Supremas Cortes da Espanha²⁹ e da Itália³⁰ expressamente rejeitaram a ideia de oposição do sigilo bancário às autoridades fiscais, afirmando que simplesmente não é possível se extrair do direito à intimidade e à vida privada uma proteção de acesso dos dados bancários dos contribuintes em face da Administração Tributária. Nesse contexto, o Brasil se coloca em situação peculiar em relação à absoluta maioria dos países civilizados com a manutenção de um entendimento jurisprudencial excessivamente ampliativo do âmbito de proteção do direito à intimidade e que interdita o acesso a tais dados pela Administração Tributária sem prévia autorização judicial.

30. De todo modo, ainda que se considere o sigilo fiscal como uma decorrência do art. 5º, X, da CF/88 e, portanto, merecedor de algum nível de proteção constitucional, é preciso reconhecer que se trata de uma dimensão eminentemente patrimonial desse direito, que, além de não ser absoluto, comporta um nível ainda maior de compressão. Assim, em um juízo de ponderação racional com o dever fundamental de pagar tributos e com o princípio da isonomia, materializado na esfera fiscal em um dever de todos os contribuintes de contribuírem de forma equânime para o financiamento do Estado, tal direito pode e deve ceder.

31. Mesmo porque, como se observa dos dispositivos que são aqui atacados, a obrigação acessória imposta às instituições financeiras é a de entrega daquelas informações que voluntariamente o contribuinte deveria ter fornecido e não forneceu, com o objetivo de embasar o lançamento

28 José Adércio Leite Sampaio. A suprema inviolabilidade: a intimidade informática e o Sigilo Bancário. In: Daniel Sarmento; Ingo Wolfgang Sarlet. Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica, 2011, pp. 545-546.

29 Sentencia número 110/1984, Tribunal Constitucional Espanhol.

30 Sentenza 51/1992, Corte Costituzionale della Repubblica da Italiana.

ADI 2390 / DF

tributário. E mais: informações que a absoluta maioria das pessoas efetivamente entrega e que compõem o dia a dia dos dados fiscais sigilosos sob a guarda da Administração Tributária. Portanto, o que está sendo tratado aqui, a rigor, é se existe ou não um direito constitucionalmente protegido a se recusar a oferecer à tributação valores sob a guarda de instituições financeiras.

32. Não tenho dúvidas que o direito à intimidade e à proteção da vida privada dos indivíduos são direitos fundamentais de extrema relevância, já que se ligam diretamente aos valores da liberdade e da dignidade humana, pilares de qualquer Estado que se pretenda Democrático e de Direito. Todavia, considero que a oposição de sigilo bancário à Administração Tributária não tem relação direta com tais garantias constitucionais. Ou, ainda que tenha, não estão no seu núcleo essencial a ponto de apresentarem a eficácia jurídica de regra, como pretendem os defensores de uma concepção quase absoluta de sigilo bancário.

33. Em outros termos, o que se quer dizer com isso é algo absolutamente trivial em matéria de direito constitucional: os direitos fundamentais, aí incluídos a intimidade e a vida privada, podem sofrer restrições e o grau aceitável de compressão desses direitos varia também de acordo com circunstâncias e os demais direitos em jogo, sem que isso, *prima facie*, possa ser considerada uma violação à Constituição. Sendo assim, somente através de uma análise à luz do caso concreto será possível definir se a restrição promovida a um determinado direito fundamental respeitou ou não o princípio da proporcionalidade, postulado que irá conduzir o processo de decisão³¹.

31 Situação análoga à dos autos já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Suspensão de Liminar nº 623, na qual a Advocacia Geral da União pediu a suspensão dos efeitos liminares deferidos em ação ordinária proposta pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil - CSBP, com o objetivo de impedir a divulgação, pela União, dos rendimentos dos servidores públicos federais. O argumento utilizado pela CSBP foi a suposta afronta aos princípios constitucionais da privacidade e da dignidade da pessoa humana. Naquela oportunidade, partindo da lógica de que tais direitos não absolutos, o ministro Carlos Ayres Britto, relator da referida ação judicial, evidenciou o exercício de

ADI 2390 / DF**2.3. Aplicação do Princípio da Proporcionalidade ao Caso**

34. Como já afirmado, os direitos ou garantias fundamentais não são absolutos³², o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são inerentes e, portanto, são passíveis de restrição razoável por parte do legislador. Em tais casos, o princípio instrumental da *proporcionalidade* assume um papel central na análise da legitimidade constitucional da restrição, sempre aplicado a partir de seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

35. Em relação à *adequação* da medida, é preciso verificar se o acesso direto aos dados bancários dos contribuintes por parte da Administração Tributária é um meio idôneo para alcançar os fins pretendidos. Isto é, se as restrições impostas aos direitos fundamentais dos contribuintes são aptas a promover os interesses contrapostos de permitir que a fiscalização promova um combate eficaz aqueles contribuintes que buscam sonegar tributos, omitir receitas, ocultar patrimônio e dar curso a evasão de fiscal. Nesse sentido, entendo ser fora de dúvidas que um instrumento que imponha às instituições financeiras, e não o contribuinte eventualmente

ponderação entre direitos fundamentais à privacidade e à intimidade e o princípio constitucional da publicidade, concluindo claramente pela prevalência do último na hipótese. Veja-se o seguinte trecho da ementa: “2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade” (§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. (SS 3.902/ SP, Rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, Julgamento em 09.06.2011, DJE 03/10/2011).”

32 STF, MS 23452, Rel. Min. Celso de Mello: “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.”

ADI 2390 / DF

interessado em se esquivar do pagamento, a obrigação de prestar as informações que podem levar a efetiva apuração do valor devido dos tributos, é um mecanismo com aptidão de promover a finalidade de combater as mais diversas formas de fuga ilegítima da tributação e controlar o fluxo de capitais, inclusive, para fins penais.

36. Portanto, a possibilidade de acesso aos dados bancários dos contribuintes sem prévia autorização judicial é medida plenamente *adequada* às novas finalidades de promover uma fiscalização eficiente e que possa alcançar a todos os contribuintes, indistintamente, mesmo aqueles sem acesso aos mais sofisticados meios de estruturação financeira. Ela confere maior efetividade à fiscalização, contribuindo para estimular a adimplência voluntária, incrementar a arrecadação e promover a justiça fiscal. Também torna mais difícil a vida dos devedores contumazes, que pretendem extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos, da evasão fiscal e da omissão de receitas. Isso tudo, sem falar na possibilidade de rastreamento e cruzamento dos dados relativos aos fluxos financeiros, inclusive mediante troca de informações entre países, como mecanismo de combate ao terrorismo e ao tráfico internacional de drogas e armas.

37. Em relação à *necessidade* da medida, é fácil verificar que não há outro meio alternativo igualmente idôneo para o acesso aos dados bancários que determinados contribuintes, deliberadamente, pretendem esconder. Salvo a imposição de uma obrigação para que um terceiro, que deles tenha conhecimento, os forneçam, no caso, as instituições financeiras. São elas que possuem os dados relativos à movimentação, à origem ou à titularidade dos recursos financeiros que seus clientes, eventualmente, tentam afastar da tributação. Contudo, assentada a necessidade da obtenção de tais informações, a comparação entre a hipótese de requisição diretamente pela Administração Tributária e o acesso precedido de autorização judicial, pressupõe uma análise da eficácia das duas medidas, o que demanda a verificação de um número elevado de variáveis e, assim, uma ponderação de custo benefício, o que desborda do subprincípio da *necessidade*. Para tais hipóteses, a doutrina

ADI 2390 / DF

recomenda que tal discussão seja transposta para o próximo subprincípio, da *proporcionalidade em sentido estrito*³³.

38. Em relação ao terceiro subprincípio, da *proporcionalidade em sentido estrito*, cabe destacar que o afastamento do sigilo bancário para fins fiscais sem prévia autorização judicial corresponde a medida *proporcional em sentido estrito*, de modo que as eventuais restrições aos direitos fundamentais dos contribuintes sejam compensadas pela promoção de interesses contrapostos. Trata-se de uma análise comparativa entre custos e benefícios.

39. Em relação aos benefícios decorrentes da medida em questão, é possível apontar: (i) a promoção da isonomia tributária e da justiça fiscal (art. 150, II, da CF); (ii) a realização dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade na cobrança dos créditos tributários (arts. 37 e 70, CF); (iii) a garantia da livre concorrência, evitando-se que alguns agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos (art. 170, IV, CF), e (iv) o descongestionamento do Judiciário, em benefício da realização do princípio da razoável duração do processo (art. 5^o, LXXVIII, CF).

40. Em primeiro lugar, a cobrança efetiva dos créditos estatais não atende apenas o interesse secundário do Estado, mas também interesses de toda a coletividade. Isso porque permite que a arrecadação dos valores que custearão os serviços e prestações materiais que irão beneficiar a todos seja norteada e represente de maneira adequada a capacidade contributiva efetivamente revelada, inclusive atingindo aqueles que tentam se esquivar de forma ilegítima da tributação. De forma indireta, é certo que tal mecanismo promove também um aumento de arrecadação e coíbe desvios.

41. Em segundo lugar, o acesso direto auxilia no combate mais efetivo à inadimplência, viabilizando a promoção em maior medida da justiça fiscal e impedindo que a sonegação fiscal confira aos maus pagadores uma vantagem competitiva em relação àqueles que cumprem

33 *Jane Reis Pereira Gonçalves, Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais, 2006, pp. 342-343.*

ADI 2390 / DF

seus deveres tributários ou desequilibre de maneira ilegítima a repartição do ônus individual de custear as despesas estatais.

42. Em terceiro lugar, ao permitir o acesso direto aos dados bancários, sem prévia autorização judicial, a medida tem o condão de ser mais célere e evitar uma sobrecarga ainda maior do Poder Judiciário, com todos os efeitos sistêmicos dela decorrentes. Por tudo, sopesando-se os custos e benefícios da medida questionada nesta ação direta, parece evidente que o acesso direto dos dados bancários por parte da autoridade fiscal proporciona ganhos que compensam largamente as leves restrições aos direitos fundamentais dos contribuintes. Daí porque, além de adequada e necessária, a medida é também proporcional em sentido estrito, atendendo por completo o princípio da proporcionalidade.

3. CONSIDERAÇÕES DE ORDEM PRAGMÁTICA

43. Os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente *jurídicos*, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados *casos difíceis*³⁴, tem uma inegável dimensão *política*. Assim é devido ao fato de o intérprete desempenhar uma atuação criativa – pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis –, e também em razão das consequências práticas de suas decisões.

44. Como é corrente, desenvolveu-se nos últimos tempos a percepção de que a norma jurídica não é o relato abstrato contido no texto legal, mas o produto da integração entre texto e realidade. Em muitas situações, não será possível determinar a vontade constitucional sem verificar as possibilidades de sentido decorrentes dos fatos subjacentes. Como escrevi em texto doutrinário:

34 *Casos difíceis são aqueles para os quais não existe uma solução pré-pronta no Direito. A solução terá de ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito. Três situações geradoras de casos difíceis são a ambiguidade da linguagem, os desacordos morais e as colisões de normas constitucionais.*

ADI 2390 / DF

“A integração de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita, em primeiro lugar, com base nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição). Observada essa premissa inarredável – porque assentada na ideia de justiça e na dignidade da pessoa humana – deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e **produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática)**. A interpretação constitucional, portanto, configura uma atividade *concretizadora* – i.e., uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema – e *construtivista*, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa”³⁵. (grifo acrescentado)

45. O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o *contextualismo*, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o *consequencialismo*, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.

46. Pois bem: o pragmatismo jurídico, que opera dentro dos sentidos possíveis da norma jurídica, oferece três argumentos que reforçam a necessidade de revisão da atual jurisprudência do STF quanto à possibilidade de acesso direto por parte da autoridade fiscal aos dados bancários dos contribuintes.

3.1. Efeitos Sistêmicos Sobre a Atividade de Fiscalização

47. Primeiramente, falando da atividade de fiscalização, acho importante realçar a distinção entre a quebra de sigilo, ocasião na qual os

35

Luís Roberto Barroso, Curso de direito constitucional contemporâneo, 2015, p. 322.

ADI 2390 / DF

dados antes protegidos em virtude do direito de intimidade são tornados públicos, e a transferência de sigilo, em que os dados continuam excluídos do acesso público, mas na guarda do Poder Público. Essa intenção do constituinte, de permitir a transferência de informações protegidas por meio de sigilo, pode ser extraída inclusive da leitura do art. 37, XXII, da Constituição³⁶.

48. Nesse sentido, nas situações normais, quando ocorre a transferência de dados é preservada a garantia da intimidade (art. 5º, X, da Constituição Federal), porque os dados, mesmo depois de repassados à Administração requisitante, permanecem protegidos e sem divulgação para terceiros. Violar tal regra importa em sanções nas esferas criminal³⁷, isso sem falar nos efeitos no campo funcional, civil e criminal. Ademais, cabe destacar também que os dados bancários são comumente acessados por terceiros sem que se alegue que tenha ocorrido violação ao sigilo, ficando resguardados por uma mera relação contratual. É o caso dos funcionários ou gerentes de instituições financeiras, que têm constante acesso a todas as informações bancárias de seus clientes. O direito à intimidade, no caso, não é afetado, tendo em vista que tais informações são gerenciadas para finalidades específicas e de maneira a manter o seu sigilo salvaguardado do público, em geral. Levar às últimas consequências a argumentação trazida pelos defensores de uma versão excessivamente ampliativa do sigilo bancário, poderia conduzir a um

36 CF/88: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) “as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.”

37 É o que se observa do art. 198 do Código Tributário Nacional, veja-se: “Art. 198 da CF. “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.”

ADI 2390 / DF

engessamento das próprias relações bancárias e dos sistemas de proteção ao crédito.

49. Também é preciso relembrar que a Administração Tributária já é a guardiã natural da compilação de todas as informações bancárias e econômicas daqueles contribuintes que cumprem corretamente suas obrigações e entregam esses dados ao Fisco, sendo corriqueira a utilização de tais dados para promover a cobrança. Imaginando no caso do imposto de renda das pessoas físicas, há informações diretamente ligadas à porção existencial da vida do contribuinte, tais como: a assunção como dependente de um filho havido fora do casamento e sem o conhecimento do conjugue; despesas médicas por tratamentos de doenças graves que são discriminados para que possam ser deduzidos da base de cálculo das pessoas; doações feitas a outras pessoas físicas; a indicação de alguma das enfermidades grave que dão direito à isenção do imposto; entre outras. Nem por isso, se cogita de declarar tais obrigações inconstitucionais ou condicionar o seu fornecimento à prévia determinação judicial.

50. Contudo, um dos efeitos sistêmicos da consagração da tese favorável ao sigilo é que a Administração Tributária, além de não poder exigir de terceiros (instituições financeiras), também, por razões semelhantes, não poderia exigir diretamente dos contribuintes tais informações, ser portadora de tais dados ou deles se utilizar para aferir o valor de imposto corretamente devido sem uma prévia autorização judicial. Isso porque, os contribuintes que “espontaneamente” os fornecem a autoridade fiscal no prazo correto, o fazem por uma imposição da legislação tributária em vigor e não por mera liberalidade. Portanto, por dever de coerência, é preciso dizer que boa parte dos argumentos aqui levantados, se acatados, deveriam conduzir de igual maneira à inconstitucionalidade dos atos normativos que respaldam a exigência de tais dados dos próprios contribuintes. Adotar tal entendimento teria um efeito especialmente devastador sobre a atividade fiscalizatória de uma maneira geral.

51. Em conclusão parcial, penso que, no mundo atual e em constante

ADI 2390 / DF

revolução tecnológica, não se pode ter a ilusão de sigilo absoluto de dados. Cada vez mais se caminha, por razões jurídicas ou de ordem prática, para a garantia de uma troca segura de informações entre os órgãos de controle, bancos e até mesmo Estados soberanos, afastando-se a ultrapassada noção de interdição total do acesso aos dados acobertados por sigilo bancário ou fiscal, bem como de uma reserva de jurisdição para obtenção dessas informações.

3.2. Consequências para o Sistema Tributário Interno

52. No âmbito interno, uma consequência da impossibilidade de se atingir integralmente as manifestações de riqueza na medida em que elas ocorram será o aumento da pressão fiscal sobre aqueles contribuintes que não tem a opção de omitir de qualquer forma suas receitas. Assalariados em geral, funcionários públicos e todos aqueles que de alguma forma estão sujeitos à retenção de rendimentos diretamente na fonte, o que constituem a imensa maioria das pessoas, irão suportar os ônus da não tributação de uma parcela pequena, mas economicamente representativa da população. Também a tributação sobre o consumo, que já constitui hoje um problema fiscal à parte e dramático, será o esteio natural para se auferir mais receitas, agravando ainda mais o atual estado de injustiça fiscal nesse campo.

53. Caso persista a lógica da reserva de jurisdição, outro problema de ordem prática será criado, também em desproveito da isonomia e da capacidade contributiva. O Judiciário teria que decidir prévia e pontualmente se existe a necessidade de dar acesso aos dados bancários dos contribuintes e não apenas cuidar das eventuais ações daqueles que se sentissem de alguma forma lesados pela transferência dos dados sigilosos. Para além da duvidosa constitucionalidade dessa interpretação, que mitiga o campo de atuação do Poder Executivo, isso tudo se passaria em um cenário de quase esgotamento da capacidade material do Judiciário de fazer frente ao volume de processos hoje em tramitação. Afora os efeitos danosos para a tramitação de processos em geral, essa

ADI 2390 / DF

perda de agilidade será mais um estímulo àqueles que pretendem viver à sombra da tributação, reforçando os efeitos deletérios para os demais contribuintes que irão, em última análise, suportar esse ônus.

3.3 Consequências no Campo Internacional

54. Em mais uma demonstração da complexidade do momento atual, vivemos em uma época na qual os países disputam globalmente para atrair capitais, mas, ao mesmo tempo, se unem para travar uma verdadeira batalha contra os paraísos fiscais, países com tributação favorecidas ou pouco transparentes, em geral. O que antes era uma questão doméstica relativa à tributação de cada país, passa a ter uma relevância global e efeitos que não se sabem exatamente quais são, em uma clara demonstração da ambivalência e imprevisibilidade que marcam a Sociedade de Risco.

55. Nesse ponto, como já destaquei inicialmente, burocratizar e criar mais barreiras ao acesso de dados bancários, não apenas se configura como uma medida que distancia o Brasil da quase totalidade dos países desenvolvidos, como também caminha em sentido oposto à transparência que tem sido apontada como o principal remédio para enfrentar e minorar os riscos fiscais globais. Com efeito, do ponto de vista prático, isso tem o potencial de produzir um isolamento do Brasil no cenário internacional, além de, mais diretamente, frustrar diversos acordos internacionais já celebrados e mencionados no início do voto.

CONCLUSÃO

56. Por todo exposto, voto no sentido de:

(i) preliminarmente, conhecer apenas parcialmente da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859, considerando-a prejudicada em relação à alegação de inconstitucionalidade do Decreto nº 4.545/2002 e, no mérito, julgá-la improcedente para declarar a constitucionalidade do art. 5º, caput e seus

ADI 2390 / DF

parágrafos, da Lei Complementar nº 105/2001 e a integralidade do Decreto nº 4.489/2002, que regulamenta aquele dispositivo da LC 105/2001;

(ii) quanto às demais ações (ADI nº 2.390, 2.397 e 2.386), conhecê-las e julgá-las improcedentes para declarar a constitucionalidade do art. 1º, § 3º, inciso VI, na parte em que remete aos artigos 5º e 6º; da expressão “do inquérito ou” contida no artigo 1º, §4º; do art. 3º, §3º; e do art. 5º, todos da Lei Complementar nº 105/2001, bem como dos Decretos nº 3.724/2001 e nº 4.489/2002, que regulamentam, respectivamente, os artigos 6º e 5º da Lei Complementar nº 105/2001, e do art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001, no ponto em que insere o §1º, inciso II, e o §2º ao art. 198 do CTN.

57. Ainda quanto às ADI's nº 2.390, 2.397 e 2.386, no que diz respeito especificamente à constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, considero que a obtenção das informações nele previstas depende de processo administrativo devidamente regulamentado por cada ente da federação, em que se assegure, tal como se dá quanto à União Federal, por força da Lei nº 9.784/99 e do Decreto Federal nº 3.724/2001, no mínimo as seguintes garantias:

(i) pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado;

(ii) a notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos;

(iii) sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico do requerente;

(iv) existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso;

(v) o estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.

ADI 2390 / DF

58. Por fim, fixo a seguinte tese central de julgamento: *“A requisição e o acesso direto pelas autoridades fiscais de informações bancárias e financeiras dos contribuintes é constitucional, desde que necessário para apuração do tributo, controlado o acesso e a utilização de tais dados no âmbito interno do Fisco e mantido o sigilo fiscal em relação a pessoas estranhas à Administração Tributária.”*

59. É como voto.

18/02/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.390 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Ministro Relator, apenas uma pequena observação.

Eu estava preparado, tendo em conta a dinâmica das discussões, para também eventualmente evoluir para uma interpretação conforme, quase que nessa linha que Vossa Excelência está sugerindo, mas também no sentido de algo que está contido no próprio voto do eminente Ministro Relator, Dias Toffoli, que é o seguinte: Sua Excelência fez alusão a uma lei federal que disciplina o procedimento ou os processos administrativos – se quisermos – na Administração Pública. Pois bem, essa lei é a Lei 9.784/1999.

O art. 6º, *caput*, da Lei Complementar 105 – todos têm em mãos este artigo, porque ele está sendo impugnado – diz o seguinte:

"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".

Muito bem, então o sigilo só pode ser quebrado se houver um processo administrativo em curso. A Lei Complementar diz isso no art. 6º.

Bem, o que diz a Lei Federal 9.784? A que fez alusão o eminente Ministro Relator, Dias Toffoli.

"Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

(...)

II – ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;"

ADI 2390 / DF

Portanto, eu estaria sugerindo, num primeiro momento, como uma possível interpretação conforme, sem redução de textos, que, primeiramente, fosse observado o art. 3º, II, desta Lei Federal 9.784, dando ciência da instauração do processo administrativo por parte do Fisco e possibilitando ao interessado ter vista dos autos, ter cópia, enfim, de todos os documentos neles contidos, inclusive tendo em conta a nossa Súmula Vinculante que disciplina a matéria exatamente nessa linha.

Ademais, eminente Ministro Barroso, e peço licença e perdão por interrompê-lo, o art. 50 desta mesma Lei Federal 9.784 diz o seguinte:

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;”.

Então, na linha do que Vossa Excelência está propondo, eu, dependendo do encaminhamento deste julgamento, eventualmente sugeriria que se desse interpretação conforme ao art. 6º, conforme a Constituição, sem redução do texto, observadas as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição, que estão materializados exatamente no art. 3º, II, da Lei 9.784. Tudo isso sem desconsiderar os postulados da necessidade de fundamentação dos atos administrativos, que consta exatamente no art. 50 desta mesma Lei, e da inafastabilidade da jurisdição. A motivação que consta no art. 50 da Lei Federal 9.784 já vem, de certa maneira, discriminada neste Decreto 3.724.

Então, eu penso que o sigilo não pode ser oponível ao contribuinte, ou seja, no momento em que se abre o processo administrativo, que é condição *sine qua non* para o compartilhamento do sigilo, é preciso que se tomem esses cuidados que estão previstos na própria Lei Federal, à qual fez alusão o eminente Ministro Toffoli.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas, veja, Vossa Excelência: se a Lei Complementar nº 105, no artigo 6º, exige a instauração de processo administrativo, eu concordo plenamente com Vossa Excelência de que estas regras da lei do processo administrativo

ADI 2390 / DF

hão de se aplicar. Eu não teria dificuldade. Podemos explicitar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas é preciso dizer isso com todas as letras, já deixar isso claro no processo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O que eu estou propondo é um pouco a mais: que o Decreto Federal seja adaptado pelas Administrações Estaduais e Municipais, porque ele contém normas de proteção do sigilo e de responsabilização da autoridade que se porte mal.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Como eu não quero deixar no ar a discussão para que se saiba ou se discuta se essa Lei Federal 9.784, que estabelece ou disciplina o procedimento administrativo, é uma lei federal, é uma lei de caráter nacional, abrangendo todos os níveis político-administrativos da Federação, eu penso que, nesta nossa decisão, se o Tribunal considerar hígido, do ponto de vista constitucional, esse art. 6º, essa Lei 9.784, ou pelo menos esses ditames devem aplicar-se também aos Estados e aos Municípios. E também, como Vossa Excelência está sugerindo, esse Decreto, enfim, as regras do Decreto, linhas gerais, pelo menos, do Decreto 3.724.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não dá para se determinar uma aplicação automática, porque ele é muito talhado para o tributo federal. Então, tem que ser uma analogia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não, claro, porque digo em geral, no que couber, no que for cabível.

Isso, portanto, coaduna-se, a meu ver, com aquilo que determina o art. 50 dessa Lei Federal 9.784, que exige a motivação toda vez que se

ADI 2390 / DF

negam, limitam ou afetam direitos ou interesses do contribuinte, porque, aí, nós realmente protegemos o constituinte de alguma forma, quer dizer, porque não pode haver o processo sigiloso, o processo confidencial com relação ao cidadão, isso só ocorre nas ditaduras, nos regimes autocráticos. Então, como exige o art. 6º da Lei Complementar 105, aberto o processo administrativo, eu acho que o cidadão tem de ter imediatamente ciência disso, ele tem de ser cientificado, nos termos do inciso II do art. 3º da Lei 9.784, e ter amplo acesso aos autos. E essa decisão tem de ser motivada nos termos do Decreto 3.724.

Desculpe-me, Ministro Barroso, mas apenas complementando...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, se Vossa Excelência me permite, por favor, Ministro Barroso, só para esclarecer.

A lei do processo administrativo é uma lei federal, ela é fruto de uma formulação de Caio Tácito, basicamente. E digo isso, porque tive a honra de fazer parte da Comissão que a elaborou. Ela é federal, mas hoje é repetida em 23 Estados, pelo menos. Ou seja, determinou-se que os Estados fariam suas próprias leis no exercício da Federação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Perdão, Ministra.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Pois não, por favor.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O eminente Procurador está sugerindo que nós, se formos caminhar nesse sentido, em vez de citarmos a Lei, citássemos o conteúdo do dispositivo, que ele realmente estabeleça.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Neste caso, nós estaríamos impondo o que já se tem como imposição, quer dizer, o conteúdo dessas normas.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - *Data venia*, eu ainda quero ouvir o Relator, mas a minha preocupação é no sentido de proteger o contribuinte.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É por isso mesmo que seria bom que o Ministro-Relator esclarecesse, porque acho que a

ADI 2390 / DF

preocupação dele é casada com o que põe o Ministro Barroso agora.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Toffoli.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Senhor Presidente, como primeiro passo, antes de chegarmos ao art. 6º e enfrentar o debate travado agora, eu gostaria de relembrar o art. 5º; é fundamental relembrar o art. 5º, porque a automaticidade da informação é dada pela lei complementar apenas ao Fisco Federal. Então, estamos todos esclarecidos em relação a isso:

"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 [exclusivamente] as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços."

E, aí, tem o decreto que vai regulamentar isso em instruções normativas da própria Receita Federal.

Então, essa automaticidade não entra no âmbito dos demais entes da Federação: estados, municípios e Distrito Federal não têm esse direito de receber o pacote completo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O Everardo chama de acesso sistêmico.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

É, acesso sistêmico.

Pois bem, já o art. 6º, que vai se referir, além de à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, diz o seguinte: para essas autoridades terem acesso ...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Incidental.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

... incidental, tem de ter um processo aberto previamente, ou seja, elas não vão ter o acesso sistêmico; elas já têm que ter identificado, então, alguma situação e aberto o processo, e processo pressupõe a intimação do interessado para sua formação. Não é uma investigação administrativa,

ADI 2390 / DF

tem que estar autuado, tem que estar intimado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Identificado, não é, Ministro?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Justificado, fundamentado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Todas identificadas, inclusive dos servidores.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Embora tenha havido belíssimas sustentações orais criticando esse dispositivo e essa possibilidade de estar havendo a atuação de fiscos municipais, estaduais ou distrital para além daquela da Receita Federal, digo que não é o caso, a não ser num dispositivo, que não está aqui atacado, porque é uma criação posterior até às ações, que é o relativo ao Supersimples e ao Simples, com que se unificou a maneira de fazer o pagamento de tributos federais, estaduais e municipais. Aí, então, há um compartilhamento entre as receitas, verificando-se, por exemplo, se determinada empresa tem ou não o direito de atuar como simples.

Pois bem, aqui se pressupõe um processo anterior. Todas as preocupações do Ministro Luís **Roberto Barroso** e de Vossa Excelência, Presidente, entendo que elas estão compreendidas nos dispositivos legais ora em vigor, mas, muitas vezes, no Brasil, às vezes, é necessário explicitar o que já é explícito e dizer o óbvio.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Não basta ser óbvio, tem que ser óbvio ululante.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O velho Seabra Fagundes dizia: No Brasil, a gente precisa dizer tudo tim-tim por tim-tim, e, mesmo assim, é difícil.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Porque aqui se pressupõe o processo aberto, o contribuinte já intimado, e ele sabe que ele vai ter aquele acesso; se ele acha que aquele acesso está sendo abusivo, ele vai se socorrer no Judiciário.

ADI 2390 / DF

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso, isso que é importante.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Isso, para mim, já está totalmente contemplado.

A princípio, eu vou manter minha posição.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A minha posição.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Só para concluir.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu concordo com esse ponto integralmente. Eu acho que, se há processo, já se aplica a lei do processo administrativo.

É que, no âmbito federal, você tem um decreto que dá proteção ao sigilo e responsabilização da autoridade que o recebe. É isso que eu acho que se deveria exigir dos Estados e Municípios como um *plus* à lei, para que seja válida a obtenção do sigilo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas, aí, Ministro Barroso, se Vossa Excelência me permite. Agora que a Ministra Cármen Lúcia, que foi uma das autoras dessa Lei 9.784...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Da Lei, não, só do projeto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Do projeto. Bom, uma das autoras do anteprojeto, do projeto, então, portanto, deve ter resultado numa excelente Lei, como ela vigora apenas no âmbito federal, e me parece que, no inciso II do art. 3º, é fundamental que se dê ciência da tramitação dos processos administrativos, é possível que, em algum Município, em algum Estado, a pretexto de que a investigação é sigilosa, o processo corra em sigilo, quando isso é absolutamente inadmissível, inclusive, à luz da nossa Súmula Vinculante 14, quando nós falamos aqui de órgão de competência de Polícia Judiciária, nós temos interpretado isso mais amplamente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

ADI 2390 / DF

É dado o sigilo em relação ao contribuinte. É dado o sigilo em relação ao próprio interessado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Inclusive, no julgamento do poder de investigação do Ministério Público, nós assentamos que os próprios expedientes que correm no âmbito do Ministério Público estão sujeitos à Súmula Vinculante 14.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Mantendo-se o sigilo e dando-se ciência prévia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso, para mim, Ministro Toffoli, se Vossa Excelência disser que está claro...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Compatibilizar várias posições.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Que todo processo administrativo pressupõe a intimação do contribuinte, que ele terá pleno acesso, se Vossa Excelência está afirmando isso...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Eu estou pensando alto, embora eu pense que nós estamos aqui a dar um passo além, porque eu não sei se essa tese prevalecerá.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sim.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

O dispositivo final do nosso julgamento será no sentido da improcedência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas é que, para mim, para que eu formule a minha opinião, para que eu firme a minha opinião, a minha convicção, eu preciso desse esclarecimento. Se Vossa Excelência disser que no seu voto está compreendido isso...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Eu faria uma sugestão até porque talvez nós não vamos concluir, na

ADI 2390 / DF

data de hoje, este julgamento. Talvez fosse o caso, Senhor Presidente, de continuarmos com a colheita dos votos, e nós pensaríamos em uma solução que não fosse mandar aplicar a Lei Federal aos estados.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso, como sugeriu o Procurador.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Dizer que, garantido o sigilo, se dá...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Apenas a garantia do sigilo, a garantia das prerrogativas dos contribuintes.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Valida o que o Doutor Janot está sugerindo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Garantindo-se o sigilo de todas as informações, dá-se acesso integral ao processo, e a pessoa fica previamente ciente de que haverá aquele tipo de "devassa" nas suas contas e nas suas movimentações, porque, se ela entender necessário, ela vai à Justiça. Para haver processo administrativo, ela tem que ter sido intimada, senão não há processo; há um procedimento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Está bom. Obrigado, Ministro.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Pensamos, pensamos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não.

18/02/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.390 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, eu já adianto que vou acompanhar os Relatores.

Tive oportunidade de examinar esse tema no STJ, inclusive no que se refere à aplicação retroativa. Fui Relator de um dos casos em que se considerou legítimo o procedimento. Foi o EREsp 608.053, julgado pela Primeira Seção. Reporto-me ao voto que lá proferi.

Gostaria apenas de fazer alguns acréscimos.

O Supremo, por uma maioria representativa, considera que a formação do chamado sigilo bancário e do sigilo fiscal é eminentemente infraconstitucional. Há votos expressivos nesse sentido, como os do Ministro Rezek e do Ministro Pertence, referidos ontem aqui, proferidos no Mandado de Segurança nº 21.729.

O que se trouxe da tribuna é a argumentação das petições iniciais e do recurso envolve basicamente três ordens de valores: o primeiro é o direito à privacidade, e à intimidade; em segundo lugar, a preservação da segurança das informações; e em terceiro lugar, a questão da reserva prévia de jurisdição. Digo reserva prévia de jurisdição, porque ninguém pode negar que, como qualquer outro ato administrativo, o ato da Receita Federal nessa matéria está sujeito ao controle jurisdicional. Não está sujeito a um controle prévio, mas evidentemente está sujeito a um controle jurisdicional. O que se questiona aqui é a necessidade da reserva prévia de jurisdição.

No que se refere à questão da privacidade dos dados bancários, a matéria não pode ser focada com base no art. 5º da Constituição. Como eu disse, há um perfil eminentemente infraconstitucional. O Ministro Barroso também acabou de afirmar que essa informação sobre as operações bancárias não se situam propriamente no âmbito das informações privativas pessoais e íntimas, protegidas pelo art. 5º da Constituição.

ADI 2390 / DF

Se examinarmos as operações elencadas no § 1º do art. 5º da Lei, constataremos, como já foi acentuado aqui, que, a rigor, todos os contribuintes já têm obrigação de fornecê-las ao Fisco, ainda que essa obrigação seja um retrato de um determinado dia do ano, 31 de dezembro, que serve de base para o ajuste anual. Mas nada impediria, teoricamente, que, como já ocorre com as empresas, haja obrigação de prestar informações numa periodicidade menor. De modo que, a se afirmar que há uma reserva de intimidade em relação a elas, teríamos de afirmar que há uma reserva de intimidade também em relação às demais informações exigidas pelo Fisco. E sabemos que não é assim. O Ministro Barroso mostrou muito bem que prestamos à Receita informações muito mais íntimas, inclusive sobre as pensões alimentícias ou sobre a nossa saúde, a nossa condição pessoal, dos nossos filhos, dos nossos dependentes, que vai desde a pediatria até a geriatria, passando pela psiquiatria.

Penso que a questão não se coloca no plano da intimidade. E falar em intimidade das pessoas jurídicas soa muito estranho já que elas têm obrigação de prestar contas não apenas ao Fisco, mas também à CVM ou aos seus acionistas, enfim, têm obrigação tornar públicas a grande maioria de sua situação patrimonial financeira.

Quanto à segurança dessas informações, o que a Lei prevê não é quebra de sigilo. Já foi acentuado aqui também: a Lei, expressamente, autoriza, no art. 6º, às autoridades e aos agentes fiscais tributários da União, dos Estados e Municípios, examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras. O que se afirma na Lei é que o Fisco tem autorização para examinar os dados bancários, não para quebrar sigilo. O sigilo não é quebrado, pelo contrário. Aqui, o que a Lei disciplina, entre seus vários artigos, é um sistema para que, nesse exame, não se quebre o sigilo.

É claro que pode haver risco de vazamento desses dados, como pode haver risco de vazamento desses dados pelas próprias instituições financeiras, por outros agentes que já têm acesso a esses dados. Por exemplo, o Banco Central tem amplo acesso, há muitos anos, a todas as

ADI 2390 / DF

operações de todas instituições financeiras, inclusive dos particulares. E pode haver vazamento. Ontem se afirmou aqui da tribuna, que não é uma exclusividade nacional o vazamento de informações sobre contribuintes.

Pergunta-se: o que a prévia reserva de jurisdição acrescentaria em termos de segurança? Penso que, nesse aspecto, absolutamente nada. Pelo contrário! A não ser que transformássemos essa prévia reserva de jurisdição num processo sigiloso, a participação do Judiciário somente ampliaria o risco de insegurança das informações. Aliás, Ministro Toffoli referiu exemplos recentes que mostram que há muito mais vazamento de informações protegidas por lei que constam em processo judicial do que propriamente vazamentos de informações bancárias ou de informações fiscais.

Portanto, sob o aspecto de segurança, também não haveria, propriamente, nenhuma incompatibilidade da Lei com a Constituição. Não será a prévia reserva de jurisdição que vai inibir o vazamento dos dados.

E, sobre a questão de reserva de jurisdição, que é o terceiro ponto, volto a acentuar: a atividade do Fisco não está imune ao controle jurisdicional. O que não há um controle prévio. E eu perguntaria: se fôssemos exigir o controle prévio, como é que, na prática, dar-se-ia esse controle? Seria uma ação contenciosa da União contra o contribuinte? Mas uma ação contenciosa, não havendo lide? Quando busca examinar os dados bancários, o Fisco ainda não tem elementos decisivos para dizer que há um ilícito fiscal. O Fisco quer apenas exercer sua função fiscalizatória, que pode chegar à conclusão de que não existe ilícito nenhum. Quer dizer, seria um contrassenso imaginarmos que o Fisco só pode examinar se há ilícito se ele já tem prova do ilícito. Ele precisa dos dados justamente para saber se há ilícito. Portanto, não há propriedade uma lide.

Não sendo um processo contencioso do Fisco contra o contribuinte, seria o quê? Uma espécie de jurisdição voluntária? Ou seja, sempre que o Fisco sentisse necessidade de examinar os dados bancários de um determinado contribuinte para saber correspondem com aqueles dados

ADI 2390 / DF

que ele tinha a obrigação de fornecer, haveria uma intermediação do Judiciário, uma espécie de controle jurisdicional não contencioso, em caráter sigiloso - porque não pode ser em caráter não sigiloso, porque haveria quebra do sigilo necessário. Ou seja, teríamos que inaugurar uma espécie de jurisdição que, no meu entender, não tem previsão, hoje, no nosso sistema. Nem mesmo medida cautelar seria o caso, porque, até pelo novo Código de Processo, sequer haverá um processo cautelar desatrelado de uma ação principal. As medidas cautelares, por natureza, não têm uma autonomia, nem instrumental – tinham até agora, não terão mais no novo CPC -, e muito menos uma autonomia material, da pretensão ou da prestação jurisdicional pedida.

Penso, finalmente, Senhor Presidente, ainda sobre a questão de reserva de jurisdição, que, nesses casos, a jurisdição repressiva é eficaz, suficientemente eficaz. Se houver abusos, obviamente, o contribuinte poderá obter as medidas desconstitutivas ou anulatórias próprias da jurisdição repressiva. Então, sim, no âmbito de uma atividade jurisdicional contenciosa, que será bem adequada. Em suma: também sobre o aspecto da reserva de jurisdição, não vejo incompatibilidade nenhuma da Lei com a Constituição.

No meu entender, Senhor Presidente, e um pouco na linha do que Vossa Excelência ontem falou a respeito da indesejada tendência de se cultuar muito mais os valores patrimoniais do que os pessoais, eu vejo, nesse embate envolvendo sigilo bancário - que não é novo -, uma espécie de culto fetichista aos dados bancários, preocupado, não propriamente a preservar a intimidade das pessoas, mas a impedir que o acesso das autoridades a dados bancários impeça que eles realizem, com eficiência, a fiscalização da correção das informações, que já são obrigatoriamente prestadas nas declarações anuais.

De modo que eu vou, louvando os votos já proferidos, acompanhar os eminentes Relatores.

18/02/2016**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.390 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu estava aqui com minhas anotações, e observações a fazer, até porque ainda ontem à noite reli os belíssimos votos do Ministro Celso de Mello, do Ministro Marco Aurélio, do Ministro Cezar Peluso e também de Vossa Excelência ao exame daquela Ação Cautelar nº 33, em que se objetivou a concessão de efeito suspensivo ativo ao Recurso Extraordinário, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, de nº 389.808, em que esta Corte afirmou a reserva de jurisdição quanto a dados concretos em se tratando de sigilo bancário frente à Receita Federal, já com exame da higidez constitucional, ou não, da Lei Complementar nº 105. Mas, diante dos votos dos belíssimos votos do Ministro Fachin e do Ministro Dias Toffoli, secundados pelas achegas dos Ministros Luís Roberto e Teori, sinto-me dispensada de maiores considerações, em especial porque, ao fim e ao cabo, a grande questão constitucional que há nesses processos diz com a reserva de jurisdição, a reserva de juízo, ou, como disse agora o Ministro Teori, a prévia reserva jurisdicional. A se entender que a hipótese regradada pela Lei Complementar nº 105 implica quebra de sigilo bancário, necessariamente estará configurada hipótese de reserva de jurisdição. Só que a minha convicção não se fez nessa linha; a minha convicção é a de que há, na verdade, transferência de sigilo bancário, e não quebra de sigilo bancário nesse acesso do Fisco às informações bancárias. E há que privilegiar, do meu ponto de vista, justamente o interesse coletivo, à luz do próprio artigo 145, § 1º, da Constituição Federal.

Então, assim sintetizadas as razões nos processos apregoados, em função do horário e até porque desnecessário repetir o que os Colegas já disseram com maior brilho, voto no sentido de acompanhar o Relator em todos eles, pedindo vênias às compreensões contrárias.

Transcritos, a seguir, para melhor explicitação sobre o tema, os apontamentos a que me referi, especificamente quanto ao RE 601314, sob

ADI 2390 / DF

a Relatoria do Ministro Fachin.

Como visto, trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida por esta Suprema Corte, aparelhado em afronta aos arts. 5º, X, XII, XXXVI, LIV e LV, 145, § 1º e 150, III, “a”, da Lei Maior, interposto contra acórdão do TRF da 3ª Região, pelo qual reputados constitucionais o art. 6º da Lei Complementar 105/2001 e a Lei 10.174/2001.

Os preceitos constitucionais indicados contemplam, em síntese, o direito à inviolabilidade da **intimidade** e da **vida privada** (5º, X), a proteção ao **direito adquirido**, ao **ato jurídico perfeito** e à **coisa julgada** (5º, XXXVI), os princípios do **devido processo legal** e da **ampla defesa** (5º, LIV e LV), da **irretroatividade tributária** (150, III, “a”). Merecedores, ainda, de reprodução integral o inciso **XII do art. 5º**, que versa sobre o **sigilo de dados** e aponta a necessidade de ordem judicial à sua quebra, e o **§ 1º do art. 145, § 1º**, da Carta Política, que informa, por um lado, que a administração tributária deve observar a **capacidade econômica do contribuinte**, buscando identificar o seu patrimônio, rendimentos e atividades econômicas, e, por outro, que a efetivação desse objetivo se faça em respeito aos direitos individuais e nos termos da lei.

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;

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

ADI 2390 / DF

contribuinte.”

Cumpre registrar os **preceitos infraconstitucionais** igualmente necessários ao deslinde da controvérsia, a saber: **i)** o parágrafo único do art. 6º da LC 105/01, pelo qual **autorizados** agentes fiscais e autoridades tributários **a examinar dados bancários**, na forma e hipóteses que elenca, observado o dever de sigilo; e **ii)** o § 3º da Lei 10.174/01, que alterou o art. 11 da Lei 9.311/96, **facultando a utilização de informações decorrentes da CPMF**, para fins de procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário.

LC 105/01:

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

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

Lei 10.174/01:

“§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores.”

Dois são os aspectos trazidos à apreciação deste Supremo Tribunal

ADI 2390 / DF

Federal no presente recurso: **i) a oponibilidade do sigilo bancário à Receita Federal**, a impedir o acesso a informações bancárias dos contribuintes, ainda que trasladado o dever de sigilo e no bojo de procedimento administrativo devidamente formalizado, **sem prévia autorização judicial**, e **ii) a sujeição da Lei 10.174/01 ao princípio da irretroatividade tributária**, a inviabilizar a cobrança de tributos, com base nos dados decorrentes da CPMF, no período antecedente à vigência do referido diploma legal.

Examino o primeiro aspecto (sigilo bancário).

Destaco de início similitudes entre o que aqui se analisa com temas vertidos nas ADIs 2.110, 2.386, 2.389, 2.390, 2.397, 2.406, 2.859, que tramitam em conjunto, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, e nas ADIs 4.006 e 4.010, estas sob a minha relatoria, pendentes de julgamento, já lançado parecer pelo Procurador-Geral da República na ADI 2.389, de **objeto mais amplo**, em que opina, “no mérito, pela constitucionalidade dos artigos 3.º, § 3.º, 5.º e 6.º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001”.

Certo é que este Supremo Tribunal Federal já apreciou o tema do sigilo bancário oponível à Receita Federal, em especial ao julgamento do RE 389.808, de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio, acórdão publicado em 10.5.11, mas ainda sem trânsito em julgado, pendentes de análise os declaratórios opostos pela União. Em tal feito se questionou a possibilidade de utilização das informações relativas à CPMF para efeito de lançamento de tributos diversos, oportunidade na qual vencedora, por maioria, a tese de que sujeita, a apresentação de informações bancárias detalhadas, à prévia autorização judicial, observada a reserva de jurisdição nas hipóteses de quebra de sigilo.

Ainda, portanto, em vias de construção a jurisprudência desta Suprema Corte sobre o tema.

Consabido que não há **direitos absolutos** e que, diante do permanente e natural processo de transformação social e jurídico, se exige do hermeneuta olhar atento e sensível, de modo a evitar **rupturas graves**

ADI 2390 / DF**no modelo constitucional.**

O processo de conformação, *mutatis mutandis*, pode ser observado, frente ao próprio inciso XII do art. 5º da Lei Maior, quanto à possibilidade de **interceptação telefônica, medida** até o advento da Lei 9.296/96 de todo vedada, “mesmo com autorização judicial, em investigação criminal ou instrução processual penal”.

Na mesma toada, o julgamento, em 17.12.07, do MS 22.801, em que concedida a ordem para afastar determinação do Tribunal de Contas da União – TCU de quebra de sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil, forte na reserva de jurisdição, compreensão mitigada recentemente, quando no MS 33.340, em 31.7.15, denegada a segurança ao entendimento de que “o direito ao sigilo bancário e empresarial, mercê de seu caráter fundamental, comporta uma proporcional limitação destinada a permitir o controle financeiro da Administração Pública por órgão constitucionalmente previsto e dotado de capacidade institucional para tanto”. Mantida, portanto, a determinação de quebra de sigilo bancário expedida pelo TCU contra o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, igualmente sopesados a reserva de jurisdição e os termos da Lei Complementar nº 105/01.

Não há dúvida de que o interesse público há de sobrepairar sim sobre o interesse privado, bem como de que o sigilo bancário tem estatura, sim, constitucional, proteção constitucional. Sob tal prisma, entendo que os contornos do direito fundamental ao sigilo bancário não impedem a existência de um sistema de arrecadação que inclua, adotadas as devidas cautelas, o acesso do Estado a determinados dados por instituições do Estado responsáveis por zelar pela lisura das relações tributárias, em hipótese em que se opera verdadeira transferência de sigilo.

Não se trata, enfatizo, de afastar ou eliminar o direito ao sigilo de dados (bancários), como se o particular fosse ficar a descoberto em face do Estado. Preserva-se o delineamento dessa tão importante garantia constitucional, verificando a sua conformação com outros preceitos constitucionais regentes da disciplina e compatibilizando-o com a

ADI 2390 / DF

moldura jurídico-constitucional tributária vigente.

Consabido que a relação entre particulares e Estado jamais se dá em condições de igualdade, mesmo naquelas hipóteses em que o ente público atua despido de certas prerrogativas, porque jamais se afasta do dever de preservação do interesse público, consoante leitura que faço, o art. 145, § 1º, da Constituição da República se apresenta ao princípio da isonomia entre os contribuintes.

Assim, cumprindo ao Estado, por sua administração tributária, nos termos da lei e respeitados os direitos individuais, observar a capacidade econômica do contribuinte, e havendo de ser conferida efetividade a esse objetivo por meio da identificação dos patrimônios, rendimentos e atividades econômicas, entendo que a concretização do princípio isonômico, no sentido de que todos os contribuintes devem ser tratados igualmente pelo Estado, também reclama a adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio.

E por essa ótica, sem que se possa apontá-lo desprovido de razoabilidade ou de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), labora o preceito do parágrafo único do art. 6º da LC 105/01, ao franquear a autoridades e agentes fiscais tributários, por um lado, o acesso a documentos, livros e registros de instituições financeiras – em ganho de eficiência no sistema tributário, e, portanto, em medida de igualação dos contribuintes segundo as suas capacidades -, e, por outro, ao exigir que o acesso se dê no bojo de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e desde que a autoridade responsável considere indispensável o exame dos dados, bem como ao trasladar aos agentes públicos o dever de sigilo, cuja inobservância acarreta consequências não somente na esfera administrativa, mas também na penal. É o que emerge dos preceitos legais pertinentes:

“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,

ADI 2390 / DF

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.

Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.”

Quanto ao segundo aspecto (irretroatividade da Lei 10.174/01).

O § 3º da Lei 10.174/01, ao assegurar a utilização de dados preexistentes - em virtude da arrecadação da CPMF - para fins de verificação, em procedimento administrativo, da existência de crédito tributário, tão somente reconhece e faculta à Administração Pública a utilização de método novo de confrontação de dados.

Portanto, de rigor concluir que o caso em apreço não se traduz em instituição ou aumento de tributo, muito menos se confunde com cobrança de tributo em relação a fato gerador ocorrido antes do início da sua vigência, hipóteses constitucionais atrativas do princípio da irretroatividade da lei tributária (art. 150, III, “a”, da CF).

Em síntese, sem desconsiderar que uma das mais importantes funções das normas constitucionais – que pela própria natureza limitam a autodeterminação das gerações futuras – é **conferir certo grau de estabilidade** a um sistema de direitos, entendo **não consentânea** com a vontade do Poder Constituinte originário exegese da cláusula da irretroatividade **que vincule de tal modo as opções políticas das gerações futuras** a um modelo tributário não receptivo de novas propostas e mecanismos legais tendentes à efetivar a igualdade tributária pela melhor identificação da real capacidade contributiva dos cidadãos.

ADI 2390 / DF

É dizer, não extraio do regime de direitos estabelecido na Constituição, cujo objetivo primeiro é construir “uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I), obstáculo à rediscussão, pela comunidade política, das profundas assimetrias distributivas que assolam a sociedade.

Compromissos sobre questões de direitos substantivos fixados pela Constituição devem, na minha compreensão, ser reconhecidos e honrados como aquilo que são: salvaguardas de longo prazo contra os riscos políticos de curto prazo. Não podem, entretanto, funcionar como obstáculos a qualquer tentativa de efetuar correções de rumo relativamente a escolhas prévias sobre a arquitetura do regime tributário.

Com essas breves considerações, concluo que **a legislação infraconstitucional** questionada – art. 6º da LC 105/01 e Lei 10.174/01 –, visando a afastar distorções e promovendo a isonomia no contexto do equilíbrio contributivo, **não afronta os preceitos constitucionais** invocados. Nego, pois, provimento ao recurso extraordinário, na linha dos judiciosos fundamentos do voto do eminente Relator, a quem cumprimento e acompanhamento na íntegra.

É o voto.

18/02/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.390 DISTRITO FEDERAL

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhor Presidente, eu vou precisar sair, infelizmente. Então, eu gostaria, se Vossa Excelência me permitir, de deixar explicitada a minha posição, que é muito próxima da do Ministro Dias Toffoli. Apenas vou procurar lê-la para ficar claro.

No geral, estou acompanhando o Ministro Toffoli, mas eu confiro interpretação conforme à Constituição, ao artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, para estabelecer que a obtenção de informações nele prevista depende de processo administrativo devidamente regulamentado por cada ente da federação, em que se assegure, tal como se dá quanto à União, por força da Lei nº 9.784/99 e do Decreto nº 3.724/2001, no mínimo as seguintes garantias. E aí vem:

- a) a notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos;
- b) sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico do requerente;
- c) existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso;
- d) por fim, estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios.

Portanto, eu considero a Lei constitucional e nisso estou de pleno acordo com o Ministro Dias Toffoli e acho que ninguém diverge disso. Apenas, no meu voto, eu faço questão de explicitar essas exigências, porque são cinco mil Municípios, mais de cinco mil Municípios.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Cinco mil e seiscentos.

ADI 2390 / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E acho que se nós não fixarmos...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, Vossa Excelência me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Claro!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ainda não foram tomados todos os votos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Porque Sua Excelência tem de sair.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sua Excelência assevera que ninguém diverge? Ou será que encerraremos o julgamento antes da tomada dos votos dos Ministros mais antigos?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, não, só estou explicitando o meu, porque eu vou precisar sair, eu já votei; não, pelo contrário, e até vou lamentar não poder ouvir Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Asseverou que ninguém diverge do que colocado por Vossa Excelência. É muito professoral para o meu gosto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, não. Ninguém diverge, eu digo me referindo aos Relatores.

18/02/2016**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.390 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, também começo por elogiar, realmente, tanto os votos dos Ministros-Relatores, quanto as sustentações orais todas, em sentido contrário, mas de nível a nos levar a ponderar com muita profundidade sobre o que foi alegado, com muita percuciência.

E esta matéria – conforme já mencionado - foi objeto de outros julgados. O Ministro Dias Toffoli até lembrou, em seu voto, da nossa participação no Recurso Extraordinário nº 389.808, no qual ficamos vencidos. E a conclusão a que chegamos, então, nos nossos respectivos votos, foi no sentido do que se decidiu hoje, tanto no Recurso Extraordinário relatado pelo Ministro Fachin, como nas Ações Diretas relatadas pelo Ministro Dias Toffoli.

E, naquelas ocasiões, naquele julgamento, especificamente, eu afirmava não ver contrariedade, Presidente, dessa transferência, porque considereei que não havia quebra de sigilo. Pelo contrário, a minha leitura era no sentido de que se garantia o sigilo mediante uma série de normas, que eram necessárias para que o contribuinte tivesse segurança, mas que o interesse público fosse resguardado e as estruturas tanto da Receita Federal quanto dos Estados também tivessem os acessos necessários para a tomada das decisões e a prática dos atos necessários para evitar qualquer tipo de desbordamento por parte do contribuinte.

Então, mantenho a minha compreensão de que aqui não há agressão ou afronta ao art. 5º, ao princípio do segredo dos dados financeiros, até porque, como lembrou o Ministro Teori, falar-se na intimidade da empresa já traz uma dificuldade de compreensão, porque intimidade vem de imo, que é a alma do ser humano. Quer dizer, nós podemos falar em privacidade das pessoas jurídicas, e a privacidade não está rompida, porque não é para dar a público, é para dar a outro ente que demanda esses dados e que realmente nem pelo princípio da eficiência da

ADI 2390 / DF

Administração Pública necessitaria dessa reserva de jurisdição.

Tenho a convicção de que há ótimos argumentos. Aliás, foram expostos brilhantemente tanto pelos advogados na tribuna, nos memoriais e principalmente nos precedentes do próprio Tribunal, em que os votos, tanto do Ministro Marco Aurélio quanto do Ministro Celso de Mello, apenas para citar os dois que estão aqui presentes e que são luminares do Tribunal, realmente fazem-nos pensar. Mas não consigo me convencer da posição contrária a essa que foi esposada nos votos, razão pela qual, como disse, estou votando no sentido de acompanhar a conclusão a que chegaram e, portanto, julgar o Recurso Extraordinário no sentido de desprovê-lo e de julgar improcedentes as Ações Diretas, ressalva feita à primeira delas, a qual julgo conhecida em parte; na parte conhecida, em parte prejudicada; e, na outra parte, improcedente.

É como voto, Senhor Presidente.

18/02/2016**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.390 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, à altura do terceiro voto, proferido pelo ministro Luís Roberto Barroso, já estava o Plenário, sem audição dos demais Membros, a discutir o que seria a placitação do afastamento do sigilo de dados bancários. Com isso, a meu ver, foi para o brejo a organicidade e a dinâmica dos trabalhos do Supremo, com menosprezo para a participação de alguns integrantes do Tribunal.

Ao contrário do que se pode ter percebido, não recebi qualquer voto sobre essa matéria antecipadamente. Continuo acreditando que devemos vir para a bancada sem opinião preconcebida a respeito do tema. Continuo acreditando que devemos vir, para atuar no ofício judicante, com atenção máxima às sustentações da tribuna, à manifestação do fiscal da Lei Maior, o Procurador-Geral da República, e à troca de ideias entre os integrantes, no que, no Colegiado, há um somatório de forças distintas, e nos completamos mutuamente.

Ontem, disse que vivenciava um dia triste, uma tarde triste, mas vejo que a unidade de tempo foi mal sinalizada. Em termos de pronunciamentos do Supremo, a semana é de tristeza maior, no tocante às liberdades fundamentais e às franquias constitucionais, pois, em um primeiro passo, não se admitiu o manuseio dessa ação nobre constitucional, a de *habeas corpus*, voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão, considerado ato de integrante do Supremo. Tentei ressaltar que essa visão, porquanto nosso Direito positivo é uno, será a que virá a prevalecer nos vinte e sete Tribunais de Justiça do País, nos cinco Regionais Federais, nos Tribunais Superiores, excluído o Tribunal Superior do Trabalho – que não possui a competência penal –, ou seja, no Superior Tribunal Militar, no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal Superior Eleitoral e, portanto, nas Cortes de Brasília. Prejudicado maior – e diria prejuízo para a cidadania – o cidadão.

Na tarde de ontem, sem mudança do Texto Constitucional, talvez

ADI 2390 / DF

colocando-se em segundo plano o princípio da impessoalidade, que reina também no tocante ao Supremo, reviu-se jurisprudência sedimentada, que vinha sendo observada nos diversos patamares do Judiciário, e permitiu-se, no campo do Direito Penal, a execução provisória do título judicial.

Vossa Excelência ressaltou muito bem que, considerado o próximo Código de Processo Civil, que entrará em vigor no dia 18 de março, mesmo no âmbito patrimonial, tem-se a adoção de cautelas para se chegar a tanto, exigindo-se até mesmo a caução. É sabença, porque diz respeito à ordem natural das coisas, que ninguém devolve a liberdade perdida pelo cidadão. Disse, Presidente, que mil vezes ter culpados soltos do que um único inocente preso. É uma profissão de fé.

Já agora caminha-se para rever outra jurisprudência, um pronunciamento de 2010, do Plenário do Supremo, e mais uma vez – o que gera insegurança – o fazemos sem que se tenha como ocorrida mudança de texto constitucional.

Presidente, embora não pareça, a Carta Federal é um documento rígido, a gerar, essa adjetivação, a supremacia. Está no ápice da pirâmide das normas jurídicas, e todo diploma a ela deve obséquio, deve respeitá-la. Refiro-me à legislação-gênero.

É certo que tivemos emenda constitucional que abriu margem para conferir, a tratado e convenção internacional, força de texto constitucional. Mas originário? Não, força de emenda, a exigir os mesmos requisitos para ter-se a aprovação de emenda constitucional. Refiro-me ao § 3º do artigo 5º da Carta da República.

Sobre a matéria, o que temos no rol das garantias constitucionais – o principal rol, porque há outras garantias em dispositivos diversos da Carta de 1988? Vem-nos, do inciso XII do artigo 5º, uma regra e, para confirmá-la, uma exceção. A regra está na revelação da inviolabilidade dos dados – gênero –, incluídos, iniludivelmente, os bancários.

Mas o legislador constituinte, ao cogitar da inviolabilidade do sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações, abriu exceção, que, pelo visto, não é tão exceção assim, ao

ADI 2390 / DF

prever que esse sigilo poderia ser afastado por parte integrante de relação jurídica? Afastado pela feitura de justiça pelas próprias mãos? Não, Presidente. Poderia o sigilo ser afastado, como pode ser afastado – e, muitas vezes, o é – por ordem judicial, a pressupor a atuação de órgão equidistante quanto ao conflito de interesses, que deverá atentar para outra regra constitucional, a versar que as decisões judiciais devem ser fundamentadas.

Parou nisso, na delimitação da exceção, o constituinte? Não, foi além e restringiu a atuação do Judiciário, ao prever que o sigilo só pode cair por terra se vindo à balha por ordem judicial devidamente fundamentada e apenas – advérbio de modo – para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Quebrado o sigilo, na forma preconizada no figurino constitucional, é possível compartilhamentos? Em termos, é possível, desde que se observem os objetos alusivos à quebra, ou seja, o compartilhamento para efeitos únicos. Repito, investigação criminal, ou instrução processual penal, conforme está em bom vernáculo na parte final do inciso XII do artigo 5º.

Presidente, o precedente estampado no acórdão, formalizado no Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, tem histórico um tanto quanto interessante. Implementei, como ressaltou a ministra Rosa Weber, a eficácia suspensiva ativa a esse extraordinário. E submeti a liminar – porque em jogo matéria constitucional, necessidade de definir-se a constitucionalidade ou não de certa interpretação conferida à Lei Complementar nº 105/2001 – ao referendo do Tribunal. O referendo foi negado, creio, em novembro de 2010. Apressei-me no trabalho visando aparelhar o processo para julgamento da matéria de fundo. Vencido, quanto à liminar, na companhia honrosa de Vossa Excelência, do Decano e do ministro Ricardo Lewandowski, procedi ao relato, visando à decisão definitiva: no processo, isso em 15 de dezembro do mesmo ano. Claro, recebendo cerca de cem processos por semana no Gabinete – porque entendia da maior relevância o que discutido, porque vislumbrei, na fogueira, os contribuintes –, conferi preferência absoluta a esse processo.

ADI 2390 / DF

Quorum de julgamento: o presidente Cezar Peluso, o ministro Celso de Mello, eu próprio, como Relator, a ministra Ellen Gracie, o ministro Gilmar Mendes, o ministro Ayres Britto, Vossa Excelência, a ministra Cármen Lúcia e o ministro Dias Toffoli. Foi formada a maioria. Daqueles que integraram o *quorum* de julgamento, não apenas a corrente majoritária, permanecem no Tribunal o ministro Celso de Mello, eu próprio, o ministro Gilmar Mendes, Vossa Excelência, a ministra Cármen Lúcia e o ministro Dias Toffoli. Friso, ficaram vencidos – e cumprimentos pela coerência – o ministro Dias Toffoli, a ministra Cármen Lúcia, o ministro Ayres Britto e a ministra Ellen Gracie. O Tribunal, para sintetizar o entendimento que prevaleceu, lançou duas pequenas ementas, mediante a minha pena, a minha lavra:

“SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim,” – o que, devo reconhecer, não ocorrerá quanto à Receita Federal – “para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.”

Segunda ementa:

SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal, parte na relação jurídico-tributária, o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

Esteve aberta a Lei das Leis, a Constituição Federal.

No dispositivo desse acórdão, revelado no voto que proferi, subscrito pela maioria, ficou lançado:

“Defiro a ordem para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários da recorrente.

ADI 2390 / DF

Com isso, confiro à legislação de regência – Lei nº 9.311/1996, Lei Complementar nº 105/2001 e Decreto nº 3.624/2001 – interpretação conforme à Carta Federal, tendo como conflitante com esta a que implique afastamento do sigilo bancário do cidadão, da pessoa natural” – recuso-me a abandonar o Código Civil e adotar a nomenclatura do Fisco, pessoa física – “ou da jurídica sem ordem emanada do Judiciário.”

Tranquilizo-os, porque não aprecio tanto ouvir a minha própria voz. Não lerei o voto que prevaleceu naquela oportunidade, ante o mesmo Texto Constitucional – isso é muito importante. Transcrevo-o nesse voto de improviso:

Na interposição deste recurso, foram observados os pressupostos gerais de recorribilidade. Os documentos de folhas 26 e 110 revelam a regularidade da representação processual e do preparo. Quanto à manifestação do inconformismo, respeitou-se o prazo de quinze dias assinado em lei.

É sempre oportuno atentar para os princípios consagrados na Carta Maior. A República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana – artigo 1º, inciso III –, estando as relações internacionais norteadas pela prevalência dos direitos humanos – artigo 4º, inciso II. A vida gregária pressupõe segurança – artigos 5º e 6º –, pressupõe estabilidade, e não a surpresa. No rol das garantias constitucionais de que desfrutam brasileiros e estrangeiros residentes no país, figura a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas – inciso XII. O acesso ao Judiciário consta desse mesmo rol, visando a afastar lesão ou ameaça de lesão a direito – inciso XXXV. Por isso mesmo consubstancia tipo penal fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permita – artigo 345 do Código Penal. A referência a lei, a encerrar observância do princípio da legalidade, medula em um Estado

ADI 2390 / DF

que se diga Democrático de Direito, remete à necessária harmonia com o texto constitucional.

Relativamente à inviolabilidade referida, a Constituição Federal prevê exceções. A primeira faz-se ao mundo jurídico considerado o primado do Judiciário. A este, mediante ato fundamentado, nas hipóteses e forma contempladas em lei, é dado afastá-la e, mesmo assim, com finalidade única, ou seja, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Muito embora do preceito conste a exceção quanto às comunicações telefônicas, a sedimentada jurisprudência revela poder a ordem judicial alcançar o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados – *Habeas Corpus* nº 70.814/SP, da relatoria do Ministro Celso de Mello, e o Recurso Extraordinário 418.416/SC, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, cujos acórdãos foram publicados no Diário da Justiça de 24 de junho de 1994 e de 19 de dezembro de 2006, respectivamente.

Nota-se, ante remissão contida no artigo 58, § 3º, da Lei Maior, que as comissões parlamentares de inquérito atuam com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais. Em síntese, a regra é assegurar a privacidade das correspondências bem como das comunicações telegráficas de dados e telefônicas, correndo à conta de exceção a possibilidade de ser mitigada por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Já aqui surge a conclusão sobre a inviabilidade de estender-se a exceção, quando se tratar de outras finalidades que não a ligada à investigação criminal ou à instrução processual penal. A razão do preceito mostra-se única – resguardar o cidadão de atos extravagantes que possam, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade. Então, apenas se permite o afastamento do sigilo mediante ato de órgão equidistante, mediante ato do Estado-juiz, que não figura em relação jurídica a envolver interesses, e, mesmo assim, para efeito de persecução criminal.

Idêntica premissa pode ser assentada quanto às comissões parlamentares de inquérito. Em tal sentido tem sido a

ADI 2390 / DF

jurisprudência do Supremo. É certo que, no Mandado de Segurança nº 21.729-4, do qual fui relator, sendo designado para redigir o acórdão o Ministro Néri da Silveira, abriu-se uma exceção, relativa à atuação direta do Procurador-Geral da República no tocante a investigação concernente a verbas públicas. Proclamou-se, então, em 1995: “Não cabe ao Banco do Brasil negar ao Ministério Público informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público”.

Admitiu-se a primeira exceção estranha ao texto constitucional. Na oportunidade, manifestei entendimento contrário, sendo acompanhado pelos Ministros Maurício Corrêa, Celso de Mello, Ilmar Galvão e Carlos Velloso. Potencializou-se, a meu ver, a mais não poder – e por seis votos a cinco, por maioria de apenas um voto, como ocorreu na surpreendente cassação da liminar neste caso, seis a quatro, conforme consignado no relatório –, o que seria não o interesse público primário, mas o secundário quanto às verbas envolvidas na espécie. De qualquer forma, ficou delimitado o acesso direto proporcionado ao Procurador-Geral da República, fiscal da lei e titular exclusivo da ação penal pública perante o Supremo, que não se confunde com a Receita Federal. Esta é parte na relação jurídico-tributária, surgindo o interesse fiscal-arrecadador. Restringiu-se o acesso à movimentação de verbas públicas.

Em 26 de setembro de 2001, o Tribunal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.851/DF, examinou situação jurídica em que a quebra de sigilo viria a decorrer, se admitida, de ato de comissão parlamentar de inquérito. Ressaltou o relator, Ministro Celso de Mello, que a medida não pode ser utilizada como instrumento de devassa indiscriminada, sob pena de ofensa à garantia constitucional da intimidade:

ADI 2390 / DF

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.

ADI 2390 / DF

Somei o meu voto ao do relator e o entendimento mostrou-se unânime.

Voltou o Plenário a enfrentar a matéria quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 22.801-6, impetrado pelo Banco Central do Brasil e por Gustavo Jorge Laboissière Loyola contra ato do Tribunal de Contas da União. O saudoso Ministro Menezes Direito, relator, fez ver, em 17 de dezembro de 2007, que a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, não conferiu ao Tribunal de Contas da União – órgão que não guarda a qualidade de parte, mas a natureza fiscalizatória relativamente ao interesse público – o poder de determinar a quebra do sigilo bancário e de dados constantes do Banco Central do Brasil. Mais uma vez, o pronunciamento foi unânime.

Este Colegiado, em 27 de agosto de 2009, apreciando a Petição nº 3.898, do então momentoso caso Francenildo, ressaltou a eficácia constitucional do sigilo bancário. O relator, Ministro Gilmar Mendes, na ementa elaborada, consignou que:

[...]

5. O Ministro da Fazenda e seu assessor de imprensa não figuram dentre os agentes integrantes da cadeia de pessoas autorizadas, em lei ou regulamento, a conhecer, por transferência, dados cobertos pelo sigilo bancário.

6. Existência de base empírica para a configuração de justa causa para a ação penal em relação ao então Presidente da Caixa Econômica Federal. Embora tendo a posse legítima de informações acobertadas pelo sigilo bancário, o denunciado as revelou indevidamente ao então Ministro da Fazenda, pessoa não autorizada a conhecê-las.

[...]

ADI 2390 / DF

8. Denúncia rejeitada em relação ao ex-Ministro da Fazenda e assessor de imprensa do mesmo Ministério e recebida quanto ao então Presidente da Caixa Econômica Federal.

Ficou assentado que nem mesmo o Ministro de Estado da Fazenda poderia ter acesso a dados bancários de certo cidadão – individualizado – existentes na Caixa Econômica Federal. Vê-se que, apesar desse pronunciamento, no caso ora analisado, o Tribunal de origem, olvidando a reserva ao Judiciário prevista na Constituição Federal, placitou esse acesso por um órgão subordinado ao citado Ministério, ou seja, a Receita Federal.

A Primeira Turma do Supremo também teve a oportunidade de examinar o tema presente a atuação não cobradora, como ocorre com a Receita, fiscalista por excelência, mas fiscalizadora do Banco Central. Em 3 de agosto de 2007, julgando o Recurso Extraordinário nº 461.366-2/DF, de minha relatoria, fez ver:

SIGILO DE DADOS - ATUAÇÃO FISCALIZADORA DO BANCO CENTRAL - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE. A atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil não encerra a possibilidade de, no campo administrativo, alcançar dados bancários de correntistas, afastando o sigilo previsto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.

Na ocasião, reconheço, ficaram vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Presidente, e Carlos Ayres Britto.

As questões envolvidas na espécie são muitas. A primeira delas diz respeito à rigidez, a acarretar a supremacia, da Constituição Federal. Ato normativo abstrato autônomo há de respeitar o que nela se contém.

O segundo aspecto tem ligação com o primado do Judiciário. Não se pode transferir a atuação deste, reservada com exclusividade por cláusula constitucional, a outros órgãos,

ADI 2390 / DF

sejam da administração federal, sejam da estadual, sejam da municipal. Vale notar que, nesses dois últimos patamares, também existem entidades cujo objeto, cuja destinação, assemelha-se à da Receita Federal. Admitindo-se que a Receita Federal pode ter acesso direto, por que meio for, a dados bancários de certo cidadão, dever-se-á caminhar no mesmo sentido, por coerência sistêmica, para dar idêntico poder às Receitas estadual e municipal.

A terceira questão a ser considerada concerne à denominada prerrogativa de foro. Detendo-a o cidadão, só pode ter o sigilo afastado ante a atuação, fundamentada, do órgão Judiciário competente, mas, até aqui, segundo o acórdão impugnado mediante este extraordinário, ombreiam, em despropósito insuplantável, o Judiciário e a Receita Federal. Em síntese: ainda que o correntista goze da prerrogativa de ser julgado criminalmente pelo Supremo, este sim autorizado constitucionalmente a quebrar-lhe o sigilo de dados bancários, a Receita poderá fazê-lo não para efeitos criminais, mas de cobrança de tributos, fato que revelará verdadeira coação política na cobrança de tributos, a contrariar jurisprudência sedimentada – Verbetes nº 70, nº 323 e nº 547 da Súmula do Supremo:

VERBETE Nº 70

É INADMISSÍVEL A INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMO MEIO COERCITIVO PARA COBRANÇA DE TRIBUTOS.

VERBETE Nº 323

É INADMISSÍVEL A APREENSÃO DE MERCADORIAS COMO MEIO COERCITIVO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS.

VERBETE Nº 547

NÃO É LÍCITO À AUTORIDADE PROIBIR QUE O CONTRIBUINTE EM DÉBITO ADQUIRA

ADI 2390 / DF

ESTAMPILHAS, DESPACHE MERCADORIAS NAS ALFÂNDEGAS E EXERÇA SUAS ATIVIDADES PROFISSIONAIS.

O passo banaliza o que a Constituição Federal quer protegido – a privacidade do cidadão, irmã gêmea da dignidade a ele assegurada mediante princípios explícitos e implícitos.

Assentando que preceitos legais atinentes ao sigilo de dados bancários hão de merecer, sempre e sempre, interpretação, por mais que se potencialize o objetivo, harmônica com a Carta da República, provejo o recurso extraordinário interposto para conceder a segurança. Defiro a ordem para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários da recorrente. Com isso, confiro à legislação de regência – Lei nº 9.311/96, Lei Complementar nº 105/01 e Decreto nº 3.724/01 – interpretação conforme à Carta Federal, tendo como conflitante com esta a que implique afastamento do sigilo bancário do cidadão, da pessoa natural ou da jurídica, sem ordem emanada do Judiciário.

Quais foram as premissas dessa decisão? Foram lunáticas? Não, Presidente. Foram as que encontramos na Constituição Federal. Apontou-se ser fundamento da República a dignidade da pessoa humana, presente o artigo 1º da Carta de 1988, a que, disse ontem, Ulysses Guimarães referiu-se como Carta Cidadã. A esta altura, já não sei se é Carta Cidadã mesmo.

A seguir, remeteu-se – para não falar na primeira pessoa – aos dois artigos da Constituição Federal que versam a segurança jurídica, e, após, houve alusão ao inciso XII do artigo 5º, mais precisamente à inviolabilidade do sigilo de dados, compreendidos – vamos repetir à exaustão – os bancários. Aludiu-se, muito mais no campo pedagógico, à cláusula de acessibilidade ao Judiciário, a fim de preservar direito, ou afastar o que se chama de indústria das liminares, das tutelas

ADI 2390 / DF

antecipadas: ameaça de lesão a direito. Caso se tivesse que aguardar o desfecho do processo, a ameaça, fatalmente, se tornaria em lesão.

Neste ponto, aditarei o meu voto. E devo fazê-lo, principalmente ante o que ouvi, consideradas as sustentações da tribuna. Não cabe aqui, no tocante ao acesso ao Judiciário, o fenômeno da inversão. Em vez de ter-se o ingresso do interessado visando o afastamento do sigilo de dados, ter-se a necessidade de o contribuinte – numa relação jurídica que já é um tanto desequilibrada, porque é parte mais forte o Estado – vir ao Judiciário, talvez, quem sabe, em tempos estranhos, de forma acauteladora, para observar-se – o que deveria ocorrer de forma espontânea – o disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.

O Tribunal fez ver que a ordem jurídica não agasalha a justiça pelas próprias mãos, consubstanciando esse modo de proceder o tipo penal definido no artigo 345 do Código Penal, e que, a se admitir o acesso, presente relação jurídica, por uma das partes, a Receita estaria a fazer, em detrimento do Texto da Lei Fundamental, justiça pelas próprias mãos.

O Tribunal versou o Primado do Judiciário, o fato de a única exceção aberta, tendo em vista a inviolabilidade do sigilo de dados, estar ligada à necessária, inafastável, atuação de órgão judicante, órgão equidistante.

Estabelecido um condomínio, considerada a regra constitucional e a atuação do Judiciário, ter-se-á a exceção prevista na Carta elastecida – e sabemos, ante regra de hermenêutica e aplicação do Direito, que exceção somente pode ser interpretada de forma estrita –, cessando o ato de vontade, o ato de interpretar. A não ser assim, será a Babel, e não podemos prever onde vamos terminar.

O Tribunal fez referência ao precedente – em parte contrário ao que concluiu o Tribunal, em parte, apenas, contrário – revelado com o julgamento do Mandado de Segurança nº 21.729, e, por acaso, fui Relator. Porque não ressalvo entendimento nesses trinta e sete anos de ofício judicante, não redigi o acórdão. Ficou como redator um Ministro exemplar que, durante muitos anos, ocupou a cadeira que hoje ocupo, a de Vice-Decano, o ministro José Néri da Silveira. A situação concreta – e

ADI 2390 / DF

se afastou, em termos, o Primado do Judiciário: o Procurador-Geral da República dirigiu-se diretamente ao Banco do Brasil, objetivando dados bancários alusivos a correntistas situados na indústria sucroalcooleira. Nesse julgamento, houve definição – confesso que também ocorreu no Recurso Extraordinário nº 389.808 –, por escore muito apertado, maioria composta por um voto, vencido, na oportunidade, eu próprio, o relator, o saudoso ministro Maurício Corrêa, os ministros Celso de Mello, Ilmar Galvão e Carlos Velloso. O que tivemos nesse caso? A potencialização do envolvimento de verbas públicas. Já agora, nos casos que estamos julgando, não se trata de preservar-se a coisa pública, consideradas verbas dessa natureza.

Abriu-se a porteira para afastar-se a limitação do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal quanto à inviolabilidade do sigilo de dados? A meu ver, não. Esse precedente deve ficar como escoteiro, já que à margem do que disposto no inciso mencionado.

Vamos repetir a todos os ventos: a Receita Federal é parte de uma relação jurídico-tributária. Por isso, não se pode cogitar de interesse público primário, mas, sim, de secundário, como arrecadadora de tributos.

Há um precedente muito interessante que guarda parcial adequação com a espécie, da lavra do ministro Celso de Mello, no Mandado de Segurança nº 23.851/DF, e que esteve ligado à quebra do sigilo bancário por Comissão Parlamentar de Inquérito. O ministro Celso de Mello, de forma pedagógica, concluiu que autorização para o afastamento da inviolabilidade do sigilo de dados não pode ser concebida como a retratar uma verdadeira devassa. E fez ver Sua Excelência:

"[...] A quebra de sigilo, para legitimar-se em face do sistema jurídico-constitucional brasileiro, necessita apoiar-se em decisão revestida de fundamentação adequada" – até pela CPI; e eu diria: acima de tudo pela CPI –, "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

ADI 2390 / DF

causa provável – revela-se" – mas parece que, no Brasil, pressupõe-se que todos sejam salafrários, até que provem em contrário – "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, ilegítimamente, 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 dados 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" – 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 [...]"

Houve outro caso interessante. O Tribunal de Contas da União pretendeu, junto ao Banco Central – e o Banco Central veio ao Supremo, via mandado de segurança – dados bancários. De forma unânime, a uma só voz, este Plenário assentou que o Tribunal de Contas da União não teria esse poder. E o Tribunal de Contas da União é, exclusivamente, um órgão fiscalizador. A Receita é mais; é um órgão arrecadador, cobrador. A ordem – repito – foi deferida à unanimidade.

Em outro caso, relatado pelo ministro Gilmar Mendes e mencionado, creio – peço que me corrijam se estiver errado –, pelo ministro Dias Toffoli, a envolver a situação de Francenildo. Discutiu-se se o Ministro da

ADI 2390 / DF

Fazenda – e a Receita, Vossa Excelência ressaltou esse aspecto do acórdão, é órgão, até certo ponto, vinculado ao Ministério da Fazenda – poderia ter acesso, ainda que individualizado, referente a uma única pessoa, aos dados bancários. Mas, se quer crer – e não me convenço disso – que a mesma óptica não deve prevalecer, de forma indiscriminada inclusive, quanto à quebra do sigilo, considerada a Receita Federal.

Na Primeira Turma, julgamos o Recurso Extraordinário nº 461.366-2/DF, do qual fui relator. Apontamos que não poderia haver acesso a dados bancários, sem que antes se tivesse uma ordem judicial. A ementa ficou assim redigida:

SIGILO DE DADOS – ATUALIZAÇÃO FISCALIZADORA DO BANCO CENTRAL – AFASTAMENTO – INVIABILIDADE. A atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil não encerra a possibilidade de, no campo administrativo, alcançar dados bancários de correntistas, afastando o sigilo previsto no XII do artigo 5º da Constituição Federal.

Reconheço que ficaram vencidos, na Turma, os ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Ayres Britto.

O Judiciário detém a prerrogativa de quebrar sigilo, mas de forma limitada. Não entra na minha cabeça – talvez por ser neto de português – que a Receita, órgão fiscalizador e arrecadador, tenha prerrogativa superior à do Judiciário, assegurada na Carta da República.

Aludiu-se, ainda, nesse julgamento, que, a se reconhecer essa prerrogativa ilimitada da Receita, ter-se-ia coação política no tocante a recolhimento de tributos, fazendo-se referência aos Verbetes nº 70, 323 e 547 da Súmula do Supremo, que revelam jurisprudência a repudiar essa coação.

Vulnera a privacidade do cidadão, irmã gêmea da dignidade, concluir-se que é possível ter-se a quebra do sigilo de dados bancários de forma linear, mediante comunicações automáticas, como ocorre segundo instrução da Receita, pelos estabelecimentos bancários. Vulnera-as a quebra linear pela Receita.

ADI 2390 / DF

O que mudou de 2010 para hoje, Presidente? Mudou a norma primitiva de cotejo, a Constituição Federal? Não! A Lei Básica da República é a mesma. Mudou a norma a ser cotejada, ordinária – no bom sentido –, complementar ou não? Não! Estamos a nos defrontar com a mesma hipótese, com questão de idênticos parâmetros. Mas, embora o Supremo seja uma instituição impessoal, houve mudança significativa na composição, e, da anterior, verificada quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808, apenas estão no Plenário eu próprio, o ministro Celso de Mello, Vossa Excelência, os ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Cármen Lúcia.

O que tivemos em termos de defesa, e reporto-me ao que reiterado da tribuna? Ouvi, com grande encantamento, a voz de uma outrora colaboradora no meu Gabinete, a Doutora Luciana. E fez sustentação, comentamos, primorosa, da maior serenidade possível – não bastasse o encanto que sempre decorre quando ouvimos o gênero feminino. Apontou Sua Excelência ocorrer uma simples transferência de dados, e não quebra do sigilo. Como leigo, faria um paralelo: considerado segredo passado a outrem, continua sendo segredo? Não, Presidente, deixa de ser segredo. Fez referência à circunstância de o precedente no Recurso Extraordinário nº 389.808/PR ter envolvido pessoa jurídica, e não pessoa natural. Mas indaga-se: o Texto Constitucional, protetor dessa liberdade fundamental, que é o direito à preservação da intimidade, distingue? Não distingue. E, onde o legislador não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo. Acrescentou mais: que o contribuinte é instado a apresentar os dados. Para quê, se a Receita tem um banco com esses dados, ante as comunicações periódicas dos estabelecimentos bancários? Para alcançar-se a forma pela forma? Que vingue a primazia da realidade.

Disse-se mais: que o contribuinte – e não é à toa que demanda com o Estado, só o fazendo quando tem um direito espezinado – pode ingressar em Juízo. Como fica a ordem das coisas, preconizada no inciso XII do artigo 5º? Inverte-se essa ordem? Quebra-se o sigilo para, posteriormente, não sei em que termos, admitir-se a impugnação pelo interessado, presente essa quebra, a porta arrombada? A inversão dos

ADI 2390 / DF

papéis é incabível. Conhecemos, evidentemente, as ações preparatórias de atos a serem praticados não só em Juízo, como também no âmbito da Administração e no cível em geral.

Também deu-se ênfase enorme ao movimento mundial. O Brasil ainda é uma nação soberana, e não se sobrepõe a Carta, tratados e convenções com ela conflitantes. O dever maior do Supremo, assim se proclama, é o de guarda, não dos tratados e convenções internacionais, não da reciprocidade internacional, mas da Constituição Federal.

Veio um argumento que nos conduziria à postura da hipocrisia, do politicamente correto, ou seja, o combate à corrupção e à lavagem de dinheiro.

Conserte-se o Brasil com "c" e com "s", mas sem menosprezo às liberdades fundamentais. Somente se avança culturalmente e somente se tem Estado verdadeiramente Democrático de Direito quando essas liberdades são observadas.

Há mais, e não me canso de dizer isso, embora seja vala comum: em Direito o meio justifica o fim, mas não este àquele, sob pena de não se ter justiça, mas justicamento. E, quem sabe, talvez seja mais interessante construir-se, na Praça dos Três Poderes, um paredão.

Cooperação mundial? Assustou-me a evocação da cooperação mundial, porque escancarou, a mais não poder, que os dados recebidos são utilizados nessa mesma cooperação. O que fazemos, no Supremo, quando determinamos quebra de sigilo? Embora o processo seja público, mandamos envelopar os elementos alusivos à quebra. Mas a Receita quer os dados, sigilosos por mandamento maior, o decorrente da Carta, para adentrar o campo da cooperação mundial! Busquemos a transparência, mas sem atropelos, porque não se avança culturalmente dessa forma. A cooperação internacional deve ser harmônica com o arcabouço normativo pátrio, sem o que não pode ser implementada.

Falou, pela Advocacia-Geral da União, a sempre admirada Doutora Grace e apontou que o poder do Fisco não suplanta o do Judiciário, tal como versado na Constituição. O do Judiciário, pela Constituição, é limitado. Apenas cabe quebrar para os efeitos de instrução criminal ou

ADI 2390 / DF

visando prova em processo criminal. Mas a Receita não. Destacou que, no caso, não há quebra, mas simples extensão do conhecimento quanto aos dados, que devem ser sigilosos. O que é o sigilo, sob pena de ter-se o sofismo? É a guarda dos dados sob os olhos de um único órgão, porque, a partir do momento em que haja comunhão, em termos de conhecimento desses dados, não há mais o sigilo. Disse-se que o sigilo só estará ao acesso de certos auditores. Pouco importa, mesmo porque presumo que ombreiam todos os auditores, em termos de honorabilidade, em termos de honra.

Presidente, disse-se mais: a sonegação é da ordem de trilhão. Utilizemos os mecanismos próprios, assim previstos na legislação, para afastar esse mal. Nós, assalariados, não sonegamos, porque ocorre, até mesmo, o desconto na fonte que visa atender ao coletivo. Mas se argumentou, como se estivéssemos preocupados com a avalanche de processos – se estivéssemos, já teríamos deixado a capa –, com a sobrecarga do Judiciário que advirá do fato de a Receita não dispor desses dados bancários, com a automaticidade que hoje é notada. Hoje, por exemplo, emiti cheque e não sei se comunicarão esse saque que fiz. Acho que não, porque não ultrapassou dois mil reais e, quanto a pessoas naturais, até dois mil reais é dado sacar sem a vigilância da Receita, e a jurídicas, até seis mil. Devo imaginar que outros cheques talvez já tenham sido comunicados, em termos de saque, à Receita.

O Procurador do Banco Central aludiu ao compartilhamento. Já ressaltai, e resalto muito, que, em Direito, há princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio e que, na pureza da linguagem, está o entendimento desejável, a paz social, não se podendo confundir sigilo com compartilhamento. A partir do momento em que haja o compartilhamento totalmente fora das balizas constitucionais, desaparece o próprio sigilo. É a questão que acabei de referir: sigilo com compartilhamento não é sigilo; como segredo participado a outrem deixa de ser segredo.

O acesso ao Judiciário foi mais uma vez evocado, dizendo-se que a quebra do sigilo não afasta a possibilidade de o interessado ingressar no

ADI 2390 / DF

Judiciário, e mencionou-se algo que, espero, tenha ocorrido segundo os ditames legais, as comunicações feitas ao Ministério Público.

A semana não está sendo muito boa para os cidadãos em geral, e quem perde com isso não é o cidadão individualizado, é a cidadania, no que se coloca em segundo plano – como ressalta o nosso Decano, ministro Celso de Mello – liberdades fundamentais.

Concluo, Presidente, dizendo que o filho – decorrente do julgamento do Recurso Extraordinário nº 398.808/PR – não se mostrou feio. E continuo senhor da paternidade inicial, conjunta, desse mesmo filho.

Então, pedindo desculpas ao Colegiado por ter me demorado um pouco na exposição desalinhavada, provejo o recurso extraordinário.

Quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859/DF, no que atacado o Decreto nº 4.545/2002, que viabilizava – o argumento – a cobrança da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF, acompanho o Relator. Está prejudicada, nessa parte.

No tocante ao mais e também quanto às Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.390, 2.397, 2.386, dou interpretação conforme aos dispositivos legais atacados, de modo a afastar a possibilidade de acesso direto aos dados bancários pelos órgãos públicos – já que se citaram outros órgãos públicos.

É como voto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Marco Aurélio, eu queria entender. Vossa Excelência dá interpretação conforme para...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Repetindo, como o que, no fecho do precedente no Recurso Extraordinário nº 389.808, ou seja, o acesso direto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Direto e também de compartilhamento? O compartilhamento Vossa Excelência também não admite?

ADI 2390 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O compartilhamento, apenas vislumbro possível, consideradas as finalidades previstas na cláusula final do inciso XII do art. 5º, investigação criminal ou instrução criminal e a Receita não atua fazendo as vezes do Ministério Público.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.390

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIAL LIBERAL - PSL

ADV.(A/S) : WLADIMIR SÉRGIO REALE

REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI

ADV.(A/S) : CARLOS ROBERTO MIGUEL

REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO - CNC

ADV.(A/S) : IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

ADV.(A/S) : FÁTIMA FERNANDES RODRIGUES DE SOUZA

ADV.(A/S) : CÁCITO AUGUSTO DE FREITAS ESTEVES

ADV.(A/S) : CRISTINALICE MENDONÇA SOUZA DE OLIVEIRA

REQTE.(S) : PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO

ADV.(A/S) : MARCOS PEDREIRA PINHEIRO DE LEMOS

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

AM. CURIAE. : BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, pelo requerente Partido Social Liberal - PSL, do Dr. Wladimir Reale, e, pela Advocacia Geral da União, da Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 17.02.2016.

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que conhecia da ação e a julgava improcedente, no que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Cármen Lúcia; o voto do Ministro Roberto Barroso, que acompanhava em parte o Relator, conferindo interpretação conforme ao art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, para estabelecer que a obtenção de informações nele prevista depende de processo administrativo devidamente regulamentado por cada ente da federação, em que se assegure, tal como se dá com a União, por força da Lei nº 9.784/99 e do Decreto nº 3.724/2001, no mínimo as seguintes garantias: a) notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos; b) sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico do requerente; c) existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso, d) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios; e o voto do Ministro Marco Aurélio, que dava interpretação conforme aos dispositivos impugnados de modo a afastar a possibilidade de acesso direto aos dados bancários pelos órgãos públicos, o julgamento foi suspenso. Impedido o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux.



Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 18.02.2016.

24/02/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.390 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público e ilustres advogados. Senhor Presidente, eu serei rápido, na medida em que, coincidentemente, no Superior Tribunal de Justiça, eu fui o Relator do recurso repetitivo que deu ensejo à legitimação e à legalidade da Lei Complementar nº 105.

A Primeira Seção julgou o RESP nº 134.665, da minha relatoria, com o representativo da controvérsia, concluindo que a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, na forma do art. 105, visando à Administração Tributária, não padece de nenhuma ilegalidade. Por outro lado, a aplicação imediata desse método de administração tributária vem prevista no art. 144, § 1º, do CTN, o que conjura por completo essa alegação de retroatividade, porque o CTN impõe que qualquer método de apuração tributária entra em vigor imediatamente.

O acórdão é bem autoexplicativo. Citei o número, porque é a fonte do meu entendimento e estou me alinhando à maioria já formada.

Gostaria de destacar que há uma série de salvaguardas com relação à administração tributária federal, de sorte que também entendo que é de bom alvitre adotar-se aquilo que consta do voto do Ministro Roberto Barroso como salvaguarda em relação aos demais entes da Federação.

Com esse pronunciamento, Senhor Presidente, tenho a impressão de que estou aderindo à maioria, e o voto do representativo da controvérsia é público.

24/02/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.390 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Entendo, Senhor Presidente, *e já o disse neste Tribunal*, **que a majestade** da Constituição **não pode** ser transgredida **nem** degradada **pela potestade do Estado, pois**, *em um regime de perfil democrático*, **ninguém, a começar dos agentes e autoridades do aparelho estatal**, **pode** pretender-se *acima e além do alcance da normatividade subordinante dos grandes princípios que informam e dão essência à Lei Fundamental da República*.

Por tal razão, *votarei vencido neste caso*, **que se soma** aos dois julgamentos realizados na semana passada (**HC** 105.959/DF e **HC** 126.292/SP), em cujo âmbito **registrou-se – e digo isto com todo o respeito – preocupante inflexão hermenêutica**, de índole regressista, **em torno** do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte **no plano sensível** dos direitos e garantias individuais, **retardando**, *em minha percepção*, **o avanço** de uma significativa agenda judiciária **concretizadora** das liberdades fundamentais em nosso País.

Reafirmando a posição **que adotei** no julgamento plenário **do RE** 389.808/PR, **ênfatiso**, *uma vez mais*, **neste** processo, **que a controvérsia** suscitada na presente causa **impõe** algumas **reflexões** em torno do delicadíssimo tema **pertinente** ao alcance da norma inscrita no art. 5º, **incisos X e XII**, da Constituição, cujo texto, **ao consagrar** a tutela jurídica de valores essenciais, **dispõe** que **“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)”** (grifei).

Cabe esclarecer, *desde logo*, **que a noção de privacidade** leva em consideração **as múltiplas dimensões** em que essa ideia nuclear se desenvolve, **projetando-se**, *p. ex.*, **no plano da privacidade financeira**, **que se revela comum** tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas.

ADI 2390 / DF

Esse tema **ganha maior relevo se** se considerar **o círculo de proteção** que o ordenamento constitucional **estabeleceu** em torno das pessoas, *notadamente dos contribuintes do Fisco*, **objetivando** protegê-los **contra** ações *eventualmente* arbitrárias **praticadas** pelos órgãos estatais da Administração Tributária, **o que confere especial importância ao postulado da proteção judicial efetiva, que torna inafastável a necessidade** de autorização judicial **para efeito de exposição e revelação** de dados protegidos pela cláusula do sigilo bancário.

Na realidade, **a reserva de jurisdição traduz inestimável garantia institucional** de proteção a direitos, liberdades e prerrogativas fundamentais das pessoas em geral, cuja integridade **merece tutela especial** do Estado, **concretizada** mediante respeito à cláusula constitucional da proteção judicial efetiva.

Em havendo situação de colidência entre princípios impregnados de qualificação constitucional, **como pode ocorrer** entre as prerrogativas institucionais da Administração Tributária, *de um lado*, e os direitos e garantias básicas dos contribuintes, *de outro*, **a resolução** desse estado de antagonismo deverá constituir objeto de um pertinente juízo de ponderação, a ser exercido **não por um dos sujeitos parciais** da relação litigiosa, que certamente atuaria “*pro domo sua*”, **mas, isso sim**, por um **terceiro juridicamente desinteressado, como** os órgãos integrantes do Poder Judiciário do Estado.

Não tem sentido, contudo, que o legislador haja outorgado essa competência à **própria** Administração Tributária, **incumbindo-a de superar**, ainda que mediante critérios e procedimentos indicados na lei, **a situação de polaridade conflitante que a opõe ao contribuinte, quando, na realidade**, essa função, *de caráter eminentemente arbitral*, **deve** ser desempenhada pelo Poder Judiciário, **que ostenta, nessa particular condição institucional, o atributo – inerente à jurisdição – da “terzietà”**.

ADI 2390 / DF

A **primazia judiciária**, por isso mesmo, **fundada** no postulado da *essencialidade do controle jurisdicional*, **verdadeiro** “*parágrafo régio do Estado democrático de Direito*”, na **feliz expressão** do saudoso GARCIA DE ENTERRÍA, **desempenha importantíssimo papel** na defesa **e** amparo dos direitos das pessoas, **notadamente** quando postas em situação de antagonismo *em suas desiguais relações* com a potestade do Estado.

Já se enfatizou que os órgãos estatais da Administração Tributária **não guardam**, *em relação ao contribuinte*, **posição** de equidistância **nem dispõem** do atributo (**apenas** inerente à jurisdição) da “*terzietà*”, **o que põe em destaque o sentido tutelar** da cláusula inscrita **no § 1º** do art. 145 de nossa Lei Fundamental.

Com efeito, a própria Constituição da República, em seu art. 145, § 1º, **ao dispor** sobre o sistema tributário nacional, **prescreve**, *em caráter impositivo*, que a Administração Tributária, **quando** no exercício de sua competência, **respeite** os direitos individuais das pessoas em geral **e** dos contribuintes em particular.

Impende reconhecer, desde logo, **que não são absolutos** – *mesmo porque não o são* – os **poderes** de que se acham investidos os órgãos **e** agentes da Administração Tributária, **cabendo assinalar**, por relevante, Senhores Ministros, **presente** o contexto ora em exame, que o Estado, **em tema** de tributação, **está sujeito à observância** de um complexo de direitos e prerrogativas **que assistem**, *constitucionalmente*, aos contribuintes **e** aos cidadãos em geral. **Na realidade**, os poderes do Estado **encontram**, nos direitos **e** garantias individuais, **limites intransponíveis**, cujo desrespeito **pode caracterizar** ilícito constitucional.

Daí a necessidade de rememorar, sempre, **a função tutelar** do Poder Judiciário, **investido** de competência institucional **para neutralizar** eventuais abusos das entidades governamentais, que,

ADI 2390 / DF

muitas vezes deslembradas da existência, em nosso sistema jurídico, **de um verdadeiro “estatuto constitucional do contribuinte”** – consubstanciador de direitos e limitações **oponíveis ao poder impositivo** do Estado (**Pet 1.466/PB**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” **Informativo/STF nº 125**) – **culminam por asfixiar**, *arbitrariamente*, o **sujeito passivo** da obrigação tributária, **inviabilizando-lhe**, *injustamente*, **trate-se** de obrigação tributária principal, **cuide-se** de obrigação tributária acessória ou instrumental, a **prática** de garantias legais e constitucionais **de que é legítimo titular**, **fazendo instaurar**, assim, **situação que só faz conferir** permanente atualidade **ao “dictum”** do Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. (“*The power to tax is not the power to destroy while this Court sits*”), **em palavras segundo as quais**, em livre tradução, “o poder de tributar não significa nem envolve o poder de destruir, pelo menos enquanto existir esta Corte Suprema”, **proferidas**, ainda que como “*dissenting opinion*”, **no julgamento**, em 1928, **do caso** “*Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi Ex Rel. Knox*” (277 U.S. 218).

Não se desconhece que a Administração Tributária **já dispõe** de instrumentos suficientes e necessários **à preservação** de seus legítimos interesses, **como resulta**, por exemplo, do próprio Código Tributário Nacional **e** da Lei nº 8.397/92, **que instituiu** a medida cautelar fiscal, **viabilizando-se**, *desse modo*, o eficaz exercício do poder estatal **voltado** ao contribuinte **para levá-lo** a cumprir a sua obrigação de pagar tributos *quando legitimamente exigíveis*.

A submissão do Fisco às limitações decorrentes da *cláusula da reserva de jurisdição* **não desampara** os direitos dos entes tributantes, **pois estes sempre poderão pretender** o acesso às contas bancárias e aos dados **existentes** em instituições financeiras, **referentes** aos contribuintes, **desde** que o façam **por intermédio** do Poder Judiciário, **expondo** a sua postulação ao controle e à supervisão dos juízes e Tribunais.

ADI 2390 / DF

O que me parece significativo, no contexto ora em exame – e assim já me pronunciei no julgamento do RE 389.808/PR –, **é que** a Administração Tributária, **embora** podendo muito, **não pode tudo**, eis que lhe é **somente** lícito atuar, **“respeitados os direitos individuais e nos termos da lei”** (CF, art. 145, § 1º), **consideradas**, sob tal perspectiva, e para esse efeito, **as limitações** decorrentes do próprio sistema constitucional, **cuja eficácia restringe**, como natural consequência da supremacia de que se acham impregnadas as garantias instituídas pela Lei Fundamental, **o alcance** do poder estatal, **especialmente** quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República.

Cumpre ter presente, neste ponto, Senhores Ministros, **a propósito** do tema ora em exame, **a advertência** do Supremo Tribunal Federal, cujo magistério jurisprudencial – **apoiando-se em autorizado entendimento doutrinário** (HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO, “Processo Tributário”, p. 76/86, item n. 2.5.2, 2004, Atlas; SACHA CALMON NAVARRO COELHO, “Curso de Direito Tributário Brasileiro”, p. 893/907, itens ns. 17.12 a 17.20, 8ª ed., 2005, Forense; HUGO DE BRITO MACHADO, “Curso de Direito Tributário”, p. 214/223, itens ns. 1 a 1.6, 21ª ed., 2002, Malheiros; ROQUE ANTONIO CARRAZZA, “Curso de Direito Constitucional Tributário”, p. 404/411, item n. 3, 21ª ed., 2005, Malheiros, v.g.) – **orienta-se no sentido de preservar** o contribuinte **contra medidas arbitrárias** adotadas pelos agentes da Administração Tributária, **muitas das quais** configuram atos eivados de ilicitude, **quando não de transgressão** à ordem jurídica fundada na própria Constituição da República (**RTJ** 162/3-6, 4, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **RTJ** 185/237-238, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **RE 331.303-AgR/PR**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.).

Sustenta-se que o litígio constitucional em questão **não envolve** quebra do sigilo bancário, **mas, sim, mera transferência** de dados sigilosos **ou simples compartilhamento** de informações reservadas

ADI 2390 / DF

existentes sobre os contribuintes e as pessoas em geral nas instituições financeiras.

Vejo, *nessa alegação*, **um claro eufemismo** *que* **mal consegue disfarçar** uma situação *de evidente inconstitucionalidade* **que afeta** a pretensão do Estado **de manter**, *por deliberação própria e sem controle jurisdicional prévio*, **uma contínua fiscalização** do Poder sobre os sujeitos passivos da relação jurídico-tributária.

Na realidade, a circunstância de a administração estatal **achar-se investida** de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária **não a exonera** do dever de observar, **para efeito do correto desempenho** de tais prerrogativas, **os limites** impostos pela Constituição **e** pelas leis da República, **sob pena** de os órgãos governamentais **incidirem em frontal desrespeito** às garantias **constitucionalmente** asseguradas aos cidadãos em geral **e** aos contribuintes, em particular.

O procedimento estatal da Administração Tributária **que contrarie** os postulados consagrados pela Constituição da República **revela-se inaceitável**, Senhores Ministros, **e não pode ser corroborado** por decisão desta Suprema Corte, **sob pena de inadmissível subversão** dos postulados constitucionais **que definem**, *de modo estrito*, os limites – **inultrapassáveis** – que restringem os poderes do Estado **em suas relações** com os contribuintes **e** com terceiros, **tal como advertiu** o Supremo Tribunal Federal **em julgamento** consubstanciado em acórdão assim ementado:

“ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – FISCALIZAÇÃO – PODERES – NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTES E DE TERCEIROS.

– Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da Administração Tributária, **pois o Estado, em**

ADI 2390 / DF

tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional.

– A Administração Tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, 'respeitados os direitos individuais e nos termos da lei' (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cujas eficácia – que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários – restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado. (...)."

(HC 93.050/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Posta a questão nesses termos, mostra-se imperioso assinalar, considerados os aspectos subjacentes à controvérsia em exame, que se revela inacolhível, segundo entendo, a pretensão da Administração Tributária, que busca afastar, "*ex propria auctoritate*", independentemente de prévia autorização judicial, o sigilo bancário do contribuinte.

Não se pode ignorar que o direito à intimidade (e, também, o direito à privacidade) – que representa importante manifestação dos direitos da personalidade – qualifica-se como expressiva prerrogativa de ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências e intrusões de terceiros na esfera de sua vida privada.

ADI 2390 / DF

Daí a correta advertência feita por CARLOS ALBERTO DI FRANCO, **para quem** *“Um dos grandes desafios da sociedade moderna é a preservação do direito à intimidade. Nenhum homem pode ser considerado verdadeiramente livre, se não dispuser de garantia de inviolabilidade da esfera de privacidade que o cerca”*.

Por isso mesmo, **a transposição arbitrária**, para o domínio público, de questões meramente pessoais, **sem** qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, **tem o significado de grave transgressão** ao postulado constitucional **que protege o direito à intimidade e à privacidade** (MS 23.669-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **pois** este, **na abrangência** de seu alcance, **representa** o *“direito de excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida privada”* (HANNAH ARENDT).

É certo que a garantia constitucional da intimidade (e da privacidade) **não tem** caráter absoluto. **Na realidade**, como já decidiu esta Suprema Corte, *“Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição”* (MS 23.452/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO). **Isso não significa**, contudo, **que o estatuto constitucional das liberdades públicas** – nele compreendida a garantia fundamental da intimidade e da privacidade – **possa ser arbitrariamente desrespeitado** por qualquer órgão do Poder Público.

Nesse contexto, **põe-se em evidência** a questão pertinente **ao sigilo bancário**, que, *ao dar expressão concreta a uma* das dimensões em que se projeta a garantia constitucional da privacidade, **protege**, *especificamente*, a esfera de **privacidade financeira** das pessoas.

ADI 2390 / DF

Embora o sigilo bancário, *também ele*, **não tenha** caráter absoluto (RTJ 148/366, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RTJ 172/302-303, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – MS 23.452/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **deixando de prevalecer**, por isso mesmo, **em casos excepcionais**, diante **de exigências** impostas pelo interesse público (SERGIO CARLOS COVELLO, “O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade”, “in” Revista dos Tribunais, vol. 648/27), **não se pode desconsiderar**, no exame dessa questão, que o sigilo bancário **reflete** uma expressiva **projeção** da garantia fundamental da privacidade – *e da privacidade em sua dimensão financeira* – das pessoas em geral e dos contribuintes em particular, **não se expondo**, em consequência, **enquanto valor constitucional que é** (VÂNIA SICILIANO AIETA, “A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental”, p. 143/147, 1999, Lumen Juris), a intervenções estatais **ou** a intrusões do Poder Público **desvestidas** de causa provável **ou destituídas** de base jurídica idônea.

Tenho insistentemente salientado, em decisões várias que já proferi nesta Suprema Corte, **que a tutela jurídica** da intimidade (e, também, da privacidade) constitui – **qualquer** que seja a dimensão em que se projete – **uma das expressões mais significativas em que se pluralizam os direitos da personalidade**. **Trata-se** de valor constitucionalmente assegurado (CE, art. 5º, X), **cuja proteção normativa** busca erigir e reservar, **sempre em favor do indivíduo** – e contra a ação expansiva do arbítrio do Poder Público – **uma esfera de autonomia** intangível e indevassável pela atividade desenvolvida pelo aparelho de Estado.

O magistério doutrinário, *bem por isso*, **tem acentuado** que o sigilo bancário – **que possui** extração constitucional – **reflete**, na concreção do seu alcance, **um direito fundamental** da personalidade, **expondo-se**, em consequência, **à proteção jurídica** a ele dispensada pelo ordenamento positivo do Estado.

ADI 2390 / DF

O eminente Professor ARNOLDO WALD, **em precisa abordagem** do tema (“**Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas**”, vol. 1/206, 1992, RT), **expendeu** lúcidas considerações **a respeito** dessa questão, **destacando a essencialidade** da tutela constitucional na proteção político-jurídica da intimidade e da privacidade pessoais e da liberdade individual:

“Se podia haver dúvidas no passado, quando as Constituições brasileiras não se referiam especificamente à proteção da intimidade, da vida privada e do sigilo referente aos dados pessoais, é evidente que, diante do texto constitucional de 1988, tais dúvidas não mais existem quanto à proteção do sigilo bancário como decorrência das normas da lei magna.

Efetivamente, as Constituições Brasileiras anteriores à de 1988, não só não asseguravam o direito à privacidade como também, quando tratavam do sigilo, limitavam-se a garanti-lo em relação à correspondência e às comunicações telegráficas e telefônicas, não se referindo ao sigilo em relação aos papéis de que tratam a Emenda nº IV à Constituição Americana, a Constituição Argentina e leis fundamentais de outros países. Ora, foi em virtude da referência aos papéis que tanto o direito norte-americano quanto o argentino concluíram que os documentos bancários tinham proteção constitucional.

Com a revolução tecnológica, os ‘papéis’ se transformaram em ‘dados’ geralmente armazenados em computadores ou fluindo através de impulsos eletrônicos, ensejando enormes conjuntos de informações a respeito das pessoas, numa época em que todos reconhecem que a informação é poder. A computadorização da sociedade exigiu uma maior proteção à privacidade, sob pena de colocar o indivíduo sob contínua fiscalização do Governo, inclusive nos assuntos que são do exclusivo interesse da pessoa. Em diversos países, leis especiais de proteção contra o uso indevido de dados foram promulgadas e, no Brasil, a inviolabilidade dos dados individuais, qualquer que seja a sua origem, forma e finalidade, passou a merecer a proteção

ADI 2390 / DF

constitucional em virtude da referência expressa que a eles passou a fazer o inciso XII do art. 5º, modificando, assim, a posição anterior da nossa legislação, na qual a indevassabilidade em relação a tais informações devia ser construída com base nos princípios gerais que asseguravam a liberdade individual, podendo até ensejar interpretações divergentes ou contraditórias.

Assim, agora em virtude dos textos expressos da Constituição e especialmente da interpretação sistemática dos incisos X e XII do art. 5º da CF, ficou evidente que a proteção ao sigilo bancário adquiriu nível constitucional, impondo-se ao legislador, o que, no passado, podia ser menos evidente.” (grifei)

O direito à inviolabilidade dessa franquia individual – que constitui, insista-se, **um dos núcleos básicos em que se desenvolve, em nosso País, o **regime** das liberdades públicas – ostenta, como precedentemente enfatizado, caráter meramente relativo. **Não assume nem** se reveste de natureza absoluta. **Cede**, por isso mesmo, e sempre em caráter excepcional, às exigências impostas **pela preponderância axiológica e jurídico-social** do interesse público, **tal como acentuado**, em diversos julgamentos, **por esta Suprema Corte (AI 528.539/PR, Rel. Min. CEZAR PELUSO – AI 655.298-AgR/SP, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.):****

“CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. CF, art. 5º, X.

I. – Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege – art. 5º, X –, não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. (...).”

(RE 219.780/PE, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei)

A pesquisa da verdade, nesse contexto, constitui um dos princípios dominantes e fundamentais no processo de “disclosure” das operações

ADI 2390 / DF

celebradas no âmbito das instituições financeiras. Essa busca de elementos informativos – elementos estes que compõem o quadro de dados probatórios essenciais para que o Estado desenvolva **regularmente** suas atividades e realize os fins institucionais a que se acha vinculado –, sofre os necessários condicionamentos que a ordem jurídica impõe à ação do Poder Público.

Tenho enfatizado, por isso mesmo, que a quebra do sigilo bancário – ato que se reveste **de extrema gravidade jurídica e que se submete**, por isso mesmo, **ao postulado da reserva de jurisdição** – **só** deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes **fundados** elementos que justifiquem, **a partir** de um critério essencialmente apoiado na prevalência do interesse público, **a necessidade** da revelação dos dados **pertinentes** às operações financeiras ativas e passivas **resultantes** da atividade desenvolvida pelas instituições bancárias.

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

É preciso salientar, neste ponto, **que a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **proclamou a plena compatibilidade jurídica** da quebra do sigilo bancário com a norma inscrita no art. 5º, **incisos X e XII**, da Constituição (**Pet 577-QO/DF**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU de 23/04/93), **reconhecendo possível** autorizar – quando presentes fundadas razões – a pretendida “*disclosure*” das informações bancárias reservadas (**RTJ 148/366**).

Mais do que isso, esta Suprema Corte **salientou**, ao julgar o Inq 897-AgR/DF, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, DJU de 02/12/94, que, **não sendo absoluta** a garantia pertinente ao sigilo bancário, torna-se

ADI 2390 / DF

lícito afastar, quando de investigação criminal se cuidar, p. ex., a cláusula de reserva que protege as contas bancárias nas instituições financeiras, revelando-se ordinariamente inaplicável, para esse específico efeito, a garantia constitucional do contraditório.

Impõe-se observar, por necessário – e tal como adverte JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (“Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 220/224, 1987, Livraria Almedina, Coimbra) – que a ampliação da esfera de incidência das franquias individuais e coletivas, de um lado, e a intensificação da proteção jurídica dispensada às liberdades fundamentais, de outro, **tornaram inevitável a ocorrência de situações caracterizadoras de **colisão de direitos** assegurados pelo ordenamento constitucional.**

Com a evolução do sistema de tutela constitucional das liberdades públicas, dilataram-se os espaços de conflito em cujo âmbito antagonizam-se, em função de situações concretas emergentes, posições jurídicas revestidas de **igual carga de positividade normativa.**

Vários podem ser, dentro desse contexto excepcional de conflituosidade, os critérios destinados à solução *das colisões de direitos*, que vão desde o estabelecimento de uma ordem hierárquica pertinente aos valores constitucionais tutelados, passando pelo reconhecimento do maior ou menor grau de fundamentalidade dos bens jurídicos em posição de antagonismo, até a consagração de um processo que, privilegiando a unidade e a supremacia da Constituição, viabilize – a partir da adoção “de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito” (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “*op. loc. cit.*”) – a harmoniosa composição dos direitos em situação de colidência.

Sendo assim, impor-se-á o deferimento da quebra de sigilo bancário, sempre que essa medida se qualificar como providência essencial e indispensável à satisfação das finalidades inderrogáveis da investigação

ADI 2390 / DF

(e/ou da fiscalização) estatal, **e desde que** – consoante *adverte a doutrina* – **não exista** “*nenhum meio menos gravoso para a consecução de tais objetivos*” (IVES GANDRA MARTINS/GILMAR FERREIRA MENDES, “**Sigilo Bancário, Direito de Autodeterminação sobre Informações e Princípio da Proporcionalidade**”, “*in*” Repertório IOB de Jurisprudência nº 24/92 – 2ª quinzena de dezembro/92).

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

Na realidade, **sem causa provável** (*a ser valorada pelo Poder Judiciário e não* pela própria Administração Tributária), **não** se justifica a “*disclosure*” das contas bancárias, **sob pena** de inadmissível consagração do arbítrio estatal *e de inaceitável opressão* do indivíduo pelo Poder Público, **eis que** a decretação da quebra do sigilo **não pode converter-se** num instrumento de indiscriminada *e ordinária* devassa da vida financeira das pessoas em geral.

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

ADI 2390 / DF

Dentro dessa perspectiva, revela-se de inteira pertinência **a invocação doutrinária** da cláusula do “*substantive due process of law*” – já consagrada e reconhecida, **em diversas decisões proferidas por este Supremo Tribunal Federal**, como instrumento de expressiva limitação constitucional **ao próprio poder** do Estado (**ADI 1.063/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ADI 1.158/AM**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) –, **para efeito** de submeter o processo de “*disclosure*” às exigências de seriedade **e** de razoabilidade.

Daí o registro feito por ARNOLDO WALD (“*op. cit.*”, p. 207, 1992, RT), **no sentido** de que “*A mais recente doutrina norte-americana fez do ‘due process of law’ uma forma de controle constitucional que examina a necessidade, razoabilidade e justificação das restrições à liberdade individual, não admitindo que a lei ordinária desrespeite a Constituição, considerando que as restrições ou exceções estabelecidas pelo legislador ordinário devem ter uma fundamentação razoável e aceitável conforme entendimento do Poder Judiciário. Coube ao Juiz Rutledge, no caso Thomas v. Collins, definir adequadamente a função do devido processo legal ao afirmar que: ‘Mais uma vez temos de enfrentar o dever, imposto a esta Corte, pelo nosso sistema constitucional, de dizer onde termina a liberdade individual e onde começa o poder do Estado. A escolha do limite, sempre delicada, é-o, ainda mais, quando a presunção usual em favor da lei é contrabalançada pela posição preferencial atribuída, em nosso esquema constitucional, às grandes e indispensáveis liberdades democráticas asseguradas pela Primeira Emenda (...). Esta prioridade confere a essas liberdades santidade e sanção que não permitem intromissões dúbias. E é o caráter do direito, não da limitação, que determina o standard guiador da escolha. Por essas razões, qualquer tentativa de restringir estas liberdades deve ser justificada por evidente interesse público, ameaçado não por um perigo duvidoso e remoto, mas por um perigo evidente e atual’*” (grifei).

A exigência de preservação do sigilo bancário – **enquanto** meio expressivo de proteção ao valor constitucional da intimidade – **impõe ao**

ADI 2390 / DF

Estado o dever de respeitar a esfera jurídica **de cada** pessoa. **A ruptura** desse círculo de imunidade **só se justificará** desde que ordenada por órgão estatal **investido**, nos termos de nosso estatuto constitucional, **de competência jurídica** para suspender, *excepcional e motivadamente*, a **eficácia** do princípio da reserva das informações bancárias.

Em tema de ruptura do sigilo bancário, somente os órgãos *do Poder Judiciário* **dispõem** do poder de decretar essa medida extraordinária, **sob pena** de a autoridade administrativa interferir, *indevidamente*, na esfera de privacidade constitucionalmente assegurada às pessoas. **Apenas o Judiciário**, *ressalvada a competência* das Comissões Parlamentares de Inquérito (CF, art. 58, § 3º), **pode eximir** as instituições financeiras **do dever** que lhes incumbe **em tema** de sigilo bancário.

Daí a correta decisão **emanada** do E. Superior Tribunal de Justiça, que, **em julgamento** sobre o tema ora em análise, **assim apreciou** a questão **pertinente à indispensabilidade** de *prévia autorização judicial* **para efeito** de quebra do sigilo bancário:

“SIGILO BANCÁRIO – INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS – AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

O sigilo bancário do contribuinte **não pode ser quebrado** com base em procedimento administrativo-fiscal, **por implicar indevida intromissão** na privacidade do cidadão, **garantia** esta expressamente **amparada** pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso X).

Por isso, cumpre às instituições financeiras **manter sigilo** acerca de qualquer informação ou documentação **pertinente** à movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, **bem como** dos serviços bancários a ele prestados.

Observadas tais vedações, **cabe-lhes atender** às demais solicitações de informações encaminhadas pelo Fisco, **desde que** decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e **subscritas** por autoridade administrativa competente.

ADI 2390 / DF

Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei. (...).

(RDA 197/174, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO – grifei)

A efetividade da ordem jurídica, a eficácia da atuação do aparelho estatal e a reação social a comportamentos qualificados pela nota de seu desvalor ético-jurídico não ficarão comprometidas nem afetadas, se se reconhecer aos órgãos do Poder Judiciário, com fundamento e apoio nos estritos limites de sua competência institucional, a prerrogativa de ordenar a quebra do sigilo bancário. Na realidade, a intervenção jurisdicional constitui fator de preservação do regime das franquias individuais e impede, pela atuação moderadora do Poder Judiciário, que se rompa, injustamente, a esfera de privacidade das pessoas, pois a quebra do sigilo bancário não pode nem deve ser utilizada, ausente a concreta indicação de uma causa provável, como instrumento de devassa indiscriminada das contas mantidas em instituições financeiras.

A tutela do valor pertinente ao sigilo bancário não significa qualquer restrição ao poder de investigar e/ou de fiscalizar do Estado, eis que o Ministério Público, as corporações policiais e os órgãos incumbidos da Administração Tributária e previdenciária do Poder Público sempre poderão requerer aos juízes e Tribunais que ordenem às instituições financeiras o fornecimento das informações reputadas essenciais à apuração dos fatos.

Impõe-se destacar, neste ponto, que nenhum embaraço resultará do controle judicial prévio dos pedidos de decretação da quebra de sigilo bancário, pois, consoante já proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, não sendo absoluta a garantia pertinente ao sigilo bancário, torna-se lícito afastar, em favor do interesse público, a cláusula de reserva que protege as contas bancárias nas instituições financeiras.

ADI 2390 / DF

Não configura demasia insistir, Senhor Presidente, na circunstância – que assume indiscutível relevo jurídico – de que a natureza **eminente** constitucional do direito à privacidade **impõe**, no sistema normativo consagrado pelo texto da Constituição da República, **a necessidade de intervenção jurisdicional** no processo de revelação de dados (“*disclosure*”) **pertinentes** às operações financeiras, ativas e passivas, **de qualquer pessoa** eventualmente sujeita à ação investigatória (**ou** fiscalizadora) do Poder Público.

A inviolabilidade do sigilo de dados, **tal como proclamada** pela Carta Política em seu art. 5º, XII, **torna essencial** que as exceções derogatórias à prevalência desse postulado **só possam emanar** de órgãos estatais – **os órgãos do Poder Judiciário** (e, *excepcionalmente*, as Comissões Parlamentares de Inquérito) –, **aos quais** a própria Constituição Federal **outorgou** essa especial prerrogativa de ordem jurídica.

A equação *direito ao sigilo/dever de sigilo exige* – para que se preserve a necessária relação de harmonia entre uma expressão essencial dos direitos fundamentais reconhecidos em favor da generalidade das pessoas (**verdadeira liberdade negativa, que impõe** ao Estado um claro dever de abstenção), *de um lado, e* a prerrogativa que inquestionavelmente assiste ao Poder Público de investigar comportamentos de transgressão à ordem jurídica, *de outro* – **que a determinação de quebra** do sigilo bancário **provenha** de ato emanado *de órgão do Poder Judiciário*, cuja **intervenção moderadora** na resolução dos litígios, *insista-se*, **revela-se garantia** de respeito **tanto** ao regime das liberdades fundamentais **quanto** à supremacia do interesse público.

Sendo assim, Senhor Presidente, **e tendo em consideração** as razões expostas, **entendo** que a decretação da quebra do sigilo bancário, *ressalvada* a competência extraordinária das CPIs (CE art. 58, § 3º), **pressupõe, sempre**, a existência **de ordem judicial**, *sem o que não se imporá* à instituição financeira **o dever** de fornecer, **seja** à Administração

ADI 2390 / DF

Tributária, **seja** ao Ministério Público, **seja, ainda,** à Polícia Judiciária **ou** ao Tribunal de Contas da União, **as informações** que lhe tenham sido solicitadas.

Desse modo, Senhor Presidente, **e em face** das razões expostas, **peço** **vênia para acompanhar,** na divergência, o douto voto **proferido** pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO.

É o meu voto.

24/02/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.390 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE): No RE 389.808/PA, julgado em 15/12/2010, eu acompanhei singelamente o Relator, Ministro Marco Aurélio, para entender que a quebra de sigilo bancário, nos termos do art. 5º, XII, da CF, depende de prévia autorização judicial e é admitida apenas nos casos de investigação criminal ou para fins de instrução processual.

No entanto, depois dos intensos debates travados neste Plenário – e após constatar também que, no mundo atual, mostra-se crucial tornar efetiva a repressão às organizações criminosas, ao narcotráfico, à lavagem de dinheiro, ao terrorismo, não raro crimes de matiz internacional, tendo este último mostrado recentemente a sua face mais cruel nos atentados em Paris de novembro de 2015 –, verifico, agora, que é chegado o momento de mudar de posição. É que um dos mais importantes instrumentos para travar esse combate é o pronto acesso às fontes financeiras que financiam esses ilícitos.

Com efeito, penso que estão em contraposição, de um lado, o direito fundamental à proteção da privacidade, no que concerne a dados pessoais do cidadão, e, de outro, o dever republicano correspondente à obrigação de pagar impostos, que emerge no art. 145 da Lei Maior, o qual traz implícitos os deveres do Fisco de exercer a atividade fiscalizatória de modo eficaz e de tributar corretamente, observada a capacidade econômica dos contribuintes.

O poder-dever de tributar conferido ao Estado permite que este dê concreção à denominada segunda geração de direitos fundamentais, arrolados basicamente no art. 6º da Carta Magna – tais como educação,

ADI 2390 / DF

saúde, segurança, habitação, previdência social -, exigindo que o Estado coloque em prática políticas públicas para atingir tal desiderato, especialmente para alcançar o objetivo listado no art. 3º, III, da Constituição, que consiste em *“erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”*, para que se logre estabelecer a tão desejada igualdade material entre os integrantes de nossa sociedade.

Acabei convencido também 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 confidencialidade 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.

Não obstante, na linha do que já havia adiantado, e na direção da proposta do Ministro Barroso, dou interpretação conforme ao art. 6º da Lei Complementar 101/2001, para que os dados sigilosos de interesse fiscal somente possam ser acessados depois da instauração de competente processo administrativo, por ato devidamente motivado, nos moldes hoje preconizados no Decreto 3.724/2002, compreendendo os três níveis político-administrativos da Federação. Além disso, com a imediata notificação do contribuinte, ao qual se assegurará o mais amplo acesso aos autos, garantindo-lhe o direito à extração de cópias de quaisquer documentos ou decisões, de maneira a permitir que possa exercer, a todo o tempo, o controle jurisdicional dos atos da Administração, nos termos do que atualmente dispõe a Lei 9.784/1999.

24/02/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.390 DISTRITO FEDERAL

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu acho que nós todos estamos de acordo. Agora é só uma questão de formulação.

Eu evolui um pouquinho para, ao invés de interpretar conforme a Constituição, acompanhar o voto do eminente Relator, apenas explicitando esse ponto de vista que nós compartilhamos.

Eu não brigo pela minha proposição, mas há um ponto que eu considero muito importante em relação a Estados e Municípios. É que, para Estado e Município poderem pretender a quebra do sigilo bancário, é preciso que haja pertinência temática entre o imposto de competência daquele ente e a quebra pretendida, para evitar abusos, para evitar coisas que infelizmente nós sabemos que acontecem. Por isso que eu achei melhor fazer um pequeno elenco em que colocava a pertinência temática.

Há um outro ponto que considero muito importante, que é o registro de acesso. É preciso saber quem entrou no sistema. Inclusive para você poder responsabilizar e saber se a entrada foi legítima.

De modo que, como estamos todos de acordo, eu talvez transfira para o Relator, mas, eu, no meu voto, gostarei de fazer constar a mesma ideia de Vossa Excelência, mas detalhá-la um pouquinho para nós termos certeza de que pertinência temática, registro de acesso e algum tipo de controle de responsabilização do agente prevaleçam.

Eu delegaria, talvez, para o Relator incorporar, ao voto dele, da forma que achar melhor, se estiver de acordo naturalmente, essas nossas ideias.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Certo. Eu me permito dizer que não tenho nenhuma objeção em que se explicita, ao invés de que se dê interpretação conforme.

ADI 2390 / DF

Eu acolho integralmente a proposta de Vossa Excelência, como já havia feito em sessão anterior.

Eu creio que a motivação, inclusive identificando a pertinência temática, a identificação daqueles que terão acesso aos dados sigilosos é absolutamente fundamental. Eu me permitiria apenas dizer que considero importante que nós digamos ou explicitemos que a notificação ao contribuinte tem que ser imediata, no momento em que se abre o processo, porque nós sabemos como funciona a administração tributária. Quer dizer – perdão por usar um termo talvez não muito apropriado –, vai se fuçando os dados sigilosos do contribuinte e só depois de meses é que vai se abrir o processo administrativo, quando possivelmente eventuais prejuízos já tenham ocorrido de forma absolutamente irremediável.

Portanto, essa imediatidade me parece importante. A reafirmação, que já temos na nossa Súmula, de amplo acesso aos documentos e às decisões, para que possa haver, a qualquer tempo, a todo o tempo, o controle jurisdicional por parte, evidentemente, do Poder Judiciário.

Então, eu também transferiria, se Sua Excelência o Relator estivesse de acordo, essas minhas propostas ou sugestões para que o voto fosse explicitado nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, só pela ordem, tenho a impressão de que há uma pequena diferença entre a proposta do Ministro Barroso e a de Vossa Excelência. O Ministro Barroso diz assim: "*A notificação do contribuinte quanto à instauração do processo*". O que pressupõe que a administração tributária teve acesso a dados, fez um cruzamento, encontrou uma situação heterodoxa e instaurou o procedimento.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - O procedimento é anterior.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Inclusive é exigência da legislação; tem que instaurar processo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas, aí, Ministro, permita-me uma observação? É

ADI 2390 / DF

porque o art. 6º, Ministro Fux, salvo engano...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pois é, mas, aqui, Sua Excelência manda notificar o contribuinte da instauração do processo. E o Ministro Lewandowski estabelece que, primeiro, se instaura o processo para ter acesso aos dados. Assim entendi.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Pelo que entendi, o art. 6º já exige a instauração do processo para ter acesso aos dados.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Como condição para manipular os dados sigilosos. O art. 6º diz isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Todos os entes.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Vale para todos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Antes de poder manipular, é preciso haver uma motivação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Contra a Administração Federal, não tenho dúvida.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas o art. 6º exige para os três níveis. Todo mundo tem que instaurar processo. Não, não pode.

Ministro Toffoli, qual o encaminhamento que Vossa Excelência propõe?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Agradeço as sugestões. Realmente, é um tema que, penso, convém explicitar. Lembrando que essa preocupação que agora traz o Ministro **Fux**, ela tem a ver com o art. 5º; o art. 5º é o acesso sistêmico. Aquilo que, na sustentação do Procurador-Geral da República, Sua Excelência falou: o verde, o amarelo e o vermelho. Acendeu a luz vermelha, vai se abrir um procedimento para se detalharem os elementos patrimoniais e de transferências bancárias. Farei a leitura da proposta do Ministro **Barroso**, se Vossa Excelência me permite, já com esse adendo.

ADI 2390 / DF**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Claro.**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Então, Sua Excelência apresenta a seguinte sugestão para a conclusão: "Acompanho o voto do Relator" - aqui ele está fazendo referências às ações diretas, porque o Relator é o Ministro **Edson Fachin**. Pois bem, então, ele acompanha o Relator e explicita: "Os Estados e Municípios somente poderão obter as informações previstas no art. 6º da Lei Complementar 105/2001, uma vez regulamentada a matéria". Então, tem que haver uma regulamentação. Sua Excelência destaca no "Estado" e no "Município". "E essa regulamentação tem que ser de uma forma análoga ao Decreto Federal nº 3724/2001" - estou de pleno acordo. Aí vem Sua Excelência: "Sugerindo que tal regulamentação deve, obrigatoriamente, conter as seguintes garantias: 1º pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado" - estou de pleno acordo. "2º A prévia notificação" - aqui faço um adendo. Sua Excelência trazia a notificação, só colocaria "a prévia notificação". Penso que atenderia a preocupação de Vossa Excelência, Ministro **Lewandowski**, e a do Ministro **Fux**.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro, perdão. Eu tinha mesmo pensado e tinha até redigido "a prévia notificação", que me parece até mais pertinente, mais importante, mais impactante no que diz respeito à proteção dos direitos do contribuinte. Concordo com isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Então, ficaria assim: "A prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos. 3º sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico" - para que o superior tenha ciência de que se está tendo aquele procedimento.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Porque é uma pessoa só com esse poder relevante.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Exatamente. "4º. existência de sistemas eletrônicos de segurança que

ADI 2390 / DF

sejam certificados e com o registro de acesso".

E aqui parece que foi uma sugestão de um eminente...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -
Conhecedor do sistema.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Eminente conhecedor do sistema, o doutor Everardo Maciel, que foi Secretário da Receita Federal do Brasil por longo tempo e tem grande experiência na área. E, por último, o "5º. estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios".

E verifico, também, que o Procurador-Geral da República está a concordar com essa limitação, que não é uma limitação, é um regramento - damos segurança na nossa decisão.

Eu estou de pleno acordo, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Toffoli, Vossa Excelência não se animaria a reiterar aquilo que já é decisão consolidada do Supremo Tribunal Federal? Reiterar que se garante o mais amplo acesso do contribuinte aos autos, permitindo-lhe tirar cópias, não apenas de documentos, como também de decisões.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Sim, sim. Acrescentamos isso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Acho importante isso, *data venia*. Agradeço.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Já que o Relator vai incorporar, nosso voto é...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - É, acompanhando.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -
Acompanha o Relator.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Acompanhando. Pois não!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Quer dizer, decisão por maioria, nos termos do voto do Relator.

ADI 2390 / DF

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI
(PRESIDENTE) - Isso.**



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.390

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIAL LIBERAL - PSL

ADV.(A/S) : WLADIMIR SÉRGIO REALE

REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI

ADV.(A/S) : CARLOS ROBERTO MIGUEL

REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO - CNC

ADV.(A/S) : IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

ADV.(A/S) : FÁTIMA FERNANDES RODRIGUES DE SOUZA

ADV.(A/S) : CÁCITO AUGUSTO DE FREITAS ESTEVES

ADV.(A/S) : CRISTINALICE MENDONÇA SOUZA DE OLIVEIRA

REQTE.(S) : PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO

ADV.(A/S) : MARCOS PEDREIRA PINHEIRO DE LEMOS

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

AM. CURIAE. : BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, pelo requerente Partido Social Liberal - PSL, do Dr. Wladimir Reale, e, pela Advocacia Geral da União, da Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 17.02.2016.

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que conhecia da ação e a julgava improcedente, no que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Cármen Lúcia; o voto do Ministro Roberto Barroso, que acompanhava em parte o Relator, conferindo interpretação conforme ao art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, para estabelecer que a obtenção de informações nele prevista depende de processo administrativo devidamente regulamentado por cada ente da federação, em que se assegure, tal como se dá com a União, por força da Lei nº 9.784/99 e do Decreto nº 3.724/2001, no mínimo as seguintes garantias: a) notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos; b) sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico do requerente; c) existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso, d) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios; e o voto do Ministro Marco Aurélio, que dava interpretação conforme aos dispositivos impugnados de modo a afastar a possibilidade de acesso direto aos dados bancários pelos órgãos públicos, o julgamento foi suspenso. Impedido o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux.



Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 18.02.2016.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Reajustou o voto o Ministro Roberto Barroso para acompanhar integralmente o Relator. Impedido o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 24.02.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos
Assessora-Chefe do Plenário