



FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS AO FISCO:

da necessidade ou
desnecessidade de
autorização judicial?

Ramon Lisboa Mesquita

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Autor

Ramon Lisboa Mesquita

Capa

AYA Editora

Revisão

O Autor

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab.

Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos

Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia

Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de

Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia

do Ceará, Campus Ubajara

Prof.º Me. José Henrique de Goes

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.^a Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.^o Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.^o Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.^o Dr. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.^o Me. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.^a Dr.^a Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.^o Me. Pedro Fauth Manhães Miranda

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.^o Dr. Rafael da Silva Fernandes

*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus
Pauapebas*

Prof.^a Dr.^a Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.^o Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.^a Ma. Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.^o Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.^o Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

Prof.^a Ma. Silvia Aparecida Medeiros

Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.^a Dr.^a Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.^a Dr.^a Sueli de Fátima de Oliveira

Miranda Santos

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.^a Dr.^a Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

Prof.^o Dr. Valdoir Pedro Wathier

*Fundo Nacional de Desenvolvimento Educacional,
FNDE*

© 2022 - **AYA Editora** - O conteúdo deste Livro foi enviado pelo autor para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). As ilustrações e demais informações contidas neste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de seu autor e não representam necessariamente a opinião desta editora.

M582 Mesquita, Ramon Lisboa

Fornecimento de informações bancárias ao fisco: da necessidade ou desnecessidade de autorização judicial? [recurso eletrônico]. / Ramon Lisboa Mesquita. -- Ponta Grossa: Aya, 2022. 37p.

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-052-0

DOI: 10.47573/aya.5379.1.57

1. Sigilo bancário - Brasil. I. Título

CDD: 346.81022

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

**International Scientific Journals Publicações
de Periódicos e Editora EIRELI**

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: https://ayaeditora.com.br

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	6
INTRODUÇÃO	7
REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA	11
DA “QUEBRA” DO SIGILO BANCÁRIO SEM A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.	11
DO DESDOBRAMENTO JURISPRUDENCIAL, QUANTO A POSSIBILIDADE DE ACESSO DE DADOS BANCÁRIOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ADVINDOS DIRETAMENTE PELO FISCO.	16
DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS EM DETRIMENTO DA PERSECUÇÃO DO INDIVÍDUO	20
REVISÃO BIBLIOGRÁFICA.....	24
POSICIONAMENTO CRÍTICO FUNDA- MENTADO	28
REFERÊNCIAS.....	31
SOBRE O AUTOR	34
ÍNDICE REMISSIVO	35

APRESENTAÇÃO

Diante a modernidade e os avanços tecnológicos, especialmente quanto as informações dos indivíduos, os dados, passaram a ter importante relevo social, de modo que sua proteção passou a ser uma necessidade, de modo a garantir proteção jurídica aos particulares. No ordenamento jurídico brasileiro destacou na Lei Complementar 105/2001, importantes requisitos para ter acesso a informações bancárias, de modo que a jurisprudência dos Tribunais Superiores, passaram a construir interpretações, no sentido de que seria possível o acesso direto pelas Instituições Fiscais, sem a necessidade de autorização judicial. A partir desse entendimento, passaram ainda a construir outras interpretações extensivas, de modo que, de forma crítica, verifica-se uma inversão a regra disposta na Lei Complementar 105/2001, relegando-se direitos constitucionalmente assegurados, essencialmente o direito a intimidade. O intuito desta obra é trabalhar de modo crítico a evolução de entendimento quanto a esta temática.

Ramon Lisboa Mesquita

INTRODUÇÃO

No mês de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao decidir sobre as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2390/DF, 2386/DF, 2397/DF e 2859/DF (BRASIL, 2016a), todos sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, além do Recurso Extraordinário nº 601.314/SP (BRASIL, 2016b), sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, submetido à sistemática de repercussão geral, entendeu ser constitucional o dispositivo do art. 6º da Lei Complementar 105/2001.

A Lei Complementar 105/2001, que veio a tratar especificamente do sigilo bancário, trouxe relevantes aspectos, no intuito de dar cumprimento ao disposto no art. 192 da Constituição Federal, que assim dispõe (BRASIL, 1988):

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

Em seu bojo, o texto legal da Lei Complementar 105/2001 trouxe hipóteses de não incidência do sigilo bancário (art. 1º, §3º) e hipóteses de transferência do sigilo (art. 1º §4º), nos seguintes termos (BRASIL, 2001):

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

[...]

§ 3o Não constitui violação do dever de sigilo:

I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III – o fornecimento das informações de que trata o § 2o do art. 11 da Lei no 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

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

VII - o fornecimento de dados financeiros e de pagamentos, relativos a operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas ou em andamento de pessoas naturais ou jurídicas, a gestores de bancos de dados, para formação de histórico de crédito, nos termos de lei específica.

§ 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.

Ademais, em seu art. 6º, a LC 105/2001 trouxe ponto polêmico, ao destacar que as instituições fiscais dos entes federativos, ao abrir procedimento administrativo ou fiscal, poderiam ter amplo acesso a documentos, livros e registros de instituições financeiras. Pelo texto, algumas interpretações, foram no sentido de que as instituições fiscais, possuem acesso direto a informações bancárias dos contribuintes e entidades, não necessitando de qualquer decisão judicial para tanto.

Nesse aspecto, gerou-se discussão, tanto doutrinária, quanto jurisprudencial, acerca da constitucionalidade do citado dispositivo, vez que violava o direito a intimidade e sigilo de dados previstos no art. 5º, incisos X e XII respectivamente. Vejamos como dispôs o Poder Constituinte originário (BRASIL, 1988):

Art. 5º (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

O próprio STF já havia se posicionado a respeito em dezembro de 2010 no RE 389.808/PR (BRASIL, 2010), cujo relator era o Ministro Marcos Aurélio, entendendo que haveria necessidade de prévia autorização judicial para que o fisco tivesse acesso a dados bancários, de sorte que o disposto no art.6º da LC 105/2001, se aplicado no sentido de permitir o acesso direto aos dados bancários, seria inconstitucional.

Por seu turno, o STJ, desde novembro do ano de 2009, a partir do julgamento do Recurso Especial 1.134.665/SP (BRASIL, 2009), sob a relatoria do então Ministro Luiz Fux, já entendia ser possível o acesso direto pelos fiscos a dados bancários de contribuintes, sem que isso violasse direitos garantidos constitucionalmente.

O fato é que com o atual posicionamento do STF, o tema no presente momento ficou decidido, ao menos na esfera judicial, sendo que um dos principais fundamentos adotados naquele julgado, foi de que: no momento em que o fisco obtém as informações bancárias dos contribuintes, opera-se, em verdade, a transferência do sigilo a que a instituição financeira estava obrigada a zelar.

Assim, a Suprema Corte entendeu que nesse tipo de procedimento, não haveria a quebra do sigilo bancário, mas sim o seu compartilhamento com a instituição fiscal, que estaria igualmente obrigada a manter o sigilo.

Percebe-se que as Cortes Superiores têm adotado posição extremamente flexível para permitir o acesso a dados bancários de seus cidadãos no intuito de garantir a punição por infrações penais. Isso fica evidente também no entendimento já exarado pelo STJ no julgamento do HC 231633-PR (BRASIL, 2014), veiculado em informativo de nº 553, em que se entendeu possível a utilização, em processo penal em curso no Brasil, de informações obtidas por quebra de sigilo bancário determinada por autoridade estrangeira, mesmo sem autorização dessa quebra do sigilo por alguma autoridade judiciária brasileira. Esse julga-

do, será analisado no presente trabalho de forma mais concisa apenas como reforço argumentativo para demonstração da posição dos Tribunais Superiores em verdadeira violação aos preceitos constitucionais.

O principal impasse e objeto do presente trabalho é discorrer acerca dos fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal, avaliando e destacando, em consonância com a doutrina e a própria jurisprudência, se há a quebra do sigilo bancário, devendo os procedimentos do fisco, neste caso, se submeterem à reserva de jurisdição ou, conforme decidido recentemente pela Corte Suprema, a transferência do sigilo, medida que não necessitaria de decisão judicial e em consonância com a Constituição Federal.

REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Com o advento da Lei Complementar 105/2001, passou-se a questionar, no âmbito dos tribunais, em especial no STF e STJ, a aplicabilidade e constitucionalidade do dispositivo insculpido no art.6º deste texto legal.

DA “QUEBRA” DO SIGILO BANCÁRIO SEM A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

A matéria, logo após a promulgação da lei complementar 105/2001, inicialmente fora tratada pela Corte Cidadã, por meio do Recurso Especial nº 1.134.665/SP (BRASIL, 2009), julgado em conformidade com o art. 543-C do CPC/73. No caso, discutia-se a legalidade na atuação da Receita Federal em obter acesso aos dados bancários de uma contribuinte sem autorização judicial para tanto. A ementa da referida jurisprudência findou nos seguintes termos (BRASIL, 2009):

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.

2. O § 1º, do artigo 38, da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados.

3. A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38, da Lei 4.595/64.

4. O § 3º, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9

de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando 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.

5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, caput, da aludida lei complementar, e 1º, do Decreto 4.489/2002).

6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se 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 (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).

7. O artigo 6º, da lei complementar em tela, determina que: "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."

8. O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da tributação, regendo-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (artigo 144, caput, do CTN).

9. O artigo 144, § 1º, do Codex Tributário, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato imponible, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

10. Conseqüentemente, as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envergarem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos imponíveis a serem apurados lhes sejam anteriores (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 806.753/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 22.08.2007, DJe 01.09.2008; EREsp 726.778/PR, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 14.02.2007, DJ 05.03.2007; e EREsp 608.053/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 09.08.2006, DJ 04.09.2006).

11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la.

12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo

de conferir efetividade aos princípios da personalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto.

15. In casu, a autoridade fiscal pretende utilizar-se de dados da CPMF para apuração do imposto de renda relativo ao ano de 1998, tendo sido instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional.

16. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 601.314/SP, cujo thema iudicandum restou assim identificado: "Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial. Art. 6º da Lei Complementar 105/2001."

17. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

18. Os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009;

AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

19. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

20. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Na oportunidade, por unanimidade, o entendimento que prevaleceu foi de que não haveria ilegalidade na conduta por parte da Receita Federal, estando a regra insculpida na referida lei em consonância com os preceitos constitucionais. Vale destacar trecho do voto do então relator Ministro Luiz Fux (BRASIL, 2009):

Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

Ademais, um dos pontos discutidos na referida decisão era sobre a impossibilidade de se decidir a matéria pela corte, vez que o STF já havia reconhecido, em 22 de outubro de 2009, a repercussão geral do mesmo tema no Recurso Extraordinário 601.314/SP (BRASIL, 2016b). Tal ponto foi dirimido, no sentido de que tal acontecimento não impediria a análise por parte do STJ.

Por seu turno, o STF, antes mesmo de julgar recurso extraordinário acima citado, enfrentou o Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, sob a relatoria do Ministro Marcos Aurélio (BRASIL, 2010). Neste caso, determinada pessoa jurídica, fora objeto de procedimento fiscal, tendo a Receita Federal se valido de informações protegidas pelo sigilo bancário com a finalidade de averiguar o recolhimento do imposto de renda.

Na oportunidade, o plenário, por maioria, acompanhou o entendimento do Relator, decidindo que o disposto no art. 6º da Lei Complementar 105/2001 não guardava consonância com a Magna Carta, infringindo diretamente o direito a intimidade e o sigilo de dados, estes previstos no art. 5º, inciso X e XII, devendo a matéria ser submetida à reserva de jurisdição. Foram vencidos os Ministros: Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Ellen Gracie.

Válido mencionar o entendimento exposto pelo relator Ministro Marcos Aurélio, que além de destacar a ofensa à intimidade e sigilo de dados, apontou em seu voto outra questão em conflito com a Constituição Federal de 1988:

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, sejam da administração federal, sejam da estadual, sejam da municipal

(BRASIL, 2010).

Válido mencionar ainda no Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, que a divergência foi aberta pelo Ministro Dias Toffoli (BRASIL, 2010), o qual expressou em seu voto, em apertada síntese, que a atuação da instituição financeira neste tipo de procedimento não implicaria em quebra do sigilo bancário, o que seria ilegal, mas em verdade, ocorreria a transferência do dever de manter o sigilo e que eventual divulgação por parte de servidor da entidade fiscal implicaria em responsabilização penal, civil e administrativa.

Após este julgamento, o STF voltou a tratar da matéria em 2016, tendo em vista as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2390/DF, 2386/DF, 2397/DF e 2859/DF (BRASIL, 2016a), sob relatoria do Ministro Dias Toffoli, além do Recurso Extraordinário nº 601.314/SP (BRASIL, 2016b), cujo Relator era o Ministro Edson Fachin. Na oportunidade, com a mudança de entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski e modificação na composição do pleno da Corte, ficou decidido ser constitucional o disposto no art. 6º da Lei Complementar 105/2001.

Neste julgado, conforme já havia decidido antes, o Ministro Dias Toffoli, destacou que o disposto no art. 6ª da LC 105/2001 não implicaria em quebra do sigilo bancário, mas sim na transferência do sigilo aos órgãos fiscais, igualmente responsáveis pelo sigilo dos indivíduos.

Ademais, sintetizando o entendimento prevalecente, há de se destacar como argumentos favoráveis a constitucionalidade do citado dispositivo: a necessidade de se efetivar uma fiscalização mais eficiente por parte dos órgãos fiscais indo ao encontro da tendência internacional; a prevalência do princípio da moralidade diante de transações que indiquem ilicitude; e a concretização de justiça fiscal, tendo em vista o maior acesso as informações, possibilitando a tributação em conformidade com a realidade, em atenção ao princípio da capacidade tributária.

Foram vencidos os Ministros Celso de Mello e Marcos Aurélio, quais decidiam no sentido da necessidade de decisão judicial para ter acesso aos dados bancários de contribuintes por parte das instituições fiscais. Válido aqui colacionar parte inicial do voto do Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2016a):

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

O Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2016a) ainda continua:

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.

Portanto, de se vislumbrar que a preocupação maior dos ministros vencidos está ligada a necessidade de se garantir os ditames constitucionais no que diz respeito a privacidade do indivíduo.

DO DESDOBRAMENTO JURISPRUDENCIAL, QUANTO A POSSIBILIDADE DE ACESSO DE DADOS BANCÁRIOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ADVINDOS DIRETAMENTE PELO FISCO.

A abertura trazida quanto a possibilidade de acesso direto de informações pelo Fisco, possibilitou ainda a construção jurisprudencial de possibilidade de o Ministério Público ter acesso aos dados obtidos pela instituição fiscal, para fins de persecução penal.

Válido destacar o entendimento que fora destacado no âmbito do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020):

Repercussão geral. Tema 990. Constitucional. Processual Penal. Compartilhamento dos Relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil com os órgãos de persecução penal para fins criminais. Desnecessidade de prévia autorização judicial. Constitucionalidade reconhecida. Recurso ao qual se dá provimento para restabelecer a sentença con-

denatória de 1º grau. Revogada a liminar de suspensão nacional (art. 1.035, § 5º, do CPC). Fixação das seguintes teses: 1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil - em que se define o lançamento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional; 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB referido no item anterior deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.

Nessa linha de raciocínio, poderia o Fisco, após apuração de alguma fraude fiscal, com abertura de procedimento de verificação, compartilhar as informações obtidas, diretamente ao Ministério Público, sem qualquer intermediação do Poder Judiciário.

O Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2022, destacou em sua jurisprudência, importante entendimento, que a muito vinha sido deturpado pelo Ministério Público, com base na jurisprudência acima destacada. O entendimento proferido no RHC 83233-SP (BRASIL, 2022) se deu no seguinte sentido:

(...)

Ocorre que este Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão de que a possibilidade de compartilhamento de informações bancárias com o Fisco não autoriza o compartilhamento destes dados para fins criminais, com o afastamento da reserva de jurisdição.

No mesmo sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. CRIME TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA.

AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. ART. 6º DA LC N. 105/2001. REFLEXOS NO ÂMBITO PENAL. COMPARTILHAMENTO. 2.

ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. RE 601.314/SP.

PENAL. RESERVA DE JURISDIÇÃO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.030 DO CPC. 3. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO, EM PARTE. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO.

1. O então Relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, deu parcial provimento ao presente RHC, para reconhecer a ilicitude do compartilhamento, para fins penais, de prova requisitada diretamente pela administração fazendária, sem autorização judicial.

2. No julgamento do RE n. 601.314/SP, cuja repercussão geral foi reconhecida, consignou-se que o "art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal". Decidiu-se, portanto, pela des-

necessidade de prévia autorização judicial para a quebra de sigilo bancário para fins de constituição de crédito tributário.

3. Acontece que, para fins penais, as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Tribunal, na esteira de orientação do STF (HC 125218, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 06-06-2016 PUBLIC 07-06-2016), não admitem que os dados sigilosos obtidos diretamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil sejam por ela repassados ao Ministério Público ou autoridade policial, para uso em ação penal, pois não precedida de autorização judicial a sua obtenção. Princípio da reserva da jurisdição. Incidência do art. 5º, XII c/c o art. 93, IX, ambos da CF/88.

4. Precedentes: RHC n. 42.332/PR, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 2/2/2017; RHC n. 72.074/MG, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/10/2016, DJe 19/10/2016; AgRg no REsp n. 1.491.423/PR, da minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 16/8/2016, DJe 1º/9/2016; e AgRg no REsp n. 1.371.042/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 23/11/2016.

5. Recurso em habeas corpus parcialmente provido. Decisão mantida, em juízo de retratação.

(RHC n. 47.030/DF, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 17/2/2017 grifo nosso) Ressalte-se que se verifica que o presente recurso foi interposto concomitante à impetração do Habeas Corpus n. 390.256/SP, devendo ser salientado que só não será negado seguimento ao apelo, de plano, porque de acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal, deve prevalecer a tramitação do recurso cabível em detrimento do habeas corpus substitutivo, o qual será oportunamente extinto.

Em face do exposto, defiro o pedido liminar para suspender a Ação Penal n. 0003084-80.2016.4.03.6126, até o julgamento do mérito do presente writ, bem como as medidas cautelares dela decorrentes.

Solicitem-se informações ao Juízo de Direito da 3ª Vara Federal de Santo André - Seção Judiciária de São Paulo/SP, que deverá informar pormenorizadamente, em que consistiu a atuação do Parquet Federal em requisitar diretamente dados fiscais da Receita Federal, bem como se existem nos autos elementos de informação decorrentes desta solicitação.

A Corte Cidadã, portanto, deixou expresso ser ilegal a requisição direta ao Fisco, sem autorização judicial, de dados bancários e fiscais pelo Ministério Público. Tal entendimento, no entanto, não se confunde com a decisão do Supremo Tribunal Federal. Para entender a suas diferenças, importante entender como funciona o procedimento interno de verificação no âmbito do Fisco:

a) 1ª estágio com previsão no art. 5º da Lei Complementar 105/2001: É a possibilidade de acesso às operações bancárias, limitado aos dados genéricos e cadastrais dos correntistas, vedada a inclusão de qualquer elemento que permita identificar a origem ou

natureza dos gastos efetuados. É um acesso amplo ou sistêmico.

Se, desses dados genéricos, surgirem informações indicativas da prática de um ilícito tributário, passa-se ao segundo estágio.

b) 2ª estágio com previsão no art. 5º, § 4º, e art. 6º da Lei Complementar 105/2001. Há um acesso incidental.

Nesse caso, a Receita, após instaurar um procedimento específico, poderá requisitar as informações e os documentos necessários, realizar fiscalização e auditoria para a apuração dos fatos. É preciso haver a instauração de procedimento administrativo fiscal por ordem de superior hierárquico e com prévia intimação do contribuinte. Se não o instaurar, a Receita não poderá quebrar o sigilo.

Nessa ótica, o compartilhamento direto com o Ministério Público, só pode ocorrer quando o Fisco, após sua apuração interna, remeter as informações para apuração de eventual ilicitude, ou seja, após o 2º estágio, quando há abertura de procedimento para tanto. Neste caso, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público pode requisitar todas as informações que o Fisco possui em torno do fato imputado como ilegal.

Ademais, agora com base na recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, não pode o Ministério Público, fazer requisição direta em relação a uma pessoa qualquer, valendo-se da consulta em 1º estágio do fisco, a título de exemplo: requerer, dados fiscais de indivíduo, que sequer está sendo apurado em procedimento fiscal. Tratar-se-ia de verdadeira burla a reserva de jurisdição disposta na lei.

Como se verifica, as extensivas interpretações, antes limitadas a figura das Instituições Fiscais, passaram a ter desdobramentos maiores, permitindo o compartilhamento até mesmo para fins de persecução penal junto ao Ministério Público, sem que sequer tenha autorização judicial.

DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS EM DETRIMENTO DA PERSECUÇÃO DO INDIVÍDUO.

A posição que prevalece nos Tribunais Superiores, portanto, não deixa dúvidas: o Poder Judiciário no Brasil mais se preocupa com a persecução dos seus jurisdicionados do que com a segurança e cumprimento dos mandamentos constitucionais pela preservação da intimidade e vida privada. Isso, inclusive, ficou evidente em julgado exarado pelo STJ no julgamento do HC 231633-PR (BRASIL, 2014), em que se entendeu possível a utilização, em processo penal em curso no Brasil, de informações obtidas por quebra de sigilo bancário determinada por autoridade estrangeira, mesmo sem autorização dessa quebra do sigilo por alguma autoridade judiciária brasileira. Vejamos a ementa (BRASIL, 2014):

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.
2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.
3. Tratando-se de writ impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício.

CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E LAVAGEM DE DINHEIRO (ARTIGOS 16 E 22 DA LEI 7.492/1986 E ARTIGO 1º, INCISO VI, DA LEI 9.613/1998). VIOLAÇÃO À LEI COMPLEMENTAR 105/2001. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO DOS PACIENTES NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DA JUSTIÇA BRASILEIRA. DESNECESSIDADE. MEDIDA QUE FOI IMPLEMENTADA EM INVESTIGAÇÃO EM CURSO EM NOVA IORQUE. COMPARTILHAMENTO DAS PROVAS OBTIDAS COM A JUSTIÇA BRASILEIRA MEDIANTE ACORDO DE COOPERAÇÃO ENTRE OS PAÍSES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. A competência internacional é regulada ou pelo direito internacional ou pelas regras internas de determinado país acerca da matéria, tendo por fontes os costumes, os tratados normativos e outras regras de direito internacional.
2. Em matéria penal adota-se, em regra, o princípio da territorialidade, desenvolvendo-se na justiça pátria o processo e os respectivos incidentes, não se podendo olvidar, outrossim, de eventuais tratados ou outras normas internacionais a que o país tenha aderido, nos termos dos artigos 1º do Código de Processo Penal e 5º,

caput, do Código Penal. Doutrina.

3. No caso dos autos, inexistiu qualquer ilegalidade na quebra do sigilo bancário dos acusados, uma vez que a medida foi realizada para a obtenção de provas em investigação em curso nos Estados Unidos da América, tendo sido implementada de acordo com as normas do ordenamento jurídico lá vigente, sendo certo que a documentação referente ao resultado da medida invasiva foi posteriormente compartilhada com o Brasil por meio de acordo existente entre os países. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE DIVERSAS PROVAS. INDEFERIMENTO PARCIAL FUNDAMENTADO PELO MAGISTRADO DE ORIGEM. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO.

1. Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, da produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.

2. Na hipótese em apreço foram declinadas justificativas plausíveis para a negativa de produção de algumas das provas requeridas pela defesa dos pacientes, não tendo os impetrantes logrado demonstrar em que medida as providências pretendidas alterariam as conclusões a que chegaram as instâncias de origem acerca da comprovação da materialidade e da autoria dos delitos pelos quais restaram condenados.

SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROLAÇÃO ANTES DO CUMPRIMENTO DE CARTA PRECATÓRIA EXPEDIDA PARA A OITIVA DE TESTEMUNHA ARROLADA PELA DEFESA. SUSPENSÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO DO MÉRITO DA AÇÃO PENAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 222 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INDISPENSABILIDADE DA OITIVA DA TESTEMUNHA NÃO DEMONSTRADA PELA DEFESA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Os §§ 1º e 2º do artigo 222 da Lei Processual Penal disciplinam que na hipótese de oitiva de testemunha que se encontra fora da jurisdição processante, a expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal, razão pela qual o togado singular poderá dar prosseguimento ao feito, em respeito ao princípio da celeridade processual, procedendo à oitiva das demais testemunhas, ao interrogatório do acusado e, inclusive, ao julgamento da causa, ainda que pendente a devolução da carta pelo juízo deprecado.

FICHAS TÉCNICAS PRODUZIDAS UNILATERALMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPRESTABILIDADE COMO ELEMENTO DE PROVA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM NO ACÓRDÃO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, dada sua incompetência para tanto e sob pena de atuar em indevida supressão de instância, da alegada imprestabilidade de fichas técnicas que teriam sido elaboradas unilateralmente pelo Ministério Público, em afronta ao artigo 155 do Código de Processo Penal, tendo em vista que tal questão não foi analisada pelo Tribunal impetrado no aresto combatido.

2. Habeas corpus não conhecido.

(HC 231.633/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014)

Se já estava evidente o interesse nas Cortes Superiores em se obter informações mesmo sob violação de preceitos constitucionais nos julgados analisados no tópico anterior, mais ainda sob a análise do presente julgado. Não restam dúvidas: o Poder Judiciário brasileiro mais se preocupa em obter informações para persecução penal de seus jurisdicionados do que garantir e assegurar os direitos e garantias fundamentais insculpidos na Carta Magna.

Ressalte-se, no julgado ora analisado, a defesa ainda alegou violação, além do artigo 6º da Lei Complementar 105/2001, do artigo 10 do mesmo diploma legal, que assim dispõe:

Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.

O que se percebe é uma verdadeira subversão da vontade do Poder Constituinte Originário e legislador infraconstitucional, para se adequar ao interesse político maior das Cortes Superiores. Nessa ótica, saliente-se, não se nega no presente trabalho a necessidade de desburocratizar o sistema processual vigente no Brasil e as vantagens práticas da interpretação dada pelo STJ no caso, no entanto, isso não pode prevalecer sobre direitos e garantias fundamentais conquistados de forma tão cara pelo Estado Democrático de Direito. Se é a intenção flexibilizar a obtenção de informações de dados bancários, que se faça pela forma legal: com alteração da ordem constitucional e legislação infraconstitucional, pelo Poder Constituinte e Poder Legislativo.

Ora, o artigo supramencionado criminaliza a conduta de se quebrar o sigilo bancário fora das hipóteses previstas em lei, mas a Corte Superior permite a utilização de dados obtidos em decisão internacional mesmo que não se respalde em decisão judicial proferida por órgão pátrio. Nesse sentido, percebam, não há sequer de se analisar interpretação do caso: ele está fora das hipóteses previstas em lei. O que deveria ser considerado crime cometido pela autoridade pública, sob a visão do STJ, por interesses meramente de política judiciária, recebe interpretação que resulta em respaldo para garantir a criminalização da

conduta do jurisdicionado. Em outras palavras, o que deveria ser uma garantia, se inverte para servir de imunidade para o Estado punir o sujeito.

Em que pese o benefício prático de se utilizar as informações e obter “êxito” na persecução penal de indivíduos que cometeram infrações penais com base nas informações obtidas, não se pode deixar de dar fiel cumprimento às regras e princípios de maior importância, quais sejam, intimidade e vida privada previstos na Carta Magna – que possui estatuto, inclusive, de cláusula pétrea.

Os Tribunais Superiores, em especial o STF, têm a missão constitucional de assegurar os mandamentos insculpidos na Carta Maior do Estado Democrático de Direito que é o Brasil. Nos termos do artigo 102 da Constituição Federal, compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição. Nesse sentido, a missão do STJ não pode ser contrária.

Por todo exposto, é claro e evidente o ativismo judicial no caso, subvertendo valores insculpidos na Carta Maior pelo Poder Constituinte originário, demonstrando verdadeira usurpação de competência e quebra da garantia constitucional da Separação dos Poderes, o que merece ser sanado.

REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

Quanto ao sigilo bancário, cabe destacar as diferentes teorias que perduraram no âmbito histórico (DELGADO, 2005):

Teoria Contratualista: o sigilo bancário advém da relação contratualista entre o particular e a instituição financeira, cabendo a esta a guarda das informações do seu cliente.

Teoria do Direito à Privacidade: o sigilo bancário está ligado ao direito de personalidade, insculpido nos tratados de Direitos Humanos e a Constituição.

Teoria Consuetudinária: o sigilo bancário decorre dos compromissos tácitos assumidos entre instituições financeiras e seus clientes, criando-se o costume de que os dados a elas submetidas, não serão divulgados.

Teoria da Boa-fé: pela própria natureza do direito ao sigilo, estaria atrelado o dever de boa-fé, especialmente, levando em consideração a relação negocial existente.

Teoria do Sigilo Profissional: o sigilo bancário seria uma espécie de sigilo profissional, ou seja, um desdobramento do dever legal de guarda de informações baseados na relação cliente – profissional.

Teoria do direito à intimidade dos bancos: as instituições financeiras, possuem o direito de negar qualquer acesso de terceiros as informações de seus clientes, até pela natureza da sua atuação comercial.

Teoria da complexidade do vínculo: diante da complexidade do direito e o vínculo, não se pode conceber uma única concepção contratualista ao sigilo bancário, de sorte que existem ainda possibilidade de ser encarada como uma obrigações secundária, baseadas na boa-fé, especialmente levando em consideração o dever de sigilo, mesmo que não tenha sido avençado obrigação contratual entre a instituição financeira e o particular.

O tema em questão tomou rumos distintos no âmbito doutrinário, especialmente após a publicação da Lei Complementar 105/2001. Cabendo aqui serem expostos os principais pontos discutidos até então.

Há de se destacar que a matéria está umbilicalmente ligada a ideia de direitos

fundamentais, especialmente quando levados em consideração os direitos de 1ª dimensão da privacidade e do sigilo de dados. Nesse sentido Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 396) destaca:

No caso da Constituição Federal a proteção do sigilo fiscal e bancário foi, de acordo com a voz majoritária no direito brasileiro, deduzidos dos direitos à privacidade e à intimidade, constituindo uma particular manifestação dos mesmos, em que pese alguma controvérsia inicial sobre a sede mais adequada de tais direitos.

Especificamente quanto ao sigilo bancário, Covello (2001) destaca que este tem por objetivo defender a intimidade dos cidadãos, sendo o patrimônio e a atividade negocial do indivíduo expressões de personalidade.

Nesse aspecto, inicialmente, válido destacar vozes que doutrinariamente se comunicam com o atual posicionamento do STF.

Ao tratar sobre o sigilo de dados, André de Carvalho Ramos (2016), tomando como questionamento a possibilidade da quebra de sigilo bancário por órgãos não judiciais, destaca seu posicionamento favorável, tendo como principais argumentos o fato da Constituição não exigir ordem judicial em relação ao sigilo bancário e a ponderação de valores, não devendo prevalecer à privacidade sobre direitos de terceiros protegidos pela atuação de órgãos de fiscalização.

Continuando, André de Carvalho Ramos (2016, p.584) ao tratar da decisão do STF que decretou a constitucionalidade do art. 6º da LC 105/2011, destaca que:

O Fisco não tem outra arma menos invasiva para conferir se a atividade econômica relatada é real ou apenas forjada para menor pagamento de tributos, a não ser a conferência de dados contidos nas transações bancárias. Para aqueles que exigem ordem judicial para conferência de dados nas investigações ordinárias e extraordinárias. Para cada contribuinte, uma ação. Claro que seriam milhões de novas ações – de cunho satisfativo (pois se pede somente a autorização da transferência de sigilo bancário para exercer a fiscalização ordinária), renovadas periodicamente, que exigiriam imenso tempo e recurso do Estado-Juiz (e também dos Advogados Públicos), resultando em um caos no acesso à justiça e estímulo para que mais pessoas deixem de pagar tributos.

Vê-se, no posicionamento do autor acima citado, além de argumentação no sentido jurídico, argumentação no sentido prático, visto que a necessidade de autorização judicial na atuação administrativa do fisco implicaria em grandes demandas judiciais, o que de forma lógica demandaria maior aparelhamento do judiciário e conseqüentemente maiores

gastos.

Por sua vez, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho (2013), em seus ensinamentos, destaca que a verificação de dados bancários, resumidas à números e a contabilidade revelam pouco ou quase nada da intimidade do indivíduo.

Ademais, Filho (2013, p. 183), quanto a transferência do sigilo as instituições fiscais, destaca:

Portanto, como os dados bancários revelam informes que os contribuintes estão legalmente obrigados a prestar ao Fisco, não se podendo advogar que esses dados sejam sigilosos em relação à Administração tributária, ou que haja, na espécie, o direito à privacidade e à inviolabilidade de comunicação de dados, nomeadamente, em relação à Receita Federal do Brasil, posto que, primeiro, a revelação desses dados ao Fisco não estão submetidas à decisão exclusiva da própria pessoa; depois, esses informes bancários não espelham situações que só dizem respeito ao indivíduo, pois trazem matérias do interesse da fiscalização e da arrecadação tributária e, portanto, do interesse da sobrevivência do Estado brasileiro.

Vê-se, que para o autor, os dados bancários não estariam acobertados pelo sigilo visto que tais informações já estariam no rol daquelas que o contribuinte estaria obrigado a disponibilizar para as instituições fiscais.

Válido ainda destacar que Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017), também expressam posicionamento no sentido de que não deve haver reserva de jurisdição no acesso de dados por parte do fisco, valendo destacar dentre outros argumentos, que há dever fundamental de se pagar tributos, estes que financiam a atuação do estado na concretização dos direitos dos cidadãos. O posicionamento de Gilmar Mendes em âmbito doutrinário está em consonância com o que decidiu em seu voto quando do julgamento das ADI's 2390/DF, 2386/DF, 2397/DF e 2859/DF e o RE nº 601.314/SP (BRASIL, 2016a).

Do lado oposto, há de se destacar o posicionamento inicialmente de Eduardo Salomão Neto (2014), que ao tratar do sigilo bancário, destaca não ser este um direito absoluto, contudo, para que haja acesso aos dados bancários deve haver decisão judicial nesse sentido. É dizer, para o autor, qualquer acesso a dados bancários, por qualquer entidade, deve se dar por meio de medida judicial.

Ademais, um dos principais opositores a ideia de se permitir livre acesso a dados

bancários pelo fisco é o professor Ives Gandra Martins (2015), advoga no sentido de que o sigilo bancário seria cláusula pétrea e que portanto, não poderia ser tratado por dispositivo infraconstitucional. Mais ainda, o autor, aduz que nem mesmo a autoridade judiciária poderia decretar a quebra do sigilo bancário, haja vista que a referência à autorização judicial do artigo 5º inciso X e XII da CF/88, diz respeito à comunicação telefônica e não ao sigilo de dados.

Ives Gandra Martins (2015) também destaca que o sigilo é uma garantia fundamental, onde o indivíduo deve ter a plena garantia do respeito ao seu direito, sob pena de se estabelecer verdadeira insegurança jurídica.

Na mesma linha, válido ainda colacionar o entendimento esposado por Fernando Inglez de Souza Machado e Eduardo Luís Kronbauer (2016, p. 62):

Abrir a possibilidade de acesso, pela Administração, aos dados bancários de todos contribuintes, sem a devida comprovação dos indícios, ou na ausência de tentativas de verificação das omissões do contribuinte por meios menos restritivos (necessidade), configura clara violação a um direito fundamental. A quebra de sigilo somente deve ocorrer mediante autorização judicial.

O fato é que os posicionamentos, uns mais antigos, principalmente no sentido contrário e outros mais atuais, especialmente após decisão do STF, somam relevantes aspectos para o entendimento em torno da matéria.

POSICIONAMENTO CRÍTICO FUNDAMENTADO

Pelo que ficou evidenciado, tanto doutrinariamente, quanto no âmbito jurisprudencial, a discussão girou em torno dos direitos fundamentais à privacidade e sigilo de dados em contraponto a atuação estatal no que se refere efetividade na fiscalização tributária.

O STF, com seu recente julgado, ao trazer a ideia de que não haveria quebra do sigilo bancário, mas sim a sua transferência, o faz num sentido interpretativo de que a entidade fiscal estaria também obrigada a zelar por este sigilo, não sendo tratada como uma figura a quem o sigilo se destina.

Quanto a este ponto, inicialmente, há de se verificar que o direito a privacidade, encontra-se na esfera de direitos individuais, estes que por sua vez são tratados como direitos de primeira geração, que representam direitos de liberdade de agir do indivíduo frente ao Estado, limitando o poder deste (RAMOS, 2016).

Neste sentido, uma vez sendo a privacidade - aqui se inserindo também o sigilo de dados - direito individual direcionado não só a particulares, mas ao próprio Estado, andou mal o STF, num esforço interpretativo, de assinalar a figura da “transferência de sigilo”, isto porque, o que se vê em verdade é a figura do Estado obtendo livre acesso a dados pessoais dos indivíduos.

Muito embora, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho (2013) entenda se tratar de números e contabilidade fria, por trás desses números a informações pessoais representativos da vontade de cada pessoa. As movimentações bancárias revelam modo de vida, prioridades e vontades de cada indivíduo, devendo-se concordar com Covello (2001), quando aduz ser expressão da personalidade.

Ademais, a decisão do Supremo Tribunal Federal, da forma como ficou consolidada, permite que o fisco tenha acesso a dados bancários de qualquer indivíduo, sem a necessidade de que haja justificativa para tanto, bastando a mera existência de procedimento administrativo.

Lado outro, o fundamento prevaemente do dever de pagar tributos expressados tanto pelo Ministro Dias Toffoli, quanto o Ministro Gilmar Mendes, este inclusive explanando em seu livro a respeito, dizem respeito a um dever que não se deve confundir com atuação fiscalizatória dos entes (MACHADO e KRONBAUER, 2016). É dizer, o fato de existir o dever, inclusive solidário, na efetiva prestação dos tributos, não legitima atribuir maiores poderes no processo de fiscalização.

Ainda a respeito da decisão do STF em análise, uma vez o direito a privacidade ser um direito fundamental garantido constitucionalmente, conforme art. 5º, inciso X, para sua restrição, exige-se consonância com o próprio texto constitucional, isto implica, na necessidade de reserva de jurisdição. Não cabe a administração executiva ponderações e carta branca no acesso de dados, devendo-se relevar, com bastante atenção o posicionamento de Ives Gandra Martins (2015), ao destacar a figura da insegurança jurídica.

Noutro viés, adentrando no posicionamento doutrinário de André de Carvalho Ramos (2016) que demonstra preocupações práticas caso haja a necessidade de decisão judicial para acesso de dados por parte do fisco, de se vislumbrar que inicialmente, não seria toda e qualquer situação que reclamaria atuação judicial.

Conforme entendimento de Machado e Kronbauer (2016), o indivíduo, inicialmente deveria demonstrar indícios suficientes de omissão de informação para então o fisco requerer medida judicial de quebra de sigilo bancário. Não se pode presumir que todo contribuinte tenha intenção de fraudar a fazenda pública.

Nesta senda, diante um crivo por parte do fisco em selecionar procedimentos com indícios suficientes para quebra do sigilo, não se abarrotaria o judiciário com pedidos inócuos e irrelevantes.

Sendo assim, de se relevar que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a respeito do sigilo bancário e a atuação administrativa do fisco, encontra-se dissonante com o direito fundamental à privacidade, sendo a ideia de “transferência de sigilo”, verdadeira quebra do sigilo longe da supervisão judicial, em clara ofensa ao papel que o poder judiciário possui de velar pela Constituição e os direitos dos indivíduos.

Destaca-se ainda que tal flexibilização ainda permeou maiores invasões no direito ao sigilo bancário dos indivíduos, especialmente levando em consideração o entendimento quanto a possibilidade de compartilhamento de procedimento de apuração da Instituição Fiscal diretamente com o Ministério Público para fins de persecução penal, sem a necessidade de autorização judicial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.134.665/SP. Relator: Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 25 de nov. de 2009. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6205885/recurso-especial-resp-1134665-sp-2009-0067034-4/inteiro-teor-12336159?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 24 de out. de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus 389.808/PR. Relator: Jorge Mussi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 25 de nov. de 2014. Disponível em: < <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/16026d60ff9b54410b3435b403afd226> >. Acesso em: 20 de mar. de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus 389.808/PR. Relator: Sebastião Reis Júnior. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 09 de fev. de 2022. Disponível em: < <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/17f5e6db87929fb55cebeb7fd58c1d41?palavra-chave=sigilo+banc%C3%A1rio&critério-pesquisa=e> >. Acesso em: 20 de mar. de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 389.808/PR. Relator: Marco Aurélio. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 09 de mai. de 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19735568/recurso-extraordinario-re-389808-pr/inteiro-teor-104521624?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 26 de out. de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2390/DF, ADI 2386/DF, ADI 2397/DF e ADI 2859/DF. Relator: Dias Toffoli. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 24 de fev. de 2016a. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310576122&ext=.pdf> > Acesso em: 20 de out. de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 601314/SP . Relator: Edson Fachin. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 24 de fev. de 2016b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>> Acesso em: 20 de out. de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1055941. Relator: Dias Toffoli. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 05 de out. de 2020. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/informativo/detalhes/6da37dd3139aa4d9aa55b8d237ec5d4a?numero=962>> Acesso em: 20 de mar. de 2022.

COVELLO, Sérgio Carlos. O Sigilo bancário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.

DELGADO, José Augusto Delgado. O Sigilo Bancário no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Repositório Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 2005. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/EJur/article/download/3744/3865>> Acesso em: 20 de out. de 2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo Bancário e Privacidade. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Fernando Inglez de Souza ; KRONBAUER, Eduardo Luís. Proteção de dados e

quebra do sigilo bancário para fins tributários retrocesso em matéria de direitos fundamentais em prol de uma maior eficiência na administração pública. In: XXV Congresso do CONPED/ UNICURITIBA, Direito tributário e financeiro II. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/k4nu52ik/ZN1bM7B9i6UD154a.pdf> >. Acesso em 29 de out. de 2019.

NETO, Eduardo Salomão. Direito bancário. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo bancário e a administração tributária no Brasil. In: Revista do Mestrado em Direito, V. 7, nº 2, Brasília: 2013, pp. 174 a 268.

SOBRE O AUTOR

Ramon Lisboa Mesquita

Pós graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC MINAS Advogado e colaborador nos cursos Cejur Norte e Estratégia Concursos.

ÍNDICE REMISSIVO

A

acesso 4, 5, 6, 8, 9, 11, 15, 16, 18, 19, 24, 25, 26, 27, 28, 29

autorização 4, 5, 6, 9, 11, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 25, 27, 30

B

bancárias 4, 6, 8, 9, 11, 13, 14, 17, 18, 25, 28

Banco 7, 11

C

constitucional 7, 13, 14, 15, 16, 17, 22, 23, 29, 31

crimes 8

crítica 6

crítico 6

D

direitos 5, 6, 8, 9, 12, 16, 20, 22, 24, 25, 26, 28, 29, 32

E

entendimento 6, 9, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 27, 29, 30

F

fiscal 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 25, 28, 31

I

informações 4, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 26, 28

J

jurisprudencial 5, 8, 16, 20, 28

L

legal 7, 11, 22, 24

Lei 6, 7, 8, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 24

Lei Complementar 6, 7, 8, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 22, 24

M

Ministro 7, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 29

moral 8

N

necessidade 4, 5, 6, 9, 11, 15, 16, 22, 25, 27, 28, 29, 30

R

requisitos 6, 17

S

serviços 7, 12

sigilo 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32

social 6, 8

STF 7, 9, 11, 13, 14, 15, 17, 18, 21, 23, 25, 27, 28, 29

STJ 9, 11, 13, 14, 17, 20, 21, 22, 23

T

tecnológicos 6

Tribunais 6, 10, 20, 23, 32

Tribunal 7, 10, 13, 16, 17, 18, 19, 21, 28, 29, 31



AYA EDITORA
2022