

JUSTIÇA & CIDADANIA

EDITORIAL

CONHECIMENTO QUE TRANSFORMA

EM FOCO

EVENTO NA OAB/RJ APONTA NOVOS CAMINHOS PARA AS EMPRESAS EM DIFICULDADE

ACESSO À JUSTIÇA

O GERENCIAMENTO DE CASOS E O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA



O DIREITO NA ERA DIGITAL

A TECNOLOGIA VEM INFLUENCIANDO MUDANÇAS CADA VEZ MAIS VELOZES EM TODA A SOCIEDADE. OS EFEITOS NO JUDICIÁRIO DESTES COMPLEXOS CICLOS DE TRANSFORMAÇÕES FOI O PONTO DE ATENÇÃO DOS ESPECIALISTAS QUE SE REUNIRAM EM LONDRES PARA O SEMINÁRIO PROMOVIDO PELO IJC E PELO IALS

AS INVESTIGAÇÕES DO COAF: UTILITARISMO *VERSUS* PRINCÍPIO DA RESERVA DA JURISDIÇÃO

O papel de garante do STF na preservação dos direitos fundamentais

KASSIO NUNES MARQUES

Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

I. O postulado da reserva de jurisdição

Uma Constituição, no sentido clássico da expressão, tem por objetivos: a) fundar a ordem jurídica; b) organizar juridicamente o Estado; c) estabelecer limites ao poder, seja fixando o modo como será exercido, seja garantindo os indivíduos frente à inegável assimetria dos ocupantes dos cargos públicos com o conjunto social; e, d) reconhecer e proteger os direitos individuais.

A reserva de jurisdição, na ordem jurídica brasileira, submete ao Poder Judiciário o levantamento do sistema de garantias em relação a um núcleo essencial de direitos, ou seja, não são todos os direitos fundamentais, mas, sim, apenas uma pequena parcela, dita essencial, e especialmente protegida pelo constituinte da intromissão indevida de órgãos de persecução criminal, ou administrativa, que demandam ordem judicial expressa, proveniente de autoridade competente, investida de garantias institucionais e pessoais para o mister de julgar.

Segundo o Ministro Celso Mello, "o postulado de reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais". (MS 23452/RJ)

II. Das discussões no âmbito do STF a respeito do sigilo bancário e fiscal diante da edição da LC 105/01.

O Supremo Tribunal Federal vem, ao longo do tempo, debruçando-se sobre a necessidade de se ter autorização judicial para a utilização de dados fiscais e bancários no âmbito de investigações criminais.

Acerca do tema, o histórico julgamento do RE nº 389.808/PR, de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio, recebeu a seguinte 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".(RE 389.808/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 10/5/11).

A posteriori, foi submetido ao crivo da Suprema Corte o RE 601.314 que tratou da proteção da intimidade e sigilo de dados de

particulares diante da redação do art. 6º da Lei Complementar 105/01¹. O STF entendeu pela possibilidade de utilização dos dados bancários pela Receita Federal, uma vez que tais dados estariam sendo transferidos de uma situação de sigilo (bancário) para um sigilo ainda mais rigoroso (fiscal), em situações específicas e para fins tributários. Segue item da ementa:

4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, 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 um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. (RE 601314, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016)

Por ocasião do julgamento desse recurso extraordinário, na parte que interessa foi editado o seguinte enunciado no tema 225 de repercussão geral:

225 – a) "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".

A reserva da jurisdição para a apresentação de informações bancárias detalhadas foi destacada pela eminente Ministra Rosa Weber, quando remeteu-se ao RE 389.808, onde asseverou que "(...) Em tal feito se questionou a possibilidade de utilização das infor-



mações 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**".

O Min. Gilmar Mendes lembrou que "julgamos a possibilidade de o Tribunal de Contas proceder diretamente à quebra de sigilo (MS 22.801, rel. Min. Menezes Direito)", "negamos também ao Ministério Público o direito de fazê-lo (CR 7323, rel. Min. Celso de Mello)" e "rechaçamos o compartilhamento dessas informações entre Polícia e Receita Federal do Brasil (Inq. 2593 Agr, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 15.2.2011)".

A LC 105/01 também foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das ADI's nsº 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, de relatoria do eminente Ministro Dias Toffoli. Registre-se o teor de trecho da ementa do acórdão proferido quando do julgamento das citadas ADI's:

EMENTA: (...)

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 espeque 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 a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal. (ADI 2859, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016, grifou-se)

Na ocasião do julgamento supramencionado, o eminente Ministro relator ressaltou:

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

A análise da manifestação supra destacada evidencia a cautela adotada pela Suprema Corte, com o objetivo de garantir que a atuação fiscalizadora do Poder Público não se arvore a infringir os limites constitucionais que zelam pela preservação da privacidade e dignidade dos particulares.

No mesmo sentido, o voto Min. Marco Aurélio no citado acórdão lembrou precedente do Ministro Celso de Melo no MS nº 23.851/DF:

[...] A ruptura da esfera de intimidade de qualquer pessoa – quando ausente a hipótese configuradora de 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, 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 dados supostamente impregnado de relevo jurídico-probatório, em função dos elementos informativos que viessem a ser eventualmente descobertos.

No estudo do *leading case* do tema 225 e nas referidas ADI's restou admitida a possibilidade de acesso às informações cobertas por sigilo bancário por entes públicos, numa verdadeira transferência de informações à seara fiscal, destinadas ao exclusivo fim de fiscalização da arrecadação tributária.

Ainda assim, mesmo diante da excepcional autorização para acesso às informações de natureza bancária e fiscal conferida ao Fisco, há de ser observado o dever de manutenção do sigilo de tais dados, que não poderão ser objeto de divulgação, veiculação e comunicação a outros órgãos, inclusive o MPF.

III. O tema 990 frente ao atual quadro jurisprudencial do STF

Recentemente, o eminente Ministro Dias Tóffoli proferiu decisão no RE 1.055.941/SP, determinando,

dentre outras medidas, "a suspensão do processamento de todos os inquéritos e procedimentos de investigação criminal (PIC's), atinentes aos Ministérios Públicos Federal e estaduais, em trâmite no território nacional, que foram instaurados à míngua de supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle (Fisco, COAF e BACEN), que vão além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, consoante decidido pela Corte".

O objeto do RE 1.055.941, ainda que guarde semelhanças com os casos historicamente apreciados pela Corte, trata de questão diversa: o compartilhamento de informações cobertas por sigilo por entes integrantes da Administração Pública **para fins de investigação penal.**

O Supremo Tribunal Federal, no âmbito desse recurso extraordinário, reconheceu a repercussão geral dessa discussão constitucional e assim resumiu o objeto de análise no tema 990:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. COMPARTILHAMENTO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA FINS PENAIIS, DOS DADOS BANCÁRIOS E FISCAIS DO CONTRIBUINTE, OBTIDOS PELO FISCO NO LEGÍTIMO EXERCÍCIO DE SEU DEVER DE FISCALIZAR, SEM A INTERMEDIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES EM FACE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E DO SIGILO DE DADOS. ART. 5º, INCISOS X E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL.

Destaco, de logo, que o tema supramencionado, a ser apreciado pelo STF em regime de repercussão geral, não se confunde com o tema 225 apreciado no RE 601.314. Enquanto o tema 225 se arvora no estudo do quanto disposto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, o tema 990 se presta a apreciar a extensão da garantia prescrita no inciso XII do mesmo artigo.

A distinção entre os dispositivos constitucionais suscitados em cada um dos casos analisados foi, inclusive, objeto da precisa manifestação proferida pelo



Embora o combate à criminalidade seja um norte que oriente qualquer comunidade que se pretenda organizada, tal meta política não pode ser dissociada, no emprego de instrumentos para a sua consecução, de princípios fundamentais, que tutelem a dignidade da pessoa humana.

Min. Gilmar Mendes quando do julgamento do RE 601.314 já destacado.

Assim, tendente a apreciar a possibilidade de compartilhamento de dados para fins de investigação penal, o RE 1.055.941/SP protocolado em 21/06/2017, foi submetido à relatoria do Min. Dias Toffoli, que assim se manifestou nos autos:

Feito esse registro, anoto que as razões escritas trazidas ao processo pelo requerente agitam relevantes fundamentos, que chamam a atenção para situação que se repete nas demandas múltiplas que veiculam matéria atinente ao Tema 990 da Repercussão Geral, qual seja, as balizas objetivas que os órgãos administrativos de fiscalização e controle, como o Fisco, o COAF e o BACEN, deverão observar ao transferir automaticamente para o Ministério Público, para fins penais, informações sobre movimentação bancária e fiscal dos contribuintes em geral, sem comprometer a higidez constitucional da intimidade e do sigilo de dados (art. 5º, incisos X e XII, da CF).

Isso porque, o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade pelo Plenário no qual se reconheceu a constitucionalidade LC nº 105/2001 (ADI's nsº 2.386 2.390, 2.397 e 2.859, todas de minha relatoria, julg. 24/2/16, DJe 21/10/16), foi enfático no sentido de que **o acesso às operações bancárias se limita à identificação**

dos titulares das operações e dos montantes globais mensalmente movimentados, ou seja, dados genéricos e cadastrais dos correntistas, vedada a inclusão de qualquer elemento que permita identificar sua origem ou [a] natureza dos gastos a partir deles efetuados, como prevê a própria LC nº 105/2001.

O entendimento exarado na recente decisão monocrática do Min. Dias Toffoli no RE 1.055.941/SP apenas corrobora os argumentos outrora suscitados pelos membros da Suprema Corte, no sentido de reconhecer o uso de dados bancários particulares, tão somente, pelo Fisco e a necessidade de autorização judicial para a utilização por outros órgãos.

IV. O argumento utilitarista

A decisão supramencionada foi objeto de impugnação, por meio da ADPF n. 602/DF, na qual o partido Rede Sustentabilidade tentou a sua reforma e desconstituição. Distribuída ao Min. Ricardo Lewandowski, teve negado seguimento monocraticamente, onde destacou que *"o pensamento binário concernente a falaciosa dicotomia entre a proteção individual – que, de acordo com a peça exordial, edificaria benefícios às organizações criminosas – e o direito coletivo da sociedade, não subsiste a qualquer linha argumentativa no campo do Direito. Isso porque basta ao MPF ou a autoridade administrativa, em existindo fundadas dúvidas sobre a prática de ilícitos criminais, propugnar ao Poder Judiciário, no momento e no procedimento adequado, o compartilhamento de informações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa. E remata: "os argumentos utilitaristas da parte autora – no sentido da necessidade de combater os ilícitos transnacionais por meio do compartilhamento das informações – não me impressionam, nem tampouco autorizam tornar letra morta os dispositivos constitucionais em testilha."*

Fica claro que os argumentos utilitaristas, contrapostos à decisão do Min. Dias Toffoli, foram expressamente rechaçados na decisão do Min. Ricardo Lewandowski, por não se sustentarem diante dos direitos e garantias fundamentais, de cunho deontológico, consagrados na Constituição Federal de 1988.

Isso porque na vertente do utilitarismo é dada uma prioridade quase irrestrita ao bem-estar da coletividade em detrimento dos indivíduos singularmente consi-

derados, passando esse critério de utilidade geral de bem-estar majoritário a conformar a ação dos órgãos de poder constituídos para definir o que será legítimo ou não. Assim, nessa concepção utilitária de direito, que definitivamente não se coaduna com a ordem jurídica brasileira, todo o agir será justificado a partir daquilo que Bentham denomina de princípio da utilidade.²

Esse utilitarismo - que parece ser a concepção de Direito adotada por grande parte da mídia brasileira - permitiria que em nome dos interesses da coletividade, direitos individuais fundamentais consagrados constitucionalmente fossem solapados em razão da necessidade de combater os ilícitos transnacionais por meio de um compartilhamento irrestrito das informações.

Isso porque, foi criado, pelos meios de comunicação de massa, uma mentalidade generalizada de que há um inimigo comum, a ser combatido a qualquer modo, por meio de uma premissa, equivocada do ponto de vista constitucional, de que um tratamento mais rígido e autoritário, característico de um Estado de cunho policiaresco possa trazer como resultado uma política penal mais eficaz do que a resultante de um Estado Democrático de Direito.

Aqui cabe, inclusive, uma crítica formulada por Michael Sandel ao utilitarismo, quando afirma que por meio desta concepção de Direito, "os indivíduos têm importância, mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais."³

V. Conclusão

Diante do exposto, constata-se que a evolução jurisprudencial revela que o entendimento exarado na recente decisão monocrática do Min. Dias Toffoli no RE 1.055.941/SP apenas corrobora e consolida os argumentos outrora suscitados pelos membros da Suprema Corte, no sentido de reconhecer o uso de dados bancários particulares, tão somente, pelo Fisco.

O tema 225, 'a', apenas destaca 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".

A questão do compartilhamento dos dados fiscais e bancários para fins de investigação criminal será

apreciado, de forma definitiva pelo STF, na análise do tema 990, e, mantidos seus precedentes deverá consagrar que somente mediante autorização judicial o fisco poderá encaminhar tais informações para apuração criminal.

Embora o combate à criminalidade seja um norte que oriente qualquer comunidade que se pretenda organizada, tal meta política não pode ser dissociada, no emprego de instrumentos para a sua consecução, de princípios fundamentais, que tutelem a dignidade da pessoa humana. Nessa operação, então, visando à eficiência das políticas penais, o Estado não poderá, de modo algum, ao restringir o âmbito de proteção de um direito individual de um investigado, desconformar utilitariamente o seu núcleo essencial.

Toda vez em que os poderes constituídos, no âmbito da seara criminal, deixarem, de forma utilitária, de observar o caráter deontológico de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal, garante da Carta Magna e do Estado Democrático de Direito, será chamado a intervir de forma contramajoritária para tutelar os chamados direitos individuais, que devem ser entendidos como normas de controle, que impõem ao Estado um dever-ser que, em caso de inobservância de seu conteúdo essencial já densificado, importará certamente na invalidação do ato questionado, fazendo com que, ao final, prevaleçam os desígnios imperativos dos comandos contidos na Constituição Federal. 

NOTAS

1 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.

2 Para Bentham uma ação está em conformidade com o que ele denomina de princípio da utilidade quando a sua tendência de aumentar a felicidade da coletividade é maior do que aquela de diminuí-la (BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000, p. 15).

3 SANDEL, MICHAEL J. *Justiça — O que é fazer a coisa certa*. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 12ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.