

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.386 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 2386 / 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 2386 / 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 2386 / 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.

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

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

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:

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.

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.

[...]

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,

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

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 não 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 2386 / 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 elástica – 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 2386 / 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 escorre 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

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. 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. Discutiui-se se o Ministro da

ADI 2386 / 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.

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 2386 / 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 justificação. 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

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 ressalto 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 2386 / 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?

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.

Em elaboração