

*Supremo Tribunal Federal*

Coordenadoria de Análise de Jurisprudência  
DJe nº 27 Divulgação 09/02/2011 Publicação 10/02/2011  
Ementário nº 2461 - 01

24/11/2010

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR 33 PARANÁ**

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO  
REQTE.(S) : GVA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A  
ADV.(A/S) : JOSÉ CARLOS CAL GARCIA FILHO E OUTRO(A/S)  
REQDO.(A/S) : UNIÃO  
ADV.(A/S) : PFN - DEYSI CRISTINA DA'ROLT

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TUTELA DE URGÊNCIA (PODER GERAL DE CAUTELA). REQUISITOS. AUSÊNCIA.

PROCESSUAL CIVIL. REFERENDO DE DECISÃO MONOCRÁTICA (ART. 21, V DO RISTF).

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DADOS BANCÁRIOS PROTEGIDOS POR SIGILO. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS DA ENTIDADE BANCÁRIA AO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA FEDERAL SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. LEI 10.174/2001. DECRETO 3.724/2001.

A concessão de tutela de urgência ao recurso extraordinário pressupõe a verossimilhança da alegação e o risco do transcurso do tempo normalmente necessário ao processamento do recurso e ao julgamento dos pedidos.

Isoladamente considerado, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade sobre o tema é insuficiente para justificar a concessão de tutela de urgência a todo e qualquer caso.

Ausência do risco da demora, devido ao considerável prazo transcorrido entre a sentença que denegou a ordem e o ajuizamento da ação cautelar, sem a indicação da existência de qualquer efeito lesivo concreto decorrente do ato tido por coator (21.09.2001 – 30.06.2003).

Medida liminar não referendada. Decisão por maioria.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do



**AC 33 MC / PR**

ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em negar referendo à cautelar, contra os votos do Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator), Cezar Peluso (Presidente), Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

Brasília, 24 de novembro de 2010.

**Ministro JOAQUIM BARBOSA**

Redator p/ o acórdão

*Documento assinado digitalmente*

**24/09/2003****TRIBUNAL PLENO****MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 33-5 PARANÁ****RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**

REQUERENTE(S) : GVA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A

ADVOGADO(A/S) : JOSÉ CARLOS CAL GARCIA FILHO E OUTRO(A/S)

REQUERIDO(A/S) : UNIÃO

ADVOGADO(A/S) : PFN - DEYSI CRISTINA DA'ROLT

**R E L A T Ó R I O**

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** - Senhor Presidente, a ementa da decisão que trago ao referendo do Colegiado é a seguinte:

JURISDIÇÃO - PODER DE CAUTELA.  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EFICÁCIA  
SUSPENSIVA - LIMINAR - SIGILO DE DADOS  
BANCÁRIOS - AFASTAMENTO - RISCO -  
ARTIGO 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº  
105/2001 - ARTIGOS 4º E 5º DO DECRETO  
Nº 3.724/2001 - CONSTITUCIONALIDADE  
DECLARADA - AÇÃO CAUTELAR - LIMINAR  
DEFERIDA.

Deferi a liminar pleiteada, obstaculizando, até a decisão final do extraordinário, o fornecimento de informações bancárias da requerente à Receita.

Determinei que fosse dada a ciência devida, partindo do pressuposto de que quando o Colegiado enfrentou o problema do sigilo bancário, o fez em um processo no qual se tinha - por isso aberta exceção quanto à quebra -, o afastamento desse sigilo, considerado o Ministério Público. Abriu-se exceção, contra o meu voto, ante o envolvimento de recursos públicos, isso em mandado de segurança impetrado pelo Banco do Brasil contra ato do então Procurador-Geral da República professor Geraldo Brindeiro. A partir desse precedente,

AC 33 / PR

dos limites da exceção à regra segundo a qual o sigilo só pode ser afastado por ato de órgão investido do ofício judicante - exceção, repita-se aberta quanto ao Ministério Público, que não é parte na relação jurídica, aqui a Receita o é -, conferi eficácia suspensiva ao extraordinário.

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Senhor  
Presidente, mantenho o ato praticado, referendando-o.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 33-5

PROCED.: PARANÁ

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S): GVA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A

ADV.(A/S): JOSÉ CARLOS CAL GARCIA FILHO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): PFN - DEYSI CRISTINA DA'ROLT

**Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que referendava o ato que concedia o efeito suspensivo ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 24.09.2003.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

  
Luiz Tomimatsu  
Coordenador

03/12/2003

PLENÁRIO

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR 33 PARANÁ

## VOTO - VISTA

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA): Trata-se de ação cautelar inominada, com pedido de liminar, ajuizada por GVA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A. para pleitear efeito suspensivo ativo ao RE 389.808 - relator o ministro Marco Aurélio -, cujos autos já se encontram no Tribunal.

Noticia a requerente, em sua peça inicial, que, em 13 de julho de 2001, impetrou mandado de segurança, com o objetivo de (i) afastar a aplicação da Lei Complementar 105/2001 e do Decreto 3.724/2001 ao Processo Administrativo Fiscal 0910400/00043/2001, instaurado pela Delegacia Regional da Receita Federal em Ponta Grossa, Paraná, e (ii) impedir que a Receita Federal praticasse qualquer ato de acesso às informações bancárias da requerente.

Em 21 de setembro de 2001, o juiz da 1ª Vara Federal de Ponta Grossa prolatou sentença em que, cassando liminar parcialmente concedida, denegou a segurança (fls. 130-139).

Tendo havido recurso de apelação, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região confirmou a sentença recorrida, em julgamento de 05 de novembro de 2002 (fls. 183-200), que restou assim ementado:

*"TRIBUTÁRIO. REPASSE DE DADOS RELATIVOS À CPMF PARA FINS DE FISCALIZAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. SIGILO BANCÁRIO.*

*O acesso da autoridade fiscal a dados relativos à movimentação financeira dos contribuintes, no bojo de procedimento fiscal regularmente instaurado, não afronta, a priori, os direitos e garantias individuais de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e de inviolabilidade do sigilo de dados, assegurados no art. 5º, incisos X e XII, da CF/88, conforme*

AC 33 MC / PR

*entendimento sedimentado no tribunal.*

*No plano infraconstitucional, a legislação prevê o repasse de informações relativas a operações bancárias pela instituição financeira à autoridade fazendária, bem como a possibilidade de utilização dessas informações para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento do crédito tributário porventura existente (Lei 8.021/90, Lei 9.311/96, Lei 10.174/2001, Lei Complementar nº 105/2001).*

*As disposições da Lei 10.174/2001 relativas à utilização das informações da CPMF para fins de instauração de procedimento fiscal relacionado a outros tributos não se restringem a fatos geradores ocorridos posteriormente à edição da lei, pois, nos termos do art. 144, § 1º, do CTN, aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas. Apelação desprovida.”*

A requerente, em consequência, interpôs recurso extraordinário (fls. 202-220), que foi admitido em 31 de janeiro de 2003, em despacho do vice-presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fls. 247).

Portanto, o recurso extraordinário que chegou ao Tribunal em 20 de fevereiro de 2003 aborda a questão de se saber se são constitucionais os dispositivos da Lei 10.174/2001, da Lei Complementar 105/2001 e do Decreto 3.724/2001, que expressamente permitem a requisição de informações bancárias pela Receita Federal, diretamente às instituições financeiras, e a utilização dessas informações “para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para o lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito fiscal, do crédito tributário porventura existente (...)” (art. 11, § 3º, da Lei 9.311/1996).

Em 30 de junho de 2003 - portanto mais de quatro meses depois da entrada dos autos no Supremo Tribunal Federal - ajuíza a GVA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A. esta ação cautelar, requerendo o efeito



**AC 33 MC / PR**

suspensivo ativo. O ministro Marco Aurélio deferiu o pleito em 05 de julho de 2003, apoiando seu entendimento, para tanto, na preservação da eficácia de uma eventual decisão favorável à empresa no recurso extraordinário.

Em 28 de agosto de 2003, a União apresentou sua contestação, alegando, basicamente, que (i) o *periculum in mora* está, em rigor, a favor da Fazenda, diante da “concreta perspectiva de decadência da obrigação tributária”; (ii) é impossível atribuir efeito suspensivo, visto que a sentença de primeiro grau denegou a segurança; (iii) não há *periculum in mora* a favor da requerente, porquanto já faz dois anos que as informações estão sendo prestadas, e (iv) falta, também, plausibilidade jurídica, diante da inexistência de decisões deste Tribunal no sentido da tese defendida pela requerente.

Peço vênica ao ilustre relator para divergir. Em realidade, em situações como a dos autos, em que o requerente pleiteia efeito suspensivo, mesmo que ativo, a recurso extraordinário contra decisão de Tribunal Regional Federal que lhe foi desfavorável, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal tem admitido o pedido como de tutela antecipada, já que não seria possível restaurar, em recurso extraordinário, aquilo que nunca existiu. Remeto-me, além de à vasta jurisprudência (cf. as Pet 2.644-QO, 2.768-QO, 2.784-QO, 2.541-QO e 2.798-QO, todas relatadas pelo ministro Moreira Alves), à ementa do julgamento na Primeira Turma da Pet 2.696-QO, rel. min. Moreira Alves (DJ 13.09.2002):

*“Medida cautelar inominada.*

*- Não cabendo, por inócua, a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário quando as decisões das instâncias inferiores são desfavoráveis à recorrente, o que pretende esta, no caso, com essa medida cautelar, é a obtenção de tutela antecipada em recurso extraordinário.*

*- Para que o juiz conceda tutela antecipada é preciso que se convença da verossimilhança da alegação.*

*- No caso, não ocorre esse convencimento de verossimilhança, que se traduz em muito forte probabilidade de o recorrente vir a sair*

AC 33 MC / PR

*vitorioso no julgamento do recurso extraordinário.**Questão de ordem que se resolve no sentido de indeferir-se a presente petição."*

A jurisprudência da Primeira Turma atribui, corretamente, requisitos diversos para a concessão de uma liminar com validade de efeito suspensivo e para os casos em que o requerente, em juízo meramente cautelar, pede, na realidade, aquilo que perdeu na instância inferior - e, portanto, um julgamento antecipado do mérito. Por óbvio, os requisitos para a concessão nessa segunda hipótese devem ser mais rígidos, já que o que se pede é uma antecipação do julgamento final.

Aliás, a estranheza da situação - pedido cautelar para se conceder a segurança quando a parte, em julgamento de mérito, tenha perdido nas instâncias ordinárias - pode perfeitamente servir de base para o entendimento de que não existiria previsão legal para o pleito formulado, até porque se está diante de um recurso de natureza extraordinária. Essa foi a interpretação esposada também pela Primeira Turma, no julgamento da Pet 2.718-AgR, rel. min. Ilmar Galvão, cuja ementa é a seguinte (DJ 11.10.2002):

*"DECISÃO DENEGATÓRIA DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO QUE INDEFERIU MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. ALEGADO PREJUÍZO A QUE FICA EXPOSTO O CONTRIBUINTE, ATÉ O JULGAMENTO FINAL DO RECURSO.*

*Ausência de **fumus boni iuris**, já que todas as decisões sobre a matéria, no STF, foram contrárias à tese sustentada pelo requerente. Pretensão que, de resto, mascara uma antecipação de tutela em recurso extraordinário, sem cabimento legal.*

*Agravo regimental desprovido."*

De fato, a concessão de efeito suspensivo ativo é tratada pela legislação processual como uma exceção que deve, por isso, justificar-se em motivação especial e ainda encontrar específica previsão legal, tal

**AC 33 MC / PR**

como faz a Lei 10.352/2001, em seu art. 1º, que, alterando a redação do art. 527 do Código de Processo Civil, prevê a possibilidade de, em agravo interposto contra decisão interlocutória, o tribunal “atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão” (inciso III do art. 527, com a nova redação dada pela Lei 10.352/2001).

Trata-se, portanto, da única hipótese admitida no sistema de concessão de um efeito suspensivo ativo, o que me parece não poder ser alargado para outras hipóteses, especialmente no caso de recurso extraordinário, tendo em vista que a providência representa, em rigor, verdadeiro recurso de mérito revestido de ação cautelar.

De qualquer forma, mesmo que se entenda que falta previsão legal para a concessão dessa tutela antecipada, é necessário perquirir sobre os requisitos para tal concessão, e essa investigação, de acordo com a Primeira Turma, não pode limitar-se a uma simples análise do perigo da demora e acerca da plausibilidade jurídica, mas deve ater-se, também, a um convencimento de verossimilhança da alegação, tal como prevê o art. 273 do Código de Processo Civil para a tutela antecipada.

As exigências de prova inequívoca e da verossimilhança não se assemelham a uma simples plausibilidade jurídica, mas exigem uma probabilidade alta de que tal tutela se confirme no julgamento final. Na expressão do professor Arruda Alvim, “Com a adoção deste instituto, o legislador acaba por assumir um risco mínimo de que a decisão concessiva da tutela possa vir a ser alterada, e o faz sopesando os valores em jogo” (*Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2, p. 411). Ainda acerca do sentido dos requisitos para a concessão de tutela antecipada, mesmo que por meio do efeito suspensivo ativo, assim expõe a matéria o professor Cândido Rangel Dinamarco:

*“Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da*

## AC 33 MC / PR

*preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável (Malatesta). A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados, mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar.*

*O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni juris* exigido para a tutela cautelar.”*

(A reforma do Código de Processo Civil. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 145).

Assim sendo, a questão passa a ser a de saber se na hipótese dos autos está configurada a presença dessa verossimilhança da alegação. Parece-me que a resposta a essa indagação somente pode ser negativa.

É que o tema de mérito do recurso extraordinário envolve a análise de matéria que está sob o crivo desta Suprema Corte, no âmbito de controle concentrado de constitucionalidade. Com efeito, o ministro Sepúlveda Pertence é relator das ADI 2.386, 2.389, 2.390, 2.397 e 2.406, que questionam a constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001, da Lei 10.174/2001 e do Decreto 3.724/2001. Tais processos estão a ele conclusos, e, portanto, não existe qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal manifestando-se pela inconstitucionalidade da prática de prestação de informações bancárias à Receita Federal. O que há de concreto é o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade que trazem essa discussão para o Tribunal, mas isso não é suficiente para a configuração do requisito da “*verossimilhança da alegação*”.

Do contrário, poder-se-ia negar aplicação ao princípio basilar da presunção da constitucionalidade das leis - que em nosso sistema

## AC 33 MC / PR

somente poderia ser afastado por decisão judicial, no controle difuso, ou por decisão do Pleno desta Corte, no controle concentrado -, com o mero ajuizamento de ação direta de constitucionalidade. *Data venia*, essa interpretação leva à conclusão absurda que assemelha os efeitos do simples ajuizamento da ação direta aos da própria decisão de mérito do Plenário, em controle concentrado.

Assim sendo, o simples fato de existir ação direta de inconstitucionalidade que aborde a questão tratada no recurso extraordinário ao qual se quer dar efeito suspensivo ativo não é motivo apto a configurar a existência de verossimilhança para a concessão de tutela antecipada em instância extraordinária.

Ademais, deve-se notar que, no caso presente, não estaria também caracterizado o requisito do *periculum in mora* para a requerente, uma vez que, da sentença de primeira instância que denegou a ordem (datada de 21 de setembro de 2001) até o ajuizamento da presente ação cautelar (protocolada no Tribunal em 30 de junho de 2003), passaram-se quase dois anos, período durante o qual a Receita Federal teve acesso às informações bancárias da empresa requerente. Tal fato demonstra a inexistência de perigo da demora no julgamento do recurso extraordinário.

Finalmente, a concessão de efeito suspensivo ativo, com a consequente proibição ao órgão fazendário de ter acesso a tais dados, geraria, na verdade, um perigo da demora ao inverso, por conta do atraso na constituição do crédito tributário e do efeito da decadência da obrigação tributária. Em rigor, estaria também descumprido o requisito da inexistência do perigo de irreversibilidade dos efeitos antecipados, indicado pela legislação processual como mais um requisito legitimador da concessão de tutela antecipada (art. 273, § 2º, do Código de Processo Civil), uma vez que tal perigo estaria configurado com base na decadência acima tratada.

Em face do exposto, pedindo vênias, mais uma vez, ao ministro Marco Aurélio, e não assumindo qualquer posição acerca do mérito e, por consequência, a respeito das ações diretas de inconstitucionalidade que

**AC 33 MC / PR**

ainda serão apreciadas, mas reconhecendo a inexistência dos requisitos justificadores de uma tutela antecipada, indefiro o pedido de concessão de efeito suspensivo ativo ao RE 389.808.

03/12/2003

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 33-5 PARANÁ**RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**

REQUERENTE(S) : GVA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A

ADVOGADO(A/S) : JOSÉ CARLOS CAL GARCIA FILHO E OUTRO(A/S)

REQUERIDO(A/S) : UNIÃO

ADVOGADO(A/S) : PFN - DEYSI CRISTINA DA'ROLT

(MEDIDA CAUTELAR)

## EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Senhor Presidente, o que houve na espécie? Na origem, foi declarada a constitucionalidade da Lei nº 105, de 2001, e, também, dos artigos 4º e 5º do Decreto nº 3.724, de 2001, que viabilizaram o afastamento da privacidade constitucional, quanto a dados bancários, pelo próprio Fisco. A premissa básica do ato submetido ao referendo envolve matéria que ainda não foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, e a última palavra sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ato normativo federal e de tratado cabe ao Supremo. O recurso extraordinário foi interposto pela alínea "b" do inciso III do artigo 102.


Então, ao deferir, no campo - reconheço - da excepcionalidade, a eficácia suspensiva ativa, porque a suspensiva simplesmente de nada adiantaria porque não restabeleceria qualquer quadro decisório favorável à recorrente, consignei que esta ação

cautelar visa a imprimir efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto e distribuído, recurso extraordinário nº 389.808, que foi, portanto, admitido, ante a relevância da articulação das razões recursais, pela Corte de origem. Chegou o processo a esta Corte encontrando-se pendente ação direta de inconstitucionalidade proposta contra a lei complementar. O tema relativo à quebra do sigilo bancário pelo Fisco está a merecer reflexão maior ante o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, no que revela como regra a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas de dados e das comunicações telefônicas, contemplando o preceito constitucional exceção condicionada a ordem judicial. Então, há de se preservar campo propício a possível decisão favorável à requerente e, portanto, ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, como guarda da Carta da República. Quebrado o sigilo por iniciativa do Fisco, parte da relação obrigacional tributária, conhecido e provido o extraordinário, ter-se-á a ineficácia do provimento jurisdicional. Por isso, surge o quadro de excepcionalidade maior a direcionar ao empréstimo de terceiro efeito recursal, que se somará aos efeitos de empecer a coisa julgada - José Carlos Barbosa Moreira -, e devolutivo. Tudo recomenda que se adite o da suspensão de eficácia do acórdão proferido, procedendo-se de forma ativa, a eficácia suspensiva ativa, ou seja, para afastar a quebra do sigilo no que desprovida de ordem judicial.



Senhor Presidente, costumo dizer que, hoje, não temos mais corrupção, não temos mais sonegação tributária do que tivemos ontem. Atravessamos, sim, uma fase salutar, que é a fase que, também, rotulo como de depuração com a atuação da imprensa, e, principalmente, do Ministério Público. Sou um entusiasta da atividade desenvolvida pelo Ministério Público na defesa da sociedade brasileira. Quando se atravessa essas fases, qual é a tendência? É a de exacerbação, de exageros. E aí temos de marchar com absoluta cautela. No caso, o afastamento pelo texto constitucional - não estou votando em definitivo, apenas estou querendo revelar a importância das razões que conduziram o juízo primeiro de admissibilidade a imprimir trânsito ao extraordinário -, quando vamos à Carta da República, quanto à quebra do sigilo, há homenagem ao primado do Judiciário.

Temos um precedente do Plenário que sinaliza a relevância do que versado nas razões recursais. Refiro-me ao precedente, Senhor Presidente, Banco do Brasil X Geraldo Brindeiro, quando esta Corte abriu uma única exceção à necessidade de contar-se com pronunciamento judicial para ter-se o afastamento do sigilo. Que exceção foi essa? Com, pelo menos, meu voto vencido - e fui relator do mandado de segurança - admitiu-se a quebra por iniciativa direta do Ministério Público quando envolvido, na espécie, dinheiro público.



Por isso, Senhor Presidente, diante desse contexto, imprimi a eficácia suspensiva ativa. Agora, quanto ao argumento da decadência, ele não procede porque, se considerarmos essa articulação *ad terrorem*, teremos que não se poderá mais conceder qualquer medida liminar, qualquer medida acauteladora em tema tributário. Agora, se temos ação direta de inconstitucionalidade versando sobre o tema, se o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou quanto à matéria, se o Fisco atuou até aqui, até a lei complementar, sem ter esse instrumental terrível na mão, inclusive de um fiscal menos escrupuloso, que é a quebra do sigilo, por que não se aguardar? Onde está o risco maior? Está em permitir-se, em vir-se a ter o fato consumado, que no Brasil tem uma força incrível, ou em suspender-se o ato, para aguardar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, e darei preferência absoluta a esse recurso extraordinário, trazendo-o - tão logo conte com o parecer do Ministério Público - a julgamento.

Por isso, Senhor Presidente - creio que devo lembrar, aqui, o Ministro Sydney Sanches -, sopesando os valores em jogo, e é preciso também atentar para a posição do contribuinte, para esse bem maior que é a privacidade, tanto que inserido na Carta da República, afastável de regra mediante deliberação de órgão equidistante, e o Fisco não é órgão equidistante, ele é sujeito da relação jurídica tributária, é parte interessada, preconizo o referendo da decisão.

03/12/2003

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 33-5 PARANÁV O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, também entendo, *data venia* do Ministro Marco Aurélio, seguindo, portanto, o voto do Ministro Joaquim Barbosa, que o efeito suspensivo ativo é excepcionalíssimo, e, no caso, já houve duas decisões judiciais, nas instâncias inferiores, desfavoráveis ao autor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - O Supremo Tribunal Federal poderá, no julgamento do recurso extraordinário, concluir de forma diametralmente oposta.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - O Ministro Joaquim Barbosa, também, teve o cuidado de dizer que não estava antecipando o julgamento quanto ao mérito da questão, ou seja, quanto à matéria de que trata o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

Por isso, diante dessas cautelas do voto do Ministro Joaquim Barbosa, eu o acompanho.

\* \* \* \* \*



**PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA**

**MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 33-5**

PROCED.: PARANÁ

**RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**

REQTE.(S): GVA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A

ADV.(A/S): JOSÉ CARLOS CAL GARCIA FILHO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): UNIÃO

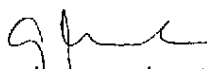
ADV.(A/S): PFN - DEYSI CRISTINA DA'ROLT

**Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que referendava o ato que concedia o efeito suspensivo ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 24.09.2003.

**Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que referendava o ato que concedia o efeito suspensivo ativo ao recurso extraordinário, e dos votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto, que negavam tal efeito, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 03.12.2003.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

  
71 Luiz Tomimatsu  
Coordenador

04/02/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 33 PARANÁ**VOTO-VISTA**

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO:** Antes de analisar o pedido, faz-se mister breve apanhado dos fatos envolvidos na presente cautelar.

**1.1.** A requerente fora intimada a apresentar documentos fiscais e cópias dos extratos bancários relacionados às fls. 76, em 02 de abril de 2001.

**1.2.** Em 04 de junho de 2001 seguinte, apresentou resposta, acompanhada dos documentos solicitados, exceto das cópias dos extratos bancários, alegando que gostaria de *"ter conhecimento dos documentos que embasaram a fiscalização"* (fls. 18).

**1.3.** Antes de obter réplica, a ora requerente recebeu, em 10 de julho de 2001, comunicação do Banco Santander Brasil de que a Delegacia Federal local havia enviado àquela instituição mandado de Procedimento Fiscal, *"determinando a entrega de extratos e demais documentos pertinentes a movimentação bancária da empresa, do período de 1998"* (fls. 80) até 13 de julho de 2001, e que, por força de tal ordem, iria entregar tais dados.



AC 33-MC / PR

1.4. Em 13 de julho de 2001, a ora requerente impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra a quebra de seu sigilo bancário pela autoridade fiscal, sob alegação de que a Lei Complementar nº 105/01 e o Decreto nº 3.724/01, que a fundamentam, são inconstitucionais.

Segundo a requerente, a quebra do sigilo bancário pela autoridade ofenderia o art. 5º, incs. X e XII, da Constituição, que só admitiriam exceção por ordem judicial (fls. 56).

1.5. A liminar foi concedida parcialmente, no mesmo dia da impetração, *“tão somente para afastar a aplicação da Lei Complementar nº 105/2001, com a ressalva do seu artigo 1º, § 3º, inc. III e do Decreto nº 3.724/2001 ao procedimento fiscal de nº 0910400 2001 00043-3, sendo que o citado procedimento fiscal poderá continuar mediante outras determinações que a autoridade entender cabíveis.”* (fls. 85).

Ou seja, a liminar alcançou apenas a quebra do sigilo bancário pela autoridade administrativa, dispondo expressamente que o procedimento fiscal poderia continuar *“mediante outras determinações que a autoridade entender cabíveis”* (fls. 85).

1.6. No julgamento do mérito, em setembro de 2001, a segurança foi denegada e, cassados os efeitos da liminar.

**AC 33-MC / PR**

**1.7.** Interposta apelação, negou-lhe provimento, por maioria, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *in verbis*:

“O acesso da autoridade fiscal a dados relativos à movimentação financeira dos contribuintes, no bojo do procedimento fiscal regularmente instaurado, não afronta, *a priori*, os direitos e garantias individuais de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e de inviolabilidade do sigilo de dados, assegurados no art. 5º, incs. X e XII, da CF/88, conforme sedimentado no Tribunal.” (fls. 188).

**1.8.** Contra o acórdão foi interposto RE com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, recebido pelo Tribunal de origem, em 31 de janeiro de 2003, em seus regulares efeitos (devolutivo), e distribuído em 20 de junho de 2003 ao Min. **MARCO AURÉLIO**.

**1.9.** A presente medida cautelar nominada, com pedido de liminar, foi, portanto, ajuizada incidentalmente ao **RE nº 389.808/PR**, para obter “efeito *suspensivo ativo*”, determinando-se à autoridade coatora no mandado de segurança (Delegado da Receita Federal em Ponta Grossa/PR) que:

“i) se abstenha de requisitar outras informações pertinentes à movimentação financeira da Requerente perante qualquer instituição bancária;

ii) mantenha em absoluto sigilo as informações de movimentação bancária da Requerente que já se encontram em seu poder, e ainda,

iii) se abstenha de utilizar, para quaisquer fins, as informações bancárias obtidas mediante a quebra do sigilo bancário sem intervenção judicial, até julgamento final do RE 389.808/PR.”



AC 33-MC / PR

2. A requerente justifica o pedido, alegando que está na *"iminência de sofrer eventual a lavratura de auto de infração, com fundamento em extratos de sua movimentação financeira obtidos pela Receita Federal junto às nominadas instituições financeiras, sem qualquer intervenção judicial"*, logo após a decisão que lhe negou a segurança. Se não for concedida a medida cautelar, aduz, o provimento final do RE seria inócuo à medida que o dano que deseja evitar se terá consolidado.

3. E, por fundamento jurídico, invoca os incs. X e XII do art. 5º da Constituição Federal, que instituem as garantias da intimidade e do sigilo de dados, respectivamente, os quais somente poderiam afastadas por decisão judicial fundamentada, segundo precedentes jurisprudenciais da Corte (**MS nº 23.851/DF**, rel. Min. **CELSO DE MELLO**, e **MS nº 21.729/DF**, Rel. Min. **MARCO AURÉLIO**).

4. A cautelar foi concedida, em caráter excepcional, às fls. 293/294, pelo Min. Relator, *"obstaculizando-se até a decisão final do extraordinário, o fornecimento de informações bancárias da requerente à Receita", ou, "caso já tenha havido o fornecimento das informações bancárias, observe-se o sigilo, congelando-se a obtenção dos dados, que não poderão ser acionados para os efeitos pretendidos"*.





AC 33-MC / PR

5. Contestando, a União pugna pela cassação da cautelar, com base nas seguintes razões:

a) Existência do *periculum in mora* em favor da Fazenda Nacional, ante a concreta perspectiva de decadência da obrigação tributária;

b) Impossibilidade de atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, visto que a sentença de primeiro grau foi denegatória da segurança;

c) Ausência do *periculum in mora* em favor da parte contribuinte, corroborada pela declaração no sentido de que as informações vêm sendo prestadas à autoridade coatora há cerca de dois anos, desde a denegação da segurança;

d) Ausência de plausibilidade jurídica do pedido, em face da inexistência, no âmbito da Corte Suprema, de qualquer ato de conteúdo decisório no sentido da tese desenvolvida pela requerente.” (fls. 314).

6. Submetida questão ao Plenário, o Min. **MARCO AURÉLIO** referendou a liminar, e o Min. **JOAQUIM BARBOSA** pediu vistas.

7. Em 3 do corrente, o julgamento foi retomado, com o voto vista do Min. **JOAQUIM BARBOSA**, que negou o “efeito suspensivo”, tendo sido seguido pelo Min. **CARLOS BRITTO**, nos seguintes termos:

“Peço vênica ao ilustre Relator para divergir. Em realidade, em situações como a dos autos, em que o requerente pleiteia efeito suspensivo, mesmo que ativo, a recurso extraordinário contra decisão de Tribunal Regional Federal que lhe foi desfavorável, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal tem admitido o pedido como de tutela antecipada, já que não seria possível restaurar, em recurso extraordinário, aquilo que nunca existiu. Remeto-me, além de à vasta jurisprudência (cf. as Pet. 2.644-QO, 2.784-QO, 2.541-QO e 2.798-QO, todas relatadas pelo ministro Moreira Alves), à ementa do julgamento na Primeira Turma da Pet. 2.696-QO, rel. Min. Moreira Alves (DJ 13.9.2002):



AC 33-MC / PR

‘Medida cautelar inominada.

- não cabendo, por inócua, a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário quando as decisões das instâncias inferiores são desfavoráveis à recorrente, o que pretende esta, no caso, com essa medida cautelar, é a obtenção de tutela antecipada em recurso extraordinário.

- Para que o juiz conceda tutela antecipada é preciso que se convença da verossimilhança da alegação.

- No caso, não ocorre esse convencimento de verossimilhança, que se traduz em muito forte probabilidade de o recorrente vir a sair vitorioso no julgamento do recurso extraordinário.

Questão de ordem que se resolve no sentido de indeferir-se a presente petição.” (voto vista).

(Preliminar)

8. Entendo que a discussão quanto à natureza do provimento de urgência, se tutela antecipada ou medida cautelar, perdeu viço diante da Lei nº 10.444/2002, que sobrelevou o resultado das tutelas de urgência, ao inserir o § 7º no art. 273 do Código de Processo Civil, o qual autoriza ao juízo conceder, diante dos fatos trazidos pela parte e da existência dos pressupostos processuais, a medida adequada ao caso, com abstração de eventual equívoco do autor, ou seja, se o pedido for de tutela antecipada, mas as circunstâncias e os requisitos forem de medida cautelar, o juiz pode conceder esta, e vice-versa. Consagrou, pois, a **fungibilidade** das medidas de urgência. A forma cede, aí, ao conteúdo e ao resultado: o que releva é a eficácia prática para tutela da situação jurídico-material.

Neste sentido, vale a transcrição dos ensinamentos de

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:



AC 33-MC / PR

“O tempo às vezes é inimigo dos direitos e o seu decurso pode lesá-los de modo irreparável ou ao menos comprometê-los insuportavelmente (Carnelutti).

Há situações em que o direito perecerá por inteiro quando chegado o momento do mal definitivo, sem qualquer utilidade da tutela específica. (...)

Para remediar tais situações aflitivas, a técnica processual excogitou certas medidas de urgência, caracterizadoras da tutela jurisdicional antecipada e da chamada tutela cautelar. Trata-se de técnicas teoricamente diferentes, endereçadas a situações diferentes, mas todas têm o comum objetivo de neutralizar os efeitos maléficos do decurso do tempo sobre os direitos.

Existe uma diferença conceitual entre (a) as medidas que oferecem ao sujeito, desde logo, a fruição integral ou parcial do próprio bem ou situação pela qual litiga e (b) as medidas destinadas a proteger o processo em sua eficácia ou na qualidade de seu produto final. As primeiras, oferecendo situações favoráveis às pessoas na vida comum em relação com outras pessoas ou com os bens, integram o conceito de tutela jurisdicional antecipada. As segundas, qualificadas como medidas cautelares, resolvem-se em medidas de apoio ao processo – para que ele possa produzir resultados úteis e justos – e só indiretamente virão a favorecer o sujeito de direitos.

(...)

Apesar das diferenças conceituais relacionadas com a destinação de umas e outras, as antecipações de tutela e as medidas cautelares têm um fortíssimo elemento comum de agregação, que induz a integrá-las numa categoria só – a saber, na categoria das medidas de urgência. No estágio atual do pensamento processualístico, que se endereça a resultados sem se deter em desnecessários pormenores conceituais e puramente acadêmicos, o que importa é pensar nas medidas cautelares e nas antecipatórias de tutela jurisdicional como modos de combate a esse inimigo dos direitos, que é o tempo. Daí legitimar-se o destaque à categoria medidas de urgência, pondo em plano inferior as distinções entre suas espécies.

As tutelas jurisdicionais de urgência têm em comum, ao lado dessa sua destinação, (a) a sumariiedade da cognição com que o juiz prepara a decisão com que as concederá ou negará e (b) a revocabilidade das decisões, que podem ser revistas a qualquer tempo, não devendo criar situações irreversíveis. Quer se trate de antecipar a tutela ou de acautelar o processo, a lei não exige que o juiz se pautar por critérios de certeza, mas pela probabilidade razoável que ordinariamente vem definida como *fumus boni iuris* (CPC, art. 273, art. 814, etc). Entre fazer bem feito e fazer logo, em situações de urgência o juiz opta por fazer logo, deixando o juízo definitivo do bem ou do mal para as sossegadas investigações destinadas ao julgamento do mérito da causa (Calamandrei). E, por isso mesmo que as medidas de urgência se emitem com fundamento numa cognição incompleta e superficial, é natural que elas não sejam definitivas, não

AC 33-MC / PR

vinculem o juiz quando vier a julgar a própria causa (sentença de mérito), não sejam suscetíveis de obter a autoridade da coisa julgada e, portanto, comportem revisão sempre que ele se convença de que a parte não tinha o direito que num primeiro momento parecia ter.

Assim contidas numa ampla categoria unitária, as medidas cautelares e as antecipações de tutela regem-se por uma disciplina também unitária, que só em pontos muito específicos se bifurca em regras privativas de cada uma das espécies. Quando inseriu no direito brasileiro a ampla possibilidade de antecipação de tutela em casos não tipificados (de visível analogia com o poder geral de cautela estabelecido no art. 798), a Reforma do Código de Processo Civil limitou-se a um só artigo de lei e seus parágrafos (art. 273). Pouco mais fez do que fixar os pressupostos genéricos da antecipação (urgência e probabilidade), exigir fundamentação da decisão concessiva e imprimir-lhe caráter de provisoriedade e reversibilidade. Mas a estreitíssima analogia com as providências cautelares – e tão estreita que ambas se colocam numa só categoria unitária e ainda grassa muita dificuldade em distingui-las conceitualmente, nos tribunais e mesmo em escritos de pensadores muito autorizados – autoriza folgadoamente a transposição, para as medidas antecipatórias, da disciplina geral da cautelaridade, contida no Livro III do Código de Processo Civil (arts. 796 ss.).

(...)

A unificação sistemática das tutelas de urgência exclui a utilidade prática de indagações acerca da natureza de certas medidas a que alguns atribuem natureza cautelar e outros, antecipatória. Inseridas no contexto das medidas de urgência, sem a preocupação por investigar em qual espécie se contêm, dispensam-se os requintes da precisão conceitual.” (*Instituições de Direito Processual Civil*”, 3ª ed., 1º vol., Malheiros Editores, São Paulo, 2003, pág. 160-164).”

9. Em resumo, presentes os requisitos para concessão da *tutela de urgência*, isto é, (i) urgência, (ii) probabilidade, (iii) provisoriedade e (iv) reversibilidade, a liminar adequada deverá concedida, independentemente de o pedido ser de tutela antecipada ou de medida cautelar. O que se busca é a efetividade do processo, instrumento para a obtenção (e proteção) do direito material, o que, no caso, se traduz na tutela da plena eficácia prática de eventual provimento ao recurso extraordinário.



AC 33-MC / PR

(Mérito da Cautelar – Pedido)

10. A requerente apega-se aos incs. X e XII do art. 5º da Constituição Federal, que lhe garantiriam o direito à intimidade e ao sigilo de dados, somente excepcionado em cotejo com outros direitos e garantias individuais, ou com o interesse público, ponderados todos pelo juízo, ou seja, somente decisão judicial fundamentada pode ordenar a quebra de sigilo bancário.

O *periculum in mora* residiria na iminência do dano por evitar (uso dos dados no lançamento tributário em vias de conclusão).

Tenho por coexistentes os requisitos da tutela de urgência:

i) **urgência:** A própria requerida reconhece à contestação que está por concluir o lançamento fiscal com base nos dados bancários obtidos junto às instituições financeiras, alegando até que, se não o fizesse ainda no exercício findo (2003), estaria sujeita à decadência do crédito, “visto que a movimentação bancária discrepante da movimentação declarada deu-se no ano-base de 1998” (fls. 320).

Ademais, invoca a urgência a seu favor, pois, segundo ela, “a presente cautelar traz em seu bojo efetivo e real risco de grave lesão à ordem pública, na medida em que impede a autoridade administrativa de constituir o crédito tributário pelo lançamento – já que determina o ‘congelamento’ na



AC 33-MC / PR

obtenção dos dados, 'que não poderão ser utilizados para os efeitos pretendidos'" (fls. 314)

*Data maxima venia*, o argumento é fraco, conforme será demonstrado infra, pois a cautelar não impede a realização do lançamento, senão apenas o uso dos dados bancários em tal ato administrativo, razão pela qual não há invocar *periculum in mora* invertido.

**(ii) probabilidade;** *"é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável (Malatesta). A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados, mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar."* (**CANDIDO RANGEL DINAMARCO**, *A reforma do Código de Processo Civil*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995. p. 145, **apud** voto vista do Min. **JOAQUIM BARBOSA**).

A discussão envolve a quebra de sigilo bancário pela autoridade administrativa, sem a participação da autoridade judiciária.

Esta matéria, embora não diretamente, já foi ventilada por esta Corte, pelo menos, nos seguintes julgamentos: **MS nº 21.729-4**, **MS nº 23.851**, **PET nº 2790 AgR** e **RE nº 215.301**. Em todos, assentou-se que a proteção aos dados bancários configura manifestação do direito à intimidade e ao sigilo de

**AC 33-MC / PR**

dados, previsto nos incs. X e XII do art. 5º da Constituição Federal, só podendo cair à força de ordem **judicial** ou **decisão** de Comissão Parlamentar de Inquérito, ambas com suficiente fundamentação. A exceção deu-se no julgamento do **MS nº 21.729**, em que se admitiu que o Ministério Público obtivesse diretamente os dados, por tratar-se de empresa com participação do erário (patrimônio e interesse público). Vejamos:

“COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – QUEBRA DE SIGILO – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO CONCRETA DE CAUSA PROVÁVEL – NULIDADE DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR – MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. A QUEBRA DE SIGILO 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 inviabilidade 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, ilegítimamente, em instrumento de busca generalizada, que daria, ao Estado – não obstante a ausência de quaisquer indícios concretos – o poder de vasculhar registros sigilosos alheios, em ordem a viabilizar, mediante a ilícita utilização do procedimento de devassa indiscriminada (que nem mesmo o Judiciário pode ordenar), o acesso a 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 da 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

**AC 33-MC / PR**

suprida, em momento ulterior, quando da prestação de informações em sede mandamental. Precedentes.” (MS 23.851/DF rel. Min. CELSO DE MELLO, votação unânime, DJU 21/06/2002).

**“AGRAVO REGIMENTAL EM PETIÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. LEGALIDADE DA QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIOS E FISCAL.**

A pretensão do Agravante de dar efeito suspensivo a recurso extraordinário devido a suposta ilegalidade na quebra dos sigilos bancário e fiscal não pode ser acolhida. A jurisprudência do Tribunal só admite efeito suspensivo em Recurso Extraordinário em hipótese de reconhecida excepcionalidade. No caso, essa circunstância não ocorreu. Este Tribunal tem admitido como legítima a quebra de sigilo bancário e fiscal em caso de interesse público relevante e suspeita razoável de infração penal. A iniciativa do Ministério Público de quebrar os sigilos bancário e fiscal do Agravante foi provocada pelo Delegado da Receita Federal com base em prova documental. **Ela foi deferida pela autoridade competente, o Juiz Federal. Portanto não houve ilegalidade.** Recurso Provido.” (Pet 2790 AgR, rel. Min. NELSON JOBIM, votação unânime, DJU 11/04/2003) (grifei).

**“CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. C.F., art. 129, VIII.**

I. – A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da CF., não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a CF consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa.

II – RE não conhecido.” (RE 215.301, rel. Min. CARLOS VELLOSO, votação unânime, DJU 28/05/1999):

“Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. O poder



AC 33-MC / PR

de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incs. VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incs. II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. 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. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido.” (MS 21.729-4, rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJU 19/10/2001).

O voto do Min. **CELSO DE MELLO**, no **MS nº 21729-4**, é claro

nesse sentido:

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

(...)

“A exigência de preservação do sigilo bancário – enquanto meio expressivo de proteção ao valor constitucional da intimidade – impõe ao Estado o **dever** de respeitar a esfera jurídica de cada pessoa. A ruptura desse círculo de imunidade só se justificará desde que ordenada por órgão estatal investido, nos termos de nosso estatuto constitucional, de competência jurídica para suspender, excepcional e motivadamente, a eficácia do princípio da reserva das informações bancárias.

**AC 33-MC / PR**

Em tema de ruptura do sigilo bancário, **somente** os órgãos do Poder Judiciário dispõem do poder de decretar essa medida extraordinária, sob pena de a autoridade administrativa interferir **indevidamente** na esfera de privacidade constitucionalmente assegurada às pessoas. **Apenas o Judiciário** pode eximir as instituições financeiras do dever que lhes incumbe em tema de sigilo bancário.

A efetividade da ordem jurídica, a eficácia da atuação do aparelho estatal e a reação social a comportamentos qualificados pela nota de seu desvalor ético-jurídico não ficarão comprometidas e nem afetadas, se se reconhecer aos órgãos do Poder Judiciário, com fundamento e apoio nos estritos limites de sua competência institucional, a prerrogativa de ordenar a quebra do sigilo bancário. Na realidade, a **intervenção jurisdicional constitui fator de preservação do regime das franquias individuais e impede, pela atuação moderadora do Poder Judiciário, que se rompa, injustamente, a esfera de privacidade das pessoas**, pois – tal como pude anteriormente enfatizar – a quebra do sigilo bancário **não pode e nem deve** ser utilizada, ausente a concreta indicação de uma causa provável, como instrumento de devassa indiscriminada das contas mantidas em instituições financeiras” (fls. 109-112, grifos originais).

O Min. **MAURÍCIO CORRÊA**, não discrepou:

“Senhor Presidente, os 17 (dezessete) precedentes aqui examinados ou apenas mencionados permitem extrair com segurança a doutrina desta Corte firmada no transcorrer de quase cinquenta anos, sendo de se notar que ela está calcada em dois princípios fundamentais: o primeiro diz que o direito ao sigilo bancário é um direito individual, mas não absoluto, porque cede diante do interesse público; o segundo princípio informa que a violação do sigilo bancário só é permitida no interesse da justiça e por determinação judicial.” (MS nº 21.729/DF) (fls. 20).

Nem o Min. **CARLOS VELLOSO**:

“Penso que, tratando-se de um direito que tem ‘status’ constitucional, esta quebra não pode ser feita por quem não tem o dever da imparcialidade. Somente pode ser realizada, a quebra do sigilo, pela autoridade judiciária, dado que esta procederá sempre com cautela, com prudência, com moderação, porque estas são virtudes inerentes à magistratura, ou virtudes que os magistrados devem possuir. Não posso

AC 33-MC / PR

admitir que a parte, que não tem o dever ou a obrigação de ser imparcial, e que há de ser parcial, porque é inerente à parte ser parcial, não posso admitir que possa ela própria, por suas próprias mãos, efetivar a quebra de um direito inerente à privacidade, que a Constituição consagra, que tem, portanto, 'status' constitucional." (MS nº 21.729/DF).

Tais precedentes demonstram, de forma clara, não a certeza, senão a **probabilidade** (mais que a verossimilhança) da existência do direito constitucional, apta a fundar a tutela de urgência.

*Data maxima venia* do Min. **JOAQUIM BARBOSA**, a probabilidade não repousa na existência de "*decisão do Supremo Tribunal Federal manifestando-se pela inconstitucionalidade da prática de prestação de informações bancárias à Receita Federal*", e proferida em controle direto de constitucionalidade (fls. 9 do voto vista), pois nesse caso já haveria **certeza** quanto à resposta da tese em discussão (art. 101, § 2º, da CF).

Para caracterizar **aparência** de direito subjetivo, que é o que é próprio do juízo sumário liminar, basta prova *inequívoca* dos fatos e *verossimilhança* (não, certeza quanto à aplicação do direito ao caso concreto), ou *plausibilidade*, tal como definido no **AGRPET nº 1859**, relatado pelo Min. **CELSO DE MELLO**:

"A concessão de eficácia suspensiva ao apelo extremo, para legitimar-se, supõe a conjugação necessária dos seguintes requisitos: (a) que tenha sido instaurada a jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal (existência de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, consubstanciado em decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de origem), (b) que o recurso extraordinário interposto possua viabilidade processual, caracterizada, dentre outras, pelas notas de tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional e da ocorrência de

AC 33-MC / PR

ofensa direta e imediata ao texto da Constituição, (c) que a postulação de direito material deduzida pela parte recorrente tenha plausibilidade jurídica e (d) que se demonstre, objetivamente, a ocorrência de situação configuradora do *periculum in mora*".

A probabilidade, ainda que em menor grau, também envolve dúvida acerca do sentido ou teor do provimento final. Conforme preconizado por **EURICO DINIZ DE SANTI**, as tutelas de urgência "*representam a dúvida do Direito no Direito*"<sup>1</sup> e, exatamente por isso, são **provisórias e reversíveis**, o que permite ao Direito lidar com a implacabilidade e irreversibilidade do tempo histórico, conjurando-lhe os gravames.

Continuando:

**(iii) provisoriedade;** este requisito também está plenamente configurado, pois a *medida cautelar* somente produzirá efeitos até o julgamento final do recurso extraordinário, do qual é incidente. Uma vez decidida a questão no RE, os efeitos da *medida cautelar* serão mantidos, caso a decisão seja favorável, ou cassados no caso contrário.

**(iv) reversibilidade:** A requerida alega que a *medida cautelar* é irreversível, pois impediria seja lavrado o ato administrativo de lançamento, após o termo do procedimento já instaurado e em fase de conclusão, "*o que implicará*

---

<sup>1</sup> *Recurso Administrativo Julgado Inexistente em Razão da Cassação da Medida Liminar com Efeitos ex tunc – desmistificando o efeito ex tunc no Direito – a Medida Liminar como Juridicização do Direito à Dúvida*, Revista Dialética de Direito Tributário nº 91, São Paulo: Editora Dialética, abril 2003, pág. 130

AC 33-MC / PR

*fulminá-lo pela decadência (que se operará neste ano, já que os fatos geradores ocorreram em 1998, como notícia a inicial do mandamus ora em sede extraordinária – folha 44 destes autos)”* (fls. 315, grifos originais).

É débil o argumento.

A liminar concedida pelo Min. **MARCO AURÉLIO** restringe-se ao **uso dos dados**, “*que não poderão ser acionados para os efeitos pretendidos.*” (fls. 294) e, com tal, nunca impediu a lavratura do ato administrativo de lançamento.

Aliás, desde a decisão concessiva da liminar no mandado de segurança, em 13 de julho de 2001, sempre esteve claro que os efeitos da decisão (e do pedido) se limitam à quebra do sigilo bancário e, conseqüentemente, a seu uso (caso já houvesse ocorrido a violação):

“**Defiro** parcialmente a liminar tão somente para afastar a aplicação da Lei Complementar nº 105/2001, com a ressalva do seu artigo 1º, § 3º, inc. III e do Decreto nº 3.724/2001 ao procedimento fiscal de nº 0910400 2001 00043-3, sendo que o citado procedimento fiscal poderá continuar mediante outras determinações que a autoridade entender cabíveis.” (fls. 85).

Em nenhum momento foi impedida a lavratura do lançamento.

A requerida está aparelhada para fazê-lo com base nos demais documentos, planilhas e dados obtidos no procedimento de fiscalização, aberto em **02 de abril de 2001** (fls. 75), podendo até, se tenha havido omissão nas declarações ou informações do contribuinte, valer-se do arbitramento de valores, nos exatos termos do art. 148 do Código Tributário Nacional.

**AC 33-MC / PR**

Cassada a medida liminar com o julgamento do recurso extraordinário, do qual é incidente, a requerida poderá retificar o lançamento, acrescentando-lhe elementos de prova, pois não se concebe possa ser ao final agravada a título de omissão ou inércia, quando inibida, por decisão judicial, no período em que esta produziu efeitos, de inserir os mesmos dados no lançamento.

Se negada a *tutela de urgência*, a requerente sofrerá a consolidação dos danos que pretende evitar com o provimento final do recurso extraordinário (violação de seu sigilo bancário por autoridade administrativa).

11. Pelo exposto, em juízo sumário, típico às tutelas de urgência, acompanho o voto do Min. Relator, concedendo a medida cautelar para que a requerida: "(i) se abstenha de requisitar outras informações pertinentes à movimentação financeira da requerente perante qualquer instituição bancária; (ii) mantenha em absoluto sigilo as informações de movimentação bancária da requerente que já se encontram em seu poder, e ainda, (iii) se abstenha de utilizar, para quaisquer fins, as informações bancárias obtidas mediante a quebra do sigilo bancário sem intervenção judicial, tudo até julgamento final do **RE nº 389.808/PR**", salientando expressamente que tal pronúncia não impede a lavratura do ato administrativo de lançamento.



**PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA**

**MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 33-5**

PROCED.: PARANÁ

**RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**

REQTE.(S): GVA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A

ADV.(A/S): JOSÉ CARLOS CAL GARCIA FILHO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): PFN - DEYSI CRISTINA DA'ROLT

**Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que referendava o ato que concedia o efeito suspensivo ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 24.09.2003.

**Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que referendava o ato que concedia o efeito suspensivo ativo ao recurso extraordinário, e dos votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto, que negavam tal efeito, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 03.12.2003.

**Decisão:** Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Cezar Peluso, que referendavam o ato que concedia o efeito suspensivo ativo ao recurso extraordinário, e dos votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto, que o negavam, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 04.02.2004.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

  
Luiz Tomimatsu  
Coordenador

**MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 33 PARANÁ**

**RELATOR** : **MIN. MARCO AURÉLIO**  
**REQTE. (S)** : **GVA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A**  
**ADV. (A/S)** : **JOSÉ CARLOS CAL GARCIA FILHO E OUTRO (A/S)**  
**REQDO. (A/S)** : **UNIÃO**  
**ADV. (A/S)** : **PFN - DEYSI CRISTINA DA'ROLT**

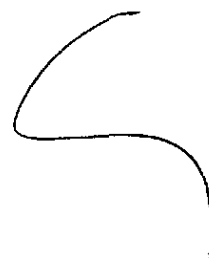
**V O T O - V I S T A**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:** Cuida-se de referendo de medida liminar concedida pelo Min. Marco Aurélio, nos autos de ação cautelar ajuizada incidentalmente ao RE 389.808/PR.

Na espécie, GVA Indústria e Comércio S.A. ajuizou ação cautelar inominada com a finalidade de obter efeito suspensivo ativo a recurso extraordinário, de modo a "afastar aplicação da Lei Complementar nº 105/2001 e do Decreto nº 3.724/2001 no Processo Administrativo Fiscal nº 0910400/00043/2001" e evitar que as autoridades fiscais federais obtivessem "acesso injustificado às suas informações bancárias" (fl. 3).

O Relator, Min. Marco Aurélio, deferiu a liminar nos seguintes termos:

"1. Esta ação cautelar visa a imprimir efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto e distribuído - Recurso Extraordinário nº 389.808. Chega a esta Corte o tema relativo à quebra do sigilo bancário pelo Fisco, a merecer reflexão maior ante o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, no que revela como regra a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações





telefônicas, contemplando exceção condicionada a ordem judicial. Há de se preservar campo propício a possível decisão favorável à requerente e, portanto, ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal como guarda da Carta da República. Quebrado o sigilo por iniciativa do Fisco, parte na relação obrigacional tributária, e conhecido e provido o extraordinário, ter-se-á a ineficácia do provimento jurisdicional. Por isso, surge quadro de excepcionalidade maior a direcionar ao empréstimo de terceiro efeito recursal. Aos efeitos de empecer a coisa julgada (José Carlos Barbosa Moreira) e devolutivo, tudo recomenda que se adite o da suspensão de eficácia do acórdão proferido, procedendo-se de forma ativa, ou seja, para afastar a quebra do sigilo, no que desprovida de ordem judicial.

2. Defiro a liminar pleiteada, obstaculizando, até a decisão final do extraordinário, o fornecimento de informações bancárias da requerente à Receita.

3. Dê-se ciência desta decisão à União, citando-a para o conhecimento da ação proposta. Caso já tenha havido o fornecimento das informações bancárias, observe-se o sigilo, congelando-se a obtenção dos dados, que não poderão ser acionados para os efeitos pretendidos.

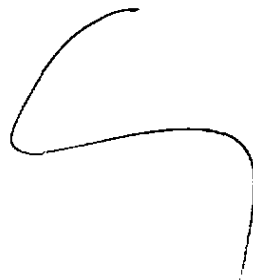
4. Encaminhe-se, por fac-símile, o inteiro teor desta decisão à União e à Receita Federal, sem prejuízo da pessoalidade imposta por lei. Imprima-se urgência na degravação e revisão desta decisão.

5. Junte-se cópia deste ato ao processo em que interposto o Recurso Extraordinário nº 389.808/PR." (fls. 293-294).

A requerida, União Federal, apresentou contestação de fls. 312-320 e o pedido de reconsideração de fls. 323-326.

O Relator, então, submeteu a liminar a referendo do Plenário, mantendo a concessão do efeito suspensivo.

No mesmo sentido, o Min. Cezar Peluso votou pelo referendo da liminar, ante as seguintes considerações:



"Tenho por coexistentes os requisitos da tutela de urgência:

i) urgência: A própria requerida reconhece à contestação que está por incluir o lançamento fiscal com base nos dados bancários obtidos junto às instituições financeiras, alegando até que, se não o fizesse ainda no exercício findo (2003), estaria sujeita à decadência do crédito, 'visto que a movimentação bancária discrepante da movimentação declarada deu-se no ano base 1998' (fls. 320).

(...)

(ii) probabilidade: (...)

A discussão envolve a quebra de sigilo bancário pela autoridade administrativa, sem a participação da autoridade judiciária.

Esta matéria, embora não diretamente, já foi ventilada por esta Corte, pelo menos, nos seguintes julgamentos: MS 21.729, MS 23.851, PET 2.790-AgR e RE 215.301. Em todos, assentou-se que a proteção aos dados bancários configura manifestação do direito à intimidade e ao sigilo de dados, previstos nos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal, só podendo cair à força de decisão judicial ou decisão de Comissão Parlamentar de Inquérito, ambas com suficiente fundamentação. A exceção deu-se no julgamento do MS 21.729, em que se admitiu que o Ministério Público obtivesse diretamente os dados, por tratar-se de empresa com participação do erário (patrimônio e interesse público).

(...)

Tais precedentes demonstram, de forma clara, não a certeza, senão a probabilidade, apta a fundar a tutela de urgência.

(iii) provisoriedade: este requisito também está plenamente configurado, pois a medida cautelar somente produzirá efeitos até o julgamento final do recurso extraordinário, do qual é incidente. Uma vez decidida a questão no RE os efeitos da medida cautelar serão mantidos, caso a decisão seja favorável, ou cassados no caso contrário.

(iv) reversibilidade: (...)

A liminar concedida pelo Min. Marco Aurélio restringe-se ao uso dos dados, 'que não poderão ser acionados para os efeitos pretendidos' (fls. 294) e, como tal, nunca impediu a lavratura do ato administrativo do lançamento

Em nenhum momento foi impedida a lavratura do lançamento.

A requerida está aparelhada para fazê-lo com base nos demais documentos, planilhas e dados obtidos no procedimento de fiscalização, averot em 02 de abril de 2001 (fl. 75), podendo até, se tenha havido omissão nas declarações ou informações do contribuinte, valer-se do arbitramento de valores, nos exatos termos do art. 148 do Código Tributário Nacional.

Cassada a medida liminar com o julgamento do recurso extraordinário, do qual é incidente, a requerida poderá retificar o lançamento, acrescentando-lhe elementos de prova, pois não se concebe possa ser ao final agravada a título de omissão ou inércia, quando inibida, por decisão judicial, no período em que esta produziu efeitos, de inserir os mesmos dados no lançamento."

Por outro lado, o Min. Joaquim Barbosa abriu divergência, acompanhado pelo Min. Carlos Britto, para cassar a liminar deferida.

Na oportunidade, a divergência assentou que o pleito da requerente consistiria em verdadeira antecipação de tutela, destacando que as instâncias ordinárias jamais acolheram a tese de inconstitucionalidade do art. 6º da Lei nº 105/2001.

Nesse sentido, o voto divergente refutou a verossimilhança da alegação, ressaltando o princípio da presunção da constitucionalidade das leis, uma vez que a norma em questão não foi declarada inconstitucional, nem em sede de controle difuso, nem de controle concentrado.

Além disso, a divergência afastou o *periculum in mora*, tendo em vista o extenso transcurso do tempo desde a denegação da segurança em primeiro grau, em 21.9.2001, até o ajuizamento da

AC 33-MC / PR

presente ação cautelar, em 30.6.2003. E concluiu o voto divergente:

"Finalmente, a concessão de efeito suspensivo ativo, com a conseqüente proibição ao órgão fazendário de ter acesso a tais dados, geraria, na verdade, um perigo da demora ao inverso, por conta do atraso na constituição do crédito tributário e do efeito da decadência da obrigação tributária. Em rigor, estaria também descumprido o requisito da inexistência de perigo de irreversibilidade dos efeitos antecipados, indicando pela legislação processual como mais um requisito legitimador da concessão de tutela antecipada (art. 273, § 2º, do Código de Processo Civil), uma vez que tal perigo estaria configurado com base na decadência acima tratada."

Pedi vista para melhor exame da controvérsia.

No caso, a requerente pretende a não aplicação do art. 6º da LC 105/2001 pelo fisco, enquanto perdurar o julgamento do RE 389.808. Dispõe a mencionada norma:

"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.

A princípio, a Constituição Federal permite que a administração tributária identifique "o patrimônio, os rendimentos

AC 33-MC / PR

e as atividades econômicas do contribuinte", nos termos de legislação infraconstitucional, consoante o art. 145, §1º, da CF/1988, *verbis*:

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

(...)

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

Assim, a alegada incompatibilidade entre o art. 6º da LC 105/2001 e o Decreto nº 3.724/2001 com Carta Magna não são patentes, muito menos evidentes.

Ressalte-se que o direito ao sigilo bancário não é absoluto, nem ilimitado. Havendo tensão entre o interesse do indivíduo e o interesse da coletividade, em torno do conhecimento de informações relevantes para determinado contexto social, o controle sobre os dados pertinentes não há de ficar submetido ao exclusivo arbítrio do indivíduo, como decidiu este Tribunal na Pet-QO 577/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, DJ 23.4.1993.

Nesse sentido, há precedente do STF que admitiu ao Ministério Público Federal a requisição de dados do Banco do Brasil relativos à concessão de empréstimos subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. Na ocasião, assentou-se, invocando o princípio da publicidade disposto no art. 37 da Lei Maior, que "não cabe ao Banco

AC 33-MC / PR

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" (MS 21.729, Red. p/ o acórdão Min. Néri da Silveira, Pleno, DJ 19.10.2001).

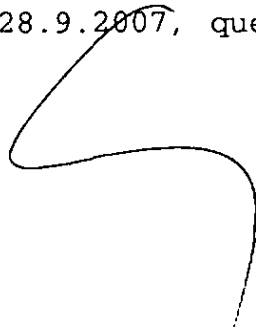
*Prima facie*, não há vedação para que a lei disponha sobre o acesso da administração tributária a essas informações protegidas dos contribuintes. No julgamento do RE 219.780/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª T., DJ 10.9.1999, a Segunda Turma decidiu:

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

I. - Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege art. 5º, X não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional.

II. - R.E. não conhecido." (RE 219.780/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª T., unânime, DJ 10.9.1999)

Em julgamento realizado pela Segunda Turma desta Corte, afastou-se a alegação de violação ao direito de intimidade por mera aplicação da Lei Complementar nº 105/2001. Trata-se do AI-AgR 655.298, Rel. Min. Eros Grau, DJ 28.9.2007, que possui a seguinte ementa:



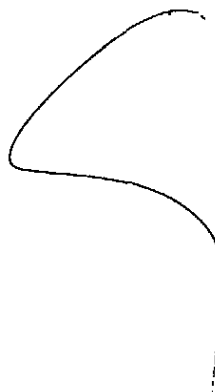
AC 33-MC / PR

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. PROCEDIMENTO LEGAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Controvérsia decidida à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. 2. O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AI-AgR 655.298, Rel. Min. Eros Grau, 2ª T., unânime, DJ 28.9.2007).

Portanto, não se verifica a alegada verossimilhança da alegação.

Ante o exposto, acompanho a divergência para negar referendo a liminar que concedeu efeito suspensivo ativo ao RE 389.808/PR.

É como voto.



18/12/2009

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 33 PARANÁ

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) -  
Presidente, como Relator, Vossa Excelência me daria a palavra?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Por favor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - A interpretação do § 1º do artigo 145 não pode ser dissociada da garantia maior, individual - e, aqui, há a ressalva no próprio preceito -, prevista no inciso XII do artigo 5º, a revelar que o sigilo de dados somente é afastável por ordem judicial.

O que se tem na espécie? Uma lei que, considerada certa relação jurídica, pouco importando que seja de Direito público, autoriza uma das partes a fazer as vezes do Judiciário, porque o Fisco na relação jurídica tributária é parte, tendo acesso na via direta aos dados bancários sigilosos do contribuinte. Ora, o próprio § 1º mostra que a identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte ocorre - repito, é a cláusula do § 1º, no que presta, como não poderia deixar de acontecer, homenagem à garantia constitucional - respeitados os direitos individuais. E, entre os direitos individuais, tem-se o previsto no inciso XII aludido. Os dados somente podem ter o sigilo afastado por ordem judicial e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução penal.



AC 33-MC / PR

Há mais: só houve o empréstimo de eficácia suspensiva ao recurso extraordinário. E houve esse empréstimo os valores em jogo e sopesando-se também o risco inverso não se tendo essa eficácia suspensiva. O dano será irreversível, porque, quebrado o sigilo, há o acesso aos dados pelo Fisco.

O tema que suscitou voz única da doutrina quanto à inconstitucionalidade da 105 está submetido ao Supremo, mediante várias ações diretas de inconstitucionalidade.

E, agora, creio que já se tem, ante a apensação dessas ações - era Relator o nosso saudoso colega Ministro Menezes Direito -, a relatoria do Ministro Dias Toffoli.

Em síntese, há um tema em aberto. O que é preferível: viabilizar-se, permitir-se, de forma definitiva - em que pese à garantia constitucional do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a que me referi -, o afastamento do sigilo ou preservá-lo até que o Supremo decida o tema no processo objetivo - presentes as várias ações diretas de inconstitucionalidade - ou no processo subjetivo em que houve o empréstimo de eficácia suspensiva, que sei excepcional, porque os recursos de natureza extraordinária, de regra, só têm os efeitos impeditivo do trânsito em julgado da decisão e o devolutivo, para aguardar-se o crivo do próprio Supremo?

Atuei, Presidente - e por isso insisto no referendo da decisão proferida no âmbito da cautela -, examinando e interpretando a Constituição Federal como um grande todo e

AC 33-MC / PR

considerando - vou frisar bem isso - a cláusula que permite, sim, ao Fisco identificar patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte, mas respeitados os direitos individuais, e entre esses está o sigilo alusivo aos dados, tal como previsto na Lei Maior.

Mantenho o voto proferido, com esses esclarecimentos. Já tem algum tempo que trouxe a julgamento o processo e confesso que não esperava sequer a divergência na matéria.

18/12/2009

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 33 PARANÁV O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, vou pedir vênia ao Relator, mas tenho entendimento expresso em alguns votos. Fiquei vencida na Turma por acompanhar a divergência iniciada pelo Ministro Joaquim Barbosa. E, também, neste caso, negar referendo, porque não me parece que seja o caso. *J*

\* \* \*

18/12/2009

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR 33 PARANÁ****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Presidente, vou pedir vênias aos que entendem diferentemente e acompanhar o Relator.

Eu tenho expressado a minha preocupação no sentido de que a cada semana, praticamente, vemos os mais diferentes órgãos desejando a quebra de sigilo de dados cobertos exatamente por essa proteção constitucional sem a intermediação do Poder Judiciário.

Penso que é hora de fortalecermos o Poder Judiciário. O Judiciário, que tem dezesseis mil magistrados em todas as suas instâncias, está disponível, a qualquer momento, se as circunstâncias e o caso assim autorizarem, a determinar a quebra do sigilo.

Então, sensibilizado, inclusive pelos argumentos agora expendidos pelo Relator no sentido de que é importante que sopesemos valores, inclusive os valores constitucionais de defesa dos direitos e liberdades fundamentais, reitero o pronunciamento que fiz em diversas ocasiões, quando esse mesmo tema foi agitado, portanto, referendo também a cautelar.

18/12/2009

TRIBUNAL PLENO

**MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 33 PARANÁ**

## DEBATE

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministro Dias Toffoli, Vossa Excelência me permite? Só para o seu esclarecimento.

Temos dois precedentes importantes que a Corte firmou na interpretação do inciso XII, distinguindo entre comunicação de dados e dados em si. Um deles é o **RE 418.416**, do qual foi Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, em 2006, e onde se afirmou que a busca e apreensão de computadores com autorização judicial não ofende a inviolabilidade das comunicações de dados, objeto do artigo 5º, inciso XII.

O segundo é o do **Mandado de Segurança 22.801**, mais recente, de 17/12/2007, relator o saudoso Ministro **Menezes Direito**, e no qual se reconheceu que o Tribunal de Contas da União não tem poder jurídico para impor ao Banco Central que lhe dê acesso irrestrito a dados sigilosos de pessoas indeterminadas.

Estabeleceu-se a diferença nos dois casos. O Tribunal tem estabelecido a diferença entre os dados como tais e a comunicação de dados. Se os dados como tais - eu já



**AC 33-MC / PR**

fiz essa ponderação no primeiro recurso a que me referi - forem invioláveis, não há nenhum meio possível, por exemplo, de fiscalização tributária, porque os dados são objeto dos registros, isto é, se o Fisco não tem direito de proceder a fiscalização **in loco** e ter acesso a dados, a fiscalização é simplesmente inviável!

O que a Constituição protege - e esse é o objeto da discussão, e Vossa Excelência levará em consideração, a respeito, o belo parecer do professor Tércio Sampaio Ferraz - é o processo de comunicação. Esse é que não pode ser interrompido, porque aí há inviolabilidade da comunicação. Mas o acesso aos dados, findo o processo de comunicação, nem sempre é proibido.

É só para Vossa Excelência poder situar-se.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Cezar Peluso, eu tenho um registro que Vossa Excelência teria acompanhado o Relator no sentido de referendar a cautelar.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas antes dessas duas votações.

AC 33-MC / PR

**A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE** - Ministro Toffoli, ainda antes de Vossa Excelência, eu fazia aqui **a latere** uma ponderação ao Presidente, mas parece-me que este caso está prejudicado.

Eu verifico que - as minhas anotações são tão antigas, que a tinta já desbotou, mas ainda consigo ler alguma coisa - a liminar que o requerente obtivera já havia sido cassada àquela época, há mais de dois anos. A requerente não fez uso dos recursos judiciais cabíveis e prestou as informações requisitadas. Portanto, os dados já foram entregues.

É essa a ponderação que faço ao Tribunal.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Então a cautelar perdeu o objeto?

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - Mas o que está em jogo não é a possibilidade de o Fisco usar o **status**.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI** - Mas aqui não estamos no controle abstrato.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE)** - Continua tendo objeto, que é a própria utilização dos dados obtidos.

18/12/2009

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR 33 PARANÁ****VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, a minha reflexão sobre o tema vai no seguinte sentido: os dados bancários e financeiros de todo cidadão, em grande parte, estão, inclusive, sob a guarda de instituições privadas.

Em outras palavras, um gerente de banco tem acesso aos dados do cidadão, se ele divulgar esses dados ele comete um crime, o crime de quebra de sigilo. No meu entender, o artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de janeiro de 2001, ao permitir essa ação fiscal e esse acesso, ele o faz exatamente resguardando o sigilo, e não quebrando o sigilo; numa possibilidade de acesso à transferência do sigilo, na forma do parágrafo único do artigo 6º. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere esse artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Por sua vez, os artigos 10 e 11 da Lei Complementar em questão dizem o seguinte:

"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.

Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública - ou seja, no caso



AC 33 MC / PR

o Estado -, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial."

Se houve uma orientação oficial, o ente público será também responsabilizado.

Pois bem, nesse sentido, meu entendimento é que aqui não se trata de quebra de sigilo, trata-se, na verdade, de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador desses dados, que tem o dever de sigilo, para um outro, que manterá a obrigação desse sigilo.

A eventual divulgação desses dados dará azo a que incida o tipo penal e permitirá, inclusive, a responsabilização civil e administrativa do infrator, enfim todas as responsabilizações previstas em lei.

Nesse sentido, Senhor Presidente, pedindo vênias ao ilustre e eminente Ministro Relator e àqueles que o acompanham, não vejo, aqui - sem me comprometer com a tese, porque isso ainda virá evidentemente em outras ações -, a fumaça do bom direito para o referendo da medida cautelar.

18/12/2009

TRIBUNAL PLENO

**MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 33 PARANÁ****V I S T A**

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Senhor Presidente, eu havia tomado essas anotações aqui há muito tempo atrás – e comentava com o Ministro Celso que a minha memória é restrita, memória de trabalho, e não guarda dados tão antigos –, sinceramente não recordo mais os detalhes, os pormenores. Eu havia anotado uma orientação de voto no sentido da não chancela à decisão proferida, mas quero reexaminar com maior detalhe.

Peço vista.



**PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 33**

PROCED.: PARANÁ

**RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**

REQTE.(S): GVA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A

ADV.(A/S): JOSÉ CARLOS CAL GARCIA FILHO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): PFN - DEYSI CRISTINA DA'ROLT

**Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que referendava o ato que concedia o efeito suspensivo ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 24.09.2003.

**Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que referendava o ato que concedia o efeito suspensivo ativo ao recurso extraordinário, e dos votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto, que negavam tal efeito, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 03.12.2003.

**Decisão:** Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Cezar Peluso, que referendavam o ato que concedia o efeito suspensivo ativo ao recurso extraordinário, e dos votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto, que o negavam, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 04.02.2004.

**Decisão:** Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.


**Decisão:** Após o voto-vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente), que negava referendo à liminar, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Dias Toffoli e Cármen Lúcia, e o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que a referendava,



pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 18.12.2009.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.  
Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

  
P/Luiz Tomimatsu  
Secretário

24/11/2010

TRIBUNAL PLENO

**MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 33 PARANÁ****VOTO VISTA**

A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de referendo de liminar concedida em Ação Cautelar ajuizada perante esta Corte para atribuição de efeito suspensivo a Recurso Extraordinário em que se discute o acesso a dados bancários do contribuinte recorrente mediante solicitação direta pelo Fisco, com amparo na LC 105/01.

A liminar foi no sentido de obstar o fornecimento das informações à Receita e a utilização, por esta, daquelas já obtidas, enquanto não julgado o Recurso Extraordinário.

Votaram para referendar a decisão três Ministros: Marco Aurélio, relator, Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski. Em sentido contrário, votaram cinco Ministros: Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Cármen Lúcia.

2. A matéria vem sendo decidida sob a perspectiva da verossimilhança, porquanto se trata de referendo de liminar. Descabe dar-se à decisão aqui tomada efeitos de repercussão geral. De qualquer modo, o tema é de extrema relevância e acaba por indicar a tendência de posicionamento de mérito deste tribunal. Daí o cuidado que devemos ter na sua apreciação.

3. O sigilo bancário constitui matéria bastante controvertida nos tribunais, pois envolve alta indagação quanto à interpretação das garantias fundamentais e delicada ponderação de princípios constitucionais. Este tribunal já se pronunciou muitas vezes sobre o tema, em votos extensos, embora o Plenário jamais tenha enfrentado antes a questão da validade da LC 105/01.

AC 33-MC / PR

Poderia transcrever farta doutrina e resgatar todo o histórico de votações sobre a matéria, mas tenho que é hora de privilegiar caminho mais conciso, de modo a dar objetividade e clareza à solução.

A Constituição Federal não afirma direta e expressamente o sigilo bancário. Assegura, isto sim, nos termos do seu art. 5º, incisos X e XII, a inviolabilidade da vida privada, bem como o sigilo de dados, podendo-se, inclusive, referir o posicionamento daqueles que, como o Min. Cezar Peluso, em colocação que fez na assentada anterior, restringem esta última garantia apenas à “comunicação” de dados.

A inviolabilidade da vida privada assegura o âmbito próprio de cada pessoa contra a curiosidade e a intromissão de terceiros. O que é privado diz respeito à esfera própria de cada qual, em oposição ao que é público. Privacidade, assim, contrapõe-se à publicidade.

O sigilo de dados, por sua vez, preserva as pessoas contra a indiscrição de quem detenha dados relativos a ela ou a suas atividades, vedando sua divulgação ou mesmo o simples compartilhamento das informações a seu respeito com terceiros. O sigilo, assim, impede o “vazamento” de informações cuja divulgação não esteja autorizada.

São garantias fundamentais aplicáveis não apenas às pessoas físicas, mas também às pessoas jurídicas no que diz respeito às suas atividades internas e às informações que lhes digam particularmente respeito.

Mas, por certo, não têm caráter absoluto, como nenhum direito ou princípio tem. Preservam contra a ingerência ou a exposição indevidas. Têm um caráter *prima facie*, que deve ser contrastado, nos casos concretos, com eventuais fatores invocados

**AC 33-MC / PR**

como justificadores do acesso ao que, a princípio, seria privado ou sigiloso.

4. Tratando-se do acesso do Fisco às movimentações bancárias de contribuinte, não há que se falar em vedação da exposição da vida privada ao domínio público, pois isso não ocorre. Os dados ou informações passam da instituição financeira ao Fisco, mantendo-se o sigilo que os preserva do conhecimento público. É que o art. 198 do CTN veda a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades, o que se costuma designar por sigilo fiscal.

O que ocorre não é propriamente a quebra de sigilo, mas a “transferência de sigilo” dos bancos ao Fisco. Os dados, até então protegidos pelo sigilo bancário, prosseguem protegidos pelo sigilo fiscal.

Como não há risco de publicidade, cabe verificar, tão-somente, se é justificável o acesso pela Administração Tributária, para fins de fiscalização, e se está ou não sujeito à reserva de jurisdição.

5. Não há dúvida de que toda e qualquer ingerência em questões privadas é, por definição, invasiva e, via de regra, desagradável. Contudo, vivemos em uma sociedade cada vez mais complexa em que é preciso ponderar inúmeros princípios para verificar, em cada situação, o que melhor cumpre os desígnios constitucionais, pois às pessoas não são assegurados apenas espaços de liberdade, mas também impostas obrigações.

O Juiz Federal Américo Bedê Freire Júnior, em artigo sobre a matéria, destaca que são admitidas medidas muito mais ofensivas à intimidade que a análise de movimentações bancárias. Refere-se ele ao direito da Administração “*de verificar o conteúdo de*

AC 33-MC / PR

*uma mala de qualquer passageiro que desembarca em território nacional*". ("A possibilidade de quebra do sigilo bancário por parte da Receita Federal como forma de viabilizar a justiça fiscal", RDDT 97, p. 18). Podemos acrescentar, ainda, as chamadas "*batidas policiais*" ou blitz, em que o veículo, a vestimenta e o próprio corpo das pessoas podem ser revistados em face de suspeitas de infrações. E o que se dirá da freqüente submissão às portas eletrônicas e aos detectores de metais para o ingresso em instituições financeiras e em órgãos públicos, inclusive neste Tribunal? Exigir de uma pessoa que permita a visualização do que está no interior da sua bolsa ou sacola e até mesmo que as abra para inspeção como condição para ingressar em tais locais por acaso não implica restrição à sua privacidade?

São circunstâncias da vida em que o bem coletivo, a segurança de todos, a prevenção e a repressão das infrações prevalecem sobre a conveniência individual, guardados critérios de necessidade, moderação e respeito.

Conforme já destacou a Ministra Cármen Lúcia em estudo doutrinário:

*"(...) nem luzes sobre a alma, sobre o íntimo de cada ser humano, nem trevas, sequer sombras sobre as práticas que minam e comprometem o interesse público e que se escondem para furtar-se à resposta que o direito determina... [...] Nem se quer a devassa da privacidade e o fim da individualidade, nem se deseja a clandestinidade do que precisa ser mostrado para se fazer demonstrado como legítimo e adequado ou sancionado quando tanto não seja."* (Direito à Privacidade e Sigilo Fiscal e Bancário. In: *Direito Público Moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 324 e 326".

6. A inviolabilidade da vida privada e o sigilo de dados



## AC 33-MC / PR

devem ser preservados, porque constitucionalmente assegurados, mas não como empecilho a uma tributação capaz de concretizar os princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva, tampouco como escudo para o descumprimento do dever, também fundamental e constitucional, de pagar tributos.

A Constituição, em seu art. 145, § 1º, é expressa ao facultar à Administração Tributária a identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas dos contribuintes, especialmente para conferir efetividade a tais objetivos.

Quanto ao dever fundamental de pagar tributos, fundamento implícito para que se dote a Administração de meios eficientes de fiscalização tributária, vale repetir as lições de Klaus Tipke e Yamashita e de José Casalta Nabais:

*“O dever de pagar impostos é um dever fundamental. O imposto não é meramente um sacrifício, mas sim, uma contribuição necessária para que o Estado possa cumprir suas tarefas no interesse do proveitoso convívio de todos os cidadãos. O Direito tributário de um Estado de Direito não é Direito técnico de conteúdo qualquer, mas ramo jurídico orientado por valores. O direito Tributário afeta não só a relação cidadão/Estado, mas também a relação dos cidadãos uns com os outros. É direito da coletividade.”* (TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 13).

*“Como dever fundamental, o imposto não pode ser encarado nem como um mero poder para o estado, nem como um mero sacrifício para os cidadãos, constituindo antes o contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada*

**AC 33-MC / PR**

*em estado fiscal. Um tipo de estado que tem na subsidiariedade da sua própria acção (económico-social) e no primado da autorresponsabilidade dos cidadãos pelo seu sustento o seu verdadeiro suporte.” (NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Liv. Almedina, 1998, p. 679).*

Inerente a tal dever fundamental de pagar tributos é o dever de colaboração com a Administração Tributária, o que legitima a instituição de obrigações formais ou instrumentais de apresentar declarações, expedir documentos, manter livros e registros e, por certo, tolerar a fiscalização. São as chamadas obrigações tributárias acessórias (art. 113, § 2º, do CTN).

Aliás, não fosse a possibilidade de fiscalização efetiva e eficaz, quedariam no vazio as competências tributárias outorgadas aos entes políticos; principalmente com base nos arts. 145, 148, 149, 153 a 156 e 195 da Constituição, porquanto não se teria como verificar o cumprimento das obrigações pelos contribuintes.

No caso dos autos, estamos cuidando de pessoa jurídica que tem o dever – não questionado – de manter contabilidade comercial e fiscal. Diversos são os livros a serem mantidos, como Livro Diário, em que são “lançadas, com individuação, clareza e caracterização do documento respectivo, dia a dia, por escrita direta ou reprodução, todas as operações relativas ao exercício da empresa” (arts. 1.180 e 1.184 do Código Civil). Isso sem falar nos livros Razão, LALUR (Livro de Apuração do Lucro Real), Livro de Apuração do IPI, Livro de Apuração do ICMS, Livro de Registro Especial do ISSQN, Livro de Registro de Inventário, Livro Registro de Entradas, Livro Registro de Saídas, entre muitos outros.

O art. 195 do CTN dispõe:

**AC 33-MC / PR**

*“Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.”*

E mais:

*“Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.”*  
(parágrafo único do mesmo artigo).

Há, pois, obrigações no sentido da transparência e da tolerância à fiscalização, sem o que o Fisco não teria meios para operar. Aliás, o Ministro Cezar Peluso, na assentada anterior, frisou:

*“Se os dados como tais... forem invioláveis, não há nenhum meio possível, por exemplo, de fiscalização tributária, porque os dados são objeto dos registros, isto é, se o Fisco não tem direito de proceder a fiscalização in loco e ter acesso a dados, a fiscalização é simplesmente inviável!”*

Os lançamentos a crédito e a débito em contas bancárias documentam movimentações financeiras denotativas de receitas e de despesas cujo conhecimento já é dado ao Fisco por meio da contabilidade das pessoas jurídicas, porque essenciais à apuração dos tributos devidos. O cotejo das movimentações financeiras com os livros comerciais e fiscais, balancetes e balanços viabiliza a

## AC 33-MC / PR

conferência e a verificação da regularidade dos registros, elementos utilizados como suporte para a identificação da base de cálculo dos tributos, justificando-se plenamente sempre que tal se mostre necessário, útil e adequado em face de indícios de omissão ou falsidade na escrita da empresa.

7. Aliás, o problema não está na possibilidade do acesso aos dados – admitido na quase totalidade dos países ocidentais sempre que seja importante para a apuração de evasão tributária, conforme estudo publicado pelo ex-Ministro do STJ José Delgado, na *Revista de Estudos Tributários* nº 22 –, mas na oportunidade, grau e medida da sua realização, questão a ser resolvida pela análise de proporcionalidade.

A Lei Complementar 105/2001 atentou para isso, estabelecendo requisitos que funcionam como salvaguardas a intromissões levianas:

*“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.”*

Não se trata, de modo algum, de uma lei autorizadora de monitoramento permanente ou mesmo de devassa nas contas dos contribuintes.

**AC 33-MC / PR**

Pelo contrário, a lei reafirma a excepcionalidade do acesso, exigindo que se dê no bojo de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e que seja considerado indispensável pela autoridade, além de também reafirmar a necessidade de conservação do sigilo.

Sem desconsiderar nem amesquinhar o direito das pessoas à inviolabilidade da sua vida privada e ao sigilo dos seus dados, o legislador permitiu o acesso da Administração quando tal efetivamente se justifique e cuidou para que, conservados os dados em sigilo, a restrição ao direito não seja demasiada. Compatibilizou assim os direitos dos contribuintes e do Fisco, conforme as circunstâncias do caso concreto.

Importa ter em conta, ainda, que o direito à privacidade e ao sigilo cede, no caso, não apenas ao direito imediato da Administração ao exercício da fiscalização tributária, mas à própria possibilidade de uma melhor distribuição da carga tributária e à efetiva concretização dos princípios da capacidade contributiva (art. 145, § 1º), da isonomia (art. 150, II) e da livre concorrência (art. 170, IV), que envolvem valores caros a toda a sociedade.

8. A LC 105/2001 permitiu o acesso da Administração Tributária aos dados bancários dos contribuintes por decisão da autoridade fiscal em processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, sem a necessidade de autorização judicial. Indispensável, assim, o enfrentamento da questão relativa à chamada “reserva de jurisdição”, segundo a qual todo e qualquer acesso a dados sigilosos dependeria de ordem judicial.

A 1ª turma tem precedente pela existência da reserva, mas por apertada maioria e em questão na qual tiveram importância decisiva considerações sobre a própria ausência de competência do Banco Central para investigar diretores de banco estadual (RE 461.366, rel. Min. Marco Aurélio). Já a 2ª Turma,

**AC 33-MC / PR**

embora tenha precedentes no sentido da existência da reserva (RE 215.301, rel. Min. Carlos Velloso; RE 318136-AgR, rel. Min. Cezar Peluso), em acórdão mais recente apontou a indefinição sobre a matéria (RE 261.278-AgR, relator para o acórdão o Min. Gilmar Mendes).

O Plenário desta Corte ainda não tem uma posição firme a respeito. Houve, é certo, a decisão do MS 21.729, relator para o acórdão o Min. Néri da Silveira, pela legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência em que restou admitida a sua validade fortemente com base no fato de que se tratava de informações sobre a concessão de empréstimos subsidiados pelo Tesouro Nacional. Posteriormente, contudo, no MS 23.452, rel. Min. Celso de Mello, embora proferidos alguns votos pela reserva, não se chegou a definir a questão. Aliás, basta ver o encaminhamento do julgamento em curso para que se confirme que o tema está, ainda, em aberto, sujeita a discussão e a uma definição por este órgão.

Analisando-se os diversos direitos e garantias fundamentais, vê-se que a Constituição estabelece a reserva de jurisdição ao exigir “determinação judicial” para a busca domiciliar (art. 5º, XI), “ordem judicial” para a interceptação telefônica (art. 5º, XII) e “ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” para a prisão (art. 5º, LXI).

Contudo, inexistente cláusula correspondente quanto à garantia da inviolabilidade da vida privada e do sigilo de dados.

Além disso, tenho que não é sustentável a reserva de jurisdição sob o argumento de que seria descabido permitir ao Estado, enquanto parte da relação obrigacional, a prerrogativa de quebra do sigilo dos contribuintes, por lhe faltar imparcialidade suficiente para zelar pelos direitos destes.

AC 33-MC / PR

Sé, de um lado, a atividade tributária visa à eficiência arrecadatória, de outro, deve obediência aos princípios que inspiram toda a administração pública, como a legalidade, a impessoalidade e a moralidade (art. 37 da Constituição). A eficiência visa à arrecadação de tudo o que efetivamente for devido em conformidade com a lei, mas nada mais (art. 150, I, da Constituição). Relembre-se que o tributo é fiscalizado e cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada (art. 3º do CTN). Não há que se dizer, pois, que o poder de polícia fiscal não seja orientado à adequada aplicação da lei.

Não havendo reserva de jurisdição para o caso, o que se exige é autorização legal para a restrição do sigilo e, como já referido, observância da proporcionalidade. Como bem destaca Paulo Gustavo Gonet Branco em obra escrita em co-autoria com o Ministro Gilmar Mendes e com Inocência Mártires Coelho, *“À lei está facultado, portanto, que órgãos do Poder Público determinem a abertura dessas informações protegidas.”* (Curso de Direito Constitucional. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 478)

Não se afigura esdrúxula, pois, a lei complementar que, além de criminalizar a quebra de sigilo, cominando-lhe pena de reclusão e multa (art. 10), excepcionalmente possibilita o acesso aos dados bancários por parte da Administração Tributária quando indispensável à fiscalização tributária (art. 6º)

Presentes a autorização legal, as circunstâncias de fato e as formalidades exigidas, legitima-se, a princípio, o acesso aos dados, o qual deve se restringir, material e cronologicamente, aos elementos efetivamente relevantes para o objeto da investigação.

A ausência de reserva de jurisdição não afasta, de qualquer modo, o controle jurisdicional de toda a atividade de fiscalização, lançamento e cobrança dos tributos, mediante provocação do contribuinte que venha a se sentir lesado por ilegalidade ou por abusos que venham a ser cometidos pelo Fisco.

**AC 33-MC / PR**

Havendo irregularidades formais ou desproporcionalidade da medida, o Judiciário, provocado pelo contribuinte, poderá impedir o acesso aos dados, vedar o uso das informações obtidas, anular eventual lançamento equivocado ou abusivo e, inclusive, determinar indenização por danos materiais ou morais que efetivamente tenham decorrido da violação, sem prejuízo da responsabilização administrativa e penal dos agentes, se for o caso.

9. Ante todo o exposto, com a vênia do Relator e dos Ministros que o acompanham, alio-me à divergência para negar referendo à decisão liminar, cassando-a.





**24/11/2010****PLENÁRIO****MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR 33 PARANÁ**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, apenas para explicitar que implementei, é certo, no campo da excepcionalidade, a eficácia suspensiva ao recurso extraordinário, sem adotar entendimento – que diria já amadurecido – sobre a matéria de fundo. E o fiz porque o Pleno do Supremo precisa, realmente, elucidar se a Lei Complementar nº 105/01 é, ou não, harmônica com a Carta da República no que permite o acesso direto, sem a intermediação de órgão equidistante – o Judiciário.

Estou lembrado de que o Plenário abriu exceção à reserva do Judiciário no tocante a pedido formalizado pelo então Procurador-Geral da República – Dr. Geraldo Brindeiro. Fui relator do mandado de segurança e voto vencido. Mas a exceção se fez por tratar-se do envolvimento de valores públicos. Aqui, a situação é diversa. É um tema, como ressaltado pela Ministra Ellen Gracie, que não está pacificado no Plenário. Por que, então, não manter o efeito suspensivo ao recurso?

Por isso, deferi a liminar e a mantenho, para que não perca objeto, o recurso extraordinário interposto no que o foi em processo a envolver mandado de segurança.

24/11/2010

PLENÁRIO

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR 33 PARANÁ

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI -  
Presidente, eu, na mesma linha do eminente Ministro Marco Aurélio, me  
manifestei exclusivamente quanto à questão liminar, quanto à cautelar.

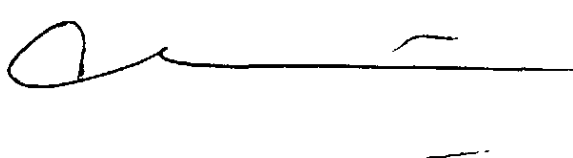
24/11/2010

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 33 PARANÁV O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Reconheço, preliminarmente, que se acham presentes, na espécie, os requisitos autorizadores do exercício, por esta Suprema Corte, do poder geral de cautela, circunstância essa que confere plena legitimidade jurídica à decisão proferida pelo eminente Relator do processo.

Como se sabe, a concessão de medida cautelar, pelo Supremo Tribunal Federal, quando requerida na perspectiva de recurso extraordinário interposto pela parte interessada, quer se busque a outorga de efeito suspensivo ao apelo extremo, quer se pretenda a sustação da eficácia do acórdão impugnado, supõe, para legitimar-se, a conjugação necessária dos seguintes requisitos: (a) que tenha sido instaurada a jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal (existência de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, consubstanciado em decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de origem ou resultante do provimento do recurso de agravo); (b) que o recurso extraordinário interposto possua viabilidade processual, caracterizada, dentre outras, pelas notas da tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional e da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição; (c) que a postulação



AC 33-MC / PR

de direito material deduzida pela parte recorrente tenha plausibilidade jurídica; e (d) que se demonstre, objetivamente, a ocorrência de situação configuradora do "periculum in mora" (RTJ 174/437-438, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Não custa rememorar, no ponto, que a instauração da jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal pressupõe, em regra, e no que se refere à concessão de efeito suspensivo, a existência de juízo positivo de admissibilidade do apelo extremo, proferido pela Presidência do Tribunal "a quo" ou resultante do provimento do recurso de agravo (RTJ 191/123-124 - Pet 2.503/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Vale enfatizar, consideradas as circunstâncias da espécie ora em exame, que o litígio instaurado na causa principal tornava necessária a concessão, pelo Supremo Tribunal Federal, da tutela de urgência que, postulada em sede cautelar, foi corretamente deferida pelo eminente Relator, Ministro MARCO AURÉLIO.

Não se pode ignorar - consoante proclama autorizado magistério doutrinário (SYDNEY SANCHES, "Poder Cautelar Geral do Juiz no Processo Civil Brasileiro", p. 30, 1978, RT; JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Manual de Direito Processual Civil", vol. 4/335,



AC 33-MC / PR

item n. 1021, 7ª ed., 1987, Saraiva; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, "A Instrumentalidade do Processo", p. 336/371, 1987, RT; VITTORIO DENTI, "Sul Concetto di funzione cautelare", "in" "Studi P. Ciapessoni", p. 23/24, 1948; PIERO CALAMANDREI, "Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti cautelari", p. 20, item n. 8, Pádua, 1936, Cedam; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, "Tutela Cautelar", vol. 4, p. 17, 1992, Aide, v.g.) - que os provimentos de natureza cautelar, como o de que ora se cuida, acham-se instrumentalmente vocacionados a conferir efetividade ao julgamento final resultante do processo principal, assegurando, desse modo, plena eficácia à tutela jurisdicional de conhecimento ou de execução.

É importante destacar, por oportuno, que a acessoriedade e a instrumentalidade, nesse contexto, constituem notas caracterizadoras do processo e da tutela cautelares. "Destinado a garantir complexivamente o resultado de outro processo", assinala JOSÉ FREDERICO MARQUES ("Manual de Direito Processual Civil", vol. IV/361, item n. 1.048, 1976, Saraiva), "o processo cautelar se relaciona com este, como o acessório com o principal. Dá o predomínio e hegemonia do processo principal, de que o cautelar é sempre dependente" (grifei).

AC 33-MC / PR

Existe, por isso mesmo, em casos como o que ora se examina, uma situação de conexão por acessoriedade, que decorre do vínculo existente entre a medida cautelar, de um lado, e a causa principal, de outro. Nesse sentido, o magistério, sempre autorizado, de JOSÉ FREDERICO MARQUES ("Instituições de Direito Processual Civil", vol. I/340, 3ª edição, e vol. III/256-257, 2ª edição, Forense) e de GIUSEPPE CHIOVENDA ("Instituições de Direito Processual Civil", vol. II/298-299, tradução da 2ª edição italiana por ENRICO TULLIO LIEBMAN, 1943, Saraiva).

Como assinalado, a relação de essencial dependência que existe entre este procedimento e a causa principal (RE 389.808/PR) justificava que se desse acolhimento ao pedido cautelar, por se mostrar claramente viável o pleito deduzido no processo principal (RE 389.808/PR), em face do vínculo de irrecusável acessoriedade que subordina, ao destino do processo principal, a subsistência da postulação formulada com base no art. 796 do CPC.

Assentada tal premissa, que confere particular ênfase ao binômio utilidade/necessidade, torna-se essencial reconhecer - notadamente em função do próprio modelo vigente em nosso ordenamento processual - que a tutela cautelar apresenta-se como instrumento compatível com os fins a que se acha vocacionado o processo,



AC 33-MC / PR

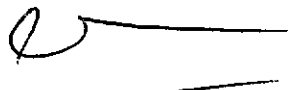
**especialmente** se se tiver presente o fato, juridicamente relevante, de que o exercício do poder geral de cautela **destina-se a garantir** a própria utilidade da prestação jurisdicional **a ser efetivada** no processo principal, **em ordem a impedir** que eventual retardamento na apreciação do litígio **culmine por afetar e comprometer** o resultado definitivo do julgamento.

Inquestionável, desse modo, o acerto com que se houve o eminente Relator na concessão da tutela cautelar que lhe foi requerida.

Passo, agora, Senhor Presidente, **a apreciar** a decisão ora submetida **ao referendo** desta Corte, **reconhecendo**, desde logo, a densa plausibilidade jurídica **subjacente** à postulação cautelar **deduzida** nesta sede processual.

**A controvérsia** instaurada na presente causa suscita algumas **reflexões** em torno do tema pertinente ao alcance da norma inscrita no art. 5º, X e XII, da Constituição, que, ao consagrar a tutela jurídica da intimidade (e, também, da privacidade), dispõe que "**são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)**" (grifei).


AC 33-MC / PR

Esse tema **ganha ainda 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**, em situações como a dos autos, a **necessidade** de autorização judicial, **cabendo ao Juiz, e não** à administração tributária, **a quebra** do sigilo bancário. 

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Vossa Excelência me permite? Não à Receita, que, na relação jurídica, é parte.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Assiste** plena razão a Vossa Excelência, **pois** os órgãos estatais da administração tributária **não guardam**, em relação ao contribuinte, **posição** de equidistância **nem dispõem** do atributo (**apenas** inerente à jurisdição) da "terzietà", **o que põe em destaque o sentido tutelar** da cláusula **inscrita no § 1º** do art. 145 de nossa Lei Fundamental.

**Com efeito**, a própria Constituição da República, em seu art. 145, § 1º, **ao dispor** sobre o sistema tributário nacional,





AC 33-MC / PR

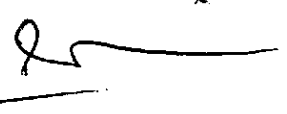
prescreve, em caráter impositivo, que a administração tributária, quando no exercício de sua competência, respeite os direitos individuais das pessoas em geral e dos contribuintes em particular.

O exame da questão ora em análise torna indispensável que se aprecie, já nesta fase, o tema concernente ao poder do Estado e às relações entre o Fisco, os contribuintes e os cidadãos em geral.

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

Daí a necessidade de rememorar, sempre, a função tutelar do Poder Judiciário, investido de competência institucional para neutralizar eventuais abusos das entidades governamentais, que, muitas vezes deslembadas da existência, em nosso sistema jurídico,

AC 33-MC / PR

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

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Vossa Excelência me permite? Em se tratando do Judiciário, há de vir uma decisão fundamentada. No caso, considerada a lei - daí a relevância da matéria discutida -, basta que a receita encaminhe ao banco um simples ofício, ou quem sabe um e-mail, de duas linhas pedindo os dados.

AC 33-MC / PR

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministro Celso de Mello, eu sempre fiquei atormentado com essa questão, inclusive desafiado pelo que dispõe o art. 145, § 1º, naquilo que o texto explicita.

"Art. 145....."

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

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Respeitados os direitos individuais. Entre esses, tem-se que o sigilo, a privacidade, só pode ser afastado mediante decisão judicial e, mesmo assim, para o fim criminal - inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A dúvida é exatamente em relação a esse ponto. Quer dizer, é claro que não pode haver desrespeito aos direitos individuais. A questão básica é se, para isso, seria necessária a reserva de jurisdição.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Essa, na realidade, é a grande questão suscitada no âmbito da causa principal, que exigirá a definição, por parte desta Corte Suprema, da incidência, ou não, no caso, do postulado constitucional da reserva de jurisdição.



AC 33-MC / PR

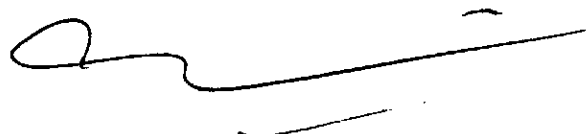
O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu me lembro, inclusive - a Ministra Ellen Gracie tocou nesse assunto, e eu fiz um voto muito singelo, mas, depois, permito-me estender. Dizia até o Ministro Marco Aurélio que nós deveríamos, daqui a pouco, julgar o próprio recurso extraordinário, dado o aprofundamento da matéria; eu me lembro que havia uma preocupação com a disciplina desse tema, criaram-se normas de organização e procedimento para que houvesse um mandado de fiscalização. A ideia da impessoalidade na fiscalização, e nós sabemos que há uma certa desconfiança com os abusos que perpetram os órgãos eventuais de receitas; então havia essa preocupação. E havia regras muito claras quanto à possibilidade de quebra. Tanto é que, no caso específico, a questão foi suscitada porque o banco fez a comunicação àquele que foi eventualmente atingido, podendo, portanto, fazer a sua defesa.

Eu tenho a impressão que o debate é relevantíssimo, não só por conta dessa questão, mas também por conta de tudo que vai em torno da privacidade e da intimidade. Ainda há pouco falava-se, e se discute as diretivas e diretrizes européias a propósito da proteção do indivíduo nesse mundo da internet ou no campo da telefonia; em suma, e, no caso específico, há sempre a preocupação com as violações que infelizmente têm ocorrido.

AC 33-MC / PR

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O que me parece **significativo**, nesse contexto, é que a administração tributária, embora podendo muito, não pode tudo, eis que lhe é somente lícito atuar, "respeitados os direitos individuais e nos termos da lei" (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sob tal perspectiva, e para esse efeito, as limitações decorrentes do próprio sistema constitucional, cuja eficácia restringe, como natural consequência da **supremacia** de que se acham impregnadas **as garantias** instituídas pela Lei Fundamental, o alcance do poder estatal, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República.

Cumpre ter presente, neste ponto, Senhores Ministros, a propósito do tema ora em exame, a advertência do Supremo Tribunal Federal, cujo magistério jurisprudencial - apoiando-se em autorizado entendimento doutrinário (HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO, "Processo Tributário", p. 76/86, item n. 2.5.2, 2004, Atlas; SACHA CALMON NAVARRO COELHO, "Curso de Direito Tributário Brasileiro", p. 893/907, itens ns. 17.12 a 17.20, 8ª ed., 2005, Forense; HUGO DE BRITO MACHADO, "Curso de Direito Tributário", p. 214/223, itens ns. 1 a 1.6, 21ª ed., 2002, Malheiros; ROQUE ANTONIO CARRAZZA, "Curso de Direito Constitucional Tributário", p. 404/411, item n. 3, 21ª ed., 2005, Malheiros, v.g.) - orienta-se no sentido de preservar o contribuinte contra medidas arbitrárias adotadas pelos agentes da



AC 33-MC / PR

administração tributária,  muitas das quais  configuram atos eivados de ilicitude,  quando não de transgressão  à ordem jurídica fundada  na própria  Constituição da República ( RTJ 162/3-6, 4, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - RTJ 185/237-238, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RE 331.303-AgR/PR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g. ).

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

O procedimento estatal  da administração tributária  que contrarie  os postulados consagrados pela Constituição da República  revela-se inaceitável,  Senhores Ministros,  e não pode ser corroborado  por decisão desta Suprema Corte,  sob pena de inadmissível subversão  dos postulados constitucionais  que definem, de modo estrito,  os limites -  inultrapassáveis  - que restringem os poderes do Estado  em suas relações  com os contribuintes  e  com

AC 33-MC / PR

terceiros, tal como advertiu o Supremo Tribunal Federal em julgamento consubstanciado em acórdão assim ementado:

**"ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - FISCALIZAÇÃO - PODERES - NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTE E DE TERCEIROS.**

- Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional.

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

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

Posta a questão nesses termos, mostra-se imperioso assinalar, considerados os fatos subjacentes ao litígio principal, que se revela inacolhível a pretensão da administração tributária federal, que busca afastar, "ex propria auctoritate",

AC 33-MC / PR

independentemente de prévia autorização judicial, o **sigilo bancário** da empresa contribuinte, ora requerente.

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

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

Por isso mesmo, a transposição arbitrária, para o domínio público, de questões meramente pessoais, sem qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, tem o significado de grave transgressão ao postulado constitucional que protege o direito à intimidade e à privacidade (MS 23.669-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), pois este, na abrangência de seu alcance, representa o





AC 33-MC / PR

"direito de excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida privada" (HANNAH ARENDT).


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

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

AC 33-MC / PR

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

Tenho insistentemente salientado, em decisões várias que já proferi nesta Suprema Corte, que a tutela jurídica da intimidade (e, também, da privacidade) constitui - qualquer que seja a dimensão em que se projete - uma das expressões mais significativas em que se pluralizam os direitos da personalidade. Trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, X),



AC 33-MC / PR

cuja proteção normativa busca erigir e reservar, sempre em favor do indivíduo - e contra a ação expansiva do arbítrio do Poder Público - uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade desenvolvida pelo aparelho de Estado.

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

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

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

AC 33-MC / PR

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

Com a revolução tecnológica, os **'papéis'** se transformaram em **'dados'** geralmente armazenados em computadores ou fluindo através de impulsos eletrônicos, **ensejando enormes conjuntos** de informações a respeito das pessoas, numa época em que todos reconhecem que a informação é poder. **A computadorização da sociedade exigiu uma maior proteção à privacidade, sob pena de colocar o indivíduo sob contínua fiscalização do Governo**, inclusive nos assuntos que são do exclusivo interesse da pessoa. Em diversos países, leis especiais de proteção contra o uso indevido de dados foram promulgadas e, **no Brasil, a inviolabilidade dos dados individuais**, qualquer que seja a sua origem, forma e finalidade, **passou a merecer a proteção constitucional** em virtude da referência expressa que a eles passou a fazer o inciso XII do art. 5º, modificando, assim, a posição anterior da nossa legislação, na qual a indevassabilidade em relação a tais informações devia ser construída com base nos princípios gerais que asseguravam a liberdade individual, podendo até ensejar interpretações divergentes ou contraditórias.

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

O direito à inviolabilidade dessa franquia individual -  
que constitui, insista-se, um dos núcleos básicos em que se



AC 33-MC / PR

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

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

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

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

A pesquisa da verdade, nesse contexto, constitui um dos princípios dominantes e fundamentais no processo de "disclosure" das operações celebradas no âmbito das instituições financeiras. Essa busca de elementos informativos - elementos estes que compõem o quadro de dados probatórios essenciais para que o Estado desenvolva regularmente suas atividades e realize os fins institucionais a que



AC 33-MC / PR

se acha vinculado -, sofre os necessários condicionamentos que a ordem jurídica impõe à ação do Poder Público.

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

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

É preciso salientar, neste ponto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal proclamou a plena compatibilidade jurídica da quebra do sigilo bancário com a norma inscrita no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição (Pet 577-QO/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU de 23/04/93), reconhecendo possível autorizar -



AC 33-MC / PR

quando presentes fundadas razões - a pretendida "**disclosure**" das informações bancárias reservadas (RTJ 148/366).

Mais do que isso, esta Suprema Corte salientou, ao julgar o Inq 897-AgR/DF, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, DJU de 02/12/94, que, não sendo absoluta a garantia pertinente ao sigilo bancário, torna-se lícito afastar, quando de investigação criminal se cuidar, p. ex., a cláusula de reserva que protege as contas bancárias nas instituições financeiras, revelando-se ordinariamente inaplicável, para esse específico efeito, a garantia constitucional do contraditório.

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

Com a evolução do sistema de tutela constitucional das liberdades públicas, dilataram-se os espaços de conflito em cujo



AC 33-MC / PR

âmbito **antagonizam-se**, em função de situações **concretas** emergentes, posições jurídicas revestidas de **igual** carga de positividade normativa.

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

Sendo assim, impõe-se o deferimento da quebra de sigilo bancário, sempre que essa medida se qualificar como providência **essencial e indispensável** à satisfação das finalidades inderrogáveis da investigação (e/ou da fiscalização) estatal, e desde que - consoante **adverte** a doutrina - não exista "**nenhum meio menos gravoso para a consecução de tais objetivos**" (IVES GANDRA MARTINS/GILMAR FERREIRA MENDES, "**Sigilo Bancário, Direito de Autodeterminação sobre**





AC 33-MC / PR

**Informações e Princípio da Proporcionalidade**", "in" Repertório IOB de Jurisprudência nº 24/92 - 2ª quinzena de dezembro/92).

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

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

A quebra do sigilo bancário importa, necessariamente, em inquestionável restrição à esfera jurídica das pessoas afetadas por esse ato excepcional do Poder Público. A pretensão estatal voltada à "**disclosure**" das operações financeiras constitui fator de grave ruptura das delicadas relações - já estruturalmente tão desiguais - existentes entre o Estado e o indivíduo, tornando possível, até mesmo, quando indevidamente acolhida, o próprio



AC 33-MC / PR

comprometimento do sentido tutelar que inequivocamente qualifica, em seus aspectos essenciais, o círculo de proteção estabelecido em torno da prerrogativa pessoal fundada no direito constitucional à privacidade.

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

Dai o registro feito por ARNOLDO WALD ("**op. cit.**", p. 207, 1992, RT), no sentido de que "A mais recente doutrina norte-americana fez do '**due process of law**' uma forma de controle constitucional que examina a necessidade, razoabilidade e justificação **das restrições** à liberdade individual, **não admitindo** que a lei ordinária **desrespeite** a Constituição, **considerando** que as restrições ou exceções estabelecidas pelo legislador ordinário **devem ter uma fundamentação razoável e aceitável** conforme entendimento do Poder Judiciário. **Coube** ao Juiz Rutledge, **no caso** Thomas v. Collins,



AC 33-MC / PR

**definir** adequadamente a **função** do devido processo legal **ao afirmar** que: '**Mais uma vez** temos de enfrentar o dever, **imposto** a esta Corte, **pelo nosso** sistema constitucional, **de dizer onde termina** a liberdade individual **e onde começa o poder** do Estado. A **escolha do limite**, sempre delicada, **é-o**, ainda mais, **quando a presunção usual** em favor da lei **é contrabalançada** pela posição preferencial atribuída, em nosso esquema constitucional, **às grandes e indispensáveis** liberdades democráticas **asseguradas** pela Primeira Emenda (...). **Esta prioridade** confere a essas liberdades **santidade e sanção** que não permitem intromissões dúbias. **E é o caráter** do direito, não da limitação, que determina o **standard** guiador da escolha. Por essas razões, qualquer tentativa de restringir estas liberdades deve ser justificada por evidente interesse público, ameaçado não por um perigo duvidoso e remoto, mas por um perigo evidente e atual'" (grifei).

A exigência de preservação do sigilo bancário - enquanto meio expressivo de proteção ao valor constitucional da intimidade - impõe ao Estado o dever de respeitar a esfera jurídica de cada pessoa. A ruptura desse círculo de imunidade só se justificará desde que ordenada por órgão estatal investido, nos termos de nosso estatuto constitucional, de competência jurídica para suspender, excepcional e motivadamente, a **eficácia** do princípio da reserva das informações bancárias.



AC 33-MC / PR

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

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

**"SIGILO BANCÁRIO - INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS - AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.**

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

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

Observadas tais vedações, cabe-lhes atender às demais solicitações de informações encaminhadas pelo



AC 33-MC / PR

Fisco, desde que decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e subscritas por autoridade administrativa competente.

Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei. (...)." (RDA 197/174, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO - grifei)

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

A tutela do valor pertinente ao sigilo bancário não significa qualquer restrição ao poder de investigar e/ou de fiscalizar do Estado, eis que o Ministério Público, as corporações policiais e os órgãos incumbidos da administração tributária e



AC 33-MC / PR

previdenciária do Poder Público sempre poderão requerer aos juízes e Tribunais que ordenem às instituições financeiras o fornecimento das informações reputadas essenciais à apuração dos fatos.

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

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

A inviolabilidade do sigilo de dados, tal como proclamada pela Carta Política em seu art. 5º, XII, torna essencial




AC 33-MC / PR

que as exceções derogatórias à prevalência desse postulado só possam emanar de órgãos estatais - os órgãos do Poder Judiciário (e, excepcionalmente, as Comissões Parlamentares de Inquérito) -, aos quais a própria Constituição Federal outorgou essa especial prerrogativa de ordem jurídica.

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

Sendo assim, Senhor Presidente, e tendo em consideração as razões expostas, entendo que a decretação da quebra do sigilo bancário, ressalvada a competência extraordinária das CPI's (CF, art. 58, § 3º), pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial,

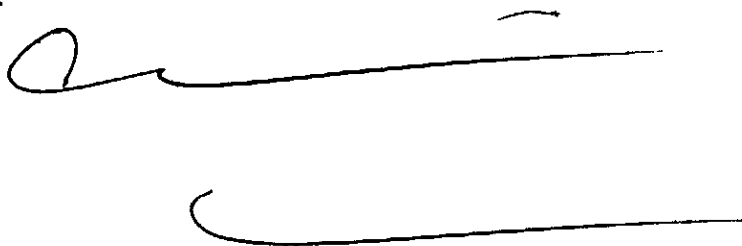


**AC 33-MC / PR**

sem o que não se imporá à instituição financeira o **dever** de fornecer, seja à administração tributária, seja ao Ministério Público, **seja**, ainda, à Polícia Judiciária, as informações que lhe tenham sido solicitadas.

Desse modo, peço vênia para referendar a decisão do eminente Ministro MARCO AURÉLIO.

É o meu voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'M' followed by a long, horizontal, slightly wavy line.



**PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 33**

PROCED.: PARANÁ

**RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. MARCO AURÉLIO**

REDATOR PARA O ACÓRDÃO : MIN. JOAQUIM BARBOSA

REQTE.(S): GVA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A

ADV.(A/S): JOSÉ CARLOS CAL GARCIA FILHO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): PFN - DEYSI CRISTINA DA'ROLT

**Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que referendava o ato que concedia o efeito suspensivo ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 24.09.2003.

**Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que referendava o ato que concedia o efeito suspensivo ativo ao recurso extraordinário, e dos votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto, que negavam tal efeito, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 03.12.2003.

**Decisão:** Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Cezar Peluso, que referendavam o ato que concedia o efeito suspensivo ativo ao recurso extraordinário, e dos votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto, que o negavam, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 04.02.2004.

**Decisão:** Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

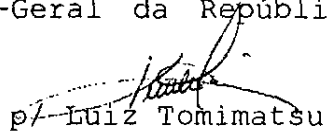
**Decisão:** Após o voto-vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente), que negava referendo à liminar, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Dias Toffoli e Cármen Lúcia, e

o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que a referendava, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 18.12.2009.

**Decisão:** Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, negou referendo à cautelar, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator), Cezar Peluso (Presidente), Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 24.11.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

  
p/- Luiz Tomimatsu  
Secretário