



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS BASILARES DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: STF GARANTE AO FISCO ACESSO A
DADOS BANCÁRIOS DOS CONTRIBUINTES SEM NECESSIDADE DE
AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

Anna Luiza de Araujo Souza

Rio de Janeiro
2017

ANNA LUIZA DE ARAUJO SOUZA

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS BASILARES DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: STF GARANTE AO FISCO ACESSO A
DADOS BANCÁRIOS DOS CONTRIBUINTES SEM NECESSIDADE DE
AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato*
Sensu da Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Cláudio Brandão de Oliveira

Coorientadora:

Prof^a Néli L. C. Fetzner

Rio de Janeiro
2017

ANNA LUIZA DE ARAUJO SOUZA

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS BASILARES DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: STF GARANTE AO FISCO ACESSO A
DADOS BANCÁRIOS DOS CONTRIBUINTES SEM NECESSIDADE DE
AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

Monografia apresentada como exigência de conclusão de
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2017 – grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo – Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

Convidado: Prof. Doutor Ubirajara da Fonseca Neto – Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro-EMERJ.

Orientador: Prof. Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO (A) AUTOR (A).

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por tornar essa trajetória possível.

Agradeço aos meus pais, por toda a dedicação a mim conferida, bem como ao amor incondicional que me é provado dia após dia.

Agradeço ao professor e orientador Cláudio Brandão de Oliveira por compartilhar seus conhecimentos e reflexões jurídicas acerca do tema, pela paciência com que sempre leu meu trabalho e pelo carinho que sempre demonstrou em todas as reuniões necessárias à elaboração de minha da monografia.

Agradeço à professora e coorientadora Néli Fetzner, por seus ensinamentos, paciência e confiança ao longo da elaboração do presente trabalho monográfico.

Agradeço à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, pela oportunidade que me foi dada de realizar esse trabalho científico.

“Uma Constituição não é jamais idêntica a si própria, estando constantemente submetida ao pantha rhei heraclitiano de todo o ser vivo”.

Karl Loewenstein

SÍNTESE

A Constituição Federal de 1988 trouxe à sociedade, pela primeira vez, direitos e garantias únicas capazes de facilitar tanto a proteção individual como coletiva. Certo é que, à luz da Carta Cidadã, caberia ao Supremo Tribunal Federal exercer, com soberania, a correta interpretação tanto da Constituição como das normas infraconstitucionais que dela derivam, de forma a prestigiar os princípios consagrados. Entretanto, não é isso que se tem visto com o passar dos anos. A posição pró-ativismo judicial, valendo-se do instituto da mutação constitucional influencia cabalmente a permanência da Constituição. O presente trabalho estuda a decisão que pronunciou a constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC 105 de 2001 que pode, possivelmente, ter afrontado princípios basilares do direito consagrados na Carta e, por via de consequência, ser entendido como mutação inconstitucional ou exogenética.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA MUTAÇÃO (IN) CONSTITUCIONAL.....	13
2. A ESSÊNCIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 EM ANÁLISE	22
3. A DIGRESSÃO DA ANTIGA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SIGILO BANCÁRIO.....	27
4. A DIGRESSÃO DA NOVA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SIGILO BANCÁRIO.....	41
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS	50

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. – Artigo

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

LC – Lei Complementar

Min. – Ministro

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SV – Súmula Vinculante

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como enfoque uma análise que aborda o instituto da mutação constitucional valendo-se de base, como análise de caso concreto, decisão proferida em 2016 pelo Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade do artigo 5º e 6º da Lei Complementar n 105 de 2001.

O interesse em inaugurar tal estudo surgiu diante da análise das atuais decisões do Supremo Tribunal Federal que vêm reinterpretando os princípios constitucionais de modo a alterar entendimentos sobre direitos e garantias individuais e coletivas. O litígio constitucional posto, portanto, se traduz no confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos.

Como se verá adiante, a positivação dos direitos do cidadão buscava trazer tanto a ele próprio quanto à sociedade segurança jurídica naquilo que se pode exigir do Estado e naquilo que o Estado teria legitimidade para cobrar. Com efeito, o que passava a ser positivado no texto constitucional, ou mesmo no texto legal, transformava-se em direito ou garantia extremamente clara do indivíduo de forma que, caso o Estado viesse a violar essa previsão legal ou constitucional, seria responsabilizado por tal ato.

A positivação das normas, apesar de essencial para o desenvolvimento do constitucionalismo, não foi responsável por dar a segurança jurídica tão desejada no século XVIII. O início das revoluções burguesas, com o intuito de limitar o poder estatal, apresentou o constitucionalismo. Este, por sua vez, foi pautado tanto pelo referido limite de poder como pela criação de direitos fundamentais, direitos esses que eram a proteção do indivíduo contra o Estado. Aqui se dá o início ao que hoje se denomina por direitos fundamentais. Direitos esses cujo núcleo básico não pode ser alterado, sob pena de violar a Constituição. Possível, porém, interpretações, de acordo com a Constituição, de tais direitos, de modo a permitir a constante evolução da Carta constitucional.

Apresenta-se, portanto, o que se chama de mutação constitucional. Não se deve associar a mutação necessariamente ao neoconstitucionalismo, mas esse, ao rerepresentar princípios à hermenêutica constitucional, permitiu ao instituto da mutação angariar maior força para ser empregado. O instituto da mutação é essencial ao desenvolvimento da sociedade, por se tratar de uma mudança informal da Constituição e, até, de normas infraconstitucionais por via de consequência. Porém, para que seja viável o tratamento do instituto da mutação constitucional, deve ser trazido ao debate o papel do Supremo Tribunal

Federal como órgão responsável pela realização da referida mudança informal da Constituição.

O Egrégio Tribunal, como guardião da Constituição, tem a palavra final naquilo que condiz ou não com o texto constitucional de modo a, em determinados casos, entender pela constitucionalidade daquilo que afronta diametralmente o texto da Carta. Compete ao STF, portanto, em última instância e última análise, a realização da mutação constitucional caso entenda por conveniente.

De maneira evolutiva, ante a impossibilidade de o Congresso Nacional acompanhar a realidade jurídica e fática da sociedade, vem o Supremo Tribunal Federal exercendo relevante ativismo judicial, no que se refere à mutação, no que tange às situações negligenciadas pelo Poder Legislativo, atuando como legislador positivo e exercendo, assim, função atípica.

Como exemplo, observam-se os julgados ocorridos no início do ano de 2016, de competência do STF, acerca da possibilidade da execução provisória da pena em afronta ao princípio da presunção de inocência e acerca da possibilidade da quebra do sigilo bancário nos termos da LC n 105 de 2001, em afronta ao princípio da intimidade e privacidade. Tais julgados explanam determinado ativismo judicial que pode vir a ser entendido como prejudicial ao Estado Democrático de Direito, ainda que revestido de nova leitura da Constituição.

As possíveis mutações (*in*) constitucionais equivaleriam à violação ao princípio da separação de poderes e o conseqüente enfraquecimento do sistema de *checks and balances* se eventualmente comprovadas.

Objetiva-se, portanto, nessa pesquisa, analisar os impactos das recentes decisões proferidas pelo STF, principalmente a advinda do RE n. 601.314 SP, de forma a constatar-se, ou não, pela mutação inconstitucional, pelo enfraquecimento da separação de poderes e, ainda, pelo esvaziamento de princípios basilares do Estado Democrático de Direito elevado a patamar de cláusula pétrea.

Com o primeiro capítulo, busca-se sustentar a existência da mutação constitucional e sua vertente inconstitucional como forma de análise da Constituição. Procura-se, também, analisar suas limitações e criticar sua aplicação.

Com o segundo capítulo, almeja-se apresentar os direitos debatidos nos julgados analisados no decorrer desse trabalho monográfico com o objetivo de explicitar sua essência e abrangência correlacionando-os e desmistificando-os.

Com o terceiro capítulo, pretende-se analisar a posição antiga do STF, de modo a observar o âmbito de proteção garantido aos princípios e garantias constitucionais previstos no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Com o quarto capítulo, valendo-se da análise prévia acerca do âmbito de aplicação dos referidos princípios, propõe-se discutir a guinada jurisprudencial do STF partindo-se da premissa de que houve uma espécie de readequação da leitura dos princípios e direitos fundamentais.

A conclusão, por fim, não pretende ser impositiva, de modo somente a questionar se a nova posição do STF coaduna ou não com o que hoje se chama de mutação inconstitucional ou exogenética, nas palavras de J. J. Canotilho.

A metodologia a ser usada na pesquisa será do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa a basear-se no estudo de caso do RE n. 601.314-SP e as respectivas Ações Diretas de Inconstitucionalidade a ele apensadas (2.390, 2.397, 2.386 e 2.859), bem como em doutrina brasileira e estrangeira sobre o tema da mutação constitucional.

Por fim, cumpre esclarecer que o objetivo primordial desse estudo é expandir os pensamentos, as ideias e despertar consciências, sem, contudo, ter a pretensão de encerrar o debate ou por fim às controvérsias. Objetiva-se acalorar o debate e contribuir para a difusão do conhecimento técnico-jurídico sobre os fenômenos aqui elencados, sem olvidar tecer comentários críticos atinentes ao referido tema objeto de estudo.

Não se trata de aspirar imputar à Carta Constitucional caráter perpétuo, mas sim de garantir a sua permanência de modo a preservar o que lhe é mais sagrado: a sua essência.

1. DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA MUTAÇÃO (IN) CONSTITUCIONAL

Entender mutação constitucional, reforma da Constituição e núcleos básicos dos direitos fundamentais requer, antes de tudo, compreensão da relevância do texto constitucional para a democracia dos dias atuais.

Por ocasião da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, afirmou o deputado Ulysses Guimarães que “a persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia¹”, enquanto presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em 05 de outubro de 1988.

O termo “constituição” pode servir para diversas situações, possuindo, assim, inúmeros significados. Entretanto, normalmente, associa-se Constituição ao modo de ser de alguma coisa, em outras palavras, a forma pela qual algo é constituída, firmado².

Constituições não têm a habilidade de acompanhar a realidade de cada sociedade, por mais que esta fosse a situação ideal de qualquer ordenamento jurídico. Entretanto, possuem as constituições a característica – ou o objetivo – de persistência, permanência. Permanência, por sua vez, deve ser entendida por um substantivo indicativo de constância, continuidade ou mesmo firmeza.

Por mais que se possa partir da premissa da permanência de uma Constituição, Ferdinand Lassalle, em suas lições, trouxe a questão do que seria, de fato, uma Constituição³. Nada mais lógico do que, em se tratando de uma análise de aspectos constitucionais, trazer à tona a conceituação corrente do que seria uma Constituição: “Constituição é a lei fundamental proclamada pelo país, na qual se baseia a organização do direito público dessa nação⁴”. Lassalle sustenta que essa definição não passa de uma simples afirmação de como se formam as constituições, mas não do que representam essencialmente.

Deve, portanto, a Constituição ser entendida como a principal norma do ordenamento jurídico – qualquer alteração em seu texto requer uma ritualística diversa daquela eleita para alteração, ou mesmo elaborações, de leis *lato sensu*. Seria a Constituição, por conseguinte,

¹ GUIMARÃES, Ulysses. *Discurso do Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Em 05 De Outubro De 1988, Por Ocasião Da Promulgação da Constituição Federal*. Disponível em: < www.pmdb-rs.org.br/memoria/fl_adm/uploads/arquivos/arquivo_20.doc > Acesso em 23 abri. 2016.

² NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2014, p. 81.

³ LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* São Paulo: Edições e Publicações Brasil. 1933, p. 9.

⁴ *Ibid.*, p. 10-11.

uma lei fundamental da nação que representa a soma dos fatores reais de poder que regem um país⁵.

O conceito de Constituição não é comum para toda a doutrina jurídica. É possível, tendo isso em vista, a defesa do conceito sociológico, por Lassalle, bem como do conceito jurídico, por Hans Kelsen, ou mesmo do conceito político, por Karl Schmitt - embora haja, ainda, inúmeros outros conceitos. Ainda que o conceito não seja plenamente determinado, é determinável, a depender da corrente adotada⁶.

Essencial é, portanto, a existência de uma Constituição que vise à positivação do que se entende por direito, por somatório dos fatores reais de poder de forma a organizar a sociedade e mantê-la em funcionamento. A partir do momento que existe uma Constituição que represente os fatores reais de poder, haverá, também, probabilidade de duração e permanência. Sem correspondência com a realidade, a Constituição nada mais será do que uma simples folha de papel⁷.

Repete-se a palavra-chave: permanência. No que se refere às constituições e sua permanência, acrescenta-se, agora, a ideia de permanência tanto do texto normativo como base de todo ordenamento jurídico, como também de permanência dos direitos e garantias individuais e coletivos positivados nesse instrumento jurídico.

Com o entendimento do que vem a ser Constituição, passa-se a explicar a necessidade da compreensão do constitucionalismo, ainda que de maneira sucinta. Constitucionalismo tem a ver, em sua essência, com a limitação do poder e também com a supremacia da Constituição⁸. Certo é, dessa forma, que não se trata de ligação direta e imediata dos conceitos de Constituição e de constitucionalismo, mas sim de democracia e constitucionalismo. Constitucionalismo possui ligação com o conceito de positivação de direitos impedindo a arbitrariedade do Estado em face dos indivíduos.

Ainda que a presente pesquisa não busque trazer as origens do constitucionalismo, deve-se ressaltar que esse está ligado, de certa forma, às Constituições escritas e rígidas que tinham por objetivo primordial a consagração do princípio da separação dos poderes⁹.

A evolução histórica do constitucionalismo merece um trabalho próprio uma vez que esse é subdividido em constitucionalismo antigo, moderno, contemporâneo e, ainda, do

⁵ Ibid., p. 13-14.

⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 101-103.

⁷ LASSALLE, op. cit., p. 53.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 29-32.

⁹ NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2014, p. 17.

futuro¹⁰. De todo modo, não se pretende explicar, minuciosamente, a evolução do constitucionalismo, mas sim trazer à tona a força que esse movimento trouxe às Constituições.

Com o constitucionalismo contemporâneo surgiu o conceito de neoconstitucionalismo. Por esse conceito entende-se trazer o princípio da dignidade da pessoa humana ao centro da discussão constitucional. Em outras palavras, diz-se limitar o poder Estatal de forma impedi-lo de atacar os direitos e garantias do cidadão em prol de seus próprios interesses.

O foco, portanto, com toda a evolução tratada, é o de preservar os direitos que o cidadão adquiriu ao visar a sua proteção e jamais o seu prejuízo, sob pena de regressar à época em que não se havia qualquer segurança jurídica no ordenamento.

Permanência do texto constitucional não deve ser lida, sequer interpretada, como imutabilidade da Constituição. A rigidez constitucional não significa inalterabilidade, sob pena de esse instrumento ter, por fim, total inaplicabilidade no convívio social¹¹.

Existe, certamente, a necessidade de compatibilidade do texto constitucional – base do ordenamento jurídico – com a sociedade, com a vida presente e futura e não só com aquela para qual a Carta foi inicialmente idealizada. Necessita-se, com isso, de mecanismos de alteração e revisão.

Dois requisitos são essenciais para tais alterações na Carta Constitucional: (a) a possibilidade de fazê-las expressamente e (b) a formalização de um procedimento próprio para tais alterações, afinal, o processo escolhido não pode ser o mesmo daquele utilizado para leis comuns. A existência desses dois requisitos pode ser traduzida em uma única característica: a rigidez constitucional.

Convém ressaltar, de todo modo, que a característica de rigidez tem por pressuposto garantir que certos direitos e garantias fundamentais não possam sofrer alterações sob qualquer espécie de pressão. Em outras palavras, é possível, inclusive, que se separem as decisões proferidas no legislativo como decisões do povo e decisões de governo. As decisões do povo, claramente, são perquiridas pelo povo e realizadas pelo legislativo. Por outro lado, as decisões de governo são aquelas reesponsáveis por garantir a existência dos três poderes, que não podem ser alteradas com extrema facilidade; são aquelas que mantêm a essência da Constituição¹².

¹⁰ Ibid. p. 19 - 37.

¹¹ Constituições normativas, normais e semânticas. Busca-se uma Constituição normativa, sendo dispensada qualquer uma que venha a ser nominal ou semântica, na classificação de Karl Loewenstein. BARROSO, op.cit., p. 163.

¹² BARROSO, op. cit., p. 165.

A conclusão desse ponto não poderia ser outra: a Carta Constitucional tem por objetivo garantir a essência do que foi almejado pelos constituintes originários ao elaborar o documento. Sustenta-se, portanto, que a característica da rigidez constitucional representa elemento essencial apto a garantir a sua permanência na sociedade de forma que o texto só possa ser alterado quando for necessário ou, ainda, quando ausente possibilidade de alteração, por mais não representar totalmente a sociedade, possa ser reinterpretada para tal fim.

O que se buscou demonstrar até agora é que para que haja reforma formal da Constituição deve haver uma ritualista própria, bem como previsão expressa na Carta. Uma vez observados os dois requisitos, analisam-se, também, determinados limites temporais e circunstanciais para tais alterações – seja por meio de emendas ou revisões¹³. Não é objeto da pesquisa a análise de alteração formal do texto, mas sim da alteração informal do texto Constitucional.

Insta dizer que a alteração informal da Constituição é um processo legítimo e aceitável pela doutrina brasileira, bem como estrangeira, principalmente pelo fato de compatibilizar a modernidade ao texto estático da Carta constitucional. Isso permite, portanto, que a Constituição venha a ser atualizada de modo interpretativo, mas não textual.

Apresenta-se, então, o instituto da mutação constitucional: a mudança informal do texto constitucional. Que a mutação é um processo informal de mudança da Constituição que visa sua melhor adaptação à atual realidade já foi compreendido, contudo, a mutação é, também, resultado de uma evolução de costumes, valores, padrões, expressões, tecnológicas e afins. É, portanto, uma mudança de interpretação do que se lê, do que se foi produzido décadas atrás de modo a compatibilizar o texto com a atualidade.

Anna Cândida¹⁴ leciona que a expressão mutação constitucional é aplicada somente aos processos que alteram ou modificam a Constituição sem contrariá-la. A mutação, sendo assim, altera o sentido, o significado e todo o alcance daquela norma, mas o faz sem violar a sua essência, sem violar o “seu espírito”, nas palavras da autora.

Uadi Lammêgo Bulos¹⁵, por sua vez, afirma que o poder constituinte difuso é o responsável pela realização e aplicação da mutação constitucional. A nomenclatura “difuso” se aplica uma vez que tal poder não se encontra estampado nas constituições, sendo um poder de fato. Sendo assim, altera-se o conteúdo materialmente e não formalmente. Apresenta-se,

¹³ Emendas Constitucionais devem observar as limitações previstas no art. 60 da Constituição Federal. Revisão constitucional, por sua vez, encontra sua base legal no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

¹⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. 2. ed. Osasco: EdIFIEO. 2015. p. 5 - 13.

¹⁵ BULOS., op. cit., p. 434 – 436.

então, o que se denomina por poder de fato – poder que age na seara informal de alteração da Carta.

Ainda, nas lições do citado autor, é possível que se subdividam categorias de mutação constitucional: (a) podem levar à mutação a interpretação em suas diversas modalidades e métodos, (b) a construção constitucional, (c) as praxes constitucionais e ainda as (d) influencias dos grupos de pressão¹⁶.

Anna Cândida¹⁷ sustenta que, dentre os processos de mutação constitucional, a doutrina aponta a interpretação constitucional. Isso acontecerá quando se atribuir à Carta um novo sentido, quando seu alcance for além daquele planejado pelo constituinte originário, atribuindo-se, assim, novo conteúdo. Assim afirma a autora:

A mutação por via interpretativa não atinge a letra da Constituição; também não altera o conteúdo positivado expressamente na norma constitucional. Apanha, porém, o significado, o sentido ou o alcance das disposições constitucionais¹⁸.

Vê-se a referida forma de interpretar quando, por exemplo, alarga-se o sentido do texto de modo que se passe a contemplar situações antes não contempladas ou quando se dá um novo sentido ao mesmo dispositivo. Ainda, a forma interpretativa da mutação se percebe quando se altera o sentido de modo a adequar-se à realidade fática em questão ou mesmo quando se preenche lacunas do texto.

O tema não se exaure – diversas são as modalidades de interpretação constitucional que leva à mutação constitucional: interpretação constitucional legislativa, interpretação constitucional judicial, interpretação constitucional administrativa, interpretação constitucional popular ou da doutrina. O objetivo da pesquisa não se resume a estudar todas as possíveis espécies de mutação constitucional e a forma pela qual ela pode se dar em todas as esferas dos entes políticos. O que se busca demonstrar é a essência da mutação constitucional¹⁹.

O que foi demonstrado até agora é que, em regra, a Constituição pode ser alterada tanto de maneira formal, quanto de maneira informal. É pacífico na doutrina a nomenclatura de reforma constitucional para as alterações formais e mutação constitucional para as reformas informais.

¹⁶ Em primeiro lugar, a interpretação busca solucionar os dilemas do dia-a-dia de modo a permitir que o Poder Judiciário venha a conferir novos sentido para a Carta. A construção constitucional, a seu tempo, nas palavras de Bulos “é o expediente supletivo que permite ao Poder Judiciário elaborar e, até, recompor o direito a ser aplicado no caso concreto”. As praxes constitucionais se referem às convenções e costumes. Por fim, a influencia dos grupos de pressão tendem a influenciar a leitura da Constituição. BULOS, op. cit. p. 437 – 438.

¹⁷ FERRAZ, op. cit. p.55.

¹⁸ Ibid. p. 58.

¹⁹ Ibid. p. 19 – 171.

Luís Roberto Barroso, afirma que “a mutação constitucional está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais²⁰”. Acredita-se que tal afirmação se dê ao fato de que havendo a mutação constitucional, não ocorre, em termos legislativos, qualquer mudança formal na Carta Constitucional. Há, todavia, mudança de entendimento acerca do que está expresso.

A problemática do uso do instituto da mutação se deve ao fato de esse instrumento se prestar a atualizar a Carta à sociedade sem, de qualquer forma, desprestigiar os desígnios dos legisladores originários – disso retiram-se os limites ao uso do instituto.

O que se entende com a análise do instituto em questão é que seu uso possibilita o não engessamento da sociedade a ponto de que essa sempre esteja vinculada a um texto escrito décadas antes. O que seria inconcebível seria o bloqueio ao progresso por conta de um texto constitucional, texto esse que tem por objetivo supremo a proteção da sociedade.

Por isso, é comum dizer que a mutação constitucional garante a positividade no conceito de permanência das Cartas constitucionais. Compatibiliza-se, assim, a Constituição à sociedade e não a sociedade à Constituição.

O autor Raul Machado Horta, em artigo publicado na Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais²¹, assim escreve:

A permanência da Constituição é ideia inspiradora do constitucionalismo moderno. Concebeu-se o texto constitucional como documento que deveria durar indefinidamente no tempo, e para assegurar sua duração as Constituições do século XVIII organizaram complexo processo de defesa e de proteção, que tornava a mudança constitucional hipótese distante e cuja efetividade dependeria da transposição das regras dilatórias do sistema de defesa.

Nesse sentido, entende-se que o que a permanência constitucional objetiva é a proteção dos direitos e garantias individuais em virtude da transcendência dos bens que ela tutela. O autor Luís Roberto Barroso²² complementa a ideia com a seguinte passagem:

Do ponto de vista objetivo, a superioridade da Constituição se deve à transcendência dos bens jurídicos que ela tutela: a limitação do poder, os valores fundamentais da sociedade, a soberania popular e os procedimentos democráticos. O constitucionalismo democrático funciona como um mecanismo de autolimitação ou pré-compromisso, por meio do qual se retira do alcance das maiorias eventuais direitos que constituem condições para a própria realização da democracia.

²⁰ BARROSO, op. cit., p. 146.

²¹ HORTA, Raul Machado. *Permanência, Mutações e Mudança Constitucional*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Disponível em: < http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/02/02/2002_11_01_0001.2xt/-versao_impresao?ed=02&folder=2 > Acesso em 24 abri. 2016.

²² BARROSO, op. cit., p. 147.

A permanência constitucional protege o texto de meros desejos de mudança sem profundas fundamentações. A mutação constitucional adequa a necessidade da população ao texto mesmo quando impossível a realização formal de alteração do texto constitucional.

Partindo-se da premissa que se entende possível e legal a mutação constitucional, é necessário que se faça uma observação quanto ao seu uso: este não pode se dar de maneira livre e desimpedida, sob pena de violar a própria supremacia da Carta Constitucional. Luís Roberto Barroso²³, sobre o tema, novamente leciona:

Sua legitimidade deve ser buscada no ponto de equilíbrio entre dois conceitos essenciais à teoria constitucional, mas que guardam tensão entre si: a rigidez da Constituição e a plasticidade de suas normas. A rigidez procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao passo que a plasticidade procura adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja indispensável recorrer, a cada alteração da realidade, aos processos formais e dificultosos de reforma.

Afirma-se, portanto, que os limites ao uso da mutação constitucional são: (a) as possibilidades semânticas da norma; e (b) a preservação dos princípios fundamentais daquela Constituição. Em outras palavras, o que se busca é a legitimidade da mutação constitucional a ser realizada.

Não cabe ao intérprete da Constituição lê-la de maneira que possa realizar seus anseios. Há de serem observados princípios basilares formadores daquela Carta jurídica, bem como as possibilidades de interpretação contida em cada artigo visando, sempre, a preservação da supremacia da Constituição e, por vai de consequência, do povo.

Ainda que se coloquem tais limites para o instituto da mutação constitucional, entende-se que, em verdade, não há conceito e delimitação tão certa. Nas palavras de Celso de Mello, ao julgar o HC 91.361-SP²⁴, a interpretação judicial é o instrumento apto a realizar as mutações constitucionais, desde que observados limites principiológicos da Carta. Guilherme Peña de Moraes²⁵, ao citar Celso Ribeiro Bastos, exemplificou a questão da seguinte maneira: “as tela e as tintas são a hermenêutica e atividade de pintar seria a interpretação”.

Limites não devem ser tidos como empecilhos para a evolução da interpretação da Carta Constitucional, mas sim como balizas necessárias à adequação da Carta à realidade fática-social mantendo, ainda, a essência constitucional.

²³ BARROSO, op. cit., p. 150.

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC nº 91.361/SP*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000064676&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

²⁵ MORAIS, Guilherme Peña. *Curso para Defensoria Pública da União*. Disponível em: <<http://www.cers.com.br>> Acesso em 24 jun. 2017.

O que não se deve admitir, conforme sustenta o Canotilho, nas palavras de Marcelo Novelino²⁶, são mutações incompatíveis com o dispositivo constitucional textual. Afirma Novelino que:

Segundo o constitucionalista português, as mutações constitucionais silenciosas poderiam ser consideradas um ato legítimo quando decorrentes da 'permanente adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa e desde que não sejam incompatíveis com os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da Constituição.

Mutação constitucional é possível, é razoável e, ainda, é interessante tanto ao povo quanto governo, porém, não se permite o uso desse instituto para constitucionalizar um fato, para readequar a interpretação constitucional de modo a amparar determinado caso, para transformar a Constituição, então, em uma mera folha de papel de acordo com a casuística.

Com isso em mente, busca a presente pesquisa analisar a compatibilidade do instituto da mutação constitucional ao julgado do Supremo Tribunal Federal em que readequou-se a interpretação de princípios constitucionais a fim de buscar proteção constitucional a determinado caso concreto.

Atenta-se, dessa forma, à lição de Klaus Stern²⁷ em que sustenta a possibilidade da interpretação concretizadora, mas não quando essa atinge de forma cabal a força normativa do texto constitucional.

A mutação pode ser constitucional, mas nunca inconstitucional. J. J. Canotilho²⁸, ao lecionar sobre o tema, apresenta o conceito da mutação exogenética. O patriotismo constitucional não defende as mutações constitucionais exogenéticas. E o que isso quer dizer? Conforme o citado autor, a mutação exogenética é aquela a que se dá o nome de inconstitucional por extrapolar os limites interpretativos dos dispositivos valendo-se de exemplos que estão fora da Carta Constitucional de modo a contrariar seus próprios preceitos essenciais.

O autor em comentário leciona que mutação - ou transição - constitucional é a revisão informal do texto onde se muda o sentido, sem mudar o formalmente o texto. Assim prossegue²⁹:

Todavia, uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (*Noremprogramm*), e, outra coisa, é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional

²⁶ NOVELINO, op. cit., p. 142.

²⁷ Ibid., p. 143

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1228.

²⁹ Ibid., p. 1228

inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente incompatíveis pelo programa da norma constitucional.

Mutação exogenética, portanto, é a mutação inconstitucional.

A mutação constitucional, portanto, se torna possível de ser usada quando se está diante do que Canotilho denomina por “problema normativo endogenético”, ou seja, um problema que pode ser resolvido dentro da própria semântica do texto, pois, caso contrário, seria o caso de uma evolução normativamente exogenética.

Questiona-se, então, qual exemplo melhor para demonstrar a mutação exogenética do que uma decisão do Guardião da Constituição que contraria seus preceitos protetores da intimidade individual quando entende pela desnecessidade de manifestação judicial ao se quebrar o sigilo bancário? Esse é o ponto a presente pesquisa: a análise acerca da ocorrência, ou não, da quebra da essência constitucional ao se garantir a possibilidade do afastamento do sigilo bancário sem manifestação do Poder Judiciário.

Em vista do exposto, discute-se: o sigilo bancário é protegido pela Carta de 1988? O sigilo bancário é direito individual? Ele é consectário da dignidade da pessoa humana? E mais: entender pela constitucionalidade de um artigo que reinterpreta o princípio da intimidade, diminuindo seu espectro de proteção é mutação constitucional? É mutação inconstitucional?

Para que melhor se possa analisar o tema, apresentam-se, nos capítulos seguintes os direitos em conflito, bem como as posições do Supremo Tribunal Federal acerca da necessidade ou não da observância da manifestação do Poder Judiciário quando da quebra do sigilo bancário. Ponderam-se, primordialmente, os Recursos Extraordinários n 601.314/SP³⁰ e 389.808/PR³¹ responsáveis pela divergência acerca do tema.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 601314 SP*. Relator Ministro Ricardo. Lewandowski. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj1w93Ep6PWAhXNI5AKHVLqB4UQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fstf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DTP%26docID%3D11668355&usq=AFQjCNETwCiJO-m9EKdiyuRVgNeoH-xvXQ>>. Acesso em 13 jul.2017.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 601314 SP*. Relator Ministro Ricardo. Lewandowski. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwizucmhqKPWAhUDIZAKHShBD-gQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fstf.jus.br%2Fportal%2FinteiroTeor%2FobterInteiroTeor.asp%3Fid%3D622715&usq=AFQjCNGILsXWMgWzh-nwtAFpOjF-a0Hrew>>. Acesso em 13 jul.2017.

2. A ESSÊNCIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 EM ANÁLISE

Com o conceito de mutação constitucional em mente, requer-se, agora, analisar os direitos sobre os quais o instituto incide. Os direitos analisados nesse capítulo em muito se confundem, porém, são de importância ímpar ao indivíduo.

Direitos fundamentais são, nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos, podem ser entendidos como “o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária³²”. Para o autor, portanto, tais direitos estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, do indivíduo.

Por sua vez, José Afonso da Silva³³ entende que “no qualitativo ‘fundamentais’ achase a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza (...)”. Outra não poderia ser a conclusão do autor citado uma vez que tais direitos são ínsitos à pessoa e ao seu desenvolvimento e sobrevivência.

Paulo Gustavo Gonet Branco³⁴ complementa o ensinamento com a menção de que se entende por direitos fundamentais o “núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões”. A Constituição é o local adequado para essa positivação uma vez que conta com a característica da permanência capaz de dar a todos a sensação de segurança e manutenção dos direitos e garantias.

Dispõe o parágrafo único do art. 1º da Carta Constitucional que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Isso quer dizer que cabe ao povo entregar nas mãos de seus representantes poder para governá-lo. Esse poder, entretanto, ainda que vise ao bem “de todos” não é absoluto. O poder, muito pelo contrário, deve possuir limites para que assim se evite qualquer espécie de arbitrariedade.

A lógica dos direitos fundamentais, bem como de suas garantias, se encontra nessa afirmativa: o poder deve ser limitado para que, só assim, seja bem exercido e seja exercido em

³² BULOS, op. cit., p. 506 - 524.

³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 40. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 174 - 177.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 280 - 289.

prol do povo - povo esse titular do poder. Positivar os direitos tem por objetivo, então, preservar o povo da sua própria delegação de poder.

Ainda que os referidos direitos sejam limites ao poder delegado, tais direitos não são absolutos, podendo, então, ocorrer a sua relativização. Os direitos fundamentais não podem ser usados como um escudo protetivo para prática de condutas ilícitas, conforme leciona Alexandre Moraes³⁵.

Muito pelo contrário. Tais direitos se limitam por eles mesmos – em caso de conflito entre direitos, vale-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de modo não a suprimir um deles, mas sim a combinar ambos e ver a melhor aplicabilidade no caso em análise. Nesse sentido, leciona o autor³⁶:

[...] direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, contudo desconhecem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito.

Questiona-se, então, qual o alcance dos referidos direitos fundamentais. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta os direitos e deveres individuais e coletivos em seu art. 5º, o qual assim dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

O alcance, portanto, seria o único possível de acordo com a leitura teleológica e sistemática da Carta: a expressão “todos” significa todos em território brasileiro. Alcança, portanto, brasileiros, estrangeiros e pessoas jurídicas. Outra lógica não seria possível³⁷.

Apresenta-se, em sequência ao caput do art. 5º, uma lista não taxativa de direitos protegidos pela Carta Constitucional. Certo que todos têm sua importância, contudo, para a presente pesquisa, faz-se necessária a análise daqueles que rodeiam a privacidade da pessoa humana:

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

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

³⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 32.

³⁶ *Ibid.* p. 33.

³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Reclamação AgR-ED nº 1905/SP*. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj4hfaVsKPWAhXJPPAKHT3aCz4QFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2FinteiroTeor%2FobterInteiroTeor.asp%3Fid%3D347936&usg=AFQjCNHTzvNWIFWvM_wC0WGbE0GHQNLdQ > Acesso em: 17 jul. 2017.

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

Todos os casos elencados acima entre os incisos X e XII, de fato, tratam de alguma espécie de proteção à privacidade. Prudente considerar que tais direitos são conexos ao direito à vida, conforme leciona José Afonso da Silva³⁸, pois, por não se enquadrarem no caput do artigo, imperioso classificá-los como adjacentes a algum ali previsto de modo a efetivar sua proteção.

No que diz respeito à privacidade, o primeiro inciso referente ao tema é o X que dispõe ser inviolável “intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Sua importância é tamanha uma vez que protege os direitos da personalidade do ser humano – direitos mais íntimos do seu ser que lhe garantem, quando preservados, a vida digna e respeitosa. Certo é que a intimidade é a esfera interna de preservação do ser enquanto a privacidade, por sua vez, teria uma abrangência maior. Daí se retira que a proteção dada ao ser humano é na sua maior abrangência, no que diz respeito à sua privacidade como um todo. A privacidade, à luz da Constituição de 1998, apresenta-se como maneira de viver sua própria vida, sem a ingerência alheia. Obsta-se, assim, qualquer intromissão ou influência desnecessária.

O inciso XI, por sua vez, trata da inviolabilidade domiciliar. O termo domicílio não se restringe somente à casa do ser humano. Por domicílio, entende-se todo o local que o ser humano ocupa com exclusividade – seja sua casa ou seu quarto de hotel. Sendo assim, relativiza-se esse direito somente em casos excepcionais de extremo interesse público – “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Certo, portanto, que se chega ao ponto necessário para a análise da presente pesquisa: o inciso XII – “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. A privacidade, portanto, abarca o que se denomina por “sigilo de dados”. A inviolabilidade do sigilo de dados surge com a Carta de 1988 de modo a complementar a garantia supramencionada prevista no inciso XI. Nesse sentido, Moraes³⁹ afirma:

³⁸ SILVA. op.cit., p. 208.

³⁹ MORAES, op.cit., p. 35.

A inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º XII) complementa a previsão ao direito à intimidade e a vida privada (art. 5º, X), sendo ambas as previsões de defesa da privacidade regidas pelo princípio da exclusividade, que pretende assegurar ao indivíduo sua identidade.

O sigilo em questão abarca a correspondência, as comunicações telegráficas, as comunicações de dados e, ainda, as comunicações telefônicas e, inclui-se aqui, ainda que implicitamente, o sigilo bancário e fiscal. Sendo protegido o sigilo bancário e o sigilo fiscal pela Carta Constitucional, sua relativização, ainda que possível, deve se dar nos moldes da própria Constituição: “a constitucionalização do segredo de dados foi uma novidade trazida pela Carta de 1988, abrangendo os sigilos bancários e fiscal⁴⁰”.

As comunicações de dados, conforme leciona Uadi Lammêgo Bulos⁴¹, compreendem “todas as informações confidenciais sobre pessoas físicas e jurídicas, presentes nos bancos, nas instituições financeiras, creditícias, e fazendárias; nos fichários, pastas arquivos e cadastros dos órgãos dos Poderes Públicos e dos organismos privados”. À outra conclusão o autor não poderia chegar, qual seja, a de que, em princípio, esses dados devem permanecer em segredo, para que, só assim, o direito à privacidade não venha a ser violado pelas autoridades competentes.

Os sigilos bancário e fiscal são consagrados como direitos individuais protegidos pela própria Constituição, conforme já analisados, e, como tal, sua relativização não deve se dar de maneira simples e sem observância de uma terceira parte neutra e independente que venha a analisar o caso imparcialmente.

A pesquisa em questão visa a demonstrar a importância de tais direitos e a relevância de sua proteção, uma vez que não são proteções dispensáveis ao ser humano, mas sim essenciais à sua própria natureza, pois, sem eles, não haveria se falar em privacidade em qualquer grau.

Portanto, questiona-se qual seria a posição mais adequada quando da análise de tais direitos: a simples relativização por interesse de parte envolvida no processo ou a relativização por meio de um terceiro neutro e imparcial?

Para melhor compreensão, imagine o exemplo: contribuinte, titular do direito ao sigilo bancário, tem seu sigilo devastado (ou transferido) para a outra parte interessada no assunto, qual seja, a Receita Federal – caberia à própria Receita requerer tal transferência à instituição financeira ou caberia ao Poder Judiciário a análise da adequação da medida?

⁴⁰ BULOS, op. cit., p. 589.

⁴¹ Ibid., p. 588.

A limitação do poder visa a proteção o indivíduo-cidadão-contribuinte. Onde está a limitação do poder? Onde está a proteção individual?

3. A DIGRESSÃO DA ANTIGA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SIGILO BANCÁRIO

Na atualidade, nota-se que a atividade bancária é de importância mister para o funcionamento correto da economia. O sigilo bancário, portanto, elemento da atividade bancária, é tema de relevante preocupação tanto para os fornecedores do serviço quanto para seus usuários.

Tanto doutrina como jurisprudência, em momento anterior à previsão contida no art. 6º da LC 105/201, manifestavam entendimento no sentido de que o sigilo bancário, apesar de não ser absoluto, era protegido pelo direito à intimidade, garantido na Constituição Federal, estando sujeito, portanto, à reserva de jurisdição para que houvesse seu afastamento.

Nesse sentido, antigo posicionamento consolidado do Supremo Tribunal Federal que se manteve intacto por muitos anos:

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da Republica norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. (STF - RE: 389808 PR, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 15/12/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218)⁴²

O referido entendimento é em razão da ora derogada Lei 4.595/64, que em seu art. 38 trazia a necessidade de autorização judicial:

Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. § 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

Entretanto, com o advento da LC105/201 houve uma reviravolta. O art. 6º passou a trazer expressa previsão acerca da possibilidade de quebra do sigilo bancário sem que houvesse necessidade de autorização judicial para tal. Isso se dá em razão da própria leitura do texto da lei complementar:

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

⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE nº 389808. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622715>>. Acesso em: 18 set. 2016.

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.

Em outras palavras, o que dispõe o artigo supracitado é que, havendo processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e exames da movimentação bancária fossem considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente, poderia o sigilo de o contribuinte ser afastado mesmo que sem autorização judicial. O requisito indispensável, entretanto, seria a existência de processo administrativo instaurado ou mesmo procedimento fiscal em curso.

Ressalta-se, assim, que a quebra do sigilo não se daria de forma arbitrária fosse pela Receita Federal ou por qualquer outra autoridade, mas tão-somente quando houvesse procedimento próprio apurando o fato questionável. Somando-se a isso, o requisito da extrema necessidade também seria avaliado.

De todo modo, ainda que a nova previsão tenha trazido extrema clareza, questionou-se sua validade em razão dos direitos constitucionais, antes privilegiados, previstos no art. 5º, inciso X e XII, da CRFB/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]

Que o sigilo bancário não tem caráter absoluto, podendo ser levantado por decisão judicial, nunca foi questionado, afinal, sequer o direito à vida é tido por absoluto. Entretanto, haveria proteção implícita garantida a ele pelos dispositivos transcritos acima.

Esses direitos, por se encontrarem expressos no art. 5º da CRFB/88 são protegidos, também, pelo que se chama de cláusula pétrea. Nesse sentido, dispõe o art. 60, parágrafo 4º, da CRFB/88 que:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

Direitos e garantias individuais, previstos no art. 5º, não podem ser sequer objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a aboli-los. Isso porque a Constituição Cidadã de

1988 rompeu um período de ditadura extrema e buscou positivar o máximo possível de direitos aos indivíduos.

Nesse passo, entende-se que uma emenda constitucional pode alterar o art. 5º desde que seja para trazer mais direitos aos indivíduos, mas nunca para retirar-lhes direito. A reflexão, portanto, deve ser a seguinte: a alteração da lei referente ao sigilo bancário atacou os direitos constitucionais garantidos pela atual Constituição? A resposta para questão não é simples.

A primeira turma do STF, no ano de 2007, ao analisar a possibilidade da quebra de sigilo bancário por autoridade competente, que não judicial, entendeu pela sua impossibilidade⁴³, ainda que por três votos a dois. Em razão de tal entendimento em controle difuso de constitucionalidade, imaginou-se que, ao julgar o RE 601.314 SP, bem como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade a ele apensadas que questionavam os arts. 5º e 6º da LC 105/01, o posicionamento seria pacificado no que se refere à inconstitucionalidade.

Algumas teses foram defendidas tanto nesse julgamento como e em outros⁴⁴ acerca da necessidade da autorização judicial:

Como primeiro argumento, ressalta-se o princípio da separação de poderes. Isso porque, o Fisco, ao solicitar autorização, atua como parte interessada. O judiciário, ao conceder autorização a concede com base em juízo exauriente desde que haja real ou justo motivo para tal afastamento. Certo é que cada poder atua na sua área de saber e conhecimento, de forma a não confundir interesses.

Como segundo argumento, sustenta-se o que já foi trazido acima: a existência de proteção advinda de cláusula pétrea. O sigilo advém da intimidade e da privacidade do contribuinte, sendo evidente que ao Fisco está imposta a limitação da cláusula pétrea, pois, caso contrário, de nada serviria o art. 60 da CRFB/88.

Como terceiro argumento, ainda no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, entende-se que, nos termos do art. 5º, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade [...]. A própria Constituição garante no caput do art. 5º o direito à liberdade, sendo, portanto, o cidadão livre do governo, ainda que a

⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RE. 461.336 DF*. Min. Relator Marco Aurélio de Melo. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2325618>>. Acesso em: 13 set. 2017.

⁴⁴ Como exemplo, cita-se, também, os recursos extraordinários *219.780 PE*, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, cujo julgamento se deu em 13/04/1990, bem como *389.808 PR* de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Melo, cujo julgamento se deu em 10/05/2011. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1684528>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

ele deva obediência. Não deve, porém, sujeição irrestrita. É livre para fazer e desfazer da maneira que achar melhor, não estando subordinado a tudo que o governo demanda.

Como quarto argumento, complementando o acima, e ainda no que diz respeito à liberdade, analisa-se o devido processo legal, previsto no inciso LIV do art. 5º. Para que haja privação, seja de bens ou de direitos, requer-se a observância do devido processo legal, direito à ampla defesa, ao contraditório – elementos caracterizadores de um Estado Democrático de Direito⁴⁵.

O sigilo fiscal encontra seu respaldo no art. 198 do Código Tributário Nacional:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

Ocorre, porém, que esse artigo foi alterado pela LC 104/2001 que ampliou a possibilidade da relativização do sigilo trazendo exceções à necessidade de sua observância:

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001) I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. § 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. § 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a: I – representações fiscais para fins penais; II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; III – parcelamento ou moratória.

Dessa forma, permite-se ao Estado intrometer-se na vida do contribuinte de maneira extrema, autorizando-se, inclusive, conforme se constata da redação do parágrafo 2º, a possibilidade de intercâmbio de informação sigilosa, cujo sigilo se entende por mantido em razão do procedimento de entrega.

Além disso, o inciso II do parágrafo 1º apresenta outro exemplo em que a informação do contribuinte é repassada de modo a atacar os direitos previstos no art. 5º da CRFB/88. Dispõe o inciso em questão acerca da possibilidade das informações serem recebidos por autoridade diversa da tributária de modo que fica praticamente descaracterizado o que ainda se chama de sigilo bancário.

Nota-se, com a transcrição do art. 198 do CTN, que as possibilidades da Fazenda Pública de acesso às informações bancárias são quase que absolutas fazendo com que o

⁴⁵ DANTAS, David Diniz. O Sigilo Bancário e o Conflito Entre Princípios Constitucionais. In: PIZOLIO, Reinaldo, VIEGAS Junior, Jayr. *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 317-362.

entendimento acerca da desnecessidade de autorização judicial para a quebra do sigilo seja a última gota para levá-lo ao seu fim.

A consagração da desnecessidade da autorização judicial retira do Poder Judiciário sua participação pelo devido processo legal como único não interessado capaz de manter a neutralidade da decisão.

Além disso, nota-se uma afronta ao texto constitucional nos já mencionados incisos que garantem a intimidade, privacidade, e sigilo. Não há, portanto, qualquer resguardo aos direitos constitucionais previstos, de modo a caracterizar visível afronta à proteção que a Constituição garante.

Inclusive, coaduna com a antiga posição do STF, posição levantada por Celso de Melo⁴⁶, quando da análise do RE 601.314 SP, que entender pela constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC 105/01. Seu voto, portanto, merece destaque por trazer posições que corroboram o entendimento firmado nesse capítulo.

Menciona o Ministro que ninguém, mesmo a autoridade do aparelho estatal, pode se sobrepor à CRFB/88 e seus princípios. Atentou ao fato de que “a agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais” estaria retardada ao se possibilitar a quebra do sigilo sem a manifestação do Poder Judiciário.

Privacidade, em seu entendimento, deve ser analisada em suas múltiplas dimensões, projetando-se, inclusive, na privacidade financeira, cuja intenção é proteger o contribuinte de qualquer arbitrariedade estatal que porventura venha a ser praticada pela Administração Pública.

A exposição e a revelação de dados protegidos pela cláusula do sigilo bancário, dessa forma, mereceriam estar amparadas pela reserva de jurisdição em razão da “inestimável garantia institucional de proteção aos direitos, liberdades e prerrogativas das pessoas em geral”⁴⁷.

O argumento da neutralidade é trazido à tona, mais uma vez, no voto proferido. Isso porque cabe ao Judiciário, como terceiro desinteressado, a resolução de um conflito, por meio de ponderação de interesse. Ressalta que:

Não tem sentido, contudo, que o legislador haja outorgado essa competência à própria Administração Tributária, incumbindo-a de superar, ainda que mediante critérios e procedimentos indicados na lei, a situação de polaridade conflitante que a

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 601.314 SP*. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj5h8GGtqPWAhXGFJAKHeq8B04QFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fredir.stf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DTP%26docID%3D11668355&usg=AFQjCNETwCiJO-m9EKdiyuRVgNeoH-xvXQ>>. Acesso em: 13 set. 2017.

⁴⁷ Ibid.

opõe ao contribuinte, quando, na realidade, essa função, de caráter eminentemente arbitral, deve ser desempenhada pelo Poder Judiciário, que ostenta, nessa participar condição institucional, o atributo – inerente à jurisdição da ‘*terzieta*’.

Cabe à Administração Pública observar, nos termos do parágrafo 1º do art. 145 da CRFB, os direitos individuais das pessoas em geral e dos contribuintes em particular, sendo certo que os poderes da Administração não podem ser tidos como absolutos, encontrando limites intransponíveis nos direitos e garantias fundamentais.

Ademais, possuiria a Administração Pública meios hábeis e suficientes, tal como a medida cautelar fiscal, para garantir o pagamento das obrigações tributárias pelo contribuinte, não havendo se falar que a possibilidade da quebra do sigilo seria o único meio e/ou meio mais eficaz para a realização do pagamento.

Inclina-se o citado Ministro, bem como aqueles que corroboram a tese da necessidade de autorização judicial para a quebra, ao argumento de que os direitos e garantias individuais merecem extrema proteção, de modo a impedir quaisquer arbitrariedades perpetradas pelo Fisco. Tais arbitrariedades podem ser caracterizadas, inclusive, como atos eivados de ilicitude, transgredindo a ordem jurídica⁴⁸.

Quando do julgamento do HC 90.050, cujo Ministro relator também foi o Ministro Celso de Mello, consolidou-se o entendimento de que os agentes e órgãos da Administração Pública não possuem poderes absolutos porque eles devem observar, ainda que prezem pelo direito público e interesse público, os direitos e garantias constitucionais que são limites intransponíveis⁴⁹.

Não se busca afirmar que os direitos e garantias previstos na Constituição sejam absolutos, de modo algum. Legitimam-se medidas restritivas de tais prerrogativas desde que haja justa causa para a adoção de uma restrição. Porém, a possibilidade de se aceitar restrições a direitos não significa que isso venha a ser entendido como regra, mas sim como exceção. Esse não foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal - consolidou-se a exceção ao declarar a constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LCP 105/01.

O sigilo bancário, no entendimento do Ministro Celso de Mello, reflete uma expressiva projeção da garantia fundamental da privacidade, principalmente em sua dimensão financeira, não podendo ser inobservado em razão de arbitrariedades públicas.

A conclusão não é unívoca.

⁴⁸ BRASIL. *RTJ* 162/3-6, 4, Rel. Min Ilmar Galvão – *RTJ* 185/237-238, Rel. Sepúlveda Pertence – RE 331.303-AgR/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Nesse mesmo sentido, MS 23.669-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>>. Acesso em: 13 set. 2017.

⁴⁹ BULOS, op. cit., p. 506 - 524.

O STF já proclamou a plena compatibilidade jurídica da quebra do sigilo bancário com a norma prevista no art. 5º, X e XII, reconhecendo possível, desde que presentes razões para tal, a extrema necessidade e proporcionalidade da medida⁵⁰.

Ainda que o art. 5º da CRFB/88 assegure, expressamente, em seu inciso X, os direitos à intimidade e à vida privada e, no inciso XII, a inviolabilidade do sigilo de dados, nenhum direito é absoluto, por isso, justamente, a mesma Carta Constitucional que assegura tais direitos ao contribuinte também assegura ao Fisco, nos termos do art. 145, parágrafo 1º, a "identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte".

Questiona-se, então, como ficam os direitos fundamentais do contribuinte após toda essa análise? Em outras palavras, como fica a privacidade e o sigilo do contribuinte quando a regra passa a ser o afastamento do sigilo sem observância da reserva de jurisdição?

A CRFB/88, em seu art. 60, parágrafo 4, elenca o que é entendido por cláusula pétrea. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (a) a forma federativa de Estado; (b) o voto direto, secreto, universal e periódico; (c) a separação dos Poderes; e (d) os direitos e garantias individuais.

Direitos e garantias individuais, previstos no art. 5º, portanto, incluem-se nessa limitação. A Carta Constitucional protege de maneira precisa e expressa a intimidade e a privacidade do cidadão em todas as suas dimensões, afinal, em momento algum o texto constitucional faz qualquer ressalva.

Leciona Novellino⁵¹ que tais direitos emanam diretamente da dignidade da pessoa humana de modo que seria a privacidade um gênero e a intimidade e vida privada, espécies e, como tal, deveriam ser ainda mais preservadas.

Nesse contexto se enquadram os sigilos de dados bancários, fiscais, informáticos e telefônicos. Ainda que se entenda que os direitos à intimidade e vida privada possuam um caráter cultural e relativo, cabendo ao Poder Judiciário concretizá-los, não se deve afastá-los de sobremaneira a comprometer a principiologia da Carta Constitucional.

Nesse sentido, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça, corroborando tese firmada nesse capítulo⁵²:

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 577-QO/DF*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751239/questao-de-ordem-na-peticao-pet-qo-577-df/inteiro-teor-100467431>>. Acesso em: 13 set. 2017.

⁵¹ NOVELINO, op.cit., p. 491 – 495.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.361.174-RS*, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25116991/recurso-especial-esp-1361174-rs-2013-0008417-0-stj/inteiro-teor-25116992>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

Informativo nº 054 Período: 13 de agosto de 2014. Quinta Turma. DIREITO PROCESSUAL PENAL. NULIDADE DE PROVA ADVINDA DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. Os dados obtidos pela Receita Federal com fundamento no art. 6º da LC 105/2001, mediante requisição direta às instituições bancárias no âmbito de processo administrativo fiscal sem prévia autorização judicial, não podem ser utilizados para sustentar condenação em processo penal. Efetivamente, afigura-se decorrência lógica do respeito aos direitos à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, da CF) a proibição de que a administração fazendária afaste, por autoridade própria, o sigilo bancário do contribuinte, especialmente se considerada sua posição de parte na relação jurídico-tributária, com interesse direto no resultado da fiscalização. Apenas o Judiciário, desinteressado que é na solução material da causa e, por assim dizer, órgão imparcial, está apto a efetuar a ponderação imprescindível entre o dever de sigilo - decorrente da privacidade e da intimidade asseguradas aos indivíduos em geral e aos contribuintes, em especial - e o também dever de preservação da ordem jurídica mediante a investigação de condutas a ela atentatórias. Nesse contexto, diante da ilicitude da quebra do sigilo bancário realizada diretamente pela autoridade fiscalizadora sem prévia autorização judicial, deve ser reconhecida a inadmissibilidade das provas dela advindas, na forma do art. 157 do CPP, de acordo com o qual "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais". Precedente citado do STF: RE 389.808-PR, Tribunal Pleno, DJe 9/5/2011. Precedente citado do STJ: RHC 41.532-PR, Sexta Turma, DJe 28/2/2014; e AgRg no REsp 1.402.649-BA, Sexta Turma, DJe 18/11/2013. REsp 1.361.174-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 3/6/2014.

O referido Tribunal compreendeu que, ainda que os dados fossem obtidos nos termos do art. 6º da LC 105/01, tais dados seriam incapazes de serem usados como prova lícita no processo penal em razão da violação aos princípios constitucionais, cuja reserva de jurisdição teria o escopo de relativizar.

Lógica diversa se aplica, porém, quando o objeto é público⁵³:

Informativo nº 0572. Período: 28 de outubro a 11 de novembro de 2015. DIREITO PROCESSUAL PENAL. REQUISIÇÃO PELO MP DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS DE ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Não são nulas as provas obtidas por meio de requisição do Ministério Público de informações bancárias de titularidade de prefeitura municipal para fins de apurar supostos crimes praticados por agentes públicos contra a Administração Pública. É pacífico na doutrina pátria e na jurisprudência dos Tribunais Superiores que o sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade/privacidade, consagrado no art. 5º, X e XII, da CF. No entanto, as contas públicas, ante os princípios da publicidade e da moralidade (art. 37 da CF), não possuem, em regra, proteção do direito à intimidade/privacidade e, em consequência, não são protegidas pelo sigilo bancário. Na verdade, a intimidade e a vida privada de que trata a Lei Maior referem-se à pessoa humana, aos indivíduos que compõem a sociedade e às pessoas jurídicas de direito privado, inaplicáveis tais conceitos aos entes públicos. Ademais, entendeu o STF que as "Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal" (MS 33.340-DF, Primeira Turma, DJe de 3/8/2015). Decisão monocrática citada: STJ, RCD no HC 301.719-CE, DJe 13/3/2015. HC 308.493-CE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 20/10/2015, DJe 26/10/2015.

⁵³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *HC 308.493-CE*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201402884063.REG>>. Acesso em 02 de nov. de 2016.

Observa-se, portanto, que a tutela do sigilo não tem por escopo dificultar qualquer investigação a ser realizada pelo Poder Público. Muito pelo contrário. No entendimento do Ministro Celso de Mello, o órgão responsável pela investigação pode, a qualquer tempo, requerer autorização judicial para tal, de maneira rápida eficiente, sem que tenha sua investigação prejudicada. O que se busca evitar, mais uma vez, é a prática de qualquer arbitrariedade.

Portanto, ressalvadas as hipóteses de fornecimento voluntário dos dados bancários e financeiros e de Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 68, parágrafo 3º CRFB/88), os demais meios de investigação por autoridades requereriam autorização judicial para que o sigilo bancário viesse a ser quebrado privilegiando, assim, os direitos e garantias fundamentais previstos na CRFB/88.

Convém retornar à análise do voto do Ministro Celso de Mello, quando do julgamento do RE 389.808, recurso esse que consolidou a posição privilegiando a proteção ao sigilo fiscal, nos termos do art. 5º, X e XII da CRFB, por se tratar de documento essencial à formação da outrora posição adotada.

O Ministro proferiu voto de modo a dar relevo à proteção constitucional face às possíveis arbitrariedades perpetradas pela Administração Pública⁵⁴. Ressaltou-se o fato de que os órgãos estatais da administração tributária não guardam, em relação ao contribuinte, posição equidistante tampouco de interesse pessoal na controvérsia. A lógica de análise é reversa: tal como os direitos individuais não são tidos por absolutos, tampouco devem ser tidas por absolutas as atribuições constitucionais previstas aos órgãos, entidades e afins.

O Judiciário, portanto, como terceiro desinteressado no feito, opera de modo a neutralizar as possíveis transgressões, abusos ou ilícitos perpetrados por entidades governamentais. Inclusive, quando do julgamento do HC 93.050 - RJ⁵⁵ restou consolidada a posição de que não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, conforme se vê abaixo:

(...) ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - FISCALIZAÇÃO - PODERES - NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTES E DE TERCEIROS . - Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em 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

⁵⁴ BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. RE 389.808/PR. op. cit., p. 225-278.

⁵⁵ BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. HC nº 93.050/RJ. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2576066>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

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, cuja 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. (...) (STF - HC: 93050 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 10/06/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-04 PP-00700)

Não se privilegia o direito ao sigilo sobre o dever de pagar tributo. O que se busca evitar com o reconhecimento de reserva de jurisdição, para a quebra ou transferência do sigilo, é a arbitrariedade que pode vir a ser perpetrada:

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 coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. Isso não significa, contudo, que o estatuto constitucional das liberdades públicas – nele compreendida a garantia fundamental da intimidade e da privacidade – possa ser arbitrariamente desrespeitado por qualquer órgão do Poder Público⁵⁶.

Do ponto de vista da autonomia individual⁵⁷, questiona-se o que seria o sigilo bancário. O sigilo bancário, em verdade, é uma das expressões do direito de personalidade. Como expressão do direito da personalidade, ele significa uma proteção às informações e transações do contribuinte de modo a tê-las livres de ingerência arbitrária ou ilegal, de quem quer que seja (Estado, a própria instituição financeira ou terceiro interessado).

A proteção do sigilo bancário, portanto, decorre diretamente da atual Carta Constitucional. Nesse sentido, leciona Arnaldo Wald⁵⁸.

Se podia haver dúvidas no passado, quando as Constituições brasileiras não se referiram 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.

A lógica apresentada pelo autor não poderia ser outra. A evolução constitucional trouxe à tona a proteção do sigilo bancário, ainda que implicitamente, no texto constitucional, tal qual ocorre em demais países. O autor assim prossegue:

⁵⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *MS nº 23.452/RJ*. Relator Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1763585>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

⁵⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RE nº 601.314/SP*. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2689108>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

⁵⁸ WALD, Arnaldo. *Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas*. V. 1/206. São Paulo: RT, 1992, p. 53.

Efetivamente, as Constituições Brasileiras anteriores à de 1988, não só 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.

Valendo-se da linha de raciocínio acima exposta, justamente em virtude de tais papéis mencionado por Wald, ao dissertar sobre o tema, é que se assegura ao sigilo bancário a qualidade de consectário lógico do princípio da intimidade e do sigilo de dados previstos nos incisos X e XII do art. 5º da CRFB/88. Não só, conclui o autor:

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 informação é poder. Isso significa que a permissão do acesso aos dados bancários dos contribuintes pela Fazenda Pública faz com que a relação que já nasce desigual entre Fisco e contribuinte seja expandida de modo a tornar natural o acesso de uma parte aos dados de outra parte, parte essa considerada vulnerável, no caso, o contribuinte.

Não se defende, porém, serem absolutos os direitos à privacidade, intimidade e ao sigilo. Muito pelo contrário. O próprio Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados⁵⁹, manifestou seu entendimento no sentido de que o direito à intimidade, à privacidade, ao sigilo de dados cede quando houver “preponderância axiológica e jurídica social do interesse público”⁶⁰.

A quebra – ou transferência – é um ato de extrema gravidade jurídica e, por sê-lo, deve ocorrer somente em situações excepcionais, desde que haja fundados elementos que venham a justificar tal ato e, ainda, observados procedimentos previstos em lei.

Aventado tal entendimento⁶¹ na seguinte passagem do voto em comentário:

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 justifique, 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 financeiras.

⁵⁹ Sugere-se, pois, a leitura de alguns julgados referentes ao tema: AI 528.539/PR. Relatoria do Min. Cezar Peluso, bem como o AI 655.298 – AgRg/SP de Relatoria do Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>> Acesso em: 13 set. 2017.

⁶⁰ BRASIL, op. cit., nota 42, p. 266.

⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 30, p. 234.

Melhor conclusão não há. A quebra do sigilo, quando realizada, deve ser feita com cautela, com análise profunda do que motivo pelo qual ela está sendo feita tendo em vista, mais uma vez, que o direito à intimidade é direito fundamental que não pode ser e nem deve ser violado por motivos irrelevantes. Sigilo bancário, portanto, é compatível com a CRFB/88:

É preciso salientar, neste ponto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal proclamou a pena compatibilidade jurídica da quebra do sigilo bancário com a norma inscrita no art. 5º, X e XII, da Constituição (Pet 577-QO/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 23/04/93), reconhecendo possível autorizar – quando presentes fundadas razões – a pretendida ‘disclosure’ das informações bancárias reservadas (RTJ 128/366).⁶²

Colisão de direitos existe e cabe aos interpretes do direito a análise, de acordo com o caso concreto, distinguir qual deve prevalecer, uma vez que direitos fundamentais não são revogáveis, são priorizados conforme com a situação. O que se busca, portanto, é a “harmoniosa composição dos direitos em situação de colidência”, conforme sustenta José Carlos Vieira de Andrade⁶³.

Possível, portanto, a decretação da quebra do sigilo quando não houver outra forma, menos prejudicial, de se atingir o objetivo pretendido – objetivo, esse, mais uma vez, que deve ser de relevantíssimo interesse público social para que se imponha a quebra do sigilo. Celso de Melo, assim menciona:

[...] impõe-se o deferimento da quebra do sigilo bancário, sempre que essa medida se qualificar como providencia essencial e indispensável à satisfação das finalidades inderrogáveis da investigação (e/ou 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 MENDES, “Sigilo Bancário, Direito de Autodeterminação sobre Informações e Princípio da Proporcionalidade”, “in” Repertório IOB de Jurisprudência n 24/92 quinzena de dezembro/92.

Remete-se ao texto indicado na citação acima, qual seja, “Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade⁶⁴”, de autoria de Ives Gandra e de Gilmar Mendes que assim se posicionam:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvobehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, mas também, adequação (Geeignetheit) desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade (Notwendigkeit oder

⁶² Ibid.

⁶³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 220 - 224,

⁶⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira, in *Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade*, publicado no Repertório IOB de Jurisprudência, nº 24/92, p. 428.

Erforderlichkeit) de sua utilização. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida restritiva há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito).

O que se retira da citação acima é que a quebra será aceita quando atender ao interesse público e não quando atender somente aos interesses de um dos envolvidos. E como será determinado esse requisito? A resposta, à época, era simples: pela reserva absoluta de jurisdição.

Sendo assim, nada mais a se somar senão o argumento de que a decretação do afastamento do sigilo, medida excepcional, deve ocorrer quando houve a existência de causa provável quanto à ocorrência de fato cuja apuração seja de extremo 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 indiscriminado e ordinária devassa da vida financeira das pessoas em geral⁶⁵.

Aplicar a *disclosure*, supramencionada, somente seria possível quando observado o devido processo legal e o princípio da razoabilidade⁶⁶, em outras palavras, tão-só quando se “examina a necessidade, razoabilidade e justificação das restrições à liberdade individual”.

E o que se retira desse contexto? A ideia de que a lei não pode desrespeitar a Carta Constitucional, Carta essa que protege os direitos e garantias individuais, em seu art. 5º. A exigência da preservação do sigilo bancário, portanto, nada mais é do que o respeito à própria Constituição, ao indivíduo e, principalmente, à sua intimidade. E quando se permite limitações aos direitos e garantias constitucionais conferidos ao cidadão? Quando o poder investido assim decide⁶⁷:

[...] A ruptura desse círculo de imunidade só de 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 bancária.

Apenas o Judiciário é órgão capaz de decretar a quebra do sigilo - ressalvada a competência das Comissões Parlamentares de Inquérito, art. 58, §3. CRB/88. Somente esse poder pode analisar, sem interesses próprios, se a quebra é favorável, ou não, ao interesse público, de modo a evitar uma possível devassa desnecessária à intimidade do particular. Caso se entenda ser pertinente a devassa do sigilo naquele caso concreto analisado, o Judiciário deferirá a quebra por entender, afinal, que nenhum direito é absoluto.

⁶⁵ BRASIL, op. cit., nota 42, p. 270.

⁶⁶ WALD, Arnold. op. cit., p. 207.

⁶⁷ BRASIL, op. cit., nota 42, p. 272.

Por fim, argumenta o ministro Celso de Mello⁶⁸ que:

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

Sendo assim, quando do julgamento do RE 389.808 PR, por maioria, deu-se provimento ao Recurso Extraordinário, entendendo-se, assim, pela proteção ao sigilo bancário de modo a ser necessário observar-se a reserva de jurisdição quando da quebra do sigilo bancário. Privilegiou-se o texto da Carta Constitucional, tal como se espera que o guardião dela o faça.

⁶⁸ Ibid. p. 277.

4. A DIGRESSÃO DA NOVA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SIGILO BANCÁRIO

Conforme foi analisado no capítulo anterior, a posição garantista do Supremo Tribunal Federal visava à proteção, ainda que não absoluta, dos princípios constitucionais da intimidade, privacidade e sigilo bancário e fiscal, de modo a garantir proteção ao contribuinte ao se exigir que a Administração, ainda que com processo administrativo fiscal em curso, recorresse ao Judiciário para que esse, em virtude da reserva de jurisdição, lhe autorizasse a relativizar um direito constitucional.

Essa posição, entretanto, foi alterada no início do ano de 2016, de maneira não unânime, conforme se vem analisando ao longo do presente trabalho, com o julgamento, em conjunto, do RE 601.314 SP e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade a ele apensadas. A partir desses julgamentos, a posição outrora consolidada teve seu curso completamente alterado, redefinindo-se, assim, as balizas do sigilo bancário, até então entendido como pilar do direito fundamental à intimidade e do sigilo de dados, nos termos do art. 5º, X e XII, da CRFB/88⁶⁹.

Compreende-se que, em virtude da alteração da sociedade e dos valores modernos, seja necessário que o Judiciário se mantenha atualizado em suas posições, entretanto, quando uma alteração de posição visa atacar um direito ou uma garantia constitucional, essa nova posição merece ser analisada com cautela.

Ao julgar a matéria acerca da constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar 105/01⁷⁰ no ano de 2016, o STF privilegiou a confluência entre os deveres do contribuinte e os deveres do Fisco. Em outras palavras, entendeu-se que a interpretação protetiva dada ao sigilo bancário, em suma, impossibilitava ao Fisco exercer sua função fiscalizatória, de acordo com a capacidade contributiva de cada contribuinte especificamente, visando, assim, garantir equidade na tributação (art. 145, parágrafo 1º, CRFB/88).

Inicialmente, ao tratar do tema, o Dias Toffoli⁷¹, relator, afirmou que inexistia violação a qualquer direito fundamental na declaração de constitucionalidade dos referidos

⁶⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

⁷⁰ BRASIL, *Lei Complementar nº 105 de 10 de janeiro de 2001*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

⁷¹ Voto proferido no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de números 2.386, 2.390 e 2.397, bem como do RE 601.314. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>> Acesso em: 9 jan. 2017.

artigos, bem como salientou que há confluência entre os deveres do contribuinte e do Fisco, inexistindo, assim, outra resposta que não a constitucionalidade dos dispositivos analisados pelo STF.

No que diz respeito à manutenção das garantias fundamentais, entendeu o ministro que não há autorização no texto legal para o que se chama, comumente, de “quebra” de sigilo. Na realidade, em momento algum a legislação favorece ou mesmo permite a quebra do sigilo bancário, uma vez que as informações obtidas de maneira lícita pelo Fisco não podem ou sequer seriam repassadas a terceiros.

Sobre a manutenção dos dados, afirmou-se que não haveria qualquer circulação desses dados, justamente porque não há o repasse a sujeito alheio àquela “relação administrativa”. Isso se dá, principalmente, em razão do que é previsto no parágrafo 5º do art. 1º da LC 105/2001, “as informações a que se refere este artigo serão conservadas, sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor”. Não haveria, portanto, quebra de sigilo tampouco violação aos direitos e garantias constitucionais.

Ricardo Lodi Torres⁷², nesse sentido, manifesta seu entendimento pela proteção restrita ao sigilo bancário. Entende que o sigilo dos dados relacionados à intimidade deve ser observado no seu aspecto da personalidade tão-somente, e não no seu aspecto financeiro, qual seja, os que “se relacionem diretamente ao quinhão que cabe ao indivíduo no rateio das despesas públicas”. Compreende, portanto, não se tratar de dados de caráter íntimo, mas sim de caráter público, havendo, assim, interesse público neles.

A lógica acima remonta à teoria dos poderes implícitos, teoria esta firmada, no caso *McCulloch v. Maryland*⁷³, pela Suprema Corte Americana, segundo a qual no momento em que a Carta Constitucional concede a certo órgão, entidade ou poder uma função ou atribuição, também lhe confere, implicitamente, os métodos necessários para a realização desta atividade. Em relação ao tema, conferindo a capacidade de tributar ao Fisco, seria conferida, também, a capacidade de fiscalizar visando garantir equidade na tributação.

Dias Toffoli, no mesmo voto, apresenta a previsão contida no art. 10 da LC 105/01. Nele há a menção da prática de crime caso haja, de alguma forma, o vazamento das informações obtidas pela Administração Pública. Em outras palavras, haverá responsabilização criminal, inclusive do servidor, nos termos do art. 11, caso o material

⁷² RIBEIRO, Ricardo Lodi. *STF Coloca O Brasil Entre os Países que Levam Transparência Fiscal a Sério*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/ricardo-lodi-stf-acerta-levar-serio-transparencia-fiscal>> Acesso em: 9 jan. 2017.

⁷³ US Supreme Court. *McCulloch v. Maryland*. 17 U.S. 316 (1819). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html>> Acesso em: 9 jan. 2017.

angariado em razão da previsão de acesso irrestrito⁷⁴ da Lei Complementar seja disponibilizado a pessoas estranhas à relação fiscal.

Previsão semelhante pode ser encontrada, ainda, no art. 198 do Código Tributário Nacional⁷⁵ que dispõe acerca da impossibilidade de divulgação de dados protegidos pelo sigilo bancário.

Em razão de tais explicações, Dias Toffoli, valendo-se de expressão consagrada por Ellen Gracie à época do julgamento da AC n 33/ PR⁷⁶, entendeu que não haveria quebra de sigilo, mas tão-somente transferência dele, de modo que haveria uma verdadeira “substituição” da qualidade do sigilo: esse deixaria de ser tão-só sigilo bancário e transmutar-se-ia em sigilo fiscal.

Em outras palavras, a qualificação do sigilo seria ainda mais severa, uma vez que a Administração Pública se vincula diretamente aos princípios consagrados do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil⁷⁷. Dessa forma, tanto aqueles que trabalham para os bancos como aqueles que trabalham para a Administração Pública estão obrigados, legalmente e moralmente, à proteção dos dados daqueles que lhes confiam suas informações particulares.

A informação obtida pelo Fisco através do procedimento previsto na LC 105/01 não pode ser usada para qualquer finalidade. Muito pelo contrário. Ela deve ser usada para atender obrigações constitucionais. Nesse sentido, afirma-se que, nos termos do parágrafo 1º do art. 145 da CRFB⁷⁸, cabe ao Fisco, ainda que sob sigilo, valer-se da capacidade econômica do contribuinte para efetivar a tributação. Ciente de informações que deem azo à tributação, cabe ao Fisco, mediante observância do princípio consagrado no citado parágrafo, efetuar a tributação correta, pois essa é sua obrigação constitucional.

A lógica atribuída ao julgamento em análise é a de que como o contribuinte já possui a obrigação legal de declarar seus bens e patrimônio à Secretaria da Receita Federal do Brasil,

⁷⁴ Optou-se pelo uso da palavra “irrestrito” uma vez que a previsão da referida lei complementar é a possibilidade de acesso sem manifestação judicial, desde que observados os requisitos outrora mencionados.

⁷⁵ BRASIL, *Lei 5.172 de 25 de Outubro de 1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁷⁶ O tema em análise já foi debatido em outras oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal. Certo é que a primeira vez em que se debateu a possibilidade ou não de oponibilidade do sigilo fiscal ao Fisco foi na ADC 33/PR cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio e cujo relator para acórdão foi o Ministro Joaquim Barbosa, julgada em 10 de fevereiro de 2011. Nesse julgamento, iniciou-se o debate acerca da impossibilidade de transferência de dados sem que houvesse a manifestação do Poder Judiciário para tal. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4582280>> Acesso em: 12 set. 2017.

⁷⁷ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁷⁸ Ibid.

não haveria óbice legal nem constitucional que impedisse o Fisco de acessar também informações bancárias para maior precisão na efetivação da tributação.

Além disso, nos termos do art. 5º, parágrafo 2º, LC 105/2001, as informações transferidas na forma do *caput* do artigo deverão se restringir aos informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados de modo que se vede a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados⁷⁹. Em poucas palavras, o dispositivo tem como escopo afirmar que o acesso se dá a informações secundárias e genéricas que não vão além do que já deveria ter sido declarado pelo contribuinte à SRFB, em regra.

Colocou-se a expressão “em regra” ao final do último parágrafo pelo simples fato de que a exceção se dá em caso de irregularidade nas informações prestadas. Certo é que deve o contribuinte, com base na boa-fé, prestar ao Fisco todas as informações aptas a lhe ensejarem a tributação. Porém, quando o contribuinte não oferece tais informações, e caso seja observado pelo Fisco qualquer discrepância entre as informações prestadas e os sigilos obtidos nos termos da LC 105, caberá, conforme o referido dispositivo, investigação na forma de fiscalização ou auditoria para apuração dos fatos encontrados.

Nesse ponto merece ser mencionada a permissão do art. 6º, do referido diploma, no que se refere ao acesso, sem autorização judicial, porém, desde que haja processo administrativo em curso ou procedimento fiscal já iniciado.

Nos termos do já mencionado 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.

Ressalta-se, portanto, que tal acesso somente será permitido quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Havendo, portanto, outro meio de investigação, será entendido que esse procedimento não é indispensável à autoridade e, portanto, o acesso poderá a vir considerado pelo Poder Judiciário como ilícito por ter contrariado a legislação vigente.

⁷⁹ BRASIL, op. cit. nota 70.

A existência de procedimento fiscal ou de processo administrativo dá ensejo às aplicações das previsões contidas na Lei 9.784/1999⁸⁰, isso quer dizer que cabe à Administração Pública obedecer, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, conforme dispõe em art. 2º do referido diploma legal.

Em razão dos argumentos expostos, conclui Dias Toffoli, na análise de voto cujo capítulo teve início, dispensando-se, assim, nova citação, que “foram respeitados os direitos e garantias individuais dos contribuintes, exatamente como determina o art. 145, parágrafo 1º, da Constituição Federal, atendendo, destarte, ao princípio da razoabilidade”.

De outro lado, no que se refere à confluência entre os deveres do contribuinte de pagar tributo e do Fisco de tributar e fiscalizar, sustenta-se que a questionada fiscalização traria à tona a justiça social, uma vez que o dever de pagar imposto é um dever fundamental⁸¹. Soma-se ao fato de que é um dever fundamental a previsão do art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, qual seja, o princípio da solidariedade.

No que se refere à solidariedade, ensina Flávia Bahia⁸², não ser de responsabilidade de o Estado moldar a sociedade, considerando ser ela prévia a qualquer manifestação política. Certo é que o que resta ao Estado fazer é dar o comando constitucional para que o princípio da solidariedade esteja previsto no ordenamento jurídico. Havendo, portanto, a solidariedade, tem-se iniciado a construção de um Estado Democrático de Direito. O princípio da solidariedade ao ser aplicado como objetivo fundamental da República Federativa tem por escopo beneficiar toda uma sociedade e, por isso, nada mais lógico senão considerar o ato de pagar imposto um dever fundamental.

A lógica da contribuição para a manutenção do Estado é, portanto, a aplicação direta do objetivo da solidariedade, pois aqueles com a maior capacidade contributiva devem arcar com a maior carga de imposto e, conseqüentemente, com os custos da efetivação dos direitos sociais. O dever fundamental de pagar impostos está alicerçado, portanto, na ideia de solidariedade social.

⁸⁰ BRASIL, *Lei 9.784 de 29 de Janeiro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em 01 de nov. de 2016.

⁸¹ Para explicar “dever fundamental de pagar imposto”, Ministro Dias Toffoli menciona, em seu voto, a obra doutrinária do jurista português José Casalta Nabis, “O dever fundamental de pagar impostos”. Para o jurista, em razão de se viver em um Estado Fiscal, entendido como aquele que é financiado majoritariamente pelos impostos pagos por pessoas físicas e jurídicas, pagar imposto é um dever fundamental. NABIS, José Casalta. *O Dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p.679.

⁸² BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. 3. ed. rev. amp. atual. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 64.

A guinada da posição do STF, entretanto, tem como fundamento não só a reeleitura dos princípios e direitos constitucionais, mas também a crescente prática do crime de sonegação fiscal. Conforme análise estatística disponibilizada pelo Jornal do Brasil, desde o início do ano de 2015, a sonegação de impostos no Brasil chegou a R\$ 420 bilhões, segundo estimativa do Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional⁸³.

Em razão do valor sonegado anualmente, e considerando que tal ato afeta diretamente o Estado Social atual, razoável seria a posição de que, observados direitos e garantias fundamentais, caberia ao Poder Judiciário auxiliar a Administração Pública, nesse caso, Receita Federal, a evitar que esse costume seja mantido, qual seja, o de não pagar impostos.

Conforme leciona José Paulo Baltazar Júnior⁸⁴, sonegação é a redução ou supressão do pagamento do tributo, mediante emprego de fraude. Assim, se todas as operações financeiras de uma empresa forem devidamente lançadas, declaradas e não pagas, sem omissão ou fraude, não há se falar em sonegação fiscal, mas em simples inadimplemento. Lembra-se aqui, que o fato de não pagar imposto não é crime, mas sim, mera inadimplência tributária.

Ausente contribuição financeira, na qualidade de tributo, seja por pessoa física ou por pessoa jurídica, para o funcionamento do Estado, ausente será a concretização dos direitos fundamentais. Dessa forma, enquanto aquele que teria capacidade contributiva para arcar com determinada quantia de tributo sonega, outro, com menor capacidade, arcará com quantia superior de tributação em razão da redistribuição dos custos do Estado.

A lógica é simples.

Ressalta-se que isso não privilegia o princípio da capacidade contributiva e, muito menos, parece se aliar ao objetivo da solidariedade do Estado Brasileiro.

Sendo assim, a previsão nos arts. 5º e 6º da LC 105/2001 torna possível ao Fisco, conforme entende o STF, cumprir seu papel de fiscalizador, de modo a efetuar a tributação de maneira correta à luz do princípio da capacidade contributiva de cada contribuinte, sem macular os direitos e garantias fundamentais.

Convém somar à ideia ilustrada, a de que não se busca só evitar a prática da sonegação fiscal com o referido atuar do Fisco, mas também evitar fraudes no exterior,

⁸³ JORNAL do Brasil. *Em 2015, sonegação de impostos chega a R\$420 bi no Brasil*. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/economia/noticias/2015/10/22/em-2015-sonegacao-de-impostos-chega-a-r420-bi-no-brasil/>> Acesso em: 01 nov. 2016.

⁸⁴ BALTAZAR Jr., José Paulo. *Crimes Federais*. 11. ed. ver. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 504-505.

condutas de concorrência desleal, atuações de organizações criminosas, lavagem de dinheiro e demais crimes tributários e crimes contra a Administração Pública. A reinterpretção dos princípios da intimidade e da privacidade, consagrados após muitas lutas da Constituição, teria por escopo, portanto, a proteção da tributação em razão do princípio da solidariedade.

Outro tópico que se coaduna com a guinada de entendimento do STF diz respeito aos tratados e pactos internacionais assinados pelo Brasil acerca de transparência e intercâmbio de informações financeiras visando evitar qualquer ilegalidade quanto à movimentação internacional de valores.

O Brasil se propôs, ao fazer parte do Fórum Global para Transparência e Troca de Informações Tributárias – OCDE⁸⁵, a enfrentar os riscos gerados pelos paraísos fiscais em prol da conformidade tributária. O que se busca é observar determinados padrões de transparência e de troca de informações para evitar a evasão e cometimento de demais ilícitos. Ao fazer isso, o Brasil passa a ser enquadrado no grupo de países que adota, de maneira correta e adequada, os padrões estipulados por esse órgão.

O que houve, ao aderir à OCDE, foi a adesão a uma tendência internacional - a de compartilhamento de informações financeiras entre os contribuintes e a Administração de forma a permitir maior transparência entre as operações e evitar a prática de crimes que venham a frustrar o Estado Fiscal Social.

Por isso, em razão dessa tendência internacional, considerou Dias Toffoli, conforme se analisou no decorrer do capítulo, que “eventual declaração de inconstitucionalidade dos arts. 5º e 6º poderia representar um retrocesso do país em matéria de combate à sonegação fiscal e a uma série de crimes que envolvam a circulação internacional de origem ilícita”.

Questiona-se, porém, se tal evolução não maltrataria núcleos básicos de direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional brasileira. Relativizam-se os direitos em prol de mudanças políticas?

⁸⁵ Assuntos Internacionais. *Fórum Global para Transparência e Troca de Informações Tributárias*. Disponível em: < <http://www.sain.fazenda.gov.br/assuntos/politicas-institucionais-economico-financeiras-e-cooperacao-internacional/forum-global-para-transparencia-e-troca-de-informacoes-tributarias>> Acesso em 01 nov. 2016. Dispõe o sítio eletrônico que : O Fórum Global para Transparência e Troca de Informações Tributárias foi criado no contexto dos trabalhos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE para enfrentar os riscos à conformidade tributária gerados pelos paraísos fiscais. O Fórum busca implementar padrões de transparência e de troca de informações na área tributária, para que evitar que as normas referentes a tributos, como impostos, contribuições, taxas etc., sejam descumpridas ou que pessoas e empresas se beneficiem de “brechas” para cometer atos ilícitos.

CONCLUSÃO

A mutação constitucional, como maneira informal de alterar o texto constitucional, é opção para quando compete ao Poder Judiciário adequar o texto da Carta Constitucional à sociedade atual. Em outras palavras, por qualquer fator que seja - desde a impossibilidade legiferante ou mesmo a evolução social -, a mutação é maneira válida de adequar o que, em razão da característica de permanência, pode ter se tonado menos realista em relação ao quadro social presente.

O que se permite com a mutação nada mais é do que afirmar a nova abrangência do texto constitucional, de modo a possibilitar a sua rápida adaptação à nova e atual realidade social.

Entretanto, os limites conforme estudados, buscam garantir que, ainda que a mutação seja possível, não tenha ela o condão de atacar o núcleo básico do direito ou da garantia constitucional de modo a descaracterizar uma previsão protegida por meio de cláusula pétreia.

A Constituição da República Federativa de 1988 é conhecida por Carta Cidadã não por elencar direitos em suas disposições, mas por trazer garantias que visam a efetivar e proteger de maneira ampla esses direitos, sejam eles individuais, coletivos ou mesmo sociais. O que se buscou com essa pesquisa foi evidenciar uma possível afronta ao texto constitucional ao reinterpretar direitos basilares do indivíduo previstos na Carta Constitucional.

Como se analisou no primeiro capítulo, o que se buscou foi trazer a conceituação do que seria a mutação constitucional, como ela poderia ser aplicada no caso concreto e quais os limites que a aplicação desse instituto estaria sujeita. O segundo capítulo trouxe o âmbito de aplicação da mutação nos termos da pesquisa pretendida. O terceiro capítulo teve como escopo apresentar, debater e questionar o posicionamento antigo do Supremo Tribunal Federal quanto ao entendimento acerca da reserva de jurisdição para a quebra do sigilo bancário. O quarto e último capítulo, por sua vez, expôs e discutiu a nova posição, atualmente consolidada, do referido Tribunal e como essa nova posição foi firmada.

Dessa forma, ao analisar o novo posicionamento, questionou-se se não seria o caso de uma mutação (in) constitucional. A conclusão não é pacífica.

A preservação dos princípios, e de seus núcleos básicos, da intimidade, da privacidade e do sigilo sempre foi privilegiada pelo STF. Ainda que nenhum direito seja tido por absoluto, a reserva de jurisdição protege o contribuinte dos abusos e discrepâncias do Fisco.

A reserva de jurisdição, portanto, é a responsável por garantir que não haja agressões à Carta Constitucional, seja na seara cível ou na seara penal. É a lógica que se aplica à reserva de jurisdição para a interceptação telefônica. Protege-se, aqui, o indivíduo no seu viés mais suscetível de violação: sua intimidade.

A mesma lógica merece ser aplicada na pesquisa em questão. O STF, ao modificar seu entendimento oferecendo outra abrangência e outra interpretação aos princípios constitucionais, atacou esse mesmo núcleo protecional do indivíduo.

É bastante compreensível o fato de que o Fisco tem o dever de tributar e o contribuinte tem a obrigação de pagar seus tributos. Não se defende o contrário, de maneira alguma. Defende-se, porém, o direito previsto na Carta Constitucional: o direito do contribuinte manter sua privacidade e seu sigilo protegidos até que o Poder Judiciário decida que, por bem, esse sigilo deve ser afastado.

Compreender pela constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC 105/01 equivale a suprimir a proteção garantida pela CRFB/88. Não se defende, mais uma vez, a impossibilidade de tributação e fiscalização. Muito pelo contrário. Defende-se sua possibilidade, desde que essa possibilidade não esteja ao arbítrio de umas das partes interessadas.

Compreender pela constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC 105/01 equivale, também, a modificar o núcleo básico desses direitos positivados na Carta e, em outras palavras, a mudar sua abrangência determinando que não mais fossem amplamente aplicáveis, relativizando-os não de forma casuística, mas sim geral.

O quadro até então relatado é o que a presente análise pretende considerar como mutação inconstitucional. Mutação por ter alterado o significado do texto sem realizar uma mudança formal e inconstitucional por ter violado, de maneira expressa o núcleo protecional básico dos direitos à intimidade, privacidade e sigilo bancário.

A realidade social evolui, mas o direito não tem a capacidade de evoluir no mesmo passo. A Carta Constitucional, justamente em razão da sua permanência, menos ainda. Cabe ao Poder Judiciário buscar essa adequação - que nem sempre pode se dar da melhor forma.

A adequação à realidade é necessária desde que observados os limites e garantias constitucionais. A mutação, quando inconstitucional ou exogenética, não reflete a evolução social tampouco favorece a legitimação do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

BALTAZAR Jr., José Paulo. *Crimes Federais*. 11 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1 de nov. de 2016.

_____. *Lei Complementar nº 105 de 10 de janeiro de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em 01 de nov. de 2016.

_____. *Lei Ordinária nº 5.172 de 25 de outubro de 1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em 01 de nov. de 2016.

_____. *Lei Ordinária nº 9.784 de janeiro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em 01 nov. de 2016.

_____. Ministério da Fazenda. *Secretaria de Assuntos Internacionais*. Disponível em: <<http://www.sain.fazenda.gov.br/assuntos/politicas-institucionais-economico-financeiras-e-cooperacao-internacional/forum-global-para-transparencia-e-troca-de-informacoes-tributarias>> Acesso em: 01 de nov. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2386*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2390&processo=2386>>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2397*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2390&processo=2397>>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2390*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2390&processo=2390>>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2859*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2859&processo=2859>>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 389.808*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622715>>. Acesso em: 18 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 389.808*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28389808%2E+OU+389808%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hplypr7>>. Acesso em 12 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 601.314 SP*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28601314%2E+OU+601314%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hk88sqw>>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário*. 219.780 PE. Min. Relator Carlos Velloso. Ocorrido em 13 de abril de 1990. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1684528>> Acesso em 13 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 91.361/SP. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 12 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2518088>> Acesso em 13 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 93.050/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2576066>> Acesso em 13 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança* n. 23.452/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1763585>> Acesso em 13 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Petição* 577-QO/DF. Rel Min. Carlos Velloso, DJU de 23/04/1993. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1530466>> Acesso em 13 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* n. 461.336 DF. Rel. Min. Marco Aurélio de Melo. Ocorrido em 08 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2325618>> Acesso em 13 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 308.493-CE. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/tocjsp?livre=201402884063.REG>>. Acesso em: 2 de nov. de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.361.174-RS*, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=2014028 84063.REG](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=2014028%2084063.REG)> Acesso em: 2 de nov. de 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DANTAS, David Diniz. O Sigilo Bancário e o Conflito Entre Princípios Constitucionais. In: HORTA, Raul Machado. *Permanência, Mutações e Mudança Constitucional*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Edição 2002/11/01/0001. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/02/02/2002_11_01_0001.2xt/-versao_impressao?ed=02&folder=2> Acesso em: 24 abri. 2016.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. 2 ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso. *Discurso do deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal*. Disponível em: <www.pmdb-rs.org.br/memoria/fl_adm/uploads/arquivos/arquivo_20.doc> Acesso em: 23 abri. 2016.

JORNAL do Brasil. *Em 2015, sonegação de impostos chega a R\$420 bi no Brasil*. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/economia/noticias/2015/10/22/em-2015-sonegacao-de-impostos-chega-a-r420-bi-no-brasil/>> Acesso em: 01 nov. 2016.

LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* São Paulo: Edições e Publicações Brasil. 1933.

MARTINS, Flavia Bahia. *Direito Constitucional*. 3. ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MARTINS, Ives Gandra Da Silva.; MENDES, Gilmar Ferreira, *in Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade*, publicado no Repertório IOB de Jurisprudência, nº 24/92.

MEIRELLES, Hely Lopes.; WALD, Arnoldo.; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira.; COELHO, Inocêncio Mártires.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIGALHAS, *STF decide se bancos podem passar dados de contribuinte direto ao Fisco*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234057,21048-STF+decide+se+bancos+podem+passar+dados+de+contribuintes+direto+ao>>. Acesso em 13 mar. 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

NABIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIZOLIO, Reinaldo; VIEGAS Junior, Jayr. *Sigilo fiscal e bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *STF coloca o Brasil entre os países que levam transparência fiscal a sério*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/ricardo-lodi-stf-acerta-levar-serio-transparencia-fiscal>> Acesso em: 17 jun. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

STATES. United. Supreme Court. *McCulloch v. Maryland*. 17 U.S. 316 (1819). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html>> Acesso em: 20 dez. 2016.

WALD, Arnaldo. *Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas*. Vol. 1/206 São Paulo: RT, 1992.