

ANÁLISE DAS DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS NO STF E STJ

RODRIGO LEITE



MIGUEL JOSINO



2ª edição

Revista, ampliada e atualizada

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Sigilos bancário e fiscal

Quebra de sigilo bancário e fiscal diretamente pelo fisco

Natureza da divergência: **STF x STF** **STF x STJ**

A Constituição da República traz em seu art. 5º, XII, dispositivo que assegura a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

O sigilo de dados, mencionado no dispositivo acima, compreende o sigilo fiscal e o sigilo bancário.

É incontroverso que “a quebra do sigilo bancário não afronta o art. 5º, X e XII, da CF (Precedente: Pet 577)”,⁴⁴ pois nenhum direito fundamental é absoluto. Com efeito, “na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos.”⁴⁵

Destarte, “o sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade.” (AI 655298 AgR/SP, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 04/09/2007, DJe 28/09/2007).⁴⁶

Além do mais, o que se pode perceber é que a proteção do sigilo bancário decorre de uma série de direitos e princípios constitucionais.⁴⁷ Assevera-se que os sigilos fiscal e bancário constituem projeções do direito à privacidade.⁴⁸

44. Inq 897-AgR/DF, Rel. Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1994, DJ 24/03/1995.

45.. HC 93250/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe 27/06/2008.

46. Também nesta diretriz no STF: AI 541265 AgR/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 04/10/2005, DJ 04/11/2005 e no STJ: AgRg no REsp 1174205/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 17/08/2010, DJe 01/10/2010.

47. TAVARES, André Ramos. O Sigilo Bancário e o Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 65.

48. Cf. HC 90298/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 08/09/2009, DJe 16/10/2009; MS 22801/DF, Rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2007,

Por isso, o Supremo Tribunal Federal tem assentado que “a quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. É que, se assim não fosse, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada e de devassa indiscriminada da esfera de intimidade das pessoas, o que daria, ao Estado, em desconformidade com os postulados que informam o regime democrático, o poder absoluto de vasculhar, sem quaisquer limitações, registros sigilosos alheios.” (HC 84758/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2006, DJ 16/06/2006).

Assim, meras ilações e conjecturas, destituídas de qualquer evidência material, não têm o condão de justificar a ruptura das garantias constitucionais preconizadas no artigo 5º, XII, da Constituição Federal.⁴⁹ É necessário que a acusação tenha plausibilidade e verossimilhança para ensejar a quebra dos sigilos bancários, fiscal e telefônico.⁵⁰

Tal entendimento é corroborado pela doutrina de Uadi Lammêgo Buloos⁵¹, ao revelar:

Quanto ao sigilo fiscal, a regra é: os órgãos do Poder Público não podem divulgar, de modo aleatório e desarrazoado, as declarações de rendas anuais enviadas por pessoas físicas e jurídicas à Receita Federal. Apenas por motivos excepcionais, nos estritos parâmetros da lei, terceiros podem acessá-las, mas para satisfazer o interesse da Justiça. Este é o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do extinto Tribunal Federal de Recursos. A ruptura do sigilo fiscal pressupõe: (i) a fundamentação do ato do juiz ou da CPI determinando a quebra; (ii) o caráter excepcional da medida; (iii) o respeito ao princípio da individualização do investigado e do objeto da investigação; e (iv) a preservação da intimidade do investigado.

A controvérsia, agitada no âmbito do STF recentemente, reside na possibilidade do Estado – por meio de órgãos fiscais – realizar a quebra de sigilo fiscal e bancário, sem que o tema passe sob o crivo (a autorização) do Poder Judiciário.

DJe 14/03/2008; HC 87654/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 20/04/2006; MS 24817/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2005, DJe 06/11/2009; MS 24135/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2002, DJ 06/06/2003.

49. MS 24029/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2002, DJ 22/03/2002.

50. Pet 2805 AgR/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2002, DJ 27/02/2004.

51. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246.

O plenário do Supremo Tribunal Federal, de forma curiosa, tomou decisões antagônicas sobre o mesmo assunto, em menos de um mês, em três semanas para ser mais preciso.

No dia 24 de novembro de 2010⁵², ao julgar a AC 33/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe 03/12/2010⁵³, o

-
52. Notícia do *site* do STF no dia 24 de novembro de 2010 resume o julgamento: por 6 votos a 4, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) cassou medida liminar concedida na Ação Cautelar (AC) 33, pelo ministro Marco Aurélio (relator), que impedia a quebra de sigilo bancário da GVA Indústria e Comércio S/A pela Receita Federal. A cautelar tinha o objetivo de dar efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário (RE 389808) interposto na Corte pela própria empresa. A liminar cassada foi concedida pelo relator da ação, em julho de 2003, no sentido de suspender o fornecimento das informações à Receita e a utilização, também pela Receita, dos dados obtidos antes do julgamento do RE. Ele considerou o preceito do inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal – da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas – que somente pode ser quebrado por ordem judicial. A matéria tem origem em comunicado feito pelo Banco Santander à empresa GVA Indústria e Comércio S/A, informando que a Delegacia da Receita Federal do Brasil – com amparo na Lei Complementar nº 105/01 – havia determinado àquela instituição financeira, em mandado de procedimento fiscal, a entrega de extratos e demais documentos pertinentes à movimentação bancária da empresa relativamente ao período de 1998 a julho de 2001. O Banco Santander cientificou a empresa que, em virtude de tal mandado, iria fornecer os dados bancários em questão. A análise do caso voltou a julgamento pelo Plenário do STF nesta quarta-feira (24) com a apresentação do voto-vista da ministra Ellen Gracie. Ela acompanhou a divergência para negar referendo à liminar: “Tratando-se do acesso do Fisco às movimentações bancárias de contribuinte, não há que se falar em vedação da exposição da vida privada ao domínio público, pois isso não ocorre. Os dados ou informações passam da instituição financeira ao Fisco, mantendo-se o sigilo que os preserva do conhecimento público”, ressaltou. Segundo a ministra, o artigo 198 do Código Tributário Nacional (CTN) veda a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou dos seus servidores, “de qualquer informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros sobre a natureza e estado de seus negócios ou atividades”. Essa proibição se designa sigilo fiscal, explicou a ministra. Para Ellen Gracie, o que acontece não é a quebra de sigilo, mas a transferência de sigilo que passa dos bancos ao Fisco. Assim, a ministra considerou que os dados até então protegidos pelo sigilo bancário prosseguem protegidos, agora, pelo sigilo fiscal. Já o ministro Celso de Mello uniu-se à minoria, pela conservação da liminar. De acordo com ele, a inviolabilidade do sigilo de dados prevista pela Constituição Federal “torna essencial que as exceções derogatórias da prevalência desse postulado só possam emanar de órgãos estatais, dos órgãos do Poder Judiciário, ordinariamente, e das Comissões Parlamentares de Inquérito, excepcionalmente, aos quais a própria Constituição da República – não uma simples lei ordinária, não qualquer lei complementar – outorgou essa especial prerrogativa de ordem jurídica”. Celso de Mello salientou que o binômio “direito ao sigilo e dever de sigilo” exige “verdadeira liberdade negativa, que impõe ao Estado um claro dever de abstenção, de um lado, e a prerrogativa que assiste, sim, ao poder público de investigar, de fiscalizar comportamentos de transgressão à ordem jurídica, de outro – que a determinação de quebra do sigilo bancário provenha de ato emanado de órgão do Poder Judiciário”. Ele completou que a intervenção moderadora do Poder Judiciário na resolução dos litígios “revela-se garantia de efetivo respeito tanto ao regime dos direitos e garantias fundamentais quanto à supremacia do próprio interesse público”. Concluído o julgamento, negaram referendo para a liminar os ministros Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie. Ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cezar Peluso, que votaram pela manutenção da liminar.
53. Decisão: prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, negou referendo à cautelar, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator), Cezar Peluso (Presidente), Ricardo

tribunal autorizou que o fisco “quebrasse” o sigilo bancário de uma pessoa jurídica de direito privado, sem a intervenção do Poder Judiciário.

No dia 15 de dezembro de 2010⁵⁴, ao contrário, no julgamento do RE 389808/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, o plenário do STF, não permitiu a

Lewandowski e Celso de Mello. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 24.11.2010.

54. Notícia do *site* do STF em 15 de dezembro de 2010 sobre este julgado: por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) deu provimento a um Recurso Extraordinário (RE 389808) em que a empresa GVA Indústria e Comércio S/A questionava o acesso da Receita Federal a informações fiscais da empresa, sem fundamentação e sem autorização judicial. Por cinco votos a quatro, os ministros entenderam que não pode haver acesso a esses dados sem ordem do Poder Judiciário. A matéria tem origem em comunicado feito pelo Banco Santander à empresa GVA Indústria e Comércio S/A, informando que a Delegacia da Receita Federal do Brasil – com amparo na Lei Complementar nº 105/01 – havia determinado àquela instituição financeira, em mandado de procedimento fiscal, a entrega de extratos e demais documentos pertinentes à movimentação bancária da empresa relativamente ao período de 1998 a julho de 2001. O Banco Santander cientificou a empresa que, em virtude de tal mandado, iria fornecer os dados bancários em questão. A empresa ajuizou o RE no Supremo contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que permitiu “o acesso da autoridade fiscal a dados relativos à movimentação financeira dos contribuintes, no bojo do procedimento fiscal regularmente instaurado”. Para a GVA, “o poder de devassa nos registros naturalmente sigilosos, sem a mínima fundamentação, e ainda sem a necessária intervenção judicial, não encontram qualquer fundamento de validade na Constituição Federal”. Afirma que foi obrigada por meio de Mandado de Procedimento Fiscal a apresentar seus extratos bancários referentes ao ano de 1998, sem qualquer autorização judicial, com fundamento apenas nas disposições da Lei nº 10.174/2001, da Lei Complementar 105/2001 e do Decreto 3.724/2001, sem qualquer respaldo constitucional. O ministro Marco Aurélio (relator) votou pelo provimento do recurso, sendo acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso. O princípio da dignidade da pessoa humana foi o fundamento do relator para votar a favor da empresa. De acordo com ele, a vida em sociedade pressupõe segurança e estabilidade, e não a surpresa. E, para garantir isso, é necessário o respeito à inviolabilidade das informações do cidadão. Ainda de acordo com o ministro, é necessário assegurar a privacidade. A exceção para mitigar esta regra só pode vir por ordem judicial, e para instrução penal, não para outras finalidades. “É preciso resguardar o cidadão de atos extravagantes que possam, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade”, salientou o ministro. Por fim, o ministro disse entender que a quebra do sigilo sem autorização judicial banaliza o que a Constituição Federal tenta proteger, a privacidade do cidadão. Com esses argumentos o relator votou no sentido de considerar que só é possível o afastamento do sigilo bancário de pessoas naturais e jurídicas a partir de ordem emanada do Poder Judiciário. Já o ministro Gilmar Mendes disse em seu voto que não se trata de se negar acesso às informações, mas de restringir, exigir que haja observância da reserva de jurisdição. Para ele, faz-se presente, no caso, a necessidade de reserva de jurisdição. Para o ministro Celso de Mello, decano da Corte, o Estado tem poder para investigar e fiscalizar, mas a decretação da quebra de sigilo bancário só pode ser feita mediante ordem emanada do Poder Judiciário. Em nada compromete a competência para investigar atribuída ao poder público, que sempre que achar necessário, poderá pedir ao Judiciário a quebra do sigilo. Os ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Ellen Gracie votaram pelo desprovimento do RE. De acordo com o ministro Dias Toffoli, a lei que regulamentou a transferência dos dados sigilosos das instituições financeiras para a Receita Federal respeita as garantias fundamentais presentes na Constituição Federal. Para a ministra Cármen Lúcia, não existe quebra de privacidade do cidadão, mas apenas a transferência para outro órgão dos

quebra de sigilo bancário diretamente pela autoridade fiscal⁵⁵. Para esta última decisão, somente por meio de decisão judicial é possível quebrar os sigilos bancários e fiscais.

É digno de nota que na decisão tomada no dia 24 de novembro de 2010, o plenário contava com a presença de dez ministros e o resultado do julgamento da AC 33/PR foi de seis votos contra quatro, admitindo a quebra de sigilo fiscal e bancário diretamente pelo fisco.

A decisão tomada no dia 15 de dezembro de 2010, foi tomada com a presença de nove ministros; em relação ao julgamento anterior, estava ausente o ministro Joaquim Barbosa. Nesta última decisão, contrariamente ao que havia sido decidido no dia 24 de novembro de 2010, o Pleno do STF por cinco votos a quatro, deliberou que a quebra de sigilo bancário não pode ocorrer diretamente pelo fisco, só devendo ocorrer mediante ordem ou autorização judicial.

Em resumo para melhor compreensão:

1) Julgamento da AC 33/PR, 24.11.2010, em que se permitiu o fisco quebrar sigilo bancário:

1.1) Votaram a favor da quebra de sigilo diretamente pelo fisco, seis ministros: Joaquim Barbosa (relator para acórdão), Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Ellen Gracie.

1.2) Votaram contra a quebra de sigilo diretamente pelo fisco, quatro ministros: Marco Aurélio (relator originário), Cezar Peluso (Presidente), Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

2) Julgamento do RE 389.808/PR, 15.12.2010, em que não se permitiu o fisco quebrar, diretamente, o sigilo bancário:

2.1) Votaram a favor da quebra de sigilo diretamente pelo fisco, quatro ministros: Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Ellen Gracie.

dados protegidos. Na semana passada, o Plenário havia negado referendo a uma liminar (Ação Cautelar 33) concedida pelo ministro Marco Aurélio em favor da GVA.

55. Decisão: o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), deu provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Ellen Gracie. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Plenário, 15.12.2010.

2.2) Votaram contra a quebra de sigilo diretamente pelo fisco, cinco ministros: Marco Aurélio (relator), Cezar Peluso (Presidente), Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

Em relação ao julgamento anterior, o da AC 33/PR, houve duas mudanças: o Ministro Joaquim Barbosa não estava presente na sessão que julgou o RE 389808/PR e o Ministro Gilmar Mendes alterou seu entendimento em relação ao primeiro julgamento.

A questão é bastante controvertida na doutrina e na jurisprudência. O cerne da discussão está em saber se a quebra de sigilo bancário pode ser realizada diretamente pelo fisco (ou até pelo Ministério Público) ou se o sigilo bancário está abrangido pela esfera de reserva de jurisdição, de modo que somente por autorização judicial poderia ser quebrado.

Registre-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assegura que alguns temas dispostos na Constituição da República submetem-se ao princípio da reserva da jurisdição.

Segundo o STF, “o princípio constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e de decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI) – não se estende ao tema da quebra de sigilo, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, § 3º), assiste competência à Comissão Parlamentar de Inquérito, para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas.”⁵⁶

Como dito, de acordo com o art. 58, § 3º da Constituição Federal, as comissões parlamentares de inquérito terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

No exame dos poderes conferidos às CPIs, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem, todavia, fixado parâmetros. Desse modo, a Corte firmou entendimento de que as Comissões Parlamentares de Inquérito são obrigadas a demonstrar a existência concreta de causa provável que legitime a quebra de sigilos bancário e fiscal – MS 23882/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 31/10/2001, DJ 01/02/2002.

56. MS 23652/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/2000, DJ 16/02/2001; MS 23639/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2000, DJ 16/02/2001.

Assim, a quebra do sigilo inerente aos registros bancários, fiscais e telefônicos, por traduzir medida de caráter excepcional, revela-se incompatível com o ordenamento constitucional, quando fundada em deliberações emanadas de CPI cujo suporte decisório apóia-se em formulações genéricas, destituídas da necessária e específica indicação de causa provável, que se qualifica como pressuposto legitimador da ruptura, por parte do Estado, da esfera de intimidade a todos garantida pela Constituição da República – MS 25668/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2006, DJ 04/08/2006.

Considera-se, portanto, que a quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico de qualquer pessoa sujeita a investigação legislativa pode ser legitimamente decretada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que esse órgão estatal o faça mediante deliberação adequadamente fundamentada e na qual indique a necessidade objetiva da adoção dessa medida extraordinária – MS 24817/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2005, DJe 06/11/2009.

Além disso, para o STF, comissão parlamentar de inquérito não tem poder jurídico de, mediante requisição, a operadoras de telefonia, de cópias de decisão nem de mandado judicial de interceptação telefônica, quebrar sigilo imposto a processo sujeito a segredo de justiça. Este é oponível a Comissão Parlamentar de Inquérito, representando expressiva limitação aos seus poderes constitucionais – MS 27483/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2008, DJe 10/10/2008.

As comissões parlamentares de inquérito podem realizar prisões em flagrante, podem colher depoimentos e são autorizadas a realizar quebra de sigilos bancários, fiscal e telefônico (relativamente ao histórico das contas). As CPIs não estão autorizadas, todavia, a realizar prisões (salvo as em flagrante), realizar sequestro ou indisponibilidade de bens; não podem realizar buscas domiciliares e não podem realizar interceptações telefônicas (autorizar escuta telefônica, por exemplo).

A intromissão na esfera da privacidade e da intimidade constitui, pois, medida excepcional.

Registre-se, em razão disso, que o STF já decidiu que a LC 105, de 10/01/2001, não conferiu ao Tribunal de Contas da União (TCU) poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às comissões parlamentares de inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário

da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas Comissões Parlamentares de Inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º).

Assim, embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no art. 71, II, da CF, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da CF, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário – MS 22.801/DF, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 17/12/2007, DJe 14/03/2008.

O Supremo, em decisão da Primeira Turma, também não admitiu que o Banco Central alcançasse dados bancários de correntistas, sem a autorização judicial:

SIGILO DE DADOS – ATUAÇÃO FISCALIZADORA DO BANCO CENTRAL – AFASTAMENTO – INVIABILIDADE. A atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil não encerra a possibilidade de, no campo administrativo, alcançar dados bancários de correntistas, afastando o sigilo previsto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. (RE 461366/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 03/08/2007, DJe 05/10/2007).

A Corte também já assentou que o Ministério Público não pode, sem autorização judicial, realizar quebras de sigilo bancário ou fiscal:⁵⁷

57. Recentemente, em julgado bastante interessante, a Segunda Turma do STJ considerou ser possível o Ministério Público realizar quebra de sigilo bancário, sem intermediação do Poder Judiciário. Eis a ementa desta decisão: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. NATUREZA DA DECISÃO DENEGATÓRIA. MEIO DE IMPUGNAÇÃO CABÍVEL. 1. Caso concreto em que o *Parquet* solicita administrativamente a quebra de sigilo bancário no âmbito de procedimento investigatório ministerial. Após negativa do juízo de 1º grau, o Ministério Público impetrou Mandado de Segurança, do qual o Tribunal de origem não conheceu, sob o fundamento de que o meio de impugnação cabível é o Agravo de Instrumento. 2. Nem toda decisão proferida por magistrado possui natureza jurisdicional, a exemplo da decisão que decreta intervenção em casa prisional ou afastamento de titular de serventia para fins de instrução disciplinar. 3. O Conselho Nacional de Justiça regulamentou os procedimentos administrativos de quebra de sigilo das comunicações (Resoluções 59/2008 e 84/2009). 4. Necessário adotar a técnica hermenêutica do *distinguishing* para concluir pela inaplicabilidade da Súmula 267 do STF (“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção”), pois todos os seus precedentes de inspiração referem-se à inviabilidade do writ contra ato jurisdicional típico e passível de modificação mediante recurso ordinário, o que não se amolda à espécie. 5. A exemplo do entendimento consagrado no STJ, no sentido de que nas Execuções Fiscais a Fazenda Pública pode requerer a quebra do sigilo fiscal e bancário sem intermediação judicial, tal possibilidade deve ser estendida ao Ministério Público, que possui atribuição constitucional de requisitar informações para fins de procedimento administrativo de investigação, além do fato de que ambas as instituições visam ao bem comum e ao interesse público. Precedentes do STJ e do STF. 6. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança provido, tão-somente

“RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Instituições Financeiras. Sigilo bancário. Quebra. Requisição. Ilegitimidade do Ministério Público. Necessidade de autorização judicial. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Negativa provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte...” (RE 318136 AgR/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 12/09/2006, DJ 06/10/2006).

Também com esta compreensão:

EMENTA: – CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. C.F., art. 129, VIII. I. – A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da C.F., não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a C.F. consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa. II. – R.E. não conhecido. (RE 215301/CE, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 13/04/1999, DJ 28/05/1999).⁵⁸

para determinar que o Tribunal a quo enfrente o mérito do *mandamus*. (RMS 31.362/GO, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/08/2010, DJe 16/09/2010). O tema, contudo, não é pacífico no STJ, tanto que decisão, também recente daquele tribunal, agora da Quinta Turma, não confere a prerrogativa do Ministério Público quebrar sigilo bancário ou fiscal sem autorização judicial. Alega-se, nesta linha de decidir que, “considerando o artigo 129, inciso VI, da Constituição Federal, e o artigo 8º, incisos II, IV e § 2º, da Lei Complementar 75/1993, há quem sustente ser possível ao Ministério Público requerer, diretamente, sem prévia autorização judicial, a quebra de sigilo bancário ou fiscal. (...) no entanto, numa compreensão consentânea com o Estado Democrático de Direito, esta concepção não se mostra a mais acertada, uma vez que o Ministério Público é parte no processo penal, e embora seja entidade vocacionada à defesa da ordem jurídica, representando a sociedade como um todo, não atua de forma totalmente imparcial, ou seja, não possui a necessária isenção para decidir sobre a imprescindibilidade ou não da medida que excepciona os sigilos fiscal e bancário. (...) ademais, é imperioso registrar que o sigilo fiscal insere-se no direito à privacidade protegido constitucionalmente nos incisos X e XII do artigo 5º da Carta Federal, razão pela qual há que se ter presente que a sua quebra configura restrição a uma liberdade pública, razão pela qual, para que se mostre legítima, se exige a demonstração, ao Poder Judiciário, de causa provável ou da existência de fundados motivos que justifiquem a sua adoção. (...) portanto, resta evidente a ilicitude da requisição direta feita pelo órgão ministerial à Secretaria de Receita Federal – Delegacia da Receita Federal em Uruguaiana/RS, por meio da qual foram encaminhadas cópias das declarações de rendimentos da paciente, de seu esposo, e do banco de propriedade do casal...” (HC 100.058/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 21/09/2010, DJe 16/11/2010).

58. No desate do MS 21729/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, DJ 19/10/2001, o Supremo admitiu que o Ministério Público obtivesse diretamente os dados sob proteção, pois o caso envolvia empresa com participação do erário. Segue a ementa do julgado: “(...) Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro

E mais: é ilegítima a quebra de sigilo bancário decretada de maneira genérica ou com nomes de pessoas não relacionados diretamente com as investigações:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. INQUÉRITO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. REMESSA DE LISTAGEM QUE IDENTIFIQUE TODAS AS PESSOAS QUE FIZERAM USO DA CONTA DE NÃO-RESIDENTE TITULARIZADA PELA AGRAVANTE PARA FINS DE REMESSA DE VALORES AO EXTERIOR. LISTAGEM GENÉRICA: IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE QUANTO ÀS PESSOAS DEVIDAMENTE IDENTIFICADAS NO INQUÉRITO. AGRAVO PROVIDO PARCIALMENTE. 1. Requisição de remessa ao Supremo Tribunal Federal de lista pela qual se identifiquem todas as pessoas que fizeram uso da conta de não-residente para fins de remessa de valores ao exterior: impossibilidade. 2. Configura-se ilegítima a quebra de sigilo bancário de listagem genérica, com nomes de pessoas não relacionados diretamente com as investigações (art. 5º, inc. X, da Constituição da República). 3. Ressalva da possibilidade de o Ministério Público Federal formular pedido específico, sobre pessoas identificadas, definindo e justificando com exatidão a sua pretensão. 4. Agravo provido parcialmente. (Inq 2245 AgR/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2006, DJe 09/11/2007).

Ou ainda:

INQUÉRITO – DILIGÊNCIA – EXTENSÃO. O deferimento de diligência requerida pelo Ministério Público há de fazer-se em sintonia com as balizas subjetivas e objetivas da investigação em curso, descabendo providências que extravasam o campo da razoabilidade, como, por exemplo, a quebra de sigilo bancário generalizada. (Inq 2206 AgR/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2006, DJ 02/02/2007).

Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público – art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido.

A quebra de sigilo fiscal e bancário diretamente pelo fisco encontra suporte na Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001.⁵⁹ A referida lei prevê que não constitui violação do dever de sigilo: 1) a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil; 2) o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil; 3) a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa; 4) a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados – art. 1º, § 3º.

O art. 2º, § 1º revela que o sigilo, inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, não pode ser oposto ao Banco Central do Brasil: a) no desempenho de suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras; b) ao proceder a inquérito em instituição financeira submetida a regime especial.

Para o art. 5º, o Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

Apesar de não haver pronunciamento definitivo por parte do Supremo Tribunal Federal acerca da (in)constitucionalidade das previsões da Lei Complementar n. 105/2001 a doutrina de Pedro Lenza⁶⁰ critica o conteúdo da lei:

Na Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI dos Correios, entendeu o STF como ilegal o pedido de quebra feito diretamente pelo

59. Tramitam no STF pelo menos cinco ações diretas de inconstitucionalidade contra dispositivos da LC 105/2001: ADI 2386/DF, ADI 2390/DF e ADI 2397/DF, todas sob a relatoria do Min. Dias Toffoli, ainda pendentes de julgamento, e as ADIs 4006/DF e 4010/DF, sob a relatoria da Min. Ellen Gracie, também pendentes de julgamento.

60. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 763.

MP. Assim, estabeleceu que a prova utilizada pelo MP tem que vir de CPI ou de autorização do juiz (Inq. 2.245, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28.08.2007, DJ de 09.11.2007).

(...)

Destacamos a LC 105, de 10.01.2001, que, trazendo novidade à regra existente e alterando o CTN, agora permite a divulgação pela Fazenda Pública por simples solicitação de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, havendo a necessidade de ser comprovada a instauração de regular processo administrativo, com o objetivo de investigar o sujeito passivo. Essa nova regra, todavia, pelos mesmos motivos acima expostos, entendemos inconstitucional. Resta aguardar o posicionamento do STF sobre o assunto.

Também Otávio Piva⁶¹ considera que as disposições da LC 105/2001 são de “duvidosa constitucionalidade”, e assinala:

No Brasil, foi promulgada a Lei Complementar 105/2001 (dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências), de duvidosa constitucionalidade, permitindo acesso aos dados bancários nas seguintes situações:

- Art. 3º: requisição do Poder Judiciário;
- Art. 3º, § 3º: Advocacia-Geral da União;
- Art. 4º: requisição do Poder Legislativo Federal e das Comissões Parlamentares de Inquérito;
- Art. 5º: informação periódica das instituições financeiras diretamente à autoridade Tributária da União.

Por força dessa lei complementar (art. 5º), as instituições financeiras deverão fornecer, periodicamente, diretamente à autoridade fiscal, informes sobre a movimentação bancária dos correntistas.

Recebidas essas informações, se detectados indícios de “falhas, incorreções, omissões ou do cometimento de ilícitos fiscais”, nos termos do § 4º do art. 5º da LC 105/2001, a autoridade tributária poderá requisitar maiores informações e documentos.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o tema possui atualmente, certa uniformidade. Segundo o STJ, o fornecimento de informações não constitui violação ao dever de sigilo, em virtude do disposto no art. 1º da Lei Complementar n. 105/2001 – REsp 834.416/SC, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06/11/2007, DJ 26/11/2007, p. 118.

Para o STJ, nos termos da Lei Complementar n. 105/2001, não constitui violação do sigilo bancário a requisição, pela autoridade fazendária, de

61. *Comentários ao art. 5º da Constituição Federal de 1988 e Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Método, 2009, p. 78.

informações referentes a movimentações financeiras, para fins de constituição de crédito tributário – HC 175.930/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 07/10/2010, DJe 03/11/2010.

Colhem-se mais julgados do STJ, nesta diretriz:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CPMF. SIGILO BANCÁRIO. LC 105/2001 E LEI 10.174/2001. USO DE DADOS DE MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS PELO FISCO. POSSIBILIDADE. NORMA PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO RETROATIVA. RECURSO ESPECIAL N. 1.134.665 – SP, SUBMETIDO AO REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS.

1. A Lei n. 4.595/64 regulamentou o Sistema Financeiro Nacional. Essa lei autorizava a quebra de sigilo bancário tão somente em razão de ordem judicial.

2. A Lei n. 9.311/96 instituiu a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF. Especificamente o artigo 11 desse diploma, em sua redação original, dispôs que as instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento prestariam informações à Receita Federal, vedado, contudo, que tais dados fossem utilizados para constituição do crédito tributário.

3. Todavia, a Lei n. 10.174/2001, alterando a redação do § 3º, do artigo 11 da Lei n. 9.311/96, permitiu que os dados colhidos servissem de substrato para instauração de procedimento administrativo tendente a verificar a existência de créditos relativos a impostos e contribuições.

4. A jurisprudência da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que as alterações legislativas da Lei n. 10.174/2001 e 6º da Lei Complementar n. 105/2001 são normas procedimentais e, com supedâneo no artigo 144, § 1º, do Código Tributário Nacional, tais regras possuem aplicação imediata, ainda que os fatos geradores tenham ocorrido em data anterior à vigência desses diplomas.

5. Esse entendimento foi consolidado no julgamento do Recurso Especial n. 1.134.665 – SP, submetido ao regime dos recursos repetitivos, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1178058/AM, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 28/09/2010, DJe 07/10/2010).

Posição esta seguida, já faz algum tempo:

“(…) a teor do art. 6º da LC n. 105/01, a autoridade fazendária pode ter acesso às informações bancárias do contribuinte quando houve procedimento administrativo-fiscal em curso, sem o crivo do Judiciário...” (REsp 584.378/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 27/02/2007, DJ 16/03/2007, p. 332).

“(…) 2. Apenas a partir da vigência da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, é possível o acesso às informações bancárias

do contribuinte na forma instituída pela Lei nº 10.174/2001, ou seja, sem a requisição judicial. A aplicação desse conjunto de normas para a obtenção de dados relativos a exercícios financeiros anteriores sem autorização judicial, como é o caso dos autos, implica ofensa ao princípio da irretroatividade das leis. 3. Assim, não pode a autoridade fazendária ter acesso direto às operações bancárias do contribuinte anteriores a 10.01.01, como preconiza a Lei Complementar nº 105/01, sem o crivo do judiciário...” (REsp 531.826/SC, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 31/05/2006, p. 245).

No desate do REsp 1134665/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009⁶², o STJ permitiu a quebra de sigilo bancário diretamente pelo fisco, sob o argumento de que “a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN” e que “as informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).”

Além do mais, registrou-se que

“(…) 12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

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

62. Semelhantemente: AgRg nos EDcl no REsp 1135908/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/06/2010, DJe 01/07/2010.

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

Há, todavia, julgados da Corte que consideram que “a quebra do sigilo fiscal do investigado deve preceder da competente autorização judicial, pois atenta diretamente contra os direitos e garantias constitucionais da intimidade e da vida privada dos cidadãos.” (RHC 20.329/PR, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Quinta Turma, julgado em 04/10/2007, DJ 22/10/2007, p. 312).⁶³

Desse modo, para esta linha, o sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso X) – REsp 37566/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 02/02/1994, DJ 28/03/1994, p. 6294.

Contudo, o entendimento majoritário do STJ é admitir a quebra de sigilo bancário e fiscal diretamente pelo fisco, em processo administrativo. Com efeito, no julgamento do AgRg nos EREsp 776.045/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 23/06/2010, DJe 01/07/2010, a Corte considerou que se revela superado o acórdão oriundo da Primeira Turma, julgado em 02.02.1994, REsp 37.566/RS.

A jurisprudência do STJ chega mais longe ao asseverar que “já pacificou o entendimento de que a Lei nº 10.174/01 e a Lei Complementar nº 105/01 têm aplicação imediata, alcançando fatos ocorridos anteriormente à sua vigência.”⁶⁴ E que “não viola os sigilos bancário e fiscal a utilização,

63. Cf. também: HC 31205/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Rel. p/ acórdão Min. Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 02/09/2004, DJ 26/11/2007, p. 247.

64. Em outros julgados, todavia, a Corte sinaliza que as disposições da LC 105/2001 não podem alcançar fatos geradores anteriores a sua vigência: “(...) estando em discussão lançamento efetuado no ano de 1992, referente a fato gerador de imposto de renda ocorrido em 1988, não há que se falar na aplicação da Lei Complementar n. 105/2001 e em dispositivos correlatos, incidindo a legislação anterior e a respectiva jurisprudência deste STJ no sentido de que se fazia necessária ordem judicial para que a Administração Fazendária tivesse acesso a informações submetidas ao sigilo bancário. 2. Tal entendimento não impede que, estando dentro do prazo decadencial, seja efetuado novo lançamento com base na legislação atualmente em vigor, conforme teor do art. 144, § 1º, do Código Tributário Nacional. 3. Recurso especial não-provido.” (REsp 942.877/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 09/09/2008, DJe 24/11/2008). Assim, apenas a partir da vigência da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, é possível o acesso às informações bancárias do contribuinte na forma instituída pela Lei nº 10.174/2001, ou seja, sem a requisição judicial. A aplicação desse conjunto de normas para a obtenção de dados relativos a exercícios financeiros anteriores sem autorização judicial,

pelas autoridades fazendárias, em procedimentos administrativos, das informações prestadas pelos contribuintes, ainda que se refiram a fatos geradores ocorridos em data anterior à vigência das mencionadas normas.” (HC 66.014/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 24/08/2009, DJe 14/09/2009).

Assim, para o STJ “a utilização de informações financeiras pelas autoridades fazendárias não viola o sigilo de dados bancários, em face do que dispõe não só o Código Tributário Nacional (art. 144, § 1º), mas também a Lei 9.311/96 (art. 11, § 3º, com a redação introduzida pela Lei 10.174/2001) e a Lei Complementar 105/2001 (arts. 5º e 6º), inclusive podendo ser efetuada em relação a períodos anteriores à vigência das referidas leis.” (AgRg no REsp 971.102/SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 02/04/2009, DJe 04/05/2009).⁶⁵

A posição seguida pela Corte é a de que a autoridade fazendária pode ter acesso direto às operações bancárias do contribuinte anteriores a 10.01.2001, como preconiza a Lei Complementar nº 105/01, sem o crivo do Judiciário, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da irretroatividade da lei tributária, porquanto a Lei Complementar nº 105/01, como a Lei nº 10.174/01, não instituem ou majoram tributos, mas apenas dotaram a Administração Tributária de instrumentos legais aptos a promover a agilização e o aperfeiçoamento dos procedimentos fiscais.⁶⁶

O tema possui certa uniformidade no âmbito do STJ e conta com posições conflitantes dentro do STF.

O plenário do Supremo – ao que nos parece – não possui entendimento consolidado quando o tema é a possibilidade do fisco realizar diretamente a quebra de sigilo bancário e fiscal. A tomada de decisões contraditórias, em curto espaço de tempo, demonstra essa instabilidade.

como é o caso dos autos, implica ofensa ao princípio da irretroatividade das leis. Não poderia a autoridade fazendária ter acesso direto às operações bancárias do contribuinte anteriores a 10.01.01, como preconiza a Lei Complementar nº 105/01, sem o crivo do judiciário – REsp 531.826/SC, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 31/05/2006, p. 245.

65. Em sentido parecido, admitindo a retroatividade da LC 105/2010: AgRg nos EDcl no REsp 1135908/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/06/2010, DJe 01/07/2010; REsp 737.636/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 15/10/2009; REsp 802.228/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17/08/2006, DJ 18/09/2006, p. 283.

66. Cf. REsp 668.012/PR, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 20/06/2006, DJ 28/08/2006, p. 272.

Creemos que a matéria será definida quando forem realizados os julgamentos das ADIs 2386/DF, 2390/DF e 2397/DF, sob a relatoria do Min. Dias Toffoli e da ADIs 4006/DF e 4010/DF, sob a relatoria da Min. Ellen Gracie, também pendentes de julgamento.

O tema, como dito, possui certa uniformidade no âmbito do STJ, que admite a quebra de sigilo fiscal e bancário diretamente pelo fisco, mas não conta com diretriz firme por parte do plenário do Supremo Tribunal Federal, pois existem decisões antagônicas do pleno em datas próximas (24/11/2010 e 15/12/2010), como vemos no quadro abaixo:

RESUMO • QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL DIRETAMENTE PELO FISCO	
CORRENTE 1	CORRENTE 2
Posição sufragada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da AC 33/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgada em 24/11/2010, defende que o fisco pode realizar, diretamente, a quebra do sigilo bancário e fiscal, sem se submeter de maneira prévia à pronúncia judicial.	Linha defendida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 389.808/PR/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 15/12/2010, decidiu que o fisco <i>não pode</i> , diretamente, realizar quebra de sigilo fiscal e bancário. Para haver a quebra do sigilo de dados bancários e fiscais é necessária a autorização do Poder Judiciário.

Tema que, num intervalo de tempo de cerca de três semanas, contou com posições antagônicas por parte do plenário do Supremo Tribunal Federal.

2.2 Princípio do promotor natural

Acolhimento do princípio do promotor natural pela Constituição da República

Natureza da divergência: **STF x STF** **STF x STJ**

A Constituição Federal em seu art. 5º, LIII, prescreve que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. O dispositivo garante que somente poderá haver julgamento por autoridade legalmente instituída no cargo. Busca-se evitar, com isso, o julgamento por tribunal de exceção ou por julgador designado após a realização dos fatos que virão a ser julgados.

Pelo princípio do juiz natural, o juiz deve ser pré-constituído por lei, ou seja, constituído antes de o fato ser julgado para garantir a imparcialidade do magistrado, que não deve saber, de antemão, a causa que lhe será afeta. Sua observância e acatamento proíbem a existência de juízos ou tribunais de exceção, preservando-se, assim, o devido processo legal, a