XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ENEÁ DE STUTZ E ALMEIDA

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Eneá De Stutz E Almeida, Flavia Piva Almeida Leite, Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-180-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, ocorreu na Capital Federal entre os dias 6 e 9 de julho de 2016 e teve como tema central DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II. Coordenado pelos professores Eneá De Stutz E Almeida, Flavia Piva Almeida Leite e Lucas Gonçalves da Silva, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados no presente e-book, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido também a maior atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Como o ato de classificar depende apenas da forma de olhar o objeto, a partir da ordem de apresentação dos trabalhos no GT (critério de ordenação utilizado na lista que segue), vários grupos de artigos poderiam ser criados, como aqueles que lidam com: questões de raça, religião e gênero (#####), concretização de direitos fundamentais (######), liberdade de expressão e reunião (#####), teoria geral dos direitos fundamentais (####) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (####)

1. A CONCRETIZAÇÃO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DIANTE DO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO EM PROCESSO DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR

2. O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO E A REALIZAÇÃO DO PROJETO DE VIDA

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E TRIBUTAÇÃO: COMO PROMOVER O COMBATE À DESIGUALDADE SOCIAL NO CENÁRIO PÓS-CRISE DE 2008.

4. O DIREITO A SAÚDE E A VIDA - JUDICIALIZAÇÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA

5. ENSAIO CLÍNICO COM MEDICAMENTOS NO BRASIL: A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO CASO DOS PACIENTES EM SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA OU URGÊNCIA.

6. MERCADO DE TRABALHO FORMAL E DESIGUALDADE DE GÊNERO: DAS COTAS LEGAIS À RESSIGNIFICAÇÃO CULTURAL

7. A GLOBALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE PARA PRIVATIZAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NA AMAZÔNIA X FUNÇÃO SOCIAL DA ÁGUA

8. LIBERDADE E REPRESENTATIVIDADE DO EMPREGADO NO ATUAL MODELO SINDICAL BRASILEIRO: PROPOSTAS PARA A DIGNIDADE

9. IMPLICAÇÕES JURÍDICAS NA ALTERAÇÃO DE PRENOME E GÊNERO NO REGISTRO CIVIL DE TRANSEXUAL NÃO OPERADO

10. A EMERGÊNCIA DA PAZ COMO NORMA JURÍDICA: A NOVA DIMENSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL

11. A DISPENSABILIDADE DE ORDEM JUDICIAL PARA QUE O FISCO TENHA ACESSO AOS DADOS BANCÁRIOS DOS CONTRIBUINTES E OS REFLEXOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E SIGILO DE DADOS

12. A DIMENSÃO ESTRUTURAL DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL: OS CRITÉRIOS TRADICIONAIS PARA A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS E A BUSCA PELA MAIOR RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS

13. A DESOBEDIÊNCIA CIVIL E DISCURSOS JURÍDICOS DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ABORTO DE FETO COM MICROCEFALIA

14. A DECISÃO DE CONSTITUCIONALIDADE NO JULGAMENDO DA ADI Nº. 3.421 /PR E A EFETIVIDADE DE DIREITO FUNDAMENTAL

15. A CONSTRUÇÃO EMPÍRICA DA IDENTIDADE SOCIAL COMO FUNDAMENTO PARA O DIREITO À PROPRIEDADE: O QUILOMBO SACOPÃ.

16. O USO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE EM AÇÕES INDENIZATÓRIAS: UM ESCUDO RETÓRICO DE SOFISTICAÇÃO PARA O SUBJETIVISMO IMPLÍCITO NAS DECISÕES JUDICIAIS

17. A (IN)EFETIVIDADE DO ESTADO NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALTERNATIVAS E SOLUÇÕES PARA O CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

18. OCUPAÇÃO DE ESCOLAS EM SÃO PAULO VERSUS DIREITO DE LIBERDADE DE REUNIÃO: O PROBLEMA DOS LIMITES NO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

19. OS MÉTODOS DE DECISÃO ADOTADOS PELA TEORIA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL EM CASOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A IMPLICAÇÃO PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

20. REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE GREGORIO PECES-BARBA

21. REFLEXOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL NOS CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

22. SER OU NÃO SER CHARLIE: REFLEXÕES A RESPEITO DE LIBERDADES ESCALONADAS EM AMBIENTE DE SOCIEDADE INFORMACIONAL

23. SOBERANIA NA AMAZÔNIA: GLOBALIZAÇÃO, ACESSO À ÁGUA DOCE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

24. SURVEILLANCE E O DIREITO FUNDAMENTAL A PRIVACIDADE PARA INFÂNCIA BRASILEIRA NA INTERNET

25. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE ATRAVÉS DA RECUSA INDEVIDA PELAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE QUANTO AS COBERTURAS DE TRATAMENTOS MÉDICO FORA DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS

26. TRATAMENTO PALIATIVO COMO FORMA ASSECURATÓRIA DE UMA MORTE DIGNA

Finalmente, deixa-se claro que os trabalhos apresentados no GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, acima relatados, foram contemplados na presente publicação, uma verdadeira contribuição para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um ótimo espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos das pós-graduações.

Desejamos boa leitura a todos.

Profa. Dra. Eneá De Stutz E Almeida - UNB

Profa. Dra. Flavia Piva Almeida Leite - FMU

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

A DISPENSABILIDADE DE ORDEM JUDICIAL PARA QUE O FISCO TENHA ACESSO AOS DADOS BANCÁRIOS DOS CONTRIBUINTES E OS REFLEXOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E SIGILO DE DADOS

ORDER OF JUDICIAL DISPENSABILITY FOR THE INLAND REVENUE HAVE ACCESS TO BANKING DATA CONTRIBUTORS AND REFLECTIONS IN THE FUNDAMENTAL RIGHTS TO PRIVACY AND DATA CONFIDENTIALITY

Rodrigo Fernandes [1]
Clovis Demarchi [2]

Resumo

Analisar os reflexos ao Direito de intimidade e do sigilo de dados frente à decisão do STF, que por maioria de votos, concluiu pela constitucionalidade da dispensabilidade de ordem judicial para que o fisco tenha acesso aos dados bancários dos contribuintes é o objetivo. Trata-se de uma regressão da proteção aos direitos e garantias individuais bem como a demonstração de uma preocupante tendência do STF em interpretar a Constituição além do alcance de sua normatividade, colocando em risco o Estado Constitucional Democrático de Direito. O artigo apresenta-se na base lógica indutiva com a utilização da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Dados bancários, Sigilo fiscal, Dispensabilidade de ordem judicial, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

Analyze the impacts of the Right to privacy and confidentiality of data to the front of the Supreme Court decision, by majority vote , concluded the constitutionality of the court order dispensability that the tax authorities have access to banking data of taxpayers is the goal. This is a regression of protection of individual rights and guarantees as well as the demonstration of a worrying trend in the Supreme Court interpreting the Constitution beyond the reach of its normativity, jeopardizing the democratic constitutional rule of law. The paper presents the rationale inductive with the use of literature.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Banking data, Confidentiality, Order of judicial dispensability, Fundamental rights

---

[1] Advogado. Professor Universitário e de Cursos Preparatórios para Concursos Públicos. Especialista em Direito do Estado. Mestrando em Ciência Jurídica pela Univali e pela Universidade de Alicante na Espanha

[2] Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI, Doutorado Sanduíche com a Universidade do Minho, Braga - Portugal. Professor titular da UNIVALI nos cursos de graduação, especialização e Mestrado em Ciência Jurídica.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar os reflexos produzidos da recente decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que conferiu à Secretaria da Receita Federal do Brasil - SRFB, o direito de acesso aos dados bancários dos contribuintes sem necessidade de prévia autorização judicial.

Referida decisão, com repercussão geral, foi proferida no RE 601314, juntamente com mais quatro ações diretas de inconstitucionalidade[1] onde se discutia a constitucionalidade dos artigos 5°[2] e 6°[3] da Lei Complementar n° 105/2001, que dispõem sobre o sigilo das

---

[1]Ações diretas de Inconstitucionalidades - ADIns- 2390, 2386, 2397 e 2859. A relatoria das quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade que questionam a lei foi realizada pelo ministro Dias Toffoli que destacou, em seu voto, que a prática prevista na norma é corrente em vários países desenvolvidos e a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo questionado seria um retrocesso diante dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para combater ilícitos, como a lavagem de dinheiro e evasão de divisas, e para coibir práticas de organizações criminosas. O ministro Toffoli afirmou não existir, nos dispositivos atacados, violação a direito fundamental, notadamente o concernente à intimidade, pois a lei não permite a quebra de sigilo bancário, mas sim a transferência desse sigilo dos bancos ao Fisco. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310242.

[2] 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.

1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;
II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;
III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;
IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;
V – contratos de mútuo;
VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;
VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;
VIII – aplicações em fundos de investimentos;
IX – aquisições de moeda estrangeira;
X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;
XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior;
XII – operações com ouro, ativo financeiro;
XIII – operações com cartão de crédito;
XIV – operações de arrendamento mercantil; e
XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

2º As informações transferidas na forma do *caput* deste artigo restringir-se-ão 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.

3º Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

operações de instituições financeiras e alterou completamente o posicionamento da Corte até então, que exigia a observância da denominada cláusula de reserva de jurisdição.

Assim, ressalvada a hipótese das investigações pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, o acesso do Fisco aos dados bancários dos contribuintes somente poderia ocorrer após prévia análise judicial deferindo a medida, isto porque este sigilo é considerado um dos desdobramentos dos direitos de personalidade, previstos no inciso X e XII do artigo 5° da CRFB/88.

Desta forma, discorrer-se-á, primeiramente, sobre os procedimentos de acesso aos dados bancários dos contribuintes previstos na legislação brasileira, bem como a respeito da mudança de entendimento da Corte Suprema acerca do tema.

Após um breve relato histórico dos direitos fundamentais a respeito de sua origem, conceito e dimensões e em seguida mais especificamente acerca dos direitos à intimidade e sigilo de dados que constituem esferas dos direitos da personalidade, averiguar-se-á até que ponto a dispensabilidade da análise judicial para o acesso de dados bancários implica em retrocesso hermenêutico de proteção a esses valores consagrados constitucionalmente.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que o artigo foi elaborado na base lógica indutiva. Foram utilizadas as técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

1 Breve análise da legislação brasileira acerca dos procedimentos de acesso pelo Fisco aos dados bancários dos contribuintes

---

5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

[3] Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

A fiscalização, ao lado da arrecadação constitui uma das atividades-meio mais relevantes da Administração Pública. Isto porque são os recursos advindos dessas atividades que proporcionam a realização das atividades fins do Estado, consagradas na Constituição, tais como a promoção da saúde, educação, segurança pública, dentre outros. (MINARDI,2015, p. 501).

Uma das formas de fiscalização é a análise pelo Fisco, das movimentações bancárias dos contribuintes. Atualmente é a Lei Complementar n° 105/2001, através de seus artigos 5° e 6°, o instrumento normativo que dispõe sobre o modo pelo qual as instituições financeiras procederão com a transferência de informações de seus usuários à administração tributária.

Referidos dispositivos foram regulamentados pelo Decreto 3.724/2011, que estabelece- em seu artigo 2° § 5° - que a SRFB, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.

Considera-se indispensável o acesso aos dados dos contribuintes que estejam sob a administração da instituição financeira, por exemplo, na hipótese de realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível; subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado; obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o sujeito passivo deixar de comprovar o efetivo recebimento dos recursos; remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas; dentre outros.

A requisição de informações deverá ser formalizada através de documento denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) e será dirigida, conforme o caso, ao: Presidente do Banco Central do Brasil, ou a seu preposto; presidente da Comissão de Valores Mobiliários, ou a seu preposto; presidente de instituição

financeira, ou entidade a ela equiparada, ou a seu preposto egerente de agência, devendo a mesma ser precedida, necessariamente, da intimação ao contribuinte para que este apresente as informações sobre movimentações financeiras de sua titularidade.

Após a transferência de documentos e dados sigilosos pelas instituições financeiras, os mesmos serão guardados em condições especiais de segurança, sendo que caso o contribuinte sinta-se prejudicado por uso indevido das informações requisitadas, ou por abuso da autoridade requisitante, poderá dirigir representação ao Corregedor-Geral da Secretaria da Receita Federal, com vistas à apuração do fato e, se for o caso, à aplicação de penalidades cabíveis ao servidor responsável pela infração.

Destaca-se, ainda em relação aos trâmites, que a é pressuposto para o acesso aos documentos sigilosos a existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, ou seja, não é facultado ao Fisco o acesso prévio e indiscriminado às informações financeiras dos contribuintes para que, caso constate alguma irregularidade, possa posteriormente instaurar o procedimento administrativo fiscal respectivo.

Dentro deste contexto, deve-se mencionar, ainda, que o Código Tributário Nacional, no Título de que trata da administração tributária, especificamente no capítulo relacionado à fiscalização, estabelece em seu artigo 197 que mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros: (...) II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras; (...).

Salienta-se, por fim, que a própria CRFB/88 ao tratar do denominado princípio da capacidade tributária no artigo 145, § 1º, estabelece na parte final da redação que é"facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

A simples leitura do dispositivo já denota a preocupação da Constituição em relação ao respeito aos direitos individuais, todavia, é inegável o esforço do legislador em

conferir à Administração tributária fortes prerrogativas para alcançar o desiderato arrecadatório e fiscalizatório.

2 Direitos Fundamentais - aspectos terminológicos, histórico-evolutivo e abrangência

Primeiramente, é importante destacar que em relação aos direitos fundamentais é recorrente o emprego terminológico equivocado em relação ao instituto, haja vista a existência de conceitos (e direitos) circundantes e que muitas vezes são utilizados tecnicamente de maneira incorreta, vale citar os 'direitos humanos', 'direitos do homem', 'direitos naturais', 'liberdades públicas', 'direitos fundamentais do homem', dentre outros. (SILVA, 2013, p. 172).

Segundo BONAVIDES (2007, p. 560) o emprego do termo 'direitos humanos' e 'direitos do homem' são frequentemente utilizados pelos autores anglo-americanos e latinos, enquanto a expressão 'direitos fundamentais' parece ficar circunscrita à preferência dos publicitas alemães.

Entretanto, este não parece ser o ponto de distinção mais característico, uma vez que a maior parte da doutrina (ALEXY, 1998, p.6), dentre estes Perez Luño[4], assevera que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos positivados nas constituições estatais. Em quanto Direitos Humanos são mais comuns nos planos das declarações e convenções internacionais.

No Brasil, por exemplo, a Constituição Federal utiliza a expressão "direitos fundamentais" quando se refere aos direitos nela positivados no título II (Dos direitos e garantias fundamentais) e "direitos humanos", por sua vez, ao tratar daqueles relacionados a tratados e convenções internacionais. (NOVELINO, 2014, p.378).

[4]"De ahí que gran parte de La doctrina entienda que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivados en las constituciones estatales. 'Derechos humanos' ES La más usual emelplano de las declaraciones y convenciones internacionales". (PÉREZ LUÑO, 1995, p.11).

Impende ressaltar, todavia, que não obstante esta distinção, direitos fundamentais, de certa forma, sempre serão direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano. (SARLET, 2014,p. 29).

Não há dúvidas de que o reconhecimento dos direitos fundamentais foi umas das maiores conquistas político-jurídicas da história da humanidade, pois, após os movimentos revolucionários burgueses do século XVIII, houve a positivação de vários direitos inerentes à natureza humana, que até então não eram universais e legitimados. Assim, a declaração solene dos direitos fundamentais significa o estabelecimento de princípios sobre os quais se apoia a unidade política de um povo. (SCHIMITT,2003, p.167).

Como marco inicial deste movimento de positivação de direitos, pode-se citar a Declaração de Direitos de Virginia de 1776, Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 como sementes do instituto, todavia, a expressão "direitos fundamentais" surgiu na França, em 1970, no movimento político e cultural que deu origem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. (NOVELINO, 2014, p. 377). A partir de então, as declarações de direitos proliferaram, servindo como modelo para a instituição das constituições estatais.

Defendia-se, sobretudo, a ideia de limitação do poder estatal e a garantia dos direitos individuais, de tal modo que o lema revolucionário, buscou exprimir em três princípios a natureza e alcance dos direitos fundamentais, evidenciando, assim, a sequencia histórica de sua institucionalização, são eles: liberdade, igualdade e fraternidade.

Referidos princípios foram classificados pela doutrina - no início - como gerações de direitos (BONAVIDES, 2007, p. 561), porém, deve-se ressaltar que atualmente há uma preferência pelo termo 'dimensões' de direitos (SARLET, 2014,p. 55), uma vez que aquela denominação traz a noção equivocada de fragmentação[5], no sentido de que uma "geração" evoluiria e substituiria as conquistas anteriores, o que não é verdade.

[5] "A fantasia nefasta das chamadas ‘gerações de direitos’, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra devidamente desmistificada. O fenômeno de hoje testemunhamos não é o de sucessão, mas antes, de uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, consoante uma visão necessariamente integrada de todos os direitos humanos." (TRINDADE, 1997, p.390)

Os direitos da primeira dimensão caracterizam, precipuamente, pelo absenteísmo estatal, são os denominados direitos negativos que limitaram o autoritarismo, tendo caracterizado o surgimento do Estado de Direito. Dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram sendo concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados. (SARMENTO, 2006, p. 12-13).

Enquanto os direitos da segunda dimensão foram concebidos e consagrados na Revolução Industrial Europeia, no século XIX, sendo relacionados ao postulado da igualdade material e, ao contrário da primeira dimensão, exige do Poder Estatal atuação positiva através de políticas públicas que busquem a efetivação de direitos sociais, aqueles relacionados com a saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outros.

As profundas transformações sociais, notadamente no âmbito internacional, originadas pelo capitalismo, consciência ambiental, desenvolvimento tecnológico e científico acarretaram no surgimento dos denominados direitos da terceira geração, que busca efetivar os postulados da solidariedade e fraternidade. Jean Rivera (1985,p.193) inclui dentre estes direitos os direitos de solidariedade, o direito ao desenvolvimento, à paz internacional, a um ambiente protegido, à comunicação.

Trata-se, evidentemente, de um rol meramente exemplificativo, uma vez que a solidariedade comporta diversos outros direitos de proteção do gênero humano.

Existem também os direitos de quarta dimensão que, segundo Bobbio(2004, p. 6), seriam os direitos decorrentes dos avanços no campo da engenharia genética, pois podem colocar em risco a própria existência da humanidade. Bonavides (2007, p. 572), não obstante a análise seja por outro viés, também defende a existência de uma quarta 'geração' de direitos, com aspecto introduzido pela globalização política, relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo.

Por fim, Bonavides (2007, p. 579) discursa que o direito à paz, pela sua relevância, deve compor o rol dos direitos da quinta dimensão, não obstante reconhecer que este postulado é incluído por Karel Vasak[6], na terceira dimensão de diretos.

Diante desta breve contextualização de sua trajetória histórica-evolutiva, é possível afirmar que os direitos fundamentais são um conceito do mundo moderno (PECES-BARBA, 1995, p. 113), extremamente dinâmicos e cada vez mais vem aumentando sua abrangência.

E, ainda, é inequívoca a extrema relevância destes direitos catalogados como "fundamentais", pois, oriundos de conflitos e lutas históricas[7] que impõem ao Estado verdadeiros deveres de prestações ao mesmo tempo que busca garantir a defesa/liberdade dos direitos individuais e coletivos(CANOTILHO, 2003, p.541-542), buscando consagrar os valores mais caros de uma determinada sociedade.

3 Direitos Fundamentais à intimidade e sigilo de dados

Constatou-se que o rol de direitos fundamentais é bastante amplo e são classificados em dimensões - a depender dos valores que se busca consagrar - bem como em direitos de prestações (positivos) e de defesa (negativos). O direito à intimidade e ao sigilo de dados compõem os direitos de personalidade e fazem parte, sem dúvidas, dos direitos de primeira dimensão, na medida em que limitam o Poder do Estado na esfera individual.

Os direitos de personalidade emanam diretamente da dignidade da pessoa humana, como decorrência da autonomia da vontade e do respeito ao livre arbítrio. (NOVELINO, 2014, p. 491)

A CRFB/88 trata desses direitos em seu artigo 5°, incisos X e XII ao dispor que:

---

[6]No ano de 1979, proferindo a aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estraburgo, o jurista Karel VASAK utilizou, pela primeira vez, a expressão "gerações de direitos do homem", buscando, metaforicamente, demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). (LIMA, 2003).

[7] "Quando começamos a falar de direitos humanos destacando o conceito de 'direitos', corremos o risco de "nos esquecer" dos conflitos e lutas que conduziram à existência de um determinado sistema de garantias dos resultados das lutas sociais (...)." (FLORES, 2009, p. 26).

> 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.

Pela leitura do texto constitucional, fica claro também que para explorar a noção de intimidade deve-se ter em conta as múltiplas dimensões por ela albergadas, dentre as quais se encontram o sigilo fiscal, tanto das pessoas físicas, quanto das pessoas jurídicas.

Portanto, num conceito amplo, a intimidade é o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. Embarca todas as manifestações das esferas íntimas, privadas e da personalidade, que o texto constitucional consagrou. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo. (SILVA, 2001, p. 279).

Ainda no que se refere à amplitude do conceito, Novelino (2014, p. 491) aduz que tendo como referencial a teoria das esferas, amplamente adotada pela doutrina e jurisprudência alemãs, pode-se estabelecer uma variação de grau de proteção à privacidade de acordo com a área da personalidade afetada.

Existem, por assim dizer, as esferas da publicidade, a íntima e a privada, sendo que é esta última que abarca as relações do indivíduo com o meio social onde não há o interesse público na divulgação de determinadas informações, como por exemplo, as informações bancárias e fiscais.

Esse direito ao sigilo objetiva impedir que a ação de terceiro procure conhecer e descobrir aspectos da vida privada alheia; por outro lado, o direito à reserva ou direito à

privacidade sucede o direito ao segredo, compreendendo a defesa da pessoa da divulgação de notícias particulares, embora legitimamente conhecidas pelo divulgador. (LIMA, 2003, p. 43).

O sigilo ora é considerado dever, ora é obrigação dos Bancos. Atinge não só conta bancária, mas também dados ou outras informações, quer de clientes, quer de terceiros que os conheçam em função do exercício da atividade bancária. O dever do sigilo aparece sempre em decorrência do múnus profissional. (ROQUE, 2002, p. 85)

Não obstante a relevância dos valores que se busca proteger, deve-se recordar que não há direitos absolutos no Brasil, nem mesmo os fundamentais(MARMELSTEIN, 2008, p. 368). Neste sentido, Alexandre de Morais (2003, p. 61) afirma que "os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (princípio da relatividade)".

Vislumbra-se, desta forma, a possibilidade de conflito entre o direito fundamental ao sigilo de dados e o direito do Fisco em ter acesso a essas informações, conforme redação do artigo 145, § 1º da CF.

4 O entendimento do Supremo Tribunal Federal e o RE 601314

A matéria é complexa e já foi objeto de diversos debates emblemáticos por parte do Supremo Tribunal Federal. A primeira decisão - após a LC 105/2001 -sobre o tema foi a análise da Cautelar 33-5, quando o Ministro Marco Aurélio concedeu, em 05/07/2003, a liminar para imprimir efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário 389.808 do Paraná, obstaculizando até a decisão final (da cautelar) o fornecimento de informações bancárias dos contribuintes à Receita Federal.

Em 24/11/2010 numa decisão de 6 votos a 4, o Pleno do C. Supremo Tribunal Federal negou referendo à medida acautelatória. Entretanto, no julgamento do mérito do Recurso Extraordinário RE 389.808, também por maioria de votos, ficou decidido pela impossibilidade do Fisco acessar diretamente, sem prévia autorização judicial, os dados financeiros do contribuinte, adotando o princípio denominado cláusula de reserva de

jurisdição, ressalvada a competência extraordinária das Comissões Parlamentares de Inquérito[8].

Vale frisar que o direito de acesso do Fisco aos dados bancários dos contribuintes não fora completamente negado, todavia, condicionava o procedimento à prévia análise judicial e desde então, os diversos tribunais federais do Brasil adotaram a tese como forma de decidir.[9]

Este entendimento prevaleceu até o julgamento do RE 601314, em 24/02/2016, onde mais uma vez se questionava perante a Corte Suprema se os procedimentos previstos na LC 105/2001 afrontavam a inviolabilidade da intimidade e dos dados individuais expressamente amparada pelos incisos X e XII, do artigo 5° da CF/88.

Conforme já mencionado, por maioria de votos, num placar de 9 X 2, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, foi alterado o entendimento até então consolidado na Corte desde o julgamento do RE 389808/PR.

Vale citar trecho do voto vencido do Ministro Celso de Mello,

> (...) votarei vencido neste caso, **que se soma** aos dois julgamentos realizados na semana passada em cujo âmbito **registrou-se - e digo isto com todo o respeito -** preocupante inflexão hermenêutica, de índole regressista, **em torno** do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte **no plano sensível** dos direitos e garantias individuais, **retardando** em minha percepção, **o avanço** de uma significativa agenda judiciária **concretizadora** das liberdades fundamentais em nosso País. (grifo no original)

Assim se manifestou o ministro Marco Aurélio,

---

[8] Art. 58, § 3º da CR/88 -As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

[9] TRF-3 - APELAÇÃO CÍVEL : AMS 5946 MS 0005946-92.2008.4.03.6000; TRF-1 - APELAÇÃO CIVEL AC 196880620024013300 BA 0019688-06.2002.4.01.3300 (TRF-1)

> [...]a revisão da jurisprudência, firmada em 2010 no sentido de condicionar o acesso aos dados bancários à autorização judicial, gera insegurança jurídica. O ministro afirmou que somente o Poder Judiciário, órgão imparcial e equidistante, pode autorizar tal providência, não cabendo ao Fisco, que é parte na relação jurídica, obter tais informações automaticamente. "Não pode entrar na minha cabeça que a Receita, que é órgão arrecadador, tenha uma prerrogativa superior à garantida pela Constituição ao Judiciário".

De acordo com o ministro, a cooperação internacional no combate a ilícitos tributários (argumento utilizado pelo relator) não pode prescindir da observância constitucional.

Entenderam os Ministros que defenderam a tese prevalecente que não se trata de quebra de sigilo, mas sim de mera transferência de informações, que implica também na transferência de manter o sigilo. E ainda, afirmaram que a Receita Federal já possui acesso à informação acerca da totalidade do patrimônio dos cidadão através das declarações anuais de rendimentos, portanto, se tem acesso ao conjunto maior, como não poderia ter acesso ao conjunto menor, que é a movimentação bancária?

Assim, de acordo com o novo entendimento, basta a existência de procedimento fiscal em curso para que a Receita solicite diretamente às instituições financeiras informações, até então sigilosas, dos contribuintes, não havendo que se falar, neste caso, em transgressão de direitos e garantias individuais.

Considerações finais

Não há dúvidas de que o interesse público primário na ação da Administração Tributária em fiscalizar e arrecadar tributos é a consecução das atividades públicas de interesse social, haja vista que esta receita compõe a maior fonte de arrecadação do Estado atual.

E é justamente por isso que foram editadas diversas normas com o fim de instrumentalizar a atividade de fiscalização. Dentre essas, a Lei Complementar nº 105/2001 que dispõe sobre o acesso do Fisco aos dados bancários dos contribuintes no âmbito do procedimento administrativo fiscal.

Constatou-se que desde a edição da norma, diversas as demandas foram propostas questionando sua constitucionalidade, sob o argumento de este acesso indiscriminado violaria o direito constitucional à intimidade e ao sigilo de dados previstos no artigo 5º da CF/88.

A matéria foi levada ao STF, por intermédio da interposição do RE 389.808/PR, onde ficou decido que os direitos fundamentais à intimidade somente poderiam ser flexibilizados no âmbito das Comissões Parlamentares de Inquérito ou por intermédio de ordem judicial, o que foi denominado, neste caso, de cláusula de reserva jurisdicional.

Referido entendimento permaneceu pacífico até o julgamento do RE 601314, que por maioria de votos, conclui acerca da constitucionalidade dos dispositivos que conferem ao Fisco o direito de solicitar diretamente às instituições bancários informações acerca de seus correntistas, sem necessidade de prévia análise judicial, exigindo-se apenas que haja procedimento administrativo fiscal instaurado.

Conforme visto, segundo o STF, não se trata a questão de quebra de sigilo, mas sim de mera transferência de informações onde o sigilo continuará sendo assegurado, não havendo qualquer possibilidade de divulgação pública dessas informações.

A decisão em comento, com todas as *vênias*, trata-se de uma regressão da proteção dos direitos e garantias individuais consolidados na Carta Magna e constatação de preocupante tendência do STF em interpretar a Constituição além do alcance de sua normatividade, motivado - talvez - por questões sócio-políticas alheias aos princípios fundamentais que informam e dão essência ao Estado Constitucional Democrático de Direito.

Referências

ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 11.12.98. Tradução Gilmar Ferreira Mendes.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

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

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

LIMA, Maria José Oliveira. **Sigilo Fiscal e Direito à Intimidade.** Curitiba: Juruá, 2003.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008.

MINARDI, Josiane. **Manual de Direito Tributário.** Salvador: juspodivm, 2015.

MORAIS, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOVELINO, Marcelo, **Manual de direito constitucional.** 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PECES-BARBA, Gregório. **Curso de derechosfundamentales:** Teoria general. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid .Boletin Oficial Del Estado, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales.** 6 ed. Madrid: Tecnos, 1995.

RIVERA, Jean. Corrientes y problemas emfilosofia del derecho. In: **Anales de la cátedra Francisco Suárez**, 1985, n. 25, p.193.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo bancário e direito à intimidade**. Curitiba: Juruá, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006.

SCHIMITT, Carl. **Teoría de La Constitución.**Madrid: Alianza Editorial SA, 2003.

SILVA, José Afonso da.**Curso de direito constitucional positivo.** 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. v. 1.