

COORDENADORES

Arruda Alvim

Eduardo Arruda Alvim

Flavio Galdino

UMA VIDA DEDICADA AO DIREITO

Estudos em homenagem a Roberto Rosas

G|Z
EDITORA

UMA VIDA DEDICADA AO DIREITO

Estudos em homenagem a Roberto Rosas



1ª edição – 2020

© Copyright

Arruda Alvim / Eduardo Arruda Alvim / Flavio Galdino

Presidente do Conselho Editorial

Nelson Nery Costa

Diagramação

Olga Martins

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

V69

Uma vida dedicada ao direito: estudos em homenagem a Roberto Rosas / coordenação: Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim, Flavio Galdino. - 1. ed. - Rio de Janeiro: G Z, 2020.

998 p.; 24 cm.

Inclui bibliografia e índice

ISBN 978-85-9524-082-7

1. Rosas, Roberto, 1939-. 2. Direito constitucional - Brasil. 3. Direitos fundamentais - Brasil. I. Alvim, Arruda. II. Alvim, Eduardo Arruda. III. Galdino, Flavio.

20-64656

CDU: 342(81)

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
EDITORA GZ

Av. Erasmo Braga, 299 – sala 202

CEP: 20020-000 – Rio de Janeiro – RJ

Tels.: (0XX21) 2240-1406 / 2240-1416 – Fax: (0XX21) 2240-1511

contato@editoragz.com.br

www.editoragz.com.br

SUMÁRIO

<i>Sobre Roberto Rosas</i>	V
<i>Apresentação</i>	VII
<i>Prefácio</i>	IX
<i>Sobre os coordenadores e autores</i>	XI
O Controle Concentrado e Abstrato de Constitucionalidade e os Princípios da não Surpresa e do Contraditório Substancial e da Motivação Específica	
<i>Ana Paula de Barcellos</i>	1
Família ou Famílias?	
<i>Antônio Carlos Mathias Coltro</i>	15
Advocacia na Atualidade	
<i>Antonio Claudio Mariz de Oliveira</i>	33
Forum non Conveniens e o Controle da Competência Adequada no Processo Civil Brasileiro	
<i>Antonio do Passo Cabral</i>	39
Sobre a Redução da Pena Contratual	
<i>Antônio Pinto Monteiro</i>	67
Direito, História e Memória em Roberto Rosas	
<i>Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy</i>	85
O Pragmatismo Ético do Supremo Tribunal Federal	
<i>Arnoldo Wald</i>	89
A Revelia, o Direito Fundamental à Prova e o Artigo 349 do CPC/2015	
<i>Arruda Alvim</i>	99
Algumas Reflexões sobre a Jurisprudência do Direito Brasileiro, no Regime da Constituição de 1988 e no do Código de Processo Civil de 2015	
<i>Carlos Fernando Mathias de Souza</i>	119
Presunção de não culpabilidade e execução da sentença condenatória	
<i>Carlos Mário da Silva Velloso</i>	129
Dívidas de Campanha e o Dever de Prestar Contas Integralmente – um Paradoxo	
<i>Cesar Luiz Pasold / Denise Goulart Schlickmann</i>	139
Notas sobre a Tolerância: Fundamentos, Distinções e Limites	
<i>Clèmerson Merlin Clève / Bruno Meneses Lorenzetto</i>	157
Exame da Ordem	
<i>Edgard Silveira Bueno Filho</i>	175
A Mente e o Tempo sob Novo Olhar: Uma Construção Hermenêutica do Direito a Partir da Linguagem	
<i>Eduarda M. Chacon Rosas</i>	185

Breves Apontamentos sobre a Polêmica quanto à Aplicação do Artigo 139, IV, do Novo Código de Processo Civil do Brasil na Execução por Quantia Certa Contra Devedor Solvente <i>Elias Marques de Medeiros Neto</i>	197
Os Acordos de Acionistas e de Confidencialidade e seus Efeitos perante Terceiros <i>Fernando Campos Scaff</i>	231
O Regime Jurídico do ICMS no E-commerce <i>Fernando Facury Scaff / Luma Cavaleiro de Macedo Scaff</i>	241
Controle Jurisdicional da Administração no Estado Democrático de Direito <i>Fernando Luiz Ximenes Rocha</i>	253
Antigas, Novas e (aparentemente intermináveis) Controvérsias em Torno do Verbete 343 da Súmula de Jurisprudência Dominante do STF <i>Flávio Luiz Yarshell</i>	267
Direito Civil e Constituição – o Neoconstitucionalismo Italiano e sua Adoção no Brasil <i>Francisco Amaral</i>	281
Direitos Humanos no Entender da Justiça <i>Francisco Rezek</i>	295
Reflexões sobre a Natureza Jurídica e Incidência da Vedação dos Pactos Sucessórios no Código Civil <i>Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka</i>	301
Análise de Impacto Regulatório e Falhas de Regulação <i>Gustavo Binbojm</i>	325
A Aplicação da Cláusula Penal Compensatória nos Contratos de Promessa de Compra e Venda Imobiliária <i>Gustavo Tepedino / Deborah Pereira Pinto dos Santos</i>	333
Seletividade no ICMS <i>Humberto Ávila</i>	357
Viabilidade da Instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça <i>Humberto Martins</i>	369
Servus vicarius: Nótulas sobre o escravo do escravo no Brasil <i>Ibsen Noronha</i>	379
O direito de defesa em face da Constituição Federal e legislação decorrente <i>Ives Gandra da Silva Martins</i>	391
Crimes Transnacionais <i>Jorge Mussi</i>	401
Condição: Comportamento Malicioso do Devedor <i>José Alexandre Tavares Guerreiro</i>	411

O Direito de Defesa em Face da Constituição Federal e Legislação Decorrente

Ives Gandra da Silva Martins

Conheço Roberto Rosas há mais de 40 anos. Por suas mãos, ingressei na Academia Brasileira de Letras Jurídicas em 1991. Sempre admirei sua figura de excelente professor e brilhante advogado, sobre já ter exercido a magistratura de forma exemplar, como Ministro do Superior Tribunal Eleitoral.

Inútil falar sobre a alegria e a honra de ter sido convidado a escrever um artigo para o livro em sua homenagem, que também, indiretamente, é homenagem à sua admirável esposa, Célia, que sempre o acompanhou em sua fantástica carreira.

Escolhi para escrever tema sobre o qual tenho proferido palestras, escrito artigos em jornais e debatido com estudantes, ou seja, o vazamento de informações, que deveriam ser sigilosas, mas que são desventradas para a imprensa antes mesmo de terem os acusados conhecimento dos procedimentos que estão sendo preparados.

Em decorrência de tais vazamentos, detenções provisórias ou preventivas são feitas com uma espetacularização apenas vista nos grandes acontecimentos artísticos ou esportivos.

Antes de qualquer cidadão ser preso, tem, por estes constantes vazamentos, sua vida pessoal exposta para o público, que forma sua opinião à luz de manchete de jornais, por força da veiculação destas informações veiculadas. Este reiterado comportamento oferta a nítida impressão de que os acusadores públicos adotam-no para ter a pressão popular a seu favor, nos julgamentos que decorrerão de seus pedidos de investigação ou denúncias feitas¹

Se me perguntarem o que penso da denominada operação Lava Jato, – que trouxe ao conhecimento popular o mais sofisticado esquema de concussão, corrupção, peculato, desvio de recursos públicos, lavagem de dinheiro, enriquecimento ilícito, imoralidade administrativa, aeticidade pública e privada e uma série de outros crimes -, minha resposta será que, como cidadão, alegrou-me ver o país sendo passado a limpo, apoiando a reação popular de repúdio a tal cultura do assalto às contas públicas perpetrada por tanto tempo.

1 O inciso XIV do art. 5º da CF tem a seguinte dicção:

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

.....

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

.....”

com o que a imprensa não é obrigada a dizer de onde recebeu a informação..

Outra não foi a razão de fragorosa derrota do Governo anterior nas eleições, o qual pagou o preço de ter assistido, voluntária ou involuntariamente, a tal desfiguração de costumes políticos e à fragilização das finanças públicas para acobertar desvios de recursos da administração pública direta e indireta.

Nada obstante ter esta opinião, realçando minha admiração pelo bem feito trabalho de apresentação de provas e das decisões judiciais nas diversas instâncias, não posso, como modesto e velho professor universitário, deixar de criticar os repetidos abusos das autoridades acusatórias e o permanente pisotear do direito de defesa, que nunca esteve em igualdade de condições no patrocínio de direitos dos cidadãos acusados perante o Estado².

Em matéria tributária, tais abusos tornam-se mais evidentes na medida em que a legislação de regência proíbe compartilhamento de dados com outras autoridades que não a fiscalização, únicas que podem gerar autos de infração³.

- 2 Coordenei, com Marcos da Costa, o livro "A importância do direito de defesa para a democracia e a cidadania" (Ed. OAB-Conselho Federal/OAB-São Paulo, Brasília, 2017), com a colaboração dos seguintes autores Marcos da Costa, Ives Gandra da Silva Martins, Cláudio Pacheco Prates Lamachia, José Bernardo Cabral, Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, René Ariel Dotti, Luiz Flávio Borges D'Urso, Arnoldo Wald, Américo Masset Lacombe, Alberto Zacharias Toron, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques, Ruy Martins Altenfelder Silva, Regina Beatriz Tavares da Silva, Tales Castelo Branco, Kiyoshi Harada, Dircêo Torrecilhas Ramos, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Lênio Luiz Streck, Angela Vidal Gandra da Silva Martins, Ana Regina Campos de Sica, Maurício Ávila Prazak, Leonardo Rodrigues Garbin, Pierpaolo Cruz Bottini, Marco Aurélio Florêncio Filho e Juliana Abrusio, Cristiano Ávila Maronna, Elias Mattar Assad, Carmen Silvia Vallo de Araujo Martins, Fernanda Marinela e Tatiany Ramalho, Fábio Tofic Simantob, Roberta de Amorim Dutra, Ricardo Breier e Ricardo Luiz de Toledo Santos Filho, grande parte deles tecendo críticas ao tratamento desigual do Poder Judiciário aos advogados perante os procuradores federais.
- 3 Em estudo publicado no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (vol. LXXVII, Coimbra, 2001, p. 457/458) escrevi:
 "A solução brasileira foi sempre a mais correta. Para evitar-se o arbítrio fiscal ou a sonegação fiscal acobertada pelo sigilo bancário, cabe a uma autoridade neutra definir se há ou não possibilidade de quebra, ou seja, a autoridade judicial.
 O Ministro Maurício Corrêa, com propriedade, levantou jurisprudência a respeito, que transcrevo: "A jurisprudência desta Corte, consolidada e cristalizada a partir do julgamento dos citados MS nº 1.047-SP e nº 1.959-DF é rica em precedentes que nunca deixaram de entender que o sigilo bancário é um direito individual não absoluto, podendo ser rompido somente em casos especiais onde há prevalência do interesse público e, mesmo assim, por determinação judicial. Além dos dois citados, anoto os seguintes precedentes que, de alguma forma, abordam o tema: RHC nº 31.611. Rel. designado Min. AFRÂNIO COSTA, j. em 25/07/51, in DJU de 28/09/53, pág. 2.880 (apenso ao nº 222); MS nº 2.172, Rel. Min. NELSON HUNGRIA, j. em 10/07/53, in DJU de 05/01/54; RMS nº 2.574 MG, Rel. Min. VILLAS BOAS, j. em 08/07/57, in RTJ 2/429; RMS nº 9.057-MG, Rel. Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, j. em 13/09/61, in RTJ. 20/84; RMS nº 15.925-GB, Rel. Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, J., em 20/05/66, in RTJ 37/373; AG nº 40.883-GB, Rel. Min. HERMES LIMA, j. em 10/ 11 /67, in DJU de 06/03/68; RE nº 71.640-BA, Rel. Min. DJACI FALCÃO, j. em 17/09/ 71, in RTJ 59/571; nº 82.700-SP, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, J. em 11/11/75., RTJ 76/655; MS nº 21.172-AM, Rel. Min. SOARES NUNNOS, j. 27/09/78, in DJU de 20/10/ 78; RE nº 94608SP, Rel. CORDEIRO GUERRA, j. em

A própria Constituição Federal, entende ser cláusula pétrea o sigilo de dados, conforme seu artigo 5º, inciso XII, cuja dicção é a seguinte:

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

.....

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; (Vide Lei nº 9.296, de 1996)

.....” 4.

Este direito é, de rigor, uma cláusula pétrea, por força do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Lei Suprema, cujo discurso segue:

“Art. 60.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

.....

IV – os direitos e garantias individuais.

.....” 5.

06/04/84, in RTJ 110/196; AG (AgRg) nº 115.469-1/SP, Rel. Min. RAFAEL MAYER, j. em 28/11/86, in DJU de 12/12/86; HC nº 66.284-MG, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, j. em 24/05/88, in RTJ 127/891; HC nº 67.913-SP, rel, p/o ac. Min. CARLOS VELLOSO, j. em 16/10/90, in, RTJ 134/309; PET nº 577 (Questão de Ordem) – SP, rel. Mm. CARLOS VELLOSO, j. em 25/03/92. in RTJ 148/366; AGRINQ nº 897, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, j. em 23/11/94, in DJU de 24/10/95”.

-
- 4 Consoante dispõe o inciso XII do art. 5 da CF, mostra-se inadequado o compartilhamento de prova que, no campo da exceção – afastamento da privacidade-, implicou interceptação telefônica determinada por órgão judicial e para efeito específico, ou seja, investigação criminal ou instrução processual penal (Inq. 3.014 AgR., rel. Min. Marco Aurélio, j. 13/12/2012, p., DJE. de 23/09/2013).
- 5 Comentei-o: “Os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea. Não são eles apenas os que estão no artigo 5º, mas, como determina o § 2º do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo texto constitucional e outros que decorrem de uma implicitude inequívoca. Trata-se, portanto, de um elenco cuja extensão não se encontra em textos constitucionais anteriores. Tem-se discutido se, de rigor, toda a Constituição não seria um feixe de direitos e garantias individuais, na medida em que o próprio Estado deve assegurá-lo e sua preservação, de rigor, é um direito e uma garantia individual. Toda a Constituição não faz se não garantir direitos individuais, que decorrem, necessariamente, da existência do poder assecuratório (Judiciário), Legislativo (produção de leis), Executivo (executá-las a favor do cidadão). Por esta teoria, a Constituição seria imodificável, visto que direta ou indiretamente tudo estaria voltado aos direitos e garantias individuais

Tem-se admitido que a decisão judicial pode quebrar o referido sigilo, apesar de a lei suprema só falar em quebra das interceptações telefônicas. Admitiu-se, entretanto, que leis infraconstitucionais poderiam determinar quebras de sigilo bancário, em determinadas circunstâncias, sem autorização judicial, desde que não fossem compartilhadas as informações.

Miguel Reale e eu escrevemos estudo elaborado para Revista Jurídica da Universidade de Coimbra, a propósito da lei complementar nº 105/04, que admitiu quebra sem autorização. Os Ministros da Suprema Corte, todavia, admitiram a quebra, realçando que ela não poderia ser compartilhada, senão internamente, nas repartições fiscais ⁶.

Tal formulação, todavia, peca pela própria formulação do artigo, visto que se os organismos produtores, executores e assecuratórios do Direito representassem forma indireta de permanência dos direitos e garantias individuais, à evidência, todo o resto do artigo 60 seria desnecessário em face da imodificabilidade da lei suprema. O conflito fala por si só para eliminar a procedência dos argumentos dos que assim pensam.

Em posição diversa, entendo que os direitos e garantias individuais são aqueles direitos fundamentais plasmados no texto constitucional —e apenas nele— afastando-se, de um lado, da implicitude dos direitos não expressos ou de veiculação infraconstitucional, assim como restringindo, por outro lado, àqueles direitos que são assim considerados pelo próprio texto e exclusivamente por ele” (Comentários à Constituição do Brasil, 4º vol. tomo I, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Ed. Saraiva, 1999, p. 413/415).

6 Destaco de estudo do Professor Miguel Reale e meu (Controle concentrado de constitucionalidade de ato normativo emanado do Poder Executivo – Revista Temas de Integração, nº 15 e 16, Almedina, Coimbra, 2003, Separata, p. 47/48), sobre compartilhamento de informações bancárias com o Ministério Público o seguinte trecho:

“Assim, exceção às CPIs, para as quais são inerentes poderes próprios de investigação judicial por outorga constitucional, não podem outros órgãos, poderes ou entidades não autorizados pela Lei Maior, quebrar o sigilo bancário e, pois, afastar o direito à privacidade independente de autorização judicial, a pretexto de fazer prevalecer o interesse público, “máxime” quando não têm o dever de imparcialidade por serem PARTE na relação mantida com o particular.

Por tais fundamentos, o Supremo Tribunal Federal negou ao Ministério Público o poder de quebrar o sigilo bancário independente de autorização judicial, no RE 215.301-0/CE, com base em lapidar voto do Ministro Carlos Velloso, de que se destaca o seguinte trecho:

“Pode o Ministério Público, portanto, presentes as normas do inc. VIII, do art. 129 da C.F., requisitar diligências investigatórias e requisitar a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. As diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial deverão ser requisitadas, obviamente, à autoridade policial.

Ora, no citado inc. VIII, do art. 129, da C.F., não está escrito que poderia o órgão do Ministério Público requerer, sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de alguém. E se considerarmos que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade que a Constituição consagra, o art. 5º, inc. X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria a ação do Ministério Público para requerer, diretamente, sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa.

No voto que proferi na Petição 577-DF, caso Magri, dissertei a respeito do tema (RTJ 148/366), asseverando que o direito ao sigilo bancário não é, na verdade, um direito absoluto – não há, aliás,

De rigor, o sigilo, que as autoridades fiscais devem guardar, decorre dos artigos 198 e 199 do CTN, cuja dicção é a seguinte:

"Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001).

§ 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a: (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

I – representações fiscais para fins penais; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

direitos absolutos – devendo ceder, é certo, diante do interesse público, diante do interesse social, diante do interesse da justiça, conforme, esclareça-se, tem decidido o Supremo Tribunal Federal. Todavia, deixei expresso no voto que proferi no MS 21.729-DF, por se tratar de um direito que tem "status" constitucional, que a quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente a autoridade judiciária, que tem o dever de ser imparcial, por isso mesmo procederá com cautela, com prudência e com moderação, é que, provocada pelo Ministério Público, poderá autorizar a quebra do sigilo. O Ministério Público, por mais importantes que sejam as suas funções, não tem obrigação de ser imparcial. Sendo parte – advogado da sociedade – a parcialidade lhe é inerente. Então, como poderia a parte, que tem interesse na ação, efetivar, ela própria, a quebra de um direito inerente à privacidade, que é garantido pela Constituição? Lembro-me de que, no antigo Tribunal Federal de Recursos, um dos seus mais eminentes membros costumava afirmar que "o erro do juiz o tribunal pode corrigir, mas quem corrigirá o erro do Ministério Público?" Há órgãos e órgãos do Ministério Público, que agem individualmente, alguns, até, comprometidos com o poder político. O que não poderia ocorrer, indago, com o direito de muitos, por esses Brasis, se o direito das pessoas ao sigilo bancário pudesse ser quebrado sem maior cautela, sem a interferência da autoridade judiciária, por representantes do Ministério Público, que agem individualmente, fora do devido processo legal e que não têm os seus atos controlados mediante recursos?"

Aliás, sublinha a Suprema Corte que, mesmo o Judiciário há de agir com extrema moderação, ao autorizar a providência excepcional de ruptura da esfera de privacidade individual – o que se impõe, também, à quebra de sigilo determinada pela CPI – fazendo- exclusivamente se: a) existirem pelo menos elementos mínimos a indicar a possibilidade de prática delituosa, de sua autoria e materialidade; b) a medida for pertinente para atender ao interesse público e c) se não houver outro meio para revelar a verdade material".

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

III – parcelamento ou moratória. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)”,

lembrando que as exceções da própria lei são, claramente, exceções “interna corporis”.

Assim é que o “caput” do artigo proíbe aos servidores públicos e à Fazenda a divulgação de dados obtidos em razão de ofício. As exceções referem-se a:

- a) Existência de autorização judicial impondo a divulgação;
- b) Solicitação de autoridade administrativa APÓS INSTAURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO, para investigação de prática de infração administrativa.

É de lembrar que este próprio intercâmbio entre as autoridades da Administração Pública – não do Judiciário ou Legislativo – determinado pelo § 2º do artigo 198, impõe a guarda de sigilo.

O § 3º, por outro lado, permite para fins penais a divulgação de informações relativas ao contribuinte, como também a própria inscrição da dívida ou a concessão de parcelamento em moratória⁷.

Tais dispositivos decorrem de lei com eficácia de lei complementar, que, por outro lado, só considera a existência de um crédito constituído definitivamente após o encerramento de processo administrativo, nos termos dos artigos 142 e 145⁸.

7 É de se lembrar que a obrigação tributária definida pelo artigo 113 do CTN como:

“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária”, só se torna crédito tributário com a explicitação do artigo 139, assim disposto:

“ Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta”.

8 Os artigos 142 e 145 têm a seguinte dicção:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante

A própria expressão “constituição definitiva do crédito” está no artigo 174, cuja dicção é a seguinte:

“Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II – pelo protesto judicial;

III – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV – por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor” (grifos meus).

Ora, para fins penais, apenas após a constituição do crédito definitivo pode o Fisco informar as autoridades acusatórias para instauração do processo penal, visto que, antes de completar-se o lançamento, não há como caracterizar crime tributário, à falta de crédito constituído definitivamente.

É que não seria razoável alguém ser considerado criminoso por crime tributário, no âmbito do Judiciário, e ser absolvido, no âmbito administrativo por não ter cometido ilícito algum. É como se a vítima de um homicídio assistisse, em sessão do Tribunal de Juri, a condenação de seu assassino, apesar de estar viva.

Tal entendimento mostra que as exceções dos §§ 1º, 2º e 3º do artigo 198 não permitem que haja vazamento de qualquer informação obtida de ofício para outras áreas do poder público além do Erário ou para entidades privadas.

Mais do que isto: o próprio Código Penal, nos arts. 153 e 154, impede qualquer divulgação, lembrando-se que a Lei 13.709 de 14/09/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) impõe rigoroso sistema de controle de dados, com preservação do princípio constitucional do sigilo a ser mantida pelas autoridades, em mais de 65 artigos, muito embora alguns vetados pela presidência⁹.

do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

.....

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I – impugnação do sujeito passivo;

II – recurso de ofício;

III – iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149”.

9 Os artigos 153 e 154 do Código Penal estão assim veiculados:

Tais considerações, eu as faço, para justificar, não só meu inconformismo de velho professor, como a minha repulsa a ver tratado qualquer cidadão, por mais culpado que seja, sem a dignidade que os constituintes desejaram fosse o atributo maior resguardado pela Constituição brasileira.

Sabemos que a imprensa, embora necessária – diria mesmo imprescindível para o arejamento de todas as democracias -, tem maior visibilidade nas crises e nas exceções, como dizia respeitado jornalista brasileiro.

Mark Twain, com sua ironia permanente, dizia que o papel da imprensa é “separar o joio do trigo e publicar o joio”. A que acrescento: “porque trigo não vende jornal”.

Lembro a história de um jornalista do “New York Time”, na primeira metade do século XX – quando os repórteres saíam pelas ruas à busca de notícias, que, ao voltar cansado no fim do dia, disse a um editor: “Infelizmente, só tenho más notícias”. Perguntado por quê?, respondeu: “Porque todas as notícias são boas”.

À evidência, quando tudo vai bem, o leitor interessa-se pouco pelos jornais, mas quando há crise de qualquer natureza, quer colocar-se a par por mera curiosidade, medo de ser por ela atingido ou acompanhar simplesmente os acontecimentos.

Ora, exatamente por ser esta a característica maior da imprensa, uma frase mal colocada por uma personalidade pública vale mais, para manchete de qualquer jornal, do que a melhor exposição sobre um problema determinado.

E, por outro lado, uma manchete de jornal pode destruir reputações. Não se pode esquecer o que a imprensa fez com os donos da “Escola de Base”, com manchetes colhidas com pessoas interessadas em denegrir seus dirigentes, e que se revelaram falsas¹⁰.

“Art. 153 – Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º Somente se procede mediante representação. (Parágrafo único renumerado pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Violação do segredo profissional

Art. 154 – Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único – Somente se procede mediante representação.

Invasão de dispositivo informático (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência”.

10 Não sem razão o artigo 1º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (13.853/19) declara que: “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por

Esta é a razão pela qual, o CTN e o Código Penal impõem sigilo, sendo profundamente aéticos os ilegais vazamentos, que constituem crime, objetivando ter o apoio popular a qualquer acusação do “parquet”.

Infelizmente, até hoje não houve adequada investigação de todos os vazamentos para todas as prisões provisórias e preventivas, que levaram jornalistas a ter informações negadas aos advogados dos acusados, mesmo após as prisões.

Tenho defendido que o processo investigatório pré judicial é de responsabilidade dos delegados de polícia de carreira, e não por membros do Ministério Público, conforme determina o artigo 144 § 4º da CF assim redigido:

“Art. 144.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”,

estando o inciso IV, do § 1º, do artigo 144 da CF, assim disposto:

“Art. 144.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

.....

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

.....” (grifos meus).

No âmbito da Polícia, subordinada ao Poder Judiciário, é ao delegado de carreira que competem as funções de apurar infrações penais – e não o promotor ou procurador – pois é ele a autoridade neutra e não aquela que, na dúvida, deva acusar.

Determina a CF que duas são as funções essenciais à administração da Justiça: a do Ministério Público (art. 127 a 132) e a da Advocacia (art. 133 a 135)¹¹.

Ora, a meu ver, nos termos da Constituição, não pode o membro do Ministério Público presidir um inquérito, visto que não pode atuar, imparcialmente, autoridade que será, necessariamente, parte, e, na dúvida, não pode deixar de acusar para não ser considerada desidiosa no exercício de suas funções.

peessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)”.
 11 O título do Capítulo IV da CF é “DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA”.

Por outro lado, por não ser Poder, à evidência, o MP depende, em suas denúncias ou acusações, de autorização judicial, não devendo, a meu ver, jamais, permitir que a imprensa seja avisada de diligências que serão realizadas, antes das partes, numa quebra de sigilo que viola a privacidade das pessoas.

Todas estas breves considerações eu as faço por entender que:

O CTN não permite compartilhamento de informações sigilosas obtidas em dever de ofício;

As exceções dizem respeito às próprias autoridades fiscais;

Antes do fim do processo administrativo, não pode haver compartilhamento com o público ou o Ministério Público;

Autoridade fiscal apenas pode obter, segundo a Suprema Corte, informação de ofício junto ao sistema financeiro para seu uso na função fiscalizatória; não, para transmiti-la, antes do fim do processo administrativo, para qualquer outra autoridade não fiscal;

O Ministério Público apenas pode acionar um contribuinte, após a constituição definitiva do crédito tributário, ou seja, com o término do processo administrativo;

Não deve o Ministério Público vazar informações de prisões preventivas ou provisórias à imprensa, antes de consumadas as diligências, por serem sigilosas e atentarem contra o direito de defesa;

Tais vazamentos são ilegais e constituem crime;

A privacidade dos cidadãos e o sigilo de dados só pode ser quebrado, em havendo autorização judicial;

As prisões provisórias e preventivas só devem ser decretadas em casos excepcionais, com a preservação da imagem do acusado;

A banalização de tais prisões com os holofotes da imprensa acompanhando-as, fragilizam o estado democrático de direito e seu principal fundamento: o direito de defesa, que só existe nas democracias.

Ao eminente colega e amigo Roberto Rosas trago estas reflexões, sobre as quais, como disse, tenho meditado, falado e escrito, pois, como Conselheiro Seccional e Federal da OAB que foi, durante longos anos, melhor do que ninguém sabe até que ponto tais vazamentos atingem profundamente o direito de defesa.

Roberto Rosas é uma figura nacionalmente conhecida e por todos os profissionais do direito, intensamente admirada e respeitada. Basta passar os olhos pelo rol dos eminentes juristas que colaboram para esta homenagem.

Formou-se o ilustre homenageado no Rio de Janeiro pela antiga Faculdade Nacional de Direito, integrada hoje na Universidade Federal do Rio de Janeiro, então e agora, tida como das melhores do Brasil.

Em seguida doutorou-se por essa faculdade, deslocando-se muito moço para Brasília onde obteve o grau de doutor também pela Universidade de Brasília, o que é fato inusitado e que evidencia a sua vocação para uma vida acadêmica. Nesta última Universidade lecionou durante muitos anos na sua Faculdade de Direito.

Ocupou o elevado o cargo de ministro do Tribunal Superior Eleitoral.

Tem uma banca de advocacia extremamente respeitada por todos e solicitada por quem tenha um problema de difícil solução.

Publicou obras de alto valor acadêmico sempre com excelente praticidade, que são as duas grandes virtudes de todos os trabalhos.

Lembre-se a sua obra intitulada Direito Sumular, obra clássica com inúmeras edições e que tem servido a todos os operadores do direito. Pode ser considerada um livro de cabeceira. Recordamo-nos de que o Prof. Alcides de Mendonça Lima, admirador dessa obra, a ela referiu como sendo a de um glosador, com o que evocou a figura monumental de Donellus, jurista e mestre medieval.

Recorde-se a preciosa monografia sobre Direito Processual Constitucional.

Lembre-se o seu texto sobre Processos da Competência do Supremo Tribunal Federal.

Trafegando sobre outra área do Direito, estudou e escreveu sobre o tema de Sucessões.

Em outra excelente monografia, demonstra um viés político, em trabalho sobre Do Abuso de Direito ao Abuso do Poder. Na área de estudos com certo caráter político publica sobre o Legislativo e Judiciário, e nessa mesma esteira Poder Legislativo, Direito Processual Constitucional, e Princípios Constitucionais do Processo Civil. Tem admirável estudo sobre Pedro Lessa.

Recentemente publicou uma bela monografia sobre Devido Processo Legal, esta última editada pelo Editora GZ.

É membro do Instituto dos Advogados do Distrito Federal, do Instituto dos Advogados Brasileiros, desde 1970, da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e da Academia Brasileira de Letras.

Aí se descreve essa caminhada, passo a passo, do homenageado pela vida do direito, o que fez, seus contatos com personalidades do direito, da judicatura, etc, mostrando-se praticamente tudo o que, em todos os setores do Direito Roberto Rosas realizou e realiza. Vale a pena ler.