

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado ajuizou ação direta buscando ver declarada a incompatibilidade, com a Constituição Federal, do artigo 17-B da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, inserido pela de nº 12.683, de 9 de julho de 2012, a versar acesso da autoridade policial e do Ministério Público a dados cadastrais de investigado. Eis o teor:

Art. 17-B. A autoridade policial e o Ministério Público terão acesso, exclusivamente, aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito.

Acompanho o Relator quanto à admissão parcial da ação.

A Constituição Federal forma um grande todo, e a interpretação jurídica não pode restringir-se a determinado dispositivo, devendo buscar fundamento no conjunto de enunciados normativos válidos. Conforme exteriorizou o ministro Eros Grau, não se examina o Direito em tiras, premissa a revelar que toda interpretação é, em maior ou menor medida, sistemática.

O que nos vem da Constituição de 1988? A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil – artigo 1º, inciso III. A vida gregária pressupõe segurança, estabilidade, e não surpresa – artigos 5º e 6º.

No principal rol das garantias constitucionais – o artigo 5º –, figura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, previsto o direito à indenização por dano material ou moral – inciso X. A garantia é alargada no inciso XII, a assegurar a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

O acesso ao Judiciário consta desse rol, visando afastar lesão ou ameaça de lesão a direito – inciso XXXV. Por isso, consubstancia tipo penal fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, salvo quando a lei o permita – artigo 345 do Código Penal. A referência a lei, a

encerrar observância do princípio da legalidade, medula em um Estado que se diga Democrático de Direito, remete à necessária harmonia com o texto constitucional.

Relativamente à inviolabilidade referida, a Constituição Federal prevê exceções. A primeira faz-se ao mundo jurídico considerado o primado do Judiciário. A este, mediante ato fundamentado, nas situações e forma contempladas em lei, é dado afastá-la e, mesmo assim, com finalidade única, ou seja, investigação criminal ou instrução processual penal.

Conforme fiz ver no julgamento do recurso extraordinário nº 389.808, da minha relatoria, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 10 de novembro de 2011, a regra é a privacidade dos dados, correndo à conta de exceção a possibilidade de ser mitigada por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal:

A razão do preceito mostra-se única resguardar o cidadão de atos extravagantes que possam, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade. Então, apenas se permite o afastamento do sigilo mediante ato de órgão equidistante, mediante ato do Estado-juiz, que não figura em relação jurídica a envolver interesses, e, mesmo assim, para efeito de persecução criminal.

Ao apreciar o mandado de segurança nº 21.729, redator do acórdão ministro Néri da Silveira, publicado em 19 de outubro de 2001, assentei a impropriedade do acesso, por órgão do Ministério Público, a informação protegida por sigilo, independentemente de autorização judicial:

Ninguém coloca em dúvida os objetivos institucionais do Ministério Público. Todavia, a teor da regra insculpida no inciso VI do artigo 129 em comento, cumpre-lhe, tão-somente, requisitar informações e documentos visando a instruir quer os procedimentos administrativos, quer os inquéritos policiais. Ora, existente norma legal impondo o sigilo de dados, descabe concluir que a órgão do Ministério Público, ou seja, a profissional que o integre, é assegurado o acesso, em nome do Órgão, às informações protegidas pelo sigilo. A teor do inciso XII do rol das garantias constitucionais – ainda que se despreze a expressão limitativa “no último caso”, para muitos ligada apenas às comunicações telefônicas – o afastamento da inviolabilidade quanto aos dados pressupõe ordem emanada de

órgão investido do ofício judicante. [...]

[...]

Difícil é conceber, em face à regra excepcionadora do sigilo de dados contida no inciso XII do artigo 5º da Carta, vinculada que se encontra a ordem judicial, e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, seja viável, constitucionalmente, a possibilidade de órgão do Ministério Público, pouco importando a hierarquia, vir a afastá-lo. Nem por isso é dado dizer que fica inviabilizada a atuação salutar do Ministério Público. A ordem jurídico-processual contempla medidas preparatórias e estas podem ser requeridas quando indispensável o acesso, pelo Órgão, a determinadas informações que a Carta da República agasalha como sigilosas, o mesmo ocorrendo quanto à legislação específica.

Não cabe afastar a atuação do Judiciário, reservada com exclusividade por cláusula constitucional.

Cumprir reiterar: no ápice da pirâmide das normas jurídicas está a Constituição Federal, que a todos submete indistintamente. Considerada a rigidez, a acarretar a supremacia, ato normativo abstrato autônomo há de respeitar o que nela se contém. A opção político-normativa do legislador deve observância à Carta da República, e não o inverso.

Admito, em parte, a ação direta, no tocante às concessionárias de serviço telefônico fixo comutado, e, nessa extensão, julgo procedente o pedido, para declarar inconstitucional o artigo 17-B da Lei nº 9.613/1998, incluído pela de nº 12.683/2012.