

P A R E C E R

1. A postulação judicial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 4.010) sobre o qual recai o parecer me que fora honrosamente solicitado, objetiva a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei Complementar n. 105/2001, que atribuiu ao Poder Executivo prerrogativas, "inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor", para disciplinar "critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços" (*caput*). O Decreto n. 4.489/2002 regulamentou o art. 5º sobre o qual recaiu o pedido de inconstitucionalidade. Amparado na Lei e no Decreto ventilados, o Secretário da Receita Federal do Brasil subscreveu a Instrução Normativa RFB n. 802, de 27 de dezembro de 2007, determinando às instituições financeiras que remetam, semestralmente, informações de operações "em que o montante global movimentado em cada semestre seja superior aos seguintes limites: I - para pessoas físicas, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); II - para pessoas jurídicas, R\$ 10.000,00 (dez mil reais)" (art. 1º).

2. Não há dúvida de que o franqueamento de poderes ao Executivo e, daí, ao Secretário da Receita Federal para obter e arquivar dados de operações financeiras dos cidadãos

penetra não apenas a zona de resguardo com a qual cada pessoa natural e jurídica conta (CF, art. 5º, X), mas também vulnera o devido e necessário processo legal, sem o qual a devassa da privacidade alheia, ainda que invocada em nome do público interesse, que não vejo inequívoco na espécie, assume foros de execrável e ignominiosa negação do Estado de Direito (CF, arts. 1º, *caput*, 5º, LV).

3. Tornou-se odioso vezo nesta nação de verdes mares e terras morenas a quebra cotidiana da privacidade (ou intimidade) alheia pelos soberanos ¹, justamente pelos personagens dos quais mais se poderia reclamar empenho em favor do resguardo dos direitos fundamentais de seus súditos de conformidade e nos confins da Constituição Federal, quer em obséquio à dignidade humana, cravada no pórtico do Texto (CF, art. 1º, III), porque sob seu influxo se justifica a proteção de todos os direitos individuais e coletivos e da personalidade, quer em homenagem à maltratada privacidade.

4. É ilícita a obtenção ou divulgação de *dados* privados sem anuência do titular (CF, art. 5º, X; CC, art. 11 e 21) ou autorização judicial (CF, art. 5º, XII). Evidente o propósito que insuflou a Instrução Normativa RFB n. 802/2007, à vista da cessação da incidência da CPMF, por meio da qual, às avessas, se promovia o controle das operações financeiras da população.

5. É assente no STJ e no STF o apreço pela preservação das movimentações financeiras, salvo no curso de apuração

¹ Não me parece fundamental aqui versar a acadêmica diferenciação, acentuada pelos alemães, entre privacidade e intimidade, círculo concêntrico enxergado dentro da privacidade, aquele de maior raio.

judicial que justifique a incursão na privacidade do investigado ou da parte contrária.

6. O *right to be let alone*, expressão cunhada, em 1878, pelo magistrado Thomas Cooley da Suprema Corte Norte-americana, recebeu, faz muito, reconhecimento crescente e universal. Da compreensão do juiz Cooley, originou-se o *right to privacy*, que, em 1890, mereceu estudo memorável por Samuel Warren e Louis Brandeis ². Não há documento dedicado aos direitos essenciais e inalienáveis do ser humano que não contemple, destacadamente, o direito à privacidade.

7. Privacidade é norma supereficaz, excepcionalmente tangível. As potências que dela se recolhem independem de complementação *ex vi legis*. Apenas o interesse público genuíno permite a cedência desse e doutros direitos fundamentais em favor da coletividade, sempre de olhos postos no que preferimos designar de *princípio do mínimo desnudamento*, que nada mais é do que o apreço ao adequado balanceamento dos interesses em colisão, ou, numa expressão, da apropriada mensuração entre o que se quer dar a conhecer (do particular) e o que se nota como fundamental revelar (ao Poder Público ou à coletividade ou a terceiro). É a aplicação do princípio da proporcionalidade.

8. Houvesse justificativa à devassa da privacidade dos titulares de operações financeiras em estrito e restrito apreço a um tal ou qual interesse coletivo ou inequivocamente público, a medida de exceção prevista pela norma cuja inconstitucionalidade se requer mereceria exame verticalmente

² The right to privacy, in *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, 1890.

maior. Não aqui, porque não subjaz razão jurídica, senão motivação escusa enroupada de legítima, para desnudar a vida financeira de Caio, Tício ou Semprônio, em verdade e para empiorar, de todos, excepcionadas, se é que exceção autêntica se nota, as "operações financeiras efetuadas pela administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (Lei Complementar n. 105/2001, art. 5º, § 3º).

9. A intervenção na privacidade alheia, ainda que mediante a necessária determinação judicial, reclama prudência e ponderação. A técnica de mensuração e calibragem para solucionar colisão entre direitos personalíssimos ou fundamentais, observadas a motivação fática e a finalidade da restrição postulada (princípio da razoabilidade), serve-se da necessária e mínima intervenção em direito alheio (princípio da proporcionalidade ³), cuja otimização, visto o peso ou carga de cada direito colidente — que tem núcleo essencial é invulnerável —, orientará a decisão que meça e autorize a menor e indispensável invasão ou restrição de um direito em obséquio ao outro. Não é promover a exceção de um direito em atenção ao outro, porque a cláusula de exceção só deve ser empregada à solução de conflito entre direitos disponíveis, jamais servível à conflituosidade entre direitos personalíssimos ou fundamentais, cujo conteúdo, encarece Robert Alexy, é misto de regras e princípios ⁴.

³ Para Karl Larenz (*Metodologia da ciência do direito*, trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 602-3), o princípio da proporcionalidade é um dos que derivaram, por criação do Tribunal Constitucional Federal alemão, do princípio do Estado de Direito no qual se os considerou "claramente como evidentes."

⁴ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 138.

10. É bem verdade que de medida de restrição ao poder administrativo lesivo à liberdade individual, já no séc. XVIII, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, ou princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), agigantou-se como instituto cada vez mais compromissado com "um direito materialmente justo", conforme noticiou Canotilho, segundo o qual ⁵, ainda, as *rules of reasonableness*, que da *Common Law* se espalharam como princípio material de controle, hoje integram *standards* jurídicos que, além da finalidade proibitória do excesso dos poderes públicos, se revestem como pensamentos diretores do critério do *justum*, do qual também defluiu, sobretudo quando embatem direitos de envergadura suprema, regras de moderação ao deslinde da colisão de direitos fundamentais ou personalíssimos.

11. Essa ponderação de bens ou interesses corresponderia a um aspecto do princípio da proporcionalidade, conforme remarcou Robert Alexy ao apontar recurso à inversão proporcional quando em exame direito fundamental, porque "quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam" ⁶.

12. Tudo isso estaria a incidir se houvesse legítima justificativa para a devassa dos dados privados alheios. A solução ao embate daí mereceria ponderação dos interesses colidentes dedicada à harmonização da simultânea eficácia dos

⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3ed., reimpressão, Coimbra: Almedina, 1999, p. 261-3.

⁶ Robert Alexy, *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito*, in *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 217, p. 78.

direitos em choque através da mínima restrição de um sobre outro, porque direitos fundamentais têm caráter principiológico, reescreva-se. A contenção dos efeitos de um desses direitos em favor do outro, feita, pelo balanceamento de interesses, com recursos aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, seria medida última, quando os demais mecanismos de equação constitucional não se prestarem à solução de preponderância nem conciliação.

13. Mas não é essa a hipótese em apreço. Não apenas porque a Constituição Federal resguardou a privacidade, uma vez ausente interesse maior em vulnerá-la (sempre e sempre minimamente). Também porque a legislação infraconstitucional, em cujo Código Civil tem corretíssimo assento a proteção dos direitos da personalidade (entendidos, como direitos fundamentais quando inobservados pelo Poder Público), "a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma" (CC, art. 21).

14. Dois acréscimos finais me parecem necessários: (i) a despeito da cada vez mais desmerecida dicotomia entre direito público e privado, pode-se afirmar, sem rebuço de dúvida, que a tutela constitucional dos direitos fundamentais não se endereça, tão-só, às disputas entre Estado e particular, consoante diversas advertências doutrinárias e múltiplas decisões judiciais em mão felizmente oposta; ao revés, a proteção constitucional aos direitos de maior estatura tem evidente aplicação no domínio do direito privado, de forma a que o contrário, isto é, a aplicação vertical do direito privado, notadamente da tutela dos direitos personalíssimos contida no Código Civil, às disputas

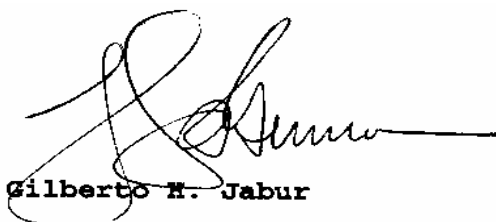
entre esses mesmos e velhos contendores (Estado e particular) também se presta a exame naquilo que não colidir com as premissas maiores do direito público; e (ii) apesar da deficiente e restritiva redação do art. 21 do Código Civil, pelo qual se pretendeu excluir as pessoas jurídicas da ampla e necessária tutela da privacidade, a *verba legis* contida naquela regra, que referiu apenas a "pessoa natural", não se harmoniza com a incondicional proteção da Constituição Federal vertida a esse e a outros caríssimos direitos, o que invalida a adjetivação lida no art. 21 do *codex* privado de forma a eivá-la de inconstitucionalidade parcial. Sem obséquio à sua privacidade, ou, como modelarmente lapidou Pierre Kayser, sem proteção aos seus meios e vias de sucesso, a pessoa jurídica, como intuitivamente acenou o jurista francês, não subsiste. Vejam-se, exemplificativamente, as mais distintas proteções à privacidade legalmente clausuladas e que alcançam a pessoa jurídica, a plenas luzes, a partir da tutela do domicílio (CF, art. 5º, X; CC, art. 75), do segredo profissional (CP, art. 154) e, curiosamente, da própria vedação endereçada à Fazenda Pública, indisputavelmente impedida de divulgar dados da situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos da obrigação tributária, tampouco de terceiros (CTN, art. 198) ⁷. Não é por razões diversas que a tutela da privacidade da pessoa jurídica é satisfatoriamente reconhecida nos EUA (*Privacy Act* e *Freedom Information Act*), no Canadá, em Diretivas europeias, e,

⁷ Não se dilata em excesso a transcrição do dispositivo em apreço contido no Código Tributário Nacional: "Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades."

expressamente, na Suíça, Áustria, Hungria, Dinamarca, Islândia e em Luxemburgo.

15. São essas, abreviadamente, minhas considerações em decorrência das quais concluo, *sub censura* de nossos Egrégios Conselho e Diretoria, que a ação direta de inconstitucionalidade aforada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, à qual sugiro seja cumulado o apoio do INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO, contém motivação e argumentos suficientes para produzir decisão que remova do direito posto o *caput* do art. 5º da Lei Complementar n. 105/2001, cuja permissividade, antes de atribuir desmesurado e desnecessário arbítrio ao Executivo e a seus agentes, fissura, seriissimamente, o apreço maior pelos direitos e garantias individuais e coletivos. É à vista desse invergável pilar do Estado de Direito brasileiro que a Constituição Federal, além de ter cometido à União — justamente à União! — a asseguração da observância dos direitos da pessoa (CF, art. 34, VII, b), registrou, entre os caros temas que não poderão ser abolidos do Texto, nem sequer mediante emenda, “os direitos e garantais individuais” (CF, art. 60, § 4º, IV).

São Paulo, 14 de maio de 2008.



Gilberto H. Jabur