

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comunitário – ABRAFIX - em face do art. 17-B da Lei 9.613, de 3 de março de 1998, acrescido pela Lei 12.683, de 9 de julho de 2012, assim redigido:

“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”

Na inicial, aponta-se inconstitucionalidade material por violação ao art. 5º, X, da CF, ao facultar às autoridades policiais e aos órgãos ministeriais afastar, “independentemente de autorização judicial”, o sigilo constitucionalmente assegurado de dados cadastrais privados dos usuários das empresas de telefonia.

Aduz que o sigilo de dados cadastrais está amparado no art. 5º, X, da CF, justamente porque as informações ali contidas traduzem a vida privada do cidadão e, por isso, devem ser resguardadas contra devassa indevida. Acrescenta que o Poder Judiciário tem o poder-dever de examinar a necessidade, a razoabilidade e a justificação da restrição aos direitos fundamentais, de forma que tal atribuição não pode ser transferida a autoridades policiais e ministeriais.

Requer o reconhecimento da inconstitucionalidade material do art. 17-B da Lei 9.613/98, incluído pela Lei 12.683/12, afirmando que somente o Poder Judiciário pode afastar das empresas telefônicas o dever de preservar o sigilo de dados de cadastro dos usuários do serviço.

O Senado Federal prestou informações (e-Doc 11).

A AGU prestou informações (e-DOC 13) e, em observância ao art. 103, § 3º, da CF, manifestou-se pelo conhecimento parcial da ação. No mérito, pela improcedência do pedido (e-DOC 38).

A Câmara dos Deputados prestou informações (e-Doc 14).

A PGR manifestou-se pela improcedência do pedido (e-DOC 16).

Iniciado o julgamento virtual do mérito, o Relator conheceu em parte da ação e, nessa extensão, julgou improcedente o pedido, no que foi acompanhado pela Min. Cármen Lúcia e pelo Min. Alexandre de Moraes. O Min. Marco Aurélio divergiu do Relator para admitir a ação no tocante às concessionárias de serviço telefônico público e, nessa extensão, julgar procedente o pedido.

Acompanho o Relator quanto à admissão parcial da ação, eis que a legitimidade da ABRAFIX se limita ao termo “empresas telefônicas”, não cabendo à Autora representar as demais entidades englobadas no dispositivo legal.

MODIFICAÇÃO DO ENQUADRAMENTO NORMATIVO EM FACE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 115 e DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

O enquadramento do controle de constitucionalidade deve ser redimensionado em decorrência das decisões do Supremo Tribunal Federal que ampliaram o espectro protetivo quanto à autonomia informacional [ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393; Ministra ROSA WEBER], associadas à promulgação da Emenda Constitucional 115, de 10.02.2022, com o acréscimo do inciso LXXIX ao art. 5º, da CF: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. Além disso, a EC 115 também incluiu o inciso XXX ao art. 22 da CF, atribuindo a competência privativa da União para legislar sobre “proteção e tratamento de dados pessoais”.

Em consequência, a moldura do suporte normativo debatido merece redimensionamento quanto às premissas decisórias em face da declaração expressa da competência privativa da União para legislar sobre o direito à proteção de dados, reconhecido como Direito Fundamental, de caráter autônomo.

O impacto normativo da Emenda Constitucional 115/2022 ainda não foi devidamente realizado no contexto da legislação infraconstitucional, em todas as suas esferas [União, Estados e Municípios], principalmente pela ausência de reflexão sobre a conformidade e legalidade dos diversos Bancos de Dados estatais e de práticas administrativas, inclusive de investigação criminal.

Durante muito tempo, a construção de bancos de dados públicos ou privados era desprovida dos cuidados necessários quanto à proteção de dados pessoais [*compliance*], sendo orientados exclusivamente à

estruturação do conhecimento funcional em determinado domínio. Entretanto, com as novas possibilidades de extração em massa de dados online, por meio de máquinas, com custo reduzido, ampliaram-se os riscos associados à proteção da privacidade e, também, da autodeterminação digital [PECK PINHEIRO, Patrícia. Direito Digital. São Paulo: Saraiva, 2021; HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; MARTINS DA SILVA, Roberta Zumblick. Inteligência Artificial e Direito. Curitiba: Alteridade, 2019; QUINTIERE, Victor Minervino. O Direito Penal Nas Sociedades Digitais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022; GABRIEL, Anderson de Paiva; PORTO, Fábio Ribeiro. Direito Digital. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023; VIEIRA, Marília Raposo. Tecnologia Financeira e os Impasses na Regulamentação. Florianópolis: EMais, 2022].

Laura Schertel Mendes [Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor: linhas gerais de um novo Direito Fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39] afirma:

“Grande parte das leis da década de 80 em uma perspectiva funcional e busca controlar os bancos de dados de forma ex ante, condicionando o seu funcionamento à licença prévia ou ao registro nos órgãos competentes. Ademais, ao priorizar o controle rígido dos procedimentos, as normas desse período deixavam para segundo plano a garantia do direito individual à privacidade, o que pode ser percebido a partir do próprio jargão técnico utilizado nas normas”.

A situação da proteção de dados se alterou substancialmente diante dos novos marcos legislativos, com especial relevo à Lei Geral de Proteção de Dados [Lei 13.709/2018] e à Emenda Constitucional 115/22, impondo-se a adequação quanto à conformidade de dados dos artefatos, dispositivos e Bancos de Dados anteriormente existentes.

O art. 2º da Lei 13.709/2022 especifica os fundamentos:

- I - o respeito à privacidade;
- II - a autodeterminação informativa;
- III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
- IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
- V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e,

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais”.

No entanto, o art. 4º, inciso III, da LGPD, exclui a incidência da conformidade de tratamento para fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado, ou, d) atividades de investigação e repressão de infrações penais, complementando a regulação por meio do § 1º, do mesmo dispositivo:

“O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei”

A denominada LGPD Penal está em tramitação, sem que tenhamos parâmetros relacionados ao tratamento de dados no espaço penal, ao mesmo tempo que, a partir da Emenda Constitucional 115/22, a proteção de dados pessoais passou à condição explícita de Direitos Fundamentais. Por isso, é inválida a perseverança de práticas desconformes, violadoras e/ou atentatórias ao núcleo fundamental protetivo dos dados pessoais, isto é, a manutenção de espécie de estado de natureza de dados pessoais no domínio penal e processual penal. Como ocorre em diversos lugares do mundo, os limites e as barreiras ao tratamento de dados penais exigirão a incidência dos deveres de conformidade dos agentes estatais quanto ao tratamento de dados pessoais de vítimas, de suspeitos e de envolvidos em casos penais. De qualquer forma, à míngua de LGPD-Penal - objeto de apelo ao Poder Legislativo no julgamento da ADC 51 - os Bancos de Dados, principalmente com acesso público, devem observar as regras gerais da LGPD.

O efeito de tais inovações constitucionais é o dever de revisão da legislação anterior, exigindo-se conformidade superveniente, especialmente quanto às diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados.

O parâmetro constitucional suscitado no caso foi o inciso X do art. 5º, que assegura a inviolabilidade do sigilo de dados. Transcrevo-o abaixo:

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:

[...]

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;

É preciso avaliar se é compatível com esse direito fundamental a possibilidade dos delegados e membros do Ministério Público de realizarem, sem ordem judicial, a quebra de sigilo de dados cadastrais mantidos pelas empresas telefônicas.

Importante registrar que a expressão “dados cadastrais” pode abranger espectro amplo e indiscriminado de informações, ao passo que o regime de requisições de dados pessoais deve guardar conformidade com as normas constitucionais pertinentes, assim como com aquela prevista no art. 10, *caput*, da Lei 12.965/14.

A Resolução 23.659, de 23/10/21, do TSE, dispõe sobre a gestão do Cadastro Eleitoral. Na seção que rege o Requerimento de Alistamento Eleitoral (ERA), mais especificamente nos arts. 41 e seguintes, há previsão de preenchimento de formulário pelo eleitor. Ali o cidadão prestes a se alistar deverá indicar, entre outros, os seguintes dados: nome civil; nome social; gênero; identidade de gênero; raça; possibilidade de identificação como pessoa “indígena” e “quilombola ou integrante de comunidade remanescente”; indicação de etnia; filiação; data de nascimento, com indicação de que possui irmão ou irmã gêmeo(a); possibilidade de indicar tratar-se de pessoa com deficiência ou outra condição; domicílio eleitoral; endereço de residência; grau de instrução; documento de identificação (RG, CNH, CPF); ocupação; estado civil; local de votação.

O disposto no § 3º do art. 10 da Lei 12.965/14 não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação, endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

Porém, se o art. 17-B da Lei 9.613/98 não for limitado, as autoridades policiais e o Ministério Público poderão ter acesso, sem intermediação judicial, a outros dados cadastrais para além dos previstos no art. 10, § 3º, da Lei 12.965/14, como, por exemplo, todos os arrolados quando do requerimento de alistamento eleitoral, o que, a meu ver, seria

manifestamente desproporcional.

Por isso, é necessário limitar a requisição de dados cadastrais ao universo de informações elencadas no marco civil, ou seja, àquelas previstas no art. 10, §3º, da Lei 12.965/14 (qualificação pessoal, filiação e endereço), sob pena de violação ao direito à intimidade e à autodeterminação informativa.

Ante o exposto, conheço parcialmente a ação e, nessa extensão, **julgo parcialmente procedente** o pedido, para **excluir** do âmbito de incidência do art. 17-B da Lei 9.613/98 a possibilidade de requisição de qualquer outro dado cadastral para além de informações referentes à **qualificação pessoal, filiação e endereço**, nos termos do art. 10, §3º, da Lei 12.965/14.