

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (RELATOR):
Inicialmente, examino a preliminar de ilegitimidade *ad causam* suscitada pelo Senado Federal e pela Advocacia-Geral da União.

A legitimidade da Associação Brasileira de Concessionária de Serviço Telefônico Fixo Comutado (Abrafix) para representar empresas de telefonia já foi reconhecida por esta Corte, conforme se verifica nos seguintes precedentes: **ADI 5.832**, ministro Marco Aurélio; **ADI 6.095**, ministro Ricardo Lewandowski; **ADI 5.722**, ministro Edson Fachin.

No que toca à pertinência temática, que o Senado Federal diz ausente, reputo-a presente, uma vez que a norma em tela instituiu dever que repercute diretamente sobre as atividades dos representados pela Abrafix.

Contudo, como bem observou a Advocacia-Geral da União, a legitimidade ativa, na espécie, se limita à expressão “empresas telefônicas”, visto que o dever de compartilhamento de dados cadastrais também se destina a outras entidades que não lhe cabe representar.

Dessa forma, acolhendo a preliminar da Advocacia-Geral da União, conheço parcialmente da ação, apenas no que diz respeito à expressão “empresas telefônicas”.

Passo ao exame do mérito.

A requerente alega que o art. 17-B da Lei de Lavagem de Dinheiro, introduzido pela Lei n. 9.613/1988, está maculado de inconstitucionalidade material, por supostamente afrontar o direito fundamental à privacidade e à intimidade (CF, art. 5º, X) ao atribuir a certas entidades públicas e privadas o dever de disponibilizar à autoridade policial e ao Ministério Público dados cadastrais de usuários dos seus serviços mesmo sem autorização judicial.

Pois bem. O direito à privacidade, assentado no art. 5º, X, da Constituição Federal, visa a resguardar eventuais ataques aos direitos da personalidade decorrentes de ingerências abusivas na esfera individual

das pessoas. Constitui, nessa medida, um direito negativo revelado na possibilidade de obstar o conhecimento e a divulgação de informações de interesse exclusivamente privado, tal como consignado no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos dos Homens: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à proteção da lei”.

A respeito do tema, Tércio Sampaio Ferraz (Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 88, p. 430-459, 1993) pondera:

A inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º, XII) é correlata ao direito fundamental à privacidade (art. 5º, X). Em questão, está o direito de o indivíduo excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ele só é pertinente e que diz respeito ao seu modo de ser exclusivo no âmbito de sua vida privada.

No que concerne ao direito à intimidade, consectário do direito à privacidade, anota André Ramos Tavares (*Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 679):

A expressão “direito à intimidade” costumava ser empregada como sinônima da expressão “direito à privacidade”. Segundo RENÉ ARIEL DOTTI, a intimidade é “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”.

Significa a intimidade tudo quanto diga respeito única e exclusivamente à pessoa em si mesma, a seu modo de ser e de agir em contextos mais reservados ou de total exclusão de terceiros. Tem sido utilizada a ideia de camadas para representar a diferença entre a intimidade e a vida privada.

Assim, a intimidade seria a camada ou esfera mais reservada, cujo acesso é de vedação total ou muito restrito, geralmente para familiares. Já a vida privada estará representada por uma camada protetiva menor, embora existente. Muitos podem ter acesso, mas isso não significa a possibilidade de divulgação irrestrita, massiva, ou a desnecessidade de autorização.

Importa salientar que a inviolabilidade da privacidade e da intimidade não se confunde com sigilo. O constituinte originário previu expressamente dois instrumentos de tutela desses direitos fundamentais. O primeiro dá ensejo à indenização por dano material ou moral decorrente da violação (tutela reparatória), conforme previsão do próprio art. 5º, X, da Carta de 1988; o segundo se concretiza no sigilo (tutela inibitória), instrumento excepcional a recair sobre o conteúdo dos objetos arrolados no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, quais sejam, correspondência, comunicações telegráficas, dados e comunicações telefônicas.

A parte autora afirma que a inviolabilidade dos dados (CF, art. 5º, XII) por meio do sigilo abrange as informações cadastrais. A tese não se sustenta. Há entendimento desta Corte no sentido de que “a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação de ‘dados’ e não dos ‘dados em si mesmos’” (RE 418.416, ministro Sepúlveda Pertence).

O Supremo também já assentou que “não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não de dados” (HC 91.867, ministro Gilmar Mendes).

O sigilo é faculdade atribuída ao indivíduo de resistir ao devassamento de informações suas cuja eventual divulgação possa causar dano a sua integridade moral. Então, os dados a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição Federal são aqueles que revelam aspectos da vida privada e da intimidade de interesse exclusivo do indivíduo, razão pela qual a relativização da inviolabilidade só pode ocorrer se autorizada judicialmente, e em situações específicas.

Por outro lado, dados cadastrais são informações objetivas, fornecidas, não raro, pelo próprio usuário ou consumidor para efeito de registro da sua identificação nos bancos de dados de pessoas jurídicas públicas e privadas. Justamente por isso, dados como nome, endereço e filiação não estão acobertados pelo sigilo.

A disposição dessas informações pelo indivíduo é, até mesmo hoje, imprescindível para o convívio em sociedade. Tanto é assim que informações objetivas são livremente divulgadas e, em princípio, não interferem ou prejudicam o livre desenvolvimento da personalidade, a despeito de hoje constituírem ativos valiosos a exigir também tutela jurisdicional.

Na espécie, a autora ainda argumenta que caberia ao Judiciário realizar o juízo de proporcionalidade para examinar, em cada caso concreto, se seria legítima a limitação do direito à privacidade e à intimidade proveniente do compartilhamento direto de dados cadastrais com a polícia e o Ministério Público para fins de investigação criminal.

Em primeiro lugar, não há limitação dos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade no que concerne a sua tutela mediante o sigilo (CF, art. 5º, XII), pois referido instrumento não comporta dados cadastrais, conforme já assentado por esta Suprema Corte.

Em segundo lugar, considerando que a consolidação de uma sociedade livre e justa (CF, art. 3º, I) também passa pela repressão efetiva e célere de crimes, ilegítimo mesmo seria dificultar em demasia o acesso a esses dados no contexto de uma investigação criminal, embora não sejam raras as notícias de vazamentos e de vendas de bancos de dados cadastrais por empresas privadas com finalidades estritamente econômicas.

Cabe, no entanto, uma observação. O fato de a proteção a ensejar a imposição de sigilo não contemplar dados cadastrais (nome, filiação, endereço) não significa que informações objetivas, capazes de identificar o sujeito, sejam carecedoras de tutela jurisdicional como consectário do direito à privacidade. É dizer apenas que a sua tutela não implica a imposição de sigilo e a necessidade de autorização judicial (CF, art. 5º, XII).

Em verdade, as mudanças advindas dos avanços tecnológicos fizeram surgir uma dimensão dinâmica do direito à privacidade concernente ao poder do indivíduo de controlar o fluxo, ainda que abstratamente, das suas informações. Tal dimensão possui tutela de

envergadura constitucional consubstanciada no direito fundamental de proteção de dados pessoais, direito esse cuja autonomia foi reconhecida por este Tribunal no julgamento das ADIs 6.837, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, da relatoria da ministra Rosa Weber.

A propósito, vale destacar excerto do voto da eminente Ministra:

Tais informações, relacionadas à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, configuram dados pessoais e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, *caput*), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII). Sua manipulação e tratamento, desse modo, hão de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional. Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais.

Na oportunidade, a ministra Cármen Lúcia, com base nas lições da professora Laura Schertel, frisou:

[...] realmente não há dados insignificantes. O que pode ser significativo ou insignificante é o uso que do dado é feito, que, com a conectividade possível, faz com que todos nós tenhamos de estar atentos a isto que hoje é uma sociedade que depende de dados para passar não apenas informações, mas dados que acabam levando a uma modificação enorme na convivência, quer por seu vazamento, uso indevido, pela malversação desses dados, quer quando tenham situações de vida e morte de alguém, de honra e desonra.

A esse respeito, Stéfano Rodotá defende que o direito fundamental à proteção de dados vai muito além da concepção estática de privacidade como direito negativo, “ao conferir ao titular poderes positivos e dinâmicos postos à sua disposição capazes de controlar a coleta e o processamento dos dados que lhe dizem respeito” (RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar,

2008. p. 17 e 36).

O indivíduo passa a ter o direito de exigir formas de circulação controlada de suas informações, consoante preceitua o direito à autodeterminação informativa. Nesse sentido, cito Ingo Wolfgang Sarlet que o conceitua como “o direito de cada indivíduo poder controlar e determinar (ainda de modo não absoluto) o acesso e o uso de seus dados pessoais” (SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. *In*: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JÚNIOR, Octavio Luís (Coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021).

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018), ao sistematizar a normatização acerca da proteção de dados pessoais, introduziu institutos e princípios próprios ao lado daqueles já previstos, por exemplo, no Marco Civil da Internet, no Código do Consumidor e na Lei de Acesso à Informação, que devem ser observados pelo poder público e por terceiros no tratamento de dados. Todavia, diante das peculiaridades da persecução penal, o legislador decidiu não contemplar a manipulação dos dados pessoais para efeito de investigação criminal, estabelecendo expressamente a necessidade de lei específica para tanto (LGPD, art. 4º, III, “d” e § 1º):

Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

[...]

III – realizado para fins exclusivos de:

[...]

d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou,

[...]

§ 1º 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.

Destaco já se encontrar em tramitação o anteprojeto de lei de

proteção de dados para a segurança pública e persecução penal (LGPD-Penal), que visa, sobretudo, harmonizar, de um lado, os direitos e garantias do indivíduo investigado, à luz do direito fundamental à proteção de dados, e, de outro, o dever do Estado de prevenir e reprimir crimes na construção de uma sociedade livre e justa a partir da eficiência investigativa no manuseio de dados na esfera penal. Veja-se trecho da Exposição de Motivos:

[...] a elaboração de uma legislação específica fundamenta-se na necessidade prática de que os órgãos responsáveis por atividades de segurança pública e de investigação/repressão criminais detenham segurança jurídica para exercer suas funções com maior eficiência e eficácia – como pela participação em mecanismos de cooperação internacional –, porém sempre de forma compatível com as garantias processuais e os direitos fundamentais dos titulares de dados envolvidos. Trata-se, portanto, de projeto que oferece balizas e parâmetros para operações de tratamento de dados pessoais no âmbito de atividades de segurança pública e de persecução criminal, equilibrando tanto a proteção do titular contra mau uso e abusos como acesso de autoridades a todo potencial de ferramentas e plataformas modernas para segurança pública e investigações.

(Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/11/DADOS-Anteprojeto-comissao-protacao-dados-seguranca-perscucao-FINAL.pdf>. Acesso em: 7 de abril de 2021)

Essa pequena digressão a respeito do direito à proteção de dados foi necessária porque, em que pese a inaplicabilidade da LGPD às investigações criminais, não há como tratar de compartilhamento de informações pessoais sem levar em conta os contornos e institutos relativos a esse direito fundamental.

Todavia, a par do quanto exposto, é certo que mesmo a proteção de dados pessoais decorrente do reconhecimento de dimensão dinâmica do direito à privacidade desborda da mera imposição de sigilo sobre informações capazes de identificar o indivíduo, o que também afastaria a pretensão da parte autora.

Cabe mencionar a lição de Silmara Chinellato e Antonio Morato,

citando Stefano Rodotà:

Stefano Rodotà afirma que tem **mais importância quantitativa a “pessoa-informação-circulação-controle”, e não mais apenas a “pessoa-informação-sigilo”**, em torno do qual construiu-se a noção clássica de privacidade. **“O titular do Direito à privacidade pode exigir formas de ‘circulação controlada’, e não somente interromper o fluxo das informações que lhe digam respeito.”**¹

Nessa mesma linha, relativamente à manipulação de dados pessoais para fins de persecução penal, Paulo Rubens Carvalho Marque, Paulo Coutinho Barreto e Octávio Celso Gondim Paulo Neto defendem: “a questão não se resolve em termos de limitação da livre circulação de dados, mas na exigência da adoção de mecanismos de segurança que assegurem um elevado nível de proteção de tais dados pessoais”².

Corroborar-se isso a partir dos próprios princípios do direito à proteção de dados pessoais e do direito à autodeterminação informativa, que não preceituam a interrupção dos fluxos de informações objetivas – qualificação pessoal, filiação, endereço, telefone – relacionados à pessoa natural (o que seria praticamente impossível, pois o indivíduo, dentro do exercício do direito à privacidade e intimidade nas redes, produz ele mesmo os seus dados e deles dispõe), tampouco impedem a sua manipulação, seja pelo poder público, seja pelas pessoas jurídicas privadas, com propósitos econômicos, mas exigem mecanismos adequados aptos a reduzir os danos decorrentes do processamento desses dados.

Como se pode observar, na sociedade informacional, marcada pelo avanço de novas formas de controle social mediante o cruzamento de

1 ABREU CHINELLATO, Silmara Juny, MORATO, Antonio Carlos. **Direito básico de proteção de dados pessoais, o princípio da transparência e a proteção dos direitos intelectuais**. In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JÚNIOR, Octavio Luís (Coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

2 O Anteprojeto da “LGPD penal” e a (in) segurança pública e (não) persecução penal. *Jota Info*, 9 fev. 2020.

dados, os indivíduos estão sistematicamente produzindo, disponibilizando e compartilhando informações referentes à sua vida privada, especialmente nas redes sociais.

A interação social é mediada pela produção de dados nas redes. Em vista disso, perde cada vez mais relevância a proteção via sigilo, no mesmo passo que ganha importância a criação de mecanismos capazes de reduzir os danos causados pelo tratamento desses dados, em consonância com contornos conferidos pelo direito fundamental à sua proteção.

Em suma, dados cadastrais não estão acobertados pelo sigilo. Logo, o seu compartilhamento com os órgãos de persecução penal para efeito de investigação criminal independe de autorização da Justiça.

Isso porque a tutela do direito à privacidade, na sua dimensão estática, atinente ao poder do indivíduo de excluir certas informações do âmbito público, não alcança informações cadastrais, as quais, em regra, não são hábeis a ferir a integridade moral do indivíduo.

Por sua vez, na dimensão dinâmica, concernente ao poder de controle e circulação das informações, essa tutela exige muito mais a consolidação de mecanismos capazes de reduzir os danos inerentes ao tratamento das informações, independentemente do conteúdo que veiculem, do que impede o fluxo delas mediante o sigilo.

Do exposto, conheço em parte da presente ação direta e, nessa extensão, julgo improcedente o pedido formulado, para declarar a constitucionalidade do art. 17-B da Lei n. 9.613/1998.

É como voto.