

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 13.344/2016. Inserção dos arts. 13-A e 13-B ao Código de Processo Penal. Direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais. Parcial procedência do pedido.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional das Operadoras Celulares – ACEL em face dos arts. 13-A e 13-B do Código de Processo Penal, inseridos pela Lei 13.344 /2016.
2. O juiz, no processo penal, está estreitamente vinculado às disposições legais, de modo que, no campo processual penal, inadmissíveis interpretações criativas, aditivas, muito menos contrárias à própria *mens legis*.
3. Os direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais, por consubstanciarem elementos intrínsecos à própria sociedade civil, não atuam como valores contrapostos ao interesse público, mas como concepções imanentes à constituição da sociedade, não apenas como preceitos de índole individual.
4. A legitimidade do poder de requisição de *dados e informações cadastrais*, por sua vez, decorre não só da gravidade dos delitos elencados no *caput* do art. 13-A do Código de Processo Penal, mas também da natureza menos significativa de tais dados que não são capazes de revelar aspectos mais subjetivos e mais sensíveis da vida íntima dos cidadãos.
5. Assim, conquanto legítima a requisição de *dados e informações cadastrais* pela autoridade policial e pelo Ministério Público, nos exatos termos da delimitação legal, há, na espécie, uma transferência de sigilo, a atrair a mesma *ratio decidendi* da ADI 2.859/DF, Rel. Min. *Dias Toffoli*, Tribunal Pleno, j. 24.02.2016, DJe 21.10.2016. Ou seja, na posse de referidas informações, os atores envolvidos permanecem com dever de manutenção do sigilo, somente podendo utilizá-las para alcançar as finalidades autorizadas

pelo ordenamento jurídico. Não se revelam viáveis, pois, a livre exposição e circulação de tais dados, vinculada sua obtenção ao princípio da finalidade.

6. A delimitação conceitual da expressão *dados e informações cadastrais*, em ordem a explicitar quais dados passíveis de serem objeto de requisição, possui superlativa relevância, pois, a depender da amplitude da definição, possível até mesmo, via inúmeras ferramentas automatizadas de processamento de dados, a obtenção de informações de grande relevância a respeito dos cidadãos.

7. Indispensável conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 13-A, *caput*, do Código de Processo Penal, para assentar que a possibilidade de requisição de dados cadastrais restringe-se às informações concernentes à qualificação pessoal, filiação e endereço.

8. O art. 13-B, *caput*, do Código de Processo Penal, ao dispor sobre a possibilidade de determinar às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações e/ou telemáticas que disponibilizem meios técnicos adequados a permitirem a localização da vítima ou dos suspeitos do delito, não restringiu-lhes o acesso. Vale dizer, o dispositivo autoriza tanto a obtenção de registros atuais (em fluxo contínuo) quanto, observado o lapso temporal estipulado, de dados passados (armazenados), mesmo porque a completude de dados permite a reconstituição de todo período da prática delituosa, a colaborar com a sua elucidação.

9. Os dados e informações encaminhadas, de forma automática, por celulares – que possibilitam, a partir de técnicas sofisticadas de triangulação, a sua localização –, inequivocamente consubstanciam **dados em fluxo**, e não, dados estáticos, enquanto parte de uma troca permanente de dados característicos do próprio funcionamento das redes móveis.

10. Os dados permanentemente encaminhados pelos aparelhos celulares às antenas ou estações rádio base (ERB's) são protegidos constitucionalmente pelo art. 5º, XII, da Carta Política, tendo em vista que instauram espécie comunicativa bilateral com a transmissão de informações de grande relevância.

11. Inexiste, no atual cenário tecnológico, justificativa que ampare a conclusão de que os dados em fluxo gozam de maior proteção constitucional do que os dados armazenados. A equalização da problemática advém da melhor hermenêutica a ser empregada ao art. 5º, X, da Constituição Federal.

12. Os dados concernentes à localização de indivíduos estão salvaguardados, no mínimo, pelo art. 5º, X, da Constituição da República que versa sobre o direito à privacidade.

13. Conforme a doutrina hoje acolhida de forma sólida pela Suprema Corte norte-americana (*Katz test*), é preciso analisar (*i*) se o indivíduo possui uma real expectativa de privacidade e (*ii*) se a sociedade, de maneira geral, reconhece como razoável tal expectativa. Balizados por esses critérios, torna-se possível identificar a imprescindibilidade de autorização judicial pelo fato de a medida confundir-se com a busca e apreensão descrita na Quarta Emenda à Constituição daquele país.

14. Usuário algum de aparelhos celulares tem a expectativa de que, ao conectá-los à estação rádio base, seus movimentos físicos sejam amplamente documentados e possam ser objeto de requisição sem prévia autorização judicial. Na realidade, de modo geral, pessoas comuns esperam que sua rotina de deslocamentos esteja a salvo de monitoramentos e invasões indevidas. Há, portanto, uma inequívoca expectativa de privacidade sobre os dados que permitem a análise em tempo real de sua locomoção, bem assim daqueles que propiciam a elaboração de um verdadeiro mapa de sua movimentação.

15. A partir de técnicas sofisticadas de cruzamento de dados, é possível, com base na localização – mais ou menos precisa – de indivíduos, extrair as mais diversas informações públicas e privadas, a exemplo, domicílio residencial e profissional, a frequência em academias, os locais de lazer, os restaurantes de predileção e, até mesmo, dados mais sensíveis como a periodicidade de consultas médicas e as respectivas especialidades, a regularidade de idas a farmácias, bem assim aspectos mais íntimos relativos ao comportamento sexual.

16. Assim, o acesso a dados relativos à localização de indivíduos, sem autorização judicial, viola o direito à privacidade e à proteção de dados, pois tais elementos contêm informações consubstanciadoras das mais variadas escolhas políticas, ideológicas, culturais, profissionais, esportivas, e evidenciam, ainda, traços característicos da personalidade. Em suma, trazem elementos ínsitos ao âmbito estritamente pessoal, escondido de todos, inclusive daqueles mais próximos.

17. Conclusão: divirjo do Ministro *Edson Fachin*, Relator, para julgar parcialmente procedente o pedido deduzido na presente ação direta, em ordem: (*i*) a conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 13-A, *caput*, do Código de Processo Penal, para assentar que a possibilidade de requisição de dados cadastrais se restringe às informações concernentes à qualificação pessoal, filiação e endereço; (*ii*) a declarar a nulidade parcial sem redução de texto do art. 13-B, II e III, do Código de Processo Penal, para excluir qualquer exegese que permita a implementação da medida prevista no respectivo *caput* sem prévia autorização judicial; (*iii*) e a declarar a inconstitucionalidade do art. 13-B, § 4º, do Código de Processo Penal.

Voto-Vista

A Senhora Ministra Rosa Weber (Presidente) : 1. Trata-se de ação direta de constitucionalidade proposta pela Associação Nacional das Operadoras Celulares – ACEL em face dos arts. 13-A e 13-B do Código de Processo Penal, inseridos pela Lei 13.344/2016.

2. Acolho o bem lançado relatório do Ministro *Edson Fachin*, Relator e acompanho o voto de Sua Excelência quanto à rejeição das preliminares e ao conhecimento da presente ação direta de constitucionalidade.

I) O princípio da legalidade no âmbito do processo penal e os meios de obtenção de prova

3. Como já tive a oportunidade de acentuar neste Supremo Tribunal Federal, especialmente no âmbito da Primeira Turma desta Casa, entendo que o princípio da legalidade, na seara processual penal, serve como limitação às condutas estatais e como importante vetor a nortear nossa espinhosa missão de interpretação.

Isso porque, no processo penal, forma é garantia e, digo eu, é segurança também. Lembro, no ponto, Rudolf von Inhering: *A forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade*. É a partir dessa premissa que concebo o processo, notadamente o processo penal.

Os órgãos de persecução penal e o juiz devem obediência aos padrões impostos pela legislação de regência, pois – nesse ponto destaco a importância do processo penal, tantas vezes enfatizada pelo Ministro *Celso de Mello* nesta Corte (HC 73.338/RJ, Rel. Min. *Celso de Mello*, Primeiro Turma, j. 13.8.1996, DJ 19.12.1996, v.g.) – o processo penal, além de instrumento de legitimação do poder punitivo estatal e de proteção dos bens jurídicos mais caros à sociedade, ao fixar arquétipos normativos rígidos, constitui significativo meio de limitação do arbítrio estatal e de salvaguarda dos direitos fundamentais dos investigados, acusados e réus.

4. Passo a analisar o princípio da legalidade como fator de limitação à atuação dos agentes estatais.

Tenho para mim que, no processo penal – seara na qual ocorrem as mais incisivas restrições aos direitos fundamentais –, a atuação dos agentes estatais, notadamente da Polícia Judiciária, do Ministério Público – órgãos voltados à persecução criminal – e do Estado-Juiz, está adstrita à autorização legal. Assim, mostra-se indispensável, além da existência de lei,

disposições legais que imponham limites materiais e procedimentais à ingerência estatal no campo dos direitos fundamentais.

Explico.

A ascensão do Estado Democrático de Direito veio intrinsecamente vinculado ao primado da lei, o que pode ser observado na fórmula *governo de leis e não de homens*. A ideia subjacente consiste em proteger a sociedade de atuação despótica do Poder Público, mostrando-se indispensável mesmo nos dias de hoje, tendo em vista que *a Administração tem uma vida própria tão forte e possui peso próprio tão grande que continua a fazer todo o sentido vinculá-la à exigência de autorização legal, no caso de ingerência nos direitos fundamentais* (PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais* . 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 137).

Assim, somente uma espécie de ato normativo específico, a lei, que se reveste, via de regra, de caráter geral e abstrato, produzido por um órgão de representação popular – no nosso caso, o Congresso Nacional – pode inovar na ordem jurídica.

O *direito de não se submeter senão às leis*, nas famosas palavras de Benjamin Constant, traduz concepção da lei como instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais individuais, pois se revela completamente oposto a qualquer modelo arbitrário e personalista. Apesar das transformações decorrentes da ascensão do Estado Constitucional, ainda hoje prevalece compreensão de que não há poder acima ou margem da Constituição e da lei, sendo notável mecanismo de proteção das liberdades públicas, além de base, de limite e de controle de todo poder estatal.

O princípio da legalidade encontra, no Brasil, uma acepção bifronte: ao mesmo tempo que obsta a imposição de obrigações aos particulares, salvo em virtude de lei (CF, art. 5º, II), proíbe que o Estado aja sem autorização legal para tanto (CF, art. 37, *caput*). Ou seja, os indivíduos podem fazer tudo que a lei não veda, ao passo que os agentes públicos somente podem fazer o que a lei autoriza.

Desse modo, somente lei pode inovar na ordem com a criação de normas jurídicas, interferindo, em consequência, na esfera jurídica dos indivíduos com a fundação de obrigações, pois a lei, numa acepção

democrática, produzida por órgão competente formado por representantes populares, sob o rito de um processo legislativo previamente estabelecido, materializa a autodeterminação e autogoverno da sociedade.

Por sua vez, a atuação dos agentes do Estado somente pode ser pautada, por idênticas razões, tendo em vista potencialidade de interferência no âmbito dos direitos dos cidadãos, na concernente autorização legal, em absoluto respeito à autodeterminação e ao autogoverno do povo.

5. Cabe agora analisar o princípio da legalidade sob a perspectiva de orientação hermenêutica.

A atuação dos agentes públicos em conformidade com a lei, de acordo com suas prescrições e dentro de suas balizas, revela-se importante e poderoso instrumento de contenção do arbítrio do poder por eles exercido. É por essa razão que, consoante acentua José Laurindo Souza Netto, a *persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder repressivo do Estado* (SOUZA NETTO, José Laurindo. *Processo penal : sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 45).

Tenho para mim, nessa linha, que o princípio da legalidade, ao mesmo tempo que atua como legitimador da penalização dos cidadãos, constrange a hermenêutica do processo penal, servindo como verdadeiro vetor axiológico interpretativo.

É possível extrair, *data venia*, do princípio da legalidade a noção de tipicidade processual que, no processo penal, atua sob três aspectos distintos, quais sejam (i) metodológico, (ii) de conceito rígido e (iii) de limite ou de modelos.

Consoante destaca a doutrina espanhola, *em relação ao princípio da legalidade no processo penal, mais que falar do princípio "nullum crimen nulla poena sine lege"*, é preciso falar do princípio "*nulla coactio sine lege*", de modo que a *lei processual deve tipificar tanto as condições de aplicação, como o conteúdo das intromissões do Poder Público no âmbito dos direitos fundamentais dos cidadãos* (tradução livre) (SERRANO, Nicolás González-Cuéllar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 77).

Assim, a tipicidade processual, que encontra sua origem no princípio da legalidade, tem como finalidade, por meio do emprego de técnica

hermenêutica mais estrita e racional, garantir um processo justo, vinculado à segurança jurídica e à previsibilidade na execução dos atos processuais, além de facilitar a concretização das normas abstratas à hipótese factual do processo.

A interpretação de normas processuais sob o prisma da tipicidade conduz à maior racionalidade, segurança e lógica, pois implica um controle metodológico mais severo, a incrementar a determinação do conteúdo dos preceitos legais (BARROS, Romeu Pires de Campos. *Sistema do processo penal brasileiro* – v. 1 . Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 351).

Com efeito, *o processo exige uma atividade típica, composta de atos cujos traços essenciais são definidos pelo legislador*, motivo pelo qual os atores processuais *devem pautar o seu comportamento segundo o modelo legal*, a evitar o risco de providências inúteis ou subversivas ao objetivo primordial, qual seja, a prestação jurisdicional de mérito com provimento justo (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal* . 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 19).

A tipicidade processual possui *nexo funcional* na seara processual penal semelhante àquele existente no direito penal, no entanto, ao passo que no direito material as proibições têm como destinatários a sociedade, no direito processual, como regra geral, dirigem-se aos agentes públicos encarregados da persecução penal (PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos* : a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Martial Pons, 2014, p. 63).

Guilherme Madeira Dezem acentua, em elaborado texto acerca dessa específica questão da tipicidade processual, que

“(...) o tipo procedural possui dois elementos: a) procedural e b) funcional. No primeiro caso responde-se à pergunta *como deve o ato ser praticado*; já no segundo responde-se à pergunta *qual a função que o ato ocupa no procedimento*.

Quanto ao elemento procedural, observa-se que a prática do ato processual não pode ser compreendida unicamente do ponto de vista objetivo, ou seja, de seus elementos internos. Em verdade, especialmente visando ao quanto afirmado no tópico 3 deste capítulo, o procedimento deve ser revalorizado, constituindo tal análise um dos elementos do tipo procedural.

Para que haja a completa adequação do suporte fático ao tipo processual, deve ele ser praticado dentro do procedimento legal

previsto. Ou seja, a prática do ato processual fora do modelo legal de procedimento previsto importa em sua atipicidade.

Não há sentido algum em assegurar-se a prática de ato processual sem qualquer vício intrínseco (ou seja, apto do ponto de vista objetivo) se tal ato não encontra respaldo dentro do procedimento modelo para ele previsto.

Em verdade, permitir a prática de ato processual em desconformidade com o modelo procedural previsto significa, em última análise, negar a própria prática do ato processual. Isto porque o ato processual, fora do modelo definido, também é defeituoso em si, pois afeta um dos elementos do tipo processual, o que acaba por afetar também o tipo objetivo.

(...)

A função é outro dos elementos do tipo procedural. Com efeito, ao pensar-se na prática do ato processual como tendente à busca de uma consequência, deve-se entender esta consequência a partir da função que o ato ocupa no procedimento. Seria incompleto o tipo processual procedural caso não se integrasse a seu conceito a função do ato a ser praticado. Com efeito, a prática do ato processual visa à produção de resultado e este resultado pode ser pensado a partir da função do ato. (...)

Tem-se, assim, que o elemento da inserção do ato no procedimento liga-se diretamente à função que esse ato ocupa no procedimento. Ou seja, revela-se aqui a idéia da íntima relação entre a posição que este ato ocupa no procedimento e a função por ele exercida."

Disso resulta, segundo penso, que a tipicidade processual, assemelhada, em parte, com a tipicidade do direito penal material, atua como importante fator de limitação à atividade hermenêutica desenvolvida pelos atores processuais penais, pois estes devem mover-se dentro das balizas estipuladas em lei, a adimplir, em conformidade com as hipóteses concretas, com o procedimento legalmente previsto.

Adoção de um modelo de tipicidade processual garante *baliza mais segura ao magistrado na prática do ato processual, implicando o reconhecimento por parte deste das formas efetivamente postas em garantia do cidadão, em detrimento das formas inúteis*, além de propiciar, aos demais sujeitos processuais, maximização do controle na prática dos atos processuais pelo juiz. Mas não é só. Esse paradigma permite incremento na eficácia da persecução penal, pois amplia o grau de segurança dos atos a serem praticados, de modo que o *Estado tem assegurado seu legítimo*

interesse na condução de processo justo sem ocorrência de vícios (DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal : tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas/SP: Millennium Editora, 2008, p. 74-75).

É preciso ressaltar que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, ao julgamento das ADI's 3.360/DF e 4.109/DF, ambas de redatoria do Min. *Edson Fachin*, Tribunal Pleno, j. 14.02.2022, DJe 03.5.2022 – nas quais em análise a constitucionalidade da prisão temporária –, assentou, igualmente, a aplicabilidade do princípio da legalidade de forma mais estrita em sede processual penal, notadamente em matérias que imponham a restrição de liberdade. É verdade que, embora adotada essa interpretação, isso não significa o emprego, integral, da ideia de tipicidade processual, mas evidencia, a meu sentir, o caminhar desta Suprema Corte na direção ora proposta.

De igual modo, no âmbito da Segunda Turma deste Supremo Tribunal Federal, ao exame do RHC 206.846/SP, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, Segunda Turma, j. 22.02.2022, DJe 25.5.2022, expressamente destacada a necessidade de respeito à tipicidade processual no que diz com a atividade probatória no processo penal. Naquela assentada, a Turma atestou a necessidade de estrita observância do procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal para reconhecimento de pessoas.

6. Em suma: o juiz, no processo penal, está estreitamente vinculado às disposições legais. Nesse sentido, **no campo processual penal, inadmissíveis interpretações criativas, aditivas, muito menos contrárias à própria mens legis**.

II) Breves considerações a respeito do direito fundamental à proteção de dados pessoais

7. O direito à proteção de dados não se confunde com o direito à privacidade, embora dele tenha se desdobrado, pois, na realidade, consubstancia uma nova abordagem dinâmica – longe da dicotomia estável do público-sigiloso (COHEN, Julie E. What privacy is for. *Harv. L. Rev.*., v. 126, 2012, p. 1.904-1.933) –, maleável e coletiva, apta a se conformar às alterações sociais e aos inúmeros contextos de uso.

Nessa conjuntura altamente informatizada, no qual as pessoas são identificadas por meio de representações virtuais, verdadeiros dossiês digitais – construídos a partir de dados pessoais e das informações deles

extraídas –, os dados pessoais se manifestam como projeção da personalidade de seu titular (BONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 64-65). A proteção de dados pessoais, portanto, não se limita à esfera íntima ou privada, pois, ainda que públicas, informações, por exemplo, inexatas estão sujeitas à retificação.

Com efeito, os dados materializam potenciais informações, ou seja, acaso comunicados, recebidos e compreendidos se transformam em informações. Os dados em si mesmos são apenas os símbolos ou sinais formais, facilmente armazenados (WACKS, Raymond. *Personal information : privacy and the law*. Oxford: Clarendon Press, 1989, p. 25). Em outras palavras, informações decorrem da interpretação que se extrai dos dados.

Daí se observa a necessidade de proteção constitucional dos dados pessoais que se caracterizam por, potencialmente, refletirem informações vinculadas a uma pessoa, revelando, pois, aspectos inerentes a ela. É que a utilização de inúmeras ferramentas automatizadas de processamento de dados (coleta, armazenamento, cruzamento, organização e transmissão) permite a obtenção de informações de grande relevância a respeito dos cidadãos, possibilitando, inclusive, a partir de técnicas sofisticadas de tratamento de dados, a extração de novos elementos informativos, a demonstrar o significativo valor dos dados pessoais.

É por essa razão que Laura Schertel Mendes assevera inexistir, na atual conjuntura, dados irrelevantes, pois o *risco do processamento de dados resid[e] mais na finalidade do processamento e nas possibilidades de processamento do que no tipo de dados tratados* (MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas Universidade de Fortaleza (Unifor)*, v. 25, n. 4, 2020, p. 1-18). Processar dados, segundo Danilo Doneda, significa aplicar técnicas sobre os dados pessoais, em ordem a obter resultados mais valiosos e refinados, com informações mais completas (DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais* . 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-2.5).

8. Importante pontuar, como fez o Ministro Gilmar Mendes ao exame da ADI 6.649/DF e da ADPF 695/DF, que a questão não pode ser resumida a um aspecto dual, de um lado, o interesse público e, de outro, os direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais. Os princípios

referenciados, desse modo, merecem tratamento institucional e coletivo, de modo a evitar seu comprometimento automático diante da alegação de interesse público primário.

Nessa linha intelectiva, Daniel Solove acentua que *a privacidade não é algo que indivíduos automatizados possuem no estado de natureza e que sacrificam para se unir ao pacto social*, assim, a fixação de salvaguardas à privacidade decorre *de seus profundos efeitos sobre a estrutura de poder e de liberdade na sociedade como um todo*. Em outros termos, *a proteção da privacidade nos protege contra prejuízos a atividades que são importantes tanto para os indivíduos quanto para a sociedade* (SOLOVE, Daniel J. *Understanding privacy*. Cambrigde: Harvard University Press, 2008, p. 2008). Na realidade, a privacidade é um *elemento constitutivo da sociedade civil*, de modo que os danos ao seu âmbito de proteção afetam a *natureza da sociedade e impedem que as atividades individuais contribuam para o bem social maior* (SOLOVE, Daniel J. A Taxonomy of Privacy. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 154, n. 3, p. 477-564).

Disso resulta que os direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais, por consubstanciarem elementos intrínsecos à própria sociedade civil, não atuam como valores contrapostos ao interesse público, mas como concepções imanentes à constituição da sociedade, não apenas como preceitos de índole individual.

9. Anoto que do reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais decorrem algumas posições jurídicas subjetivas de seus titulares, exemplificativamente, direitos de informação, de acesso e de retificação, mas também são encontrados consectários principiológicos, tais como os princípios do consentimento, da finalidade, da transparência, da qualidade e da segurança física e lógica.

A dimensão subjetiva do direito à proteção de dados pessoais ostenta caráter nitidamente defensivo, a impedir, como regra geral, intervenções estatais, sendo certo que o controle sobre os próprios dados consubstancia um dos aspectos mais incisivos dessa perspectiva. Daí porque imprescindível o consentimento efetivo de seu titular ou autorização legal para sua limitação, em ordem possibilitar, por exemplo, coleta, processamento e circulação, haja vista o dever de abstenção.

O direito à proteção de dados pessoais, sob o ângulo objetivo, por sua vez, impõe ao Estado *um dever de proteção a ser concretizado mediante prestações normativas e fáticas, notadamente, por meio da regulação*

infraconstitucional dos diversos aspectos relacionados às posições jusfundamentais referidas, assegurando-lhes a devida efetividade (MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional* . 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 471). Ou seja, a *dimensão objetiva* constrange o Poder Público, em um primeiro momento, a proteger o direito aos dados pessoais e, em uma segunda etapa correlacionada, legislar a respeito de instrumentos institucionais – normas organizacionais, procedimentais e preservacionista – de salvaguarda.

Destaco, nesse contexto, que o ambiente virtual possibilita, de forma mais intensa, violações da privacidade, pois no âmbito físico, ao contrário do que sucede no espaço virtual, mais fácil a constatação da esfera de privacidade à disposição, permitindo, pois, graduar o nível de privacidade. Nesse sentido, Priscilla M. Regan assevera que o *espaço físico nos fornece pistas visuais sobre o nível de privacidade que está naturalmente disponível e oferece outras opções físicas caso desejemos aumentar ou diminuir esse nível de privacidade*. Ao passo que, *[n]o ciberespaço, não existem pistas visuais claras sobre o nível de privacidade disponível*. Na verdade, muitos iniciantes, a princípio, presumem que todas as suas atividades no ciberespaço são basicamente privadas se ninguém no espaço físico estiver observando-os enquanto usam seus computadores. A menos que tenham sido informados de que os "dados de clique" ou as "pegadas do mouse" deixam rastros eletrônicos que se tornam um registro digital detalhado, eles não perceberiam intuitivamente que isso estava ocorrendo. A captura automática desses dados não é óbvia para o usuário. As regras do ciberespaço não são claramente divulgadas (REGAN, Priscilla M. Privacy as a common good in the digital world. *Information, Communication & Society* , v. 5, n. 3, 2002, p. 382-405). Ou seja, no ambiente virtual, como regra geral, não se sabe quais dados estão sendo coletados, de modo que se torna mais difícil avaliar o nível de comprometimento da privacidade.

É por essa razão que, segundo penso, a *dimensão objetiva* do direito à proteção de dados pessoais injunge o Poder Público a atuar de **maneira mais firme e intervintiva**, com a finalidade de assegurar a efetividade e eficácia do direito fundamental em questão, notadamente para salvaguardá-lo da indevida ingerência proveniente do próprio Poder Público e de agressões oriundas de particulares.

Em outras palavras, a obscuridade das regras vigentes na internet compele o Poder Público, de forma vigorosa e energética, a (i) elaborar legislação estrita e minuciosa, para legitimar a intervenção no direito à

proteção de dados pessoais; (*ii*) fiscalizar, detidamente, o cumprimento da disciplina normativa existente, para defender o direito à proteção de dados pessoais de interferências impróprias.

10. Ressalto que, quanto mais incisiva e danosa for a restrição ao direito fundamental à proteção de dados pessoais, *maiores devem ser os requisitos para a intervenção nesse direito e mais específica deve ser a lei que prevê essa intervenção*, mostrando-se indispensável, para constitucionalidade do ato normativo, que o legislador atenda *ao princípio da proporcionalidade* e estabeleça *medidas organizatórias e preventivas, de modo a proteger o indivíduo contra os riscos à violação da sua personalidade* (MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor : linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, 188-189).

III) Análise do objeto da presente ação direta

11. Transcrevo, para efeito de melhor elucidação da controvérsia, o teor dos dispositivos impugnados na presente ação direta de inconstitucionalidade:

“Art. 13-A. Nos crimes previstos nos arts. 148 , 149 e 149-A , no § 3º do art. 158 e no art. 159 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) , e no art. 239 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderá requisitar, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos.

Parágrafo único. A requisição, que será atendida no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, conterá:

I - o nome da autoridade requisitante;

II - o número do inquérito policial; e

III - a identificação da unidade de polícia judiciária responsável pela investigação.”

Art. 13-B. Se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, sinal significa posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência.

§ 2º Na hipótese de que trata o caput , o sinal:

I - não permitirá acesso ao conteúdo da comunicação de qualquer natureza, que dependerá de autorização judicial, conforme disposto em lei;

II - deverá ser fornecido pela prestadora de telefonia móvel celular por período não superior a 30 (trinta) dias, renovável por uma única vez, por igual período;

III - para períodos superiores àquele de que trata o inciso II, será necessária a apresentação de ordem judicial.

§ 3º Na hipótese prevista neste artigo, o inquérito policial deverá ser instaurado no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas, contado do registro da respectiva ocorrência policial.

§ 4º Não havendo manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, a autoridade competente requisitará às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, com imediata comunicação ao juiz.”

12. A primeira questão gira em torno do acesso aos *dados e informações cadastrais* , consoante previsto no art. 13-A, *caput* , do CPP. Adianto que, quanto ao ponto específico, divirjo do Ministro *Edson Fachin* , Relator, de modo a manter coerência com a posição por mim externada na ADI 4.906 /DF, oportunidade na qual acompanhei a divergência inaugurada pelo Ministro *Gilmar Mendes* .

13. É importante destacar que ao julgamento das ADI's 6.387/DF, 6.388 /DF, 6.389/DF, 6.390/DF e 6.393/DF, todas de *minha relatoria* , Tribunal Pleno, j. 07.5.2020, DJe 12.11.2020, posteriormente, reiterado ao analisar a ADI 6.649/DF e a ADPF 695/DF, ambas de relatoria do Ministro *Gilmar Mendes* , Tribunal Pleno, j. 15.9.2022, DJe 19.6.2023, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal **superou** , de forma inequívoca, antiga e ultrapassada concepção de que determinados dados pessoais não gozariam de proteção constitucional. Não se mostra possível, na atual conjuntura, sustentar, pois, a existência de um hiato ou mesmo de um paradoxo. A noção que imperava, sob o prisma estrito da comunicação, de que dados estáticos não possuíam intenso resguardo constitucional ou, até, sequer desfrutavam de qualquer espécie de tutela, foi suplantada.

Destaco, no entanto, que o âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados é mais largo que àquele pertinente ao direito à

privacidade, porquanto, pautado em um conceito ampliado de informação, *aborda todos os dados que dizem respeito a determinada pessoa natural, sendo irrelevante à qual esfera da vida pessoal se referem (íntima, privada, familiar, social), descabida qualquer tentativa de delimitação temática* (SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988. *Direitos Fundamentais & Justiça*, 2020, p. 179-218).

Assim, é possível atestar que esta Suprema Corte não só superou a visão acima relatada, como também acentuou que **o direito à proteção de dados pessoais não mantém vínculo com a natureza pública ou privada dos dados**, mesmo porque a relevância jurídica da questão também está no processamento dos dados. **Incabível, portanto, atenuar a proteção constitucional aos dados pessoais com amparo na simplicidade ou banalidade das informações**, tendo em vista que tais informações, por mais singelas, são integrantes da própria personalidade dos indivíduos.

Relembro que, nas ações diretas de inconstitucionalidade em referência, nas quais se discutia a constitucionalidade da MP 954/2020 que determinava o compartilhamento de dados concernentes aos nomes, números de telefone e endereços, esta Casa, a despeito da aparente trivialidade das informações envolvidas, confirmou a suspensão da medida provisória em questão, ante a inobservância das exigências mínimas decorrentes do direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Nesse contexto, com a devida vénia dos entendimentos em sentido contrário, os *dados e informações cadastrais* estão abarcados no âmbito de proteção, **ainda que gozem de tutela menos intensa**, do direito fundamental à proteção de dados pessoais.

A legitimidade do poder de requisição de *dados e informações cadastrais*, por sua vez, decorre não só da gravidade dos delitos elencados no *caput* do art. 13-A do Código de Processo Penal, mas também da natureza menos significativa de tais dados que não são capazes de revelar aspectos mais subjetivos e mais sensíveis da vida íntima dos cidadãos (MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 472). Nessa linha, Ricardo Sidi acentua que

“quando um indivíduo preenche dados cadastrais num provedor de internet, ele não espera, evidentemente, que tais informações estejam ao acesso de qualquer um, verificando-se sobre eles, portanto, uma inegável expectativa de privacidade.

No entanto, aplica-se a esta situação aquilo que no sistema norte-americano se classificaria como uma *expectation of privacy* não reconhecida como legítima pela sociedade, razão pela qual afirmamos que o acesso a essas informações qualificativas não se coaduna com a exigência de prévia autorização judicial, sob pena de um desequilíbrio na meta de eficiência e garantismo a inviabilizar a atividade investigatória do Estado, para a qual o levantamento preliminar de dados básicos de suspeitos pode ser tão elementar.”

Assim, conquanto legítima a requisição de *dados e informações cadastrais* pela autoridade policial e pelo Ministério Público, nos exatos termos da delimitação legal, há, na espécie, uma transferência de sigilo, a atrair a mesma *ratio decidendi* da ADI 2.859/DF, Rel. Min. *Dias Toffoli*, Tribunal Pleno, j. 24.02.2016, DJe 21.10.2016. Ou seja, na posse de referidas informações, os atores envolvidos permanecem com dever de manutenção do sigilo, somente podendo utilizá-las para alcançar as finalidades autorizadas pelo ordenamento jurídico. Não se revelam viáveis, pois, a livre exposição e circulação de tais dados, vinculada sua obtenção ao princípio da finalidade.

Imprescindível, ainda, como esclarecido pela própria norma ora questionada e em conformidade com a jurisprudência desta Suprema Corte (RE 1.055.941/SP, Rel. Min. *Dias Toffoli*, Tribunal Pleno, j. 04.12.2019, DJe 18.3.2021), para efeito de legítima requisição de *dados e informações cadastrais*, (i) a devida identificação da autoridade solicitante (CPP, art. 13-A, I) e da respectiva unidade responsável pela investigação (CPP, art. 13-A, III); (ii) a prévia e formal instauração de inquérito policial ou procedimento de investigação criminal (CPP, art. 13-A, II); bem assim (iii) a utilização de meios formais de comunicação, observado o dever de sigilo, além da necessidade de fiel observância da obrigação de manter os dados protegidos em face de extravios, destruições, modificações, transmissões e desvios não autorizados pelas normas de regência.

14. A delimitação conceitual da expressão *dados e informações cadastrais*, em ordem a explicitar quais dados passíveis de serem objeto de requisição, possui superlativa relevância, pois, a depender da amplitude da definição, possível até mesmo, via inúmeras ferramentas automatizadas de processamento de dados, a obtenção de informações de grande relevância a

respeito dos cidadãos, possibilitando, inclusive, a partir de técnicas sofisticadas de tratamento de dados, a extração de novos elementos informativos, a demonstrar o significativo valor dos dados pessoais.

No entanto, ao contrário do acentuado por Sua Excelência, entendo que a discussão sobre o âmbito conceitual da expressão em referência na presente ação direta de constitucionalidade guarda absoluta relevância para estabelecimento de um sistema coerente sobre a temática de requisição de *dados e informações cadastrais*.

A legislação infraconstitucional, como muito bem registrado pelo Ministro *Edson Fachin*, alinhada ao desenvolvimento tecnológico, tem buscado, ainda que de maneira desforme, densificar o âmbito conceitual de *dados e informações cadastrais*.

O art. 17-B da Lei 9.613/1998, incluído pela Lei 12.683/2012, permite, independentemente de prévia autorização judicial, que a autoridade policial e o Ministério Público tenham acesso aos dados cadastrais do investigado, compondo referido campo as informações atinentes (*i*) à qualificação pessoal e filiação, bem como (*ii*) ao respectivo endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito.

De igual sorte, com redação muito similar ao art. 17-B da Lei 9.613/1998, o art. 15 da Lei 12.850/2013 autoriza, sem necessidade de prévia intervenção jurisdicional, que o Delegado de Polícia e o membro do Ministério Público tenham acesso aos dados cadastrais do investigado, de modo a possibilitar o conhecimento de informações concernentes (*i*) à qualificação pessoal e filiação, bem como (*ii*) ao respectivo endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito.

O inciso I do § 1º do art. 10-A da Lei 12.850/2013, incluído pela Lei 13.964 /2019, estabelece, de forma expressa, o que deve ser compreendido como *dados cadastrais* para efeito de infiltração virtual de agentes, qual seja, *informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão*.

O § 3º do art. 10 da Lei 12.965/2014, por sua vez, estabelece possível, à autoridade administrativa competente, o acesso aos dados cadastrais, no

que devem ser compreendidos como informações relativas (*i*) à qualificação pessoal e filiação, bem assim (*ii*) o endereço.

Essa breve digressão permite constatar que, a despeito da ausência de uniformidade, as normas de regência autorizam, como regra geral, o acesso, única e exclusivamente, a informações referentes à qualificação pessoal, filiação e endereço. **Qualquer interpretação alargada sobre a temática não encontra ressonância na outorga conferida em lei e revela, pois, uma atuação dos agentes públicos envolvidos dissonante com o princípio da legalidade**, acarretando, além do mais, grave violação dos direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais.

Realço, com base na doutrina de Gustavo Henrique Badaró, que

“A qualificação pessoal é composta pelo nome, nacionalidade e naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, número de carteira de identidade e número de registro no cadastro de pessoas físicas da Receita Federal. A filiação consiste na indicação no nome do pai e da mãe. Por fim, o endereço , vez que não houve qualquer restrição na lei, consiste na indicação precisa do local de residência e de trabalho, caso ambos os dados estejam disponíveis.”

Assim, com base nas premissas anteriormente expostas, pedindo vênia às comprehensões em sentido contrário, entendo, tal como asseverado pelo Ministro *Gilmar Mendes* ao julgamento da ADI 4.906/DF, indispensável conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 13-A, *caput*, do Código de Processo Penal , para assentar que a possibilidade de requisição de dados cadastrais **restringe-se** às informações concernentes à qualificação pessoal, filiação e endereço.

15. No tocante ao art. 13-B do Código de Processo Penal, antecipo que tenho substancial concordância com as premissas estabelecidas pelo Ministro *Edson Fachin* , Relator.

Ressalto, desde logo, como o fez o Relator, que o dispositivo guarda algumas incongruências sistêmicas intrínsecas que, no entanto, não têm condão de maculá-lo por inteiro.

A primeira imprecisão técnica está no termo *requisitar* inscrito no *caput* do art. 13-B do CPP. Se a autoridade policial e o membro do Ministério Público possuísem, de fato, poder requisitório, para que as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações e/ou telemáticas que

disponibilizem meios técnicos adequados que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito, seria de todo dispensável a autorização judicial, como previsto no mesmo dispositivo. Ou seja, em realidade, não há falar em requisição, pois consoante o artigo em análise, imprescindível anuênciam jurisdicional, para implementação de tais medidas. Assim, o Delegado de Polícia representa e o membro do *Parquet* requer, ao Poder Judiciário, a adoção da medida autorizada pelo *caput* do art. 13-B do CPP.

A segunda importante desconexão advém dos incisos II e III do § 2º do art. 13-B do CPP. A interpretação dos incisos em conjunto – isolados, porém, do *caput* pertinente – leva à compreensão de que, em relação aos pedidos formulados, nos termos do *caput*, não superiores a 60 (sessenta) dias, seria dispensável a autorização jurisdicional. Tais impropriedades não passaram despercebidas do Ministro Relator, tampouco da doutrina de Marta Saad:

“Estabelece esse dispositivo que, se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, tanto o Delegado de Polícia como o membro do Ministério Público poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática, que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.

O *caput* contém imprecisão terminológica: Autoridade Policial representa e membro do Ministério Público requer à Autoridade Judiciária, mas não requisitam .

O sinal, se concedido, não permitirá acesso ao conteúdo da comunicação de qualquer natureza, que dependerá de autorização judicial, e deverá ser fornecido pela prestadora de telefonia móvel celular por período não superior a 30 dias, renovável uma única vez, por igual período, mediante ordem judicial (art. 13-B, § 2º, incs. I e II, do CPP).

O disposto no **art. 13-B, § 2º, inc. III**, prevê que, “para períodos superiores àquele de que trata o inciso II, será necessária a apresentação de ordem judicial”, o que permite interpretação segundo a qual as informações de localização de um cidadão por período inferior a 30 dias dispensariam prévia autorização judicial , hipótese que configura afronta ao art. 5º, inc. X, da Constituição da República.”

O Ministro *Edson Fachin*, Relator, em seu voto, consignou que

“No mesmo sentido, a possibilidade de requisição de informações contida no § 2º do art. 13-B não pode ser vista como impondo uma limitação ao que dispõe o próprio *caput* do mesmo artigo. Isto é, da leitura do art. 13-B, *caput*, não é possível depreender interpretação que admita a requisição de meios técnicos sem autorização judicial.

Inexistindo constitucionalidade ou dúvida interpretativa, não há como se declarar a constitucionalidade da interpretação.”

Assento, desde logo, que guardo absoluta concordância com o entendimento explicitado pelo Ministro Relator. O *caput*, por óbvio, regra elementar de hermenêutica jurídica, deve balizar a interpretação de seus, parágrafos, incisos e alíneas. Isso significa que o disposto nos parágrafos não tem o condão de alterar a previsão normativa constante do *caput*.

Aplicando tais premissas ao caso concreto, o *caput* do art. 13-B do Código de Processo Penal **dispõe ser imprescindível autorização judicial para disponibilização, pela empresas prestadores de serviços de telecomunicações e/ou telemática, dos meios técnicos adequados para permitir a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso. Os incisos II e III do § 2º do art. 13-B do CPP, por sua vez, não podem afastar a indispensabilidade de controle jurisdicional prévio .**

Diversamente do Ministro *Edson Fachin*, contudo, compreendo necessário **não apenas explicitar nas razões de decidir** a correta hermenêutica da sistemática inaugurada pelo art. 13-B do CPP, como também **conferir interpretação conforme ao dispositivo** em questão pelos motivos que passo a expor.

16. Reconheço que a jurisprudência desta Suprema Corte, com base na distinção doutrinária sustentada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, orientava-se no sentido de que inviolabilidade das comunicações não se estende aos dados registrados. Ilustrativo dessa concepção as palavras do Ministro *Sepúlveda Pertence* na linha 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 mesmo* (RE 418.416/SC, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, Tribunal Pleno, j. 10.5.2006, DJ 22.5.2006), de modo 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 dos dados* (HC 91.867/PA, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, Segunda Turma, j. 24.4.2012, DJe 20.9.2012).

Progressivamente, no entanto, diante de mudança fáticas e jurídicas, a compreensão desta Corte sobre a temática tem sido paulatinamente revisitada e objeto de nova análise e nova compreensão acerca da interpretação do art. 5º, XII, da Constituição Federal.

É certo que os dados e informações encaminhadas, de forma automática, por celulares – que possibilitam, a partir de técnicas sofisticadas de triangulação, a sua localização –, inequivocamente consubstanciam **dados em fluxo**, e não, dados estáticos, enquanto parte de uma troca permanente de dados característicos do próprio funcionamento das redes móveis.

Reconheço que, atualmente, a distinção entre dados em fluxo e dados estáticos ganha contornos antes inimagináveis. O desenvolvimento tecnológico permitiu que ao encaminhar uma mensagem de texto, por exemplo, não exista, praticamente, lapso temporal entre o encaminhamento e o recebimento pelo destinatário. Em outras palavras, o envio de dados caracteriza-se, hoje em dia, pela automaticidade de seu recebimento, a ensejar nova reflexão acerca a diferenciação outrora acolhida por este Supremo Tribunal Federal.

Assim, compartilho das preocupações expressadas por Rafael Mafei Rabelo Queiroz e de Paula Pedigoni Ponce no sentido da necessidade de superar a antiga distinção entre dados em trânsito e dados armazenados:

“(...) Já não faz sentido distinguir entre dados em trânsito e dados estáticos como critério para maior ou menor proteção à privacidade : o barateamento do armazenamento de dados e a migração das comunicações humanas para serviços providos pela Internet, com opções de armazenamento de segurança em servidores (“backups na nuvem”), torna o conjunto de dados armazenados sobre um indivíduo, por seu considerável volume e abrangência temporal, mais sensível à sua intimidade do que conversas telefônicas interceptadas. A hierarquia protetiva que coloca dados em trânsito acima de dados armazenados simplesmente é anacrônica diante das mudanças na tecnologia e nas práticas comunicativas desde 1993 até os dias atuais (Sidi, 2016; Quito, 2018).

Se não é possível ignorar a distinção entre os incisos X e XII do art. 5º da Constituição, **tampouco há razão para impor uma proteção menos efetiva à nossa intimidade apenas porque estejam em dados armazenados, e não em trânsito**. Essa particular leitura de “Sigilo de dados”, que não é a única possível de ser feita do texto e nem é necessariamente a melhor, deve ser descartada **em favor de outra que**

equalize a proteção de dados armazenados e dados em trânsito pelo critério que substantivamente importa: o grau de exclusividade que se deve reconhecer às informações contidas nos dados e seu impacto sobre a privacidade de seu titular . O inc. X, art. 5º, da Constituição dá conta desta fundamentação sem dificuldades.”

Entendo, tal como acima exposto, inexiste, no atual cenário tecnológico, justificativa que ampare a conclusão de que os dados em fluxo gozam de maior proteção constitucional do que os dados armazenados. A equalização da problemática, como se verá mais a frente, advém da melhor hermenêutica a ser empregada ao art. 5º, X, da Constituição Federal.

Com efeito, observo que o art. 13-B, *caput*, do Código de Processo Penal, ao dispor sobre a possibilidade de determinar às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações e/ou telemáticas que disponibilizem meios técnicos adequados a permitirem a localização da vítima ou dos suspeitos do delito, não restringiu-lhes o acesso. Vale dizer, o dispositivo autoriza tanto a obtenção de registros atuais (em fluxo contínuo) quanto, observado o lapso temporal estipulado, de dados passados (armazenados), mesmo porque a completude de dados permite a reconstituição de todo período da prática delituosa, a colaborar com a sua elucidação.

Daí porque, a meu juízo, os dados permanentemente encaminhados pelos aparelhos celulares às antenas ou estações rádio base (ERB's) são protegidos constitucionalmente pelo art. 5º, XII, da Carta Política, tendo em vista que instauraram espécie comunicativa bilateral com a transmissão de informações de grande relevância.

Não se pode descurar que essa troca incessante de dados permite, inclusive, a localização – ainda que existam discussões sobre a precisão da técnica – dos aparelhos celulares, que, hoje em dia, sempre estão nas mãos, nos bolsos ou nas bolsas de seus donos.

Relembro que, segundo o censo mais recente realizado pelo IBGE, o Brasil tem em torno de 203 (duzentos e três milhões) de habitantes, ao passo que, nos termos de relatório divulgado pela ANATEL em 2020, existem mais de 234 (duzentos e trinta e quatro) milhões de terminais móveis habilitados, a evidenciar a popularização dos aparelhos e, na prática, a sua quase integração à anatomia humana.

Disso resulta, no meu entendimento, que os dados a que se refere o *caput* do art. 13-B do Código de Processo Penal somente podem ser acessados, em quaisquer circunstâncias, mediante prévia autorização judicial, nos exatos termos do art. 5º, XII, da Constituição da República.

17. Embora reconheça a controvérsia pertinente ao enquadramento da questão ora em análise sob o manto do art. 5º, XII, da Carta Política, entendo, com a devida vênia, que os dados concernentes à localização de indivíduos estão salvaguardados, **no mínimo**, pelo art. 5º, X, da Constituição da República que versa sobre o direito à privacidade.

Importante rememorar a doutrina acolhida pela Suprema Corte norte-americana no caso *Katz v. United States*. Naquela oportunidade o Justice *John Marshall Harlan II* apresentou voto concorrente que se tornou ainda mais influente do que a opinião majoritária do Tribunal. Em suas razões, foi formulado um teste, hoje conhecido como *Katz test*, para aferir a *expectation of privacy* que recai sobre determinada situação, o que pode ensejar a necessidade de prévia autorização judicial, ou não, conforme o resultado do teste.

Conforme a doutrina hoje acolhida de forma sólida pela Suprema Corte norte-americana (*Katz test*), é preciso analisar (*i*) se o indivíduo possui uma real expectativa de privacidade e (*ii*) se a sociedade, de maneira geral, reconhece como razoável tal expectativa. Balizados por esses critérios, torna-se possível identificar a imprescindibilidade de autorização judicial pelo fato de a medida confundir-se com a busca e apreensão descrita na Quarta Emenda à Constituição daquele país.

A adoção dessa doutrina em nosso país, segundo penso, além de encontrar amparo no art. 5º, X, da Constituição Federal, possibilita dele extraír maiores potencialidades em consonância com a própria natureza dos direitos fundamentais, em ordem a assegurar efetiva proteção jurídica a uma série de dados que não encontram abrigo no art. 5º, XII, da Carta Política.

Com efeito, toda vez que um aparelho celular se conecta a uma estação rádio base (ERB) é gerada uma informação sobre sua localização. A precisão desse dado depende da amplitude da cobertura da antena, sendo certo que possuem grande relevância para empresas fornecedoras de serviços de telecomunicações, pois permitem, por exemplo, a constatação de áreas com baixo sinal, bem assim a cobrança de *roaming*.

O fato é que usuário algum de aparelhos celulares tem a expectativa de que, ao conectá-los à estação rádio base, seus movimentos físicos sejam amplamente documentados e possam ser objeto de requisição sem prévia autorização judicial. Na realidade, de modo geral, pessoas comuns esperam que sua rotina de deslocamentos esteja a salvo de monitoramentos e invasões indevidas. Há, portanto, uma inequívoca expectativa de privacidade sobre os dados que permitem a análise em tempo real de sua locomoção, bem assim daqueles que propiciam a elaboração de um verdadeiro mapa de sua movimentação.

Não constitui demasia assinalar que, hoje em dia, a partir de técnicas sofisticadas de cruzamento de dados, é possível, com base na localização – mais ou menos precisa – de indivíduos, extrair as mais diversas informações públicas e privadas, a exemplo, domicílio residencial e profissional, a frequência em academias, os locais de lazer, os restaurantes de predileção e, até mesmo, dados mais sensíveis como a periodicidade de consultas médicas e as respectivas especialidades, a regularidade de idas a farmácias, bem assim aspectos mais íntimos relativos ao comportamento sexual.

Tais circunstâncias, a meu juízo, evidenciam a existência de uma intensa expectativa de privacidade sobre referidos dados, a atrair a imprescindibilidade de prévia autorização judicial para acesso a eles. Nessa linha, Ricardo Sidi acentua que:

“ **Informações como os códigos IMSI e IMEI do usuário, seu IP fixo, sua localização apurada por ERB ou GPS** de forma não vinculada a uma comunicação concreta **constituem dados nos quais o indivíduo deposita uma legítima expectation of privacy**, pelo que não se tem dúvida em afirmar que **o acesso a estes**, embora submetido à proteção geral à intimidade (art. 5º, CF), **dependerá também de autorização judicial** .”

Em certas ocasiões, como bem ressaltado pelo constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, quando *estão em causa direitos de particular importância jurídico-constitucional a cuja lesão deve corresponder uma efectiva proteção jurídica*, indispensável a atuação jurisdicional desde o início, em um verdadeiro *monopólio da primeira palavra* (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 669).

18. Com efeito, o direito fundamento à proteção de dados pessoais impõe ao Estado uma função de defesa, afastando o Estado de intervenção nessa seara, e uma função de proteção, de modo que o Estado deve possibilitar meios para os indivíduos controlarem os seus dados pessoais.

Consabido que a função de defesa dos direitos fundamentais constrange o Estado a não intervir, salvo situações excepcionais, especialmente quando existe a suspeita da prática de ilícitos. A intervenção estatal deve ser episódica, pontual e fundamentada, a possibilitar o devido controle pelas instâncias competentes.

Assim, o acesso a dados relativos à localização de indivíduos, sem autorização judicial, viola o direito à privacidade e à proteção de dados, pois tais elementos contêm informações consubstanciadoras das mais variadas escolhas políticas, ideológicas, culturais, profissionais, esportivas, e evidenciam, ainda, traços característicos da personalidade. Em suma, trazem elementos ínsitos ao âmbito estritamente pessoal, escondido de todos, inclusive daqueles mais próximos.

Desse modo, a sensibilidade, hoje, inerente a tais dados não prescinde da necessária e da indispensável atuação jurisdicional para invasão dessa esfera pessoal dos cidadãos. Não assento – e nem poderia – a inviolabilidade absoluta dos dados pessoais, pelo contrário. Reconheço, contudo, **a necessidade de prévia decisão judicial** para acessar tais elementos informacionais.

O direito não pode ser alheio ao desenvolvimento tecnológico. Os Tribunais e, especialmente o Poder Legislativo, devem estar atentos às alterações sociais e informáticas. O crime cibernetico, hoje, é uma realidade. Tal fato, por si só, não autoriza permanente vigilância, sob pena de transmudar o Estado liberal em um Estado onipresente e autoritário, como alerta George Orwell.

O que estou a afirmar, portanto, é que o acesso a dados pessoais que permitem a localização de cidadãos pelo aparato estatal investigador depende da avaliação prévia do Poder Judiciário, de modo a aferir, à luz do princípio da proporcionalidade, a presença de todos os requisitos previstos na legislação processual penal, tais como a existência de justa causa, a necessidade da medida, a pertinência do acesso, tudo a diminuir os impactos atinentes à restrição do direito fundamental em questão.

Nesse sentido, ressalto a Segunda Turma desta Suprema Corte, ao julgamento do HC 168.052/SP, em anunciada revisitação de jurisprudência,

entendeu imprescindível a necessidade de autorização judicial para acesso a telefone celular, em razão da relevância dos dados nele contidos em uma nítida releitura do art. 5º, X e XII, da Carta Política:

“ Habeas corpus . 2. Acesso a aparelho celular por policiais sem autorização judicial. Verificação de conversas em aplicativo WhatsApp . Sigilo das comunicações e da proteção de dados. Direito fundamental à intimidade e à vida privada. Superação da jurisprudência firmada no HC 91.867/PA. Relevante modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas. Mutação constitucional. Necessidade de autorização judicial. 3. Violação ao domicílio do réu após apreensão ilegal do celular. 4. Alegação de fornecimento voluntário do acesso ao aparelho telefônico. 5. Necessidade de se estabelecer garantias para a efetivação do direito à não autoincriminação. 6. Ordem concedida para declarar a ilicitude das provas ilícitas e de todas dela derivadas.”

(HC 168.052/SP , Rel. Min. Gilmar Mendes , Segunda Turma, j. 20.10.2020, DJe 02.12.2020)

Apesar de não ter sido unânime a decisão – os Ministros *Gilmar Mendes* , *Ricardo Lewandowski* e *Celso de Mello* votaram pela concessão da ordem e os Ministros *Edson Fachin* e *Cármem Lúcia* votaram pela denegação da ordem – sequer houve divergência explícita quanto à necessidade de autorização judicial para referido acesso.

19. Também nesse mesmo sentido, em 2018, ao julgamento de *Carpenter v. United States* , a Suprema Corte norte-americana decidiu que a Quarta Emenda à Constituição daquele país protege o sigilo dos registros referentes às informações de localização de telefones móveis, mantidos pelas operadoras do serviço, condicionada a sua disponibilização à existência de ordem judicial de busca e apreensão proferida no curso de procedimento criminal.

O histórico dos registros de localização de telefones móveis, constatou-se, permite que o Estado instaure uma *vigilância quase perfeita* e que *viaje de volta no tempo para refazer o itinerário de uma pessoa* , levando a preocupações relacionadas à privacidade ainda maiores do que aquelas apresentadas pelo monitoramento de veículos por meio da tecnologia GPS (*Global Positioning System*). Isso porque, na atualidade, os celulares consubstanciam praticamente *parte da anatomia do corpo humano* e acompanham *fielmente* seus proprietários em esferas públicas e particulares, a funcionar de modo parecido a uma tornozeleira eletrônica.

Assim, em razão dos avanços tecnológicos – que permitem a identificação do tempo e do ângulo que os sinais atingem as antenas (ERB's) e a sua precisão em apontar a localização do aparelho –, do próprio funcionamento dos celulares – que emitem e captam sinais de maneira automática, a deixar um rastro de localização –, alinhadas à *expectation of privacy* que recai sobre informação concernente à localização, a Suprema Corte norte-americana compreendeu que somente decisão judicial poderia legitimar a quebra do sigilo de tais dados.

20. Em suma: o acesso a dados que permitem a localização de aparelhos celulares – que, hoje em dia, se caracterizam por, praticamente, fazerem parte da anatomia humana – depende de prévia autorização judicial.

21. Acentuo, no entanto, que a gravidade dos delitos referidos no *caput* do art. 13-B do Código de Processo Penal (*crimes relacionados ao tráfico de pessoas*) impõe, de fato, uma atuação célere e efetiva do Poder Judiciário. Assim, mostra-se imprescindível a coordenação e sistematização de plantões no Poder Judiciário, em ordem a possibilitar, preenchidos os requisitos previstos na legislação de regência, a implementação da medida prevista no dispositivo em questão.

Vale dizer, quanto necessária prévia autorização judicial, referida medida não pode servir de embaraço à repressão e à prevenção dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, a exigir, por isso mesmo, rápida resposta jurisdicional.

Daí a necessidade de regulamentação, pelo Conselho Nacional de Justiça e pelos respectivos Tribunais, acerca de plantões judiciários ininterruptos e, com base na própria disciplina legal – o prazo de 12h para o magistrado decidir, previsto no art. 13-B, § 4º, do CPP, não se mostra, a meu juízo, constitucional, mas tão somente a consequência que advém da inércia do juiz –, estipular prazo para deliberação da medida a que se refere o *caput* do art. 13-B do Código de Processo Penal, sob pena de responsabilidade civil e administrativa.

IV) Conclusão

22. Ante o exposto, pedindo vênia às comprehensões em sentido contrário, divirjo do Ministro *Edson Fachin*, Relator, para julgar parcialmente procedente o pedido deduzido na presente ação direta, em ordem:

(i) a conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 13-A, ***caput***, do Código de Processo Penal, para assentar que a possibilidade de requisição de dados cadastrais **restringe-se** às informações concernentes à qualificação pessoal, filiação e endereço;

(ii) a declarar a nulidade parcial sem redução de texto do art. 13-B, II e III , do Código de Processo Penal, para excluir qualquer exegese que permita a implementação da medida prevista no respectivo *caput* sem prévia autorização judicial;

(iii) e a declarar a inconstitucionalidade do art. 13-B, § 4º , do Código de Processo Penal.

É como voto .