

## Voto

**A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora) :** 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto, com fundamento no art. 102, III, a , da Constituição Federal, pela Google Brasil Internet Ltda . e pela Google LLC contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

### I) Preenchimento dos pressupostos recursais

2. Como já o fiz em minha manifestação pelo reconhecimento da repercussão geral do tema, estão presentes os pressupostos recursais intrínsecos e extrínsecos, devidamente prequestionados os dispositivos constitucionais apontados como violados, conheço, pois, integralmente do recurso extraordinário.

### II) Delimitação do tema

3. O presente recurso extraordinário demanda reflexão acurada por este Supremo Tribunal Federal a respeito da produção probatória por meios digitais no âmbito do processo penal.

A delimitação precisa do objeto deste recurso extraordinário consubstancia providência indispensável à preservação e ao respeito aos direitos fundamentais dos litigantes, notadamente do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF, 5º, LIV e LV), além, é claro, de configurar medida em absoluta consonância com a proibição, em geral, de atuação oficiosa pelo Poder Judiciário.

Quanto ao ponto, importante trazer à colação fragmento da lição doutrinária de Luiz Guilherme Marinoni:

*“(…) Se a legitimidade da função da Corte depende da participação da sociedade, ela requer, mais ainda, a provocação popular. Caso a Corte pudesse, a partir apenas de seu desejo e vontade e sem qualquer iniciativa vinda da população, falar algo que supõe ser relevante para o desenvolvimento da Constituição, estaria perdido o principal elemento que a preserva afastada dos poderes eleitos pelo povo: a impossibilidade de interpretar a Constituição de*

*ofício* . Tornar isso viável seria entregar à Corte as rédeas do direito e da regulação da vida social em detrimento do povo, do Parlamento e do Executivo.

*A Corte não pode criar a questão constitucional para decidir* . Essa deve estar no recurso. Como é evidente, *isso está muito longe da possibilidade que qualquer juiz tem de declarar a inconstitucionalidade de lei de ofício* . Ora, o juiz só pode assim proceder *a partir de um caso* que lhe foi apresentado. Por razões semelhantes, a Corte pode declarar a inconstitucionalidade de lei, *com base em fundamento constitucional não invocado pelo recorrente, apenas quando está a considerar a questão constitucional posta mediante recurso* . É dessa forma que o recurso limita a atuação da Corte. A Corte está subordinada à questão constitucional, não podendo instituí-la de ofício para decidir. *Note-se que essa percepção facilita a compreensão dos termos que a Corte está vinculada ao recurso: ela pode decidir com base em fundamento não invocado apenas para resolver a questão constitucional derivada do recurso* ."

Inequivocamente, portanto, o julgamento a ser proferido por esta Suprema Corte, mesmo em caso submetido à sistemática da repercussão geral, deve guardar vinculação com a peça recursal que demarca o caso constitucional, seja em razão do respeito aos direitos fundamentais de índole processual, seja por efeito da preservação da legitimidade e da autoridade de suas decisões.

É necessário, desse modo, explicitar com seriedade, apoiado no que assentado pelas instâncias ordinárias, a situação concreta do recurso extraordinário, para, assim, atender a obrigação de bem delimitar a questão constitucional posta à deliberação, de modo a firmar autêntico *precedente* .

4. Na hipótese concreta, como visto, o Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca da Capital/RJ, após representação formulada pela autoridade policial e manifestação favorável do Ministério Público local no sentido do deferimento da medida, determinou o fornecimento da *identificação dos IP's ou "DEVICE IDs" que tenham se utilizado do Google Busca (seja através do aplicativo ou sua versão WEB) no período compreendido entre o dia 10/03/2018 a 14/03/2018, para realizar consultas dos seguintes parâmetros de pesquisa: "MARIELE FRANCO"; "VEREADORA MARIELE"; "AGENDA VEREADORA MARIELE"; "CASA DAS PRETAS"; "RUA DOS INVÁLIDOS, 122" ou "RUA DOS INVALIDOS"* (eDOC. 2, fls. 16-17).

5. Em síntese: a discussão veiculada na presente sede recursal restringe-se a perquirir os limites e o alcance de decisão judicial que determina o fornecimento de endereços de IP's e Devices ID's de usuários indeterminados, que pesquisaram certas expressões em provedores de aplicação, em lapso temporal demarcado, sem a indicação, portanto, de qualquer outro elemento concreto apto a correlacionar os usuários alvo da determinação ao ilícito investigado.

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

6. 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.

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

Importante destacar, desde logo, que, para mim, toda regulação dos direitos fundamentais individuais – especialmente daqueles que exercem função preponderantemente **negativa** – é, por sua natureza mesma, restritiva e limitadora, pois *recorta um pedaço da realidade para fazê-lo objeto das suas disposições* (COELHO, Inocêncio Mártires. Sobre a

Federalização dos Crimes contra os Direitos Humanos. *Direito Público*, v. 2 n. 8, 2005, p. 145-153).

A rigor, como acentuado por Virgílio Afonso da Silva, *a distinção entre restrição e regulamentação é algo muito tênue, se não impossível. Regulamentar direitos fundamentais implica, sempre, restringi-los, e restringir direitos fundamentais tem sempre como objetivo regulamentar seu exercício* (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 231), sendo certo que, nas palavras do constitucionalista português Jorge Reis Novais, *a não qualificação de uma regulação como restrição – a que é sempre possível chegar teoricamente – elimina a premente e delicada questão do preenchimento dos requisitos formais e materiais constitucionalmente exigidos, redundando numa legitimação da medida efectivamente restritiva de forma decisionista e não racionalmente fundamentável* (NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Wolters Kluwer: Coimbra, 2010, p. 183-184).

Assim, toda conformação de direitos fundamentais **individuais** implica, necessariamente, restringi-los, de modo que, a meu juízo, somente lei em sentido formal, oriunda do Congresso Nacional, pode fazê-lo, por questões atinentes à legitimidade democrática, por maior transparência, por qualidade deliberativa, por possibilidade de participação de atores da sociedade civil e pela reserva constitucional de lei congressional.

Isso significa, pedindo vênua às compreensões em sentido contrário, 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.

8. 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.

É por essa razão que o Ministro *Luís Roberto Barroso*, com apoio no princípio da legalidade tal como exposto, compreende que *todo e qualquer ato que interfira com o direito de liberdade ou de propriedade das pessoas carece de lei prévia que o autorize* (BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade. *Temas de direito constitucional – v. 1*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 165-188).

Em sentido similar, embora recorrendo a fundamento diverso – hierarquia dos direitos fundamentais –, o Ministro *Gilmar Mendes*, em sede doutrinária, assevera que *[o]s direitos individuais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata)* (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 227).

Vê-se, pois, que, seja adotando o princípio da legalidade como paradigma, seja partilhando da concepção da hierarquia dos direitos fundamentais, inequivocamente, somente lei pode restringir direitos fundamentais individuais.

9. Ganha relevância, sob o ângulo do princípio da legalidade, as noções – inconfundíveis – de reserva de lei e de reserva de parlamento. A primeira ocorre quando a Constituição exige que determinada matéria seja disciplinada por meio lei, ou seja, somente a lei ou instrumento normativo a ela equivalente poderão versar sobre a temática indicada.

A reserva de parlamento, por sua vez, se caracteriza pela necessidade de questões específicas e bem delimitadas serem disciplinadas exclusivamente pelo Congresso Nacional, a lógica subjacente à hipótese é simples e pode ser assim sintetizada: *[e]xige-se que certos temas, dada a sua relevância, sejam objeto de deliberação democrática, num ambiente de publicidade e discussão próprio das casas legislativas. Busca-se assegurar, com isso, a legitimidade democrática para a regulação normativa de assuntos que sensibilizem a comunidade* (MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. Comentário ao art. 5º, II. CANOTILHO, José Joaquim Gomes [et. al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 255).

A ideia pode ser, igualmente, veiculada sob denominação de reserva de lei formal, ou seja, algumas matérias são insuscetíveis de serem tratadas por ato diverso daquele emanado do Poder Legislativo por meio do procedimento corriqueiro de formação das leis consoante disciplinado pela Constituição Federal.

São exemplos de matérias sujeitas à reserva de parlamento ou à reserva de lei formal aquelas previstas no art. 68, § 1º, da Constituição Federal que veicula as temáticas que são podem ser objeto de delegação legislativa.

Desse modo, os direitos fundamentais individuais, por consubstanciarem matéria impassível de delegação legislativa (CF, art. 68, § 1º, II), estão abarcados pela reserva de lei formal. Em relação às questões processuais penais, há censura de edição de medidas provisórias (CF, art. 62, § 1º, I, b).

Destaco, por necessário, que, inequivocamente, o processo penal mantém vínculo de íntima conexão – quiçá de indissociabilidade – com os direitos fundamentais, não só pela existência de inúmeros princípios processuais de caráter fundamental que conformam todo ordenamento, como também pelo fato de que a restrição à liberdade de locomoção pressupõe o desenvolvimento de um devido processo disciplinado em lei.

Assim, dado o vínculo de íntima conexão acima exposto, é possível asseverar, sem qualquer dúvida razoável, que, não só pelo impedimento de delegação legislativa, as disposições normativas atinentes ao direito processual penal estão sujeitas à *reserva de parlamento* (ADI 4.145/DF, Red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 26.4.2018, DJe 31.7.2020).

**10.** Em síntese: a Constituição da República impõe que somente lei em sentido formal pode ( *i* ) restringir direitos fundamentais individuais e ( *ii* ) disciplinar matéria processual penal.

**11.** 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-Cuellar. *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 procedimental possui dois elementos: a) procedimental 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 procedimental, 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 procedimental.

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 procedimental 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 procedimental. 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 procedimental 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.

12. É certo, conforme já me pronunciei neste Plenário, que a atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário não é meramente mecânica, fruto de interpretação literal e lógica, pelo contrário. Reconheço, na linha de antiga lição de Vicent M. Barret Jr. (BARRET JR., Vicent M. Constitutional Interpretation and Judicial Self-Restraint. *Mich. L. Rev.* , v. 39, 1940, p. 213-237), que as palavras, *como símbolos, são imperfeitas, mudam e são, totalmente, incapazes de figurarem como portadoras de significado fixo e definitivo* , motivo pelo qual, para adquirirem verdadeiro significado, não prescindem de uma análise histórica, social, sistemática, finalística e global em conformidade com os postulados da hermenêutica jurídica.

No entanto, o reconhecimento da importante atividade hermenêutica desenvolvida pelos juízes não significa outorga de liberdade interpretativa absoluta. Na realidade, a operação jurisdicional de criação da norma jurídica encontra limites nos signos linguísticos constantes do texto normativo (GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes : a interpretação /aplicação do direito e os princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 39), ou seja, a interpretação conferida aos diplomas legislativos deve guardar relação de conexidade com o significado das palavras insertas no dispositivo objeto de aplicação, de modo a que se mantenha, o quadrante interpretativo, dentro da *moldura do texto* .

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.

**13.** 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**.

**14.** Fixadas tais premissas, cabe analisar como o princípio da legalidade atua no campo probatório.

O direito à prova consubstancia, inegavelmente, um direito fundamental que decorre diretamente do contraditório e da ampla defesa. Sob essa perspectiva o direito à prova atua em diferentes vertentes, como por exemplo, ( *i* ) direito de produzir provas, ( *ii* ) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida e ( *iii* ) direito de apreciação jurisdicional das provas produzidas.

O direito fundamental à prova, de caráter nitidamente instrumental, está associado diretamente à noção de provimento jurisdicional justo, de modo que se reconhece, de forma pacífica, o direito das partes de produzirem, pelos meios indispensáveis, as provas para corroboração dos fatos efetivamente alegados.

Assim, existe certo consenso doutrinário e jurisprudencial no sentido da presença de ampla liberdade probatória no direito processual penal. Normalmente, recorre-se ao art. 3º do CPP – que permite a utilização de interpretação extensiva e analógica – para, então, assentar a aplicabilidade do art. 369 do Código de Processo Civil – que prevê que as partes podem empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, mesmo aqueles não especificados em lei, para provar a veracidade dos fatos – a demonstrar que, além de os róis do CPP e do CPC não serem taxativos no que diz com os meios de prova, há, de fato e de direito, vasta liberdade de produção de prova.

Desse modo, consoante acentua o jurista italiano Eugenio Florian, *todos os objetos podem ser provados no processo e com quaisquer meios de prova, desde que não o proíba a lei nem se oponham os princípios do nosso sistema jurídico ou as leis da moral social* (tradução livre) (FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Barcelona: Librería Bosch, 1934, p. 315).

Importante ressaltar, entretanto, a despeito da harmonia de entendimentos, que a liberdade probatória se refere às fontes de prova e aos meios de prova, desde que respeitados os direitos fundamentais e utilizados meios moralmente legítimos, a demonstrar a presença de limitações a tal garantia.

**15.** Cabe aqui distinguir, por relevante, para o desenvolvimento do presente tópico, alguns conceitos.

O vocábulo *prova*, além de encontrar diferentes acepções na linguagem comum, na comunidade científica e, em particular, no discurso jurídico, é empregado em nosso Código de Processo Penal em contextos diversos e com significados absolutamente distintos. Por exemplo, ora é utilizado como sinônimo de *atividade probatória* (CPP, art. 156), ora como *resultado probatório* (CPP, art. 312, *caput*), outrora como *meio de prova* (CPP, 228).

Enfim, dada a polissemia da palavra *prova* e para evitar confusões técnicas, mostra-se necessário delimitar conceitos e explicitar, para o presente caso, suas consequências.

A atividade probatória nada mais é do que o conjunto de atos desenvolvidos para verificar a existência concreta de um fato. Já resultado probatório é a conclusão a que chega o magistrado acerca da fonte de prova.

A *fonte de prova*, segundo Renato Brasileiro de Lima, é a expressão utilizada para designar *pessoas ou coisas das quais se consegue a prova*, ou seja, *tudo aquilo que possa servir para esclarecer alguém acerca da existência do cometimento de um ato tido como criminoso pelo ordenamento jurídico*. Pode-se dizer que *[d]erivam do fato delituoso em si, independentemente da existência do processo*, de modo que *são anteriores a ele, sendo que sua introdução no feito se dá através dos meios de prova* (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 661).

*Meios de prova*, por sua vez, são os instrumentos por intermédio dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo. Nas palavras de Gustavo Henrique Badaró, os meios de prova *são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática* (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. Thomson Reuters Brasil: São Paulo, 2020, p. 432), caracterizando-se como atividade endoprocessual que se desenrola perante o Poder Judiciário e com o conhecimento e participação das partes, objetivando a introdução e a fixação de dados probatórios no processo (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Zanoide de (Coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 303-318).

De outro lado, a doutrina mais moderna e a jurisprudência mais recente deste Supremo Tribunal Federal (HC 127.483/PR, Rel. Min. *Dias Toffoli*, Tribunal Pleno, j. 27.8.2015, DJe 04.02.2016, v.g.) têm realizado distinção, de suma importância, entre os meios de prova e os *meios de obtenção da prova*. Ao julgamento do *habeas corpus* acima mencionado, o Ministro *Dias Toffoli*, Relator, recorrendo às lições acadêmicas do processualista italiano Mario Chiavario, acentuou que os meios de obtenção de prova não se prestam, por si sós, à formação do convencimento do juiz.

Na realidade, conforme a precisa lição doutrinária de Antonio Magalhães Gomes Filho, os meios de obtenção de prova *dizem respeito a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais* (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Zanoide de (Coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 303-318). Em outras palavras não

materializam, *per si*, fontes de conhecimento, mas são utilizadas para adquirir coisas materiais ou declarações dotadas de força probatória (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 365-366).

Assim, os meios de obtenção de prova concernem a procedimentos, como visto, extraprocessuais que objetivam captar ou descobrir elementos ainda incertos para posterior inserção no processo. Outra característica peculiar diz com o caráter de surpresa que ostentam, pois, para seu sucesso, prescindem do conhecimento do investigado quanto a sua utilização (TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 242-243).

Vale trazer à colação elucidativo fragmento da doutrina do português Germano Marques da Silva quanto à distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova:

“(...) os *meios de obtenção da prova* são instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos de demonstração do *thema probandi*, são instrumentos para recolher no processo esses instrumentos. Os meios de obtenção de prova distinguem-se dos meios de prova numa perspectiva: *lógica e técnico-operativa*. Na perspectiva lógica os meios de prova caracterizam-se pela sua aptidão para serem por si mesmos fonte de convencimento, ao contrário do que sucede com os meios de obtenção da prova que apenas possibilitam a obtenção daqueles meios. Na perspectiva técnico-operativa os meios de obtenção da prova caracterizam-se pelo modo e também pelo momento da sua aquisição no processo, em regra nas fases preliminares, sobretudo no inquérito.”

Ademais, os meios de obtenção de prova, como aponta a doutrina, via de regra, acarretam restrição a direitos fundamentais dos investigados, notadamente às liberdades públicas vinculadas à privacidade e à intimidade (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. Thomson Reuters Brasil: São Paulo, 2020, p. 433).

Finalmente, *elementos de prova* são os *dados objetivos de conhecimento e informação que confirmam ou negam determinada hipótese processual*, no entanto, somente podem ser assim caracterizados *após a submissão dos meios de provas ao contraditório*. Em outros termos, esse conjunto de elementos de prova *que proporcionará o alto grau de certeza, ou a probabilidade de estar provado*, ou não, o quanto alegado (MENDES,

Carlos Hélder Carvalho Furtado. *Tecnoinvestigação criminal* : entre a proteção de dados e a infiltração por *software* . Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 127-128).

**16.** Retomo aqui o final do raciocínio do tópico 14. De fato, impera, entre nós, a noção de ampla liberdade probatória que, como asseverei anteriormente, se restringe às fontes de provas e aos meios de prova, **não sendo possível, com o devido respeito às posições em sentido diverso, conceber tão abrangente liberalidade no que diz com os meios de obtenção de prova** .

Isso porque, na linha anteriormente exposta, os meios de obtenção de prova, em regra, importam em restrições a direitos fundamentais individuais e, portanto, não prescindem de autorização legal para sua adoção. Dito de outro modo, os meios de obtenção de prova estão sujeitos à reserva de lei e à reserva de parlamento, dada a intrínseca relação que guardam com a limitação de direitos fundamentais.

Vale ressaltar que a veracidade, segundo Mirjan Damaška, não é o objetivo final do processo penal, de modo que sua busca não pode ocorrer partindo da premissa de que os fins justificam os meios. Não por outra razão, existem limitações à descoberta da verdade, desde que justificadas na prevalência de outros valores relevante (DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence law adrift* . New Haven: Yale University Press, 1997). Exatamente como ocorre em relação aos meios de obtenção de prova que, reitero, por implicarem restrição a direitos fundamentais estão sujeitos à reserva de lei e à reserva de parlamento.

Especificamente quanto aos meios de obtenção de prova, o princípio da legalidade atua como verdadeiro fator de contenção do desenvolvimento das atividades investigativas pelo aparato de persecução penal estatal, tendo em vista que, além de implicarem restrições a direitos fundamentais, somente aqui o investigado tem em seu desfavor o *elemento-surpresa* .

Disso resulta, segundo entendo, dado o elevado risco de transgressão a direitos dos investigados, que o cuidado estatal no seu atuar deve ser ainda maior no que diz com os meios de obtenção de prova, revelando-se imprescindível, como já dito anteriormente, além da existência de lei, disposições legais que imponham limites materiais e procedimentais à ingerência estatal no campo dos direitos fundamentais.

Em convergência com a ideia exposta, Antonio Scarance Fernandes destaca que os meios de obtenção de prova, em geral, *importam restrição*

*ou ameaça de restrição a direitos individuais*, motivo pelo qual a regra deve ser a *tipicidade*, dependendo a obtenção da fonte de prova de lei que indique as hipóteses em que a restrição será possível e os limites em que será permitida. Somente quando o meio de investigação atípico não interfira em direito individual será possível sua utilização (FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneo de prova. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). *Provas no processo penal* : estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 13-45).

A hermenêutica ora exposta, *data venia*, reflete a melhor exegese dos direitos fundamentais e encontra-se em absoluta consonância com a interpretação conferida pelos Poderes Executivo e Legislativo sobre a temática em análise.

Cito, a título meramente exemplificativo, que a busca e apreensão (CPP, art. 240), a interceptação telefônica (Lei 9.296/1996, art. 1º), a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática (Lei 9.296/1996, art. 1º, parágrafo único), a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos (Lei 9.296/1996, art. 8º-A), a colaboração premiada (Lei 12.850/2013, art. 3º-A), a ação controlada (Lei 12.850/2013, art. 8º), a infiltração de agentes (Lei 12.850/2013, art. 10), a infiltração de agentes virtuais (Lei 12.850/2013, art. 10-A e ECA, art. 190-A, **todos espécies de meios de obtenção de prova previstas em lei** .

Vê-se, pois, que mesmo os Poderes Executivo e Legislativo compreendem indispensável a existência de lei autorizativa para o emprego dos meios de obtenção de prova, tendo em vista que acarretam graves restrições aos direitos fundamentais dos investigados, tanto assim que existem inúmeras disposições legais nesse sentido.

**17.** É por essa razão que o emprego da técnica de aplicação analógica, no que diz com os meios de obtenção de prova, deve ser realizado com muito cuidado e cautela, de modo a não extrapolar os limites impostos pela disciplina legal e implicar violação desmedida de direitos fundamentais.

**18.** Em conclusão: ( *i* ) há, mesmo no campo processual penal, ampla liberdade probatória, a significar desnecessidade de previsão legal quantos às fontes de prova e aos meios de prova, desde que respeitado o ordenamento jurídico e empregados expedientes moralmente legítimos; por

outro lado, ( *ii* ) os meios de obtenção de prova, por resultarem em limitações a direitos fundamentais, precisam estar expressamente previstos em lei.

#### **IV) Direito fundamental à proteção de dados pessoais**

**19.** A Constituição da República confere especial proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas ao qualificá-las como invioláveis, assegurando indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua transgressão (CF, art. 5º, X). Assim, o direito à privacidade e os seus consectários emanam do reconhecimento de que a personalidade individual merece ser protegida em todas as suas manifestações.

É importante reconhecer, nesse contexto, como destacado pela filósofa Carissa Véliz, que a privacidade opera como uma espécie de *chave mestra*, apta a desbloquear os aspectos mais íntimos e pessoais de nossa personalidade. Ao entregar essa chave a alguém e permitir que essa pessoa adentre em nosso círculo de privacidade, estamos compartilhando aquilo que nos torna vulneráveis, concedendo-lhe o poder de nos causar dor. Assim, a privacidade, mais do que um direito fundamental formal, carece de vital importância, pois, na sua ausência, terceiros passam, a partir de nossas informações pessoais, a exercer poderes exacerbados sobre nós mesmos (VÉLIZ, Carissa. *Privacidade é poder* : por que e como você deveria retomar o controle de seus dados. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 77-78). Inequivocamente, portanto, o direito à privacidade se vincula à autodeterminação e ao livre desenvolvimento da personalidade.

O direito fundamental à proteção de dados pessoais, por sua vez, originariamente limitado de forma estrita ao direito à privacidade, consubstancia, na atual conjuntura, um dos mais importantes e poderosos meios de contenção dos arbítrios eventualmente praticados contra os cidadãos. Conquanto autônomo, encontra amparo jusfilosófico nas mesmas razões que amparam o direito à privacidade.

Passo, desse modo, a tecer considerações a respeito da evolução, do conceito, do âmbito de proteção e da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal quanto ao direito fundamental à proteção de dados pessoais.

20. O direito à privacidade, inicialmente de feição individualista, exercendo uma função de defesa, sofreu importante e significativa mudança ao longo do Século XX, em decorrência da alteração do papel do Estado associada à revolução tecnológica. Nesse sentido, Stefano Rodotà afirma que o Século XX passou por um *processo de inexorável reinvenção da privacidade* (RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância : a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15).

Com efeito, a transição de um modelo estatal estritamente liberal – abstencionista – para um padrão estatal social – prestacionista –, com posterior consolidação do Estado Democrático de Direito – uma verdadeira junção de arquétipos – acarretou a transformação do papel do Estado que passou a exercer, além da clássica função negativa, encargos positivos.

As notórias e substanciais alterações tecnológicas, por sua vez, trouxeram nova realidade quanto à coleta, à manipulação, ao compartilhamento, à eliminação, enfim, ao tratamento de dados de forma geral.

No Século XXI, parte significativa da vida privada de grande número de pessoas descortina-se por meio dos respectivos aparelhos eletrônicos, como *notebooks*, *smartwatches*, *smartphones*. Os telefones celulares, mais do que estações para fazer e receber chamadas, ou meros espelhos negros quando inativos dentro dos bolsos e bolsas, uma vez ativados em nossas mãos, convertem-se em janelas luminosas para a nossa intimidade.

Diversos aspectos de nossas vidas são direcionados, com base em dados previamente coligidos, por algoritmos. A próxima opção de músicas, filmes e séries, os principais resultados de uma pesquisa, a indicação de novos produtos, a veiculação de publicidade personalizada, todos exemplos de decisões tomadas com amparo nos dados pessoais anteriormente coletados e utilizados para criação de um verdadeiro perfil de consumo individualizado.

Na realidade, o adequado funcionamento dos algoritmos pressupõe a coleta massiva de dados, possibilitando que as máquinas aprendam e formulem indicações mais precisas e assertivas para os usuários. Ou seja, dados são coletados, armazenados, cruzados a todo momento. É assim que funciona o mercado tecnológico e tal característica tende a se acentuar ainda mais com contínuo desenvolvimento e popularização da inteligência artificial.

Daí porque Shoshana Zuboff afirma que *[s]e o poder já foi uma vez identificado com a propriedade dos meios de produção, agora ele é identificado com a propriedade dos meios de modificação comportamental* (ZUBOFF, Shoshana. Big other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. In: BRUNO, Fernanda [et. al.] *Tecnopolíticas da vigilância : perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 45).

O avanço tecnológico é notável, bem como a sua repercussão imediata nos direitos fundamentais. Alinhadas as circunstâncias, natural, em face da manipulação informatizado dos dados, o desdobramento do direito à privacidade em um direito autônomo à proteção de dados pessoais. Não por outra razão, a doutrina costuma referir que o reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais, mais do que uma possibilidade, é uma necessidade para concretização do Estado Democrático de Direito e, em consequência, para respeito e preservação de inúmeros outros direitos fundamentais (MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor : linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, 165-166). Isso porque, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet a *facilidade de acesso aos dados pessoais, somada à velocidade do acesso, da transmissão e do cruzamento de tais dados, potencializa as possibilidades de afetação de direitos fundamentais das pessoas, mediante o conhecimento e o controle de informações sobre a sua vida pessoal, privada e social* (MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional* . 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 466).

O reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais como um direito autônomo, nessa linha, permite superar concepção antiga, vinculada sobretudo às noções de privacidade e sigilo, a respeito da manipulação de dados. Assegura-se, desse modo, base jurídica sólida e o desenvolvimento seguro de atividades que envolvam a utilização de dados pessoais.

Reitero, nos dias atuais, não apenas o aparato estatal, como meio de consecução de seus objetivos, visa coligir dados e informações sobre seus cidadãos como também as *big techs* , como Google e Facebook, fazem dos nossos dados pessoais seu principal instrumento de negócio, pois *[o] poder das empresas de tecnologia é constituído, por um lado, pelo controle exclusivo de nossos dados e, por outro, pela capacidade de prever cada movimento nosso, o que, por sua vez, lhes dá oportunidades de influenciar*

*nosso comportamento e vender essa influência a outros* (VÉLIZ, Carissa. *Privacidade é poder* : por que e como você deveria retomar o controle de seus dados. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 84-85). Não é difícil entrever, portanto, o elevadíssimo risco existente entre comprometimento desmedido da privacidade e dos dados pessoais e o sistema de direitos fundamentais como um todo.

Diante desse panorama, esta Suprema Corte, ao julgamento do referendo das medidas cautelares nas 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, deu significativo passo civilizatório na direção da salvaguarda das garantias fundamentais ao reconhecer o direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais, posteriormente assentado, expressamente, no texto constitucional por meio da EC 115/2022 (CF, art. 5º, LXXIX).

**21.** 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 (BIONI, 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).

Nessa ordem de ideias, o direito fundamental à proteção de dados pessoais exsurge como poderoso mecanismo de retomada de controle, pelos cidadãos, sobre suas próprias informações. Isso porque, tal direito, é delimitado sobretudo pela conformação individual de cada um, somente o próprio cidadão está apto a delimitar o âmbito de sua privacidade. Daí porque se acentua o campo atinente ao consentimento e, para tanto, imprescindível a existência de mecanismos para fazer prevalecer, **de fato**, a autonomia privada da pessoa humana.

O tema, notadamente sob a vertente do consentimento, guarda superlativa complexidade, especialmente considerados os custos sociais para exercício dos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais (MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Generational development of data protection in Europe. AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc. *Technology and privacy : the new landscape*. Cambridge: The Mit Press, 1997, p. 219-242). Mas não é só. O processamento informatizado de dados, como aqueles realizados pelas *big techs*, se mostra extremamente melindroso exatamente pela assimetria relacional. É preciso, em matéria de proteção de dados pessoais, assegurar o efetivo exercício, de forma livre e informada, da autonomia privada, de modo a, em preservando a liberdade material, legitimar o tratamento de dados.

22. A conceituação de dados pessoais, de absoluta relevância para efeito de aplicabilidade do direito fundamental em questão e todos os seus consectários, antes um tanto nebulosa, foi aclarada e densificada, de forma mais precisa, pela Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD).

A jurisprudência desta Corte, com base na leitura constitucionalmente adequada, e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a teor de seu art. 5º, I, adotaram uma concepção expansionista de dados pessoais, tendo em vista perfilhada *uma lógica mais flexível, que desconsidera a associação exata entre uma informação e uma pessoa*. Nesses termos, *dado pessoal pode ser qualquer tipo de informação que permita a sua identificação, ainda que o vínculo entre o dado e um indivíduo não seja estabelecido de prontidão*. Portanto, para ser considerado dado pessoal, necessária a mera *projeção de uma pessoa identificável* (BIONI, Bruno Ricardo et al. *Xeque-mate*: o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. São Paulo: GPoPAI/USP, 2015, p. 17).

Há de se ressaltar, no entanto, que uma interpretação demasiadamente larga do que sejam *identificáveis* teria, por consequência, a desvirtuação completa da proteção constitucional dos dados pessoais, pois todo e qualquer dado, mesmo os anonimizados, seriam tidos como pessoais. Assim, *[n]ão basta a mera possibilidade de que um dado seja atrelado a uma pessoa para atrair o sufixo identificável*, na realidade, *[e]ssa vinculação deve ser objeto de um esforço razoável*. Essa constatação decorre da própria lógica sistêmica que admite, de um lado, dados anonimizados e, de outro, a possibilidade de sua reversão. Assim, acaso a ligação entre um dado e uma pessoa demande *esforço fora do razoável*, o dado não poderá ser tido como *pessoal* (BIONI, Bruno Ricardo et al. *Xeque-mate*: o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. São Paulo: GPoPAI/USP, 2015, p. 32).

23. 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 intelectual, 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* . Cambridge: 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).

Daí a pertinência das lições de Rafael Mafei Rabelo Queiroz e de Paula Pedigoni Ponce que, ao discorrerem acerca da antiga concepção individualista do direito à privacidade, acentuam a necessidade de sua superação:

**“A massificação da produção, coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento de dados pessoais desafia esta concepção individualista de privacidade: ela não mais se limita à garantia de não intrusão, mas deve se espalhar, para que seja efetiva, por todo o feixe de relações do indivíduo** . Embora se possa discutir a natureza autônoma do direito de dados pessoais com relação à privacidade, parece inquestionável que essa nova matéria, embora dotada de um campo prático de atuação cada vez mais autônomo, mantém-se ao menos em parte fortemente relacionada com a privacidade, mas em via de mão dupla: **da mesma forma que recebe da privacidade a preocupação com a preservação da esfera de autonomia e individualidade dos cidadãos, a disciplina jurídica da proteção de dados pessoais informa a doutrina da privacidade sobre a natureza relacional e difusa desses objetos merecedores de proteção** .

(...) Warren e Brandeis desenvolveram a doutrina clássica do direito à privacidade como reação a ameaçadoras inovações tecnológicas de suas épocas: câmeras fotográficas de longo alcance e aparelhos gravadores de voz, capazes de expor os segredos mais recônditos dos cidadãos – especialmente das elites políticas e econômicas cujas vidas privadas eram objeto de interesse da imprensa e do público. **Se os desafios tecnológicos agora são outros, não há razão para manter-se preso a um ideal de privacidade forjado em fins do século XIX. Pode-se, assim, avançar rumo a uma concepção relacional e positiva da privacidade** .”

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.

**24.** Como se sabe, os direitos fundamentais são de caráter multifuncionais, ou seja, abrangem um conjunto de posições jurídicas heterogêneas que podem assumir mais de uma função (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 524-528). Daí porque se diz que os direitos fundamentais, em muitas ocasiões, atuam tanto sob o aspecto de defesa quanto sob a condição prestacional. Em outras palavras, os direitos fundamentais possuem, em regra, dupla dimensão.

De um lado, temos a *dimensão subjetiva*, mais vinculada às origens clássicas e às finalidades precípua dos direitos fundamentais, que *corresponde à característica desses direitos de, em maior ou menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento* (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 167), a possibilitar, inclusive, que o seu titular exerça, em juízo, os poderes e/ou as liberdades outorgadas pela norma de direito fundamental (*direito subjetivo*).

A *dimensão objetiva*, de outro prisma, decorre da constatação de que os direitos fundamentais, longe de se limitarem a garantir posições jurídicas subjetivas, atuam *como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos*, a importar no *reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais*. Deriva diretamente de referida perspectiva o dever de proteção do Estado, *impondo aos órgãos estatais a obrigação permanente de, inclusive preventivamente, zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos*, a evidenciar a existência de uma obrigação prestacional. Além disso, advém dessa vertente a função organizatória e procedimental, para efetivar a *proteção aos direitos fundamentais, evitando-se os riscos de uma redução do seu significado e conteúdo material* (MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 326-328).

Nessa perspectiva, 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 interventiva**, 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 sobre a proteção de dados na internet compele o Poder Público a, de forma vigorosa e energética, ( *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.

25. Vale ressaltar que, ao exame do referendo das medidas cautelares nas ADI's 6.387/DF, 6.388/DF, 6.389/DF, 6.390/DF e 6.393/DF, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal confirmou a suspensão da Medida Provisória 954/2020 que determinava o compartilhamento, com o IBGE, de dados dos usuários de serviço telefônico comutado fixo e de serviço móvel pessoal. Compreendeu que dados de tamanha sensibilidade para identificação pessoal, tais como nomes, telefones e endereços, quando cruzados com outros dados seriam potencialmente danosos, sendo, pois, indispensável a existência de mecanismos de proteção e de segurança. Explicitado, ainda, consequências decorrentes do direito fundamental à proteção de dados pessoais, como por exemplo, o reconhecimento da oponibilidade dos princípios da finalidade e da segurança física e lógica:

“MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS

PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *FUMUS BONI JURIS . PERICULUM IN MORA . DEFERIMENTO.*

1. 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.

2. **Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais não de observar os limites delineados pelo 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), sob pena de lesão a esses direitos . O compartilhamento , com ente público , de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados .**

3. O Regulamento Sanitário Internacional (RSI 2005) adotado no âmbito da Organização Mundial de Saúde exige, quando essencial o tratamento de dados pessoais para a avaliação e o manejo de um risco para a saúde pública, a garantia de que os dados pessoais manipulados sejam “adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito” e “conservados apenas pelo tempo necessário.” (artigo 45, § 2º, alíneas “b” e “d”).

4. Consideradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, não emerge da Medida Provisória nº 954/2020, nos moldes em que editada, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia.

5. **Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados , a MP nº 954/2020 desatende a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), na dimensão substantiva, por não oferecer condições de avaliação quanto à sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades .**

6. **Ao não apresentar mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger , de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na transmissão, seja no tratamento, o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados pessoais compartilhados, a MP nº 954/2020 descumpre as exigências que exsurgem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção dos direitos fundamentais dos brasileiros .**

7. **Mostra-se excessiva a conservação de dados pessoais coletados , pelo ente público, por trinta dias após a decretação do fim da situação de emergência de saúde pública, tempo manifestamente excedente ao**

estritamente necessário para o atendimento da sua finalidade declarada .

8. Agrava a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados a circunstância de que, embora aprovada, ainda não vigora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais. O fragilizado ambiente protetivo impõe cuidadoso escrutínio sobre medidas como a implementada na MP nº 954/2020.

9. O cenário de urgência decorrente da crise sanitária deflagrada pela pandemia global da COVID-19 e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não podem ser invocadas como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição.

10. *Fumus boni juris* e *periculum in mora* demonstrados. Deferimento da medida cautelar para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel.

11. Medida cautelar referendada.”

( **ADI 6.387-MC-Ref/DF** , de minha relatoria , Tribunal Pleno, j. 07.5.2020, DJe 12.11.2020)

26. Como se observa da simples leitura da ementa acima transcrita, esta Suprema Corte identifica o *princípio da finalidade* como imanente ao próprio direito fundamental à proteção de dados pessoais. Decorre dessa constatação a imprescindibilidade de existência denexo de conexão entre a utilização dos dados pessoais e a finalidade informada ao seu titular quando da coleta. Em outras palavras, os dados pessoais somente podem ser usados para efeito de consecução do objetivo específico prévia e explicitamente informado ao interessado (MS 36.150-AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso , Primeira Turma, j. 10.10.2022, DJe 14.10.2022, v.g. ).

A importância do princípio da finalidade reside ( *i* ) na limitação à transferência de dados pessoais a terceiros; ( *ii* ) na sua íntima vinculação com o princípio da proporcionalidade, a permitir a apropriada análise do uso dos dados pessoais quanto à adequação, à necessidade e à proporcionalidade em sentido estrito; ( *iii* ) na indispensabilidade de delimitação, de maneira precisa, expressa e limitada, da finalidade do tratamento de dados, sendo, por isso mesmo, ilegítima a manipulação realizada com inobservância desses critérios.

Da análise do julgado em referência, fácil perceber o *princípio da segurança física e lógica* como inerente, de igual modo, ao direito à proteção de dados pessoais. Dele exsurge a obrigação de manter os dados protegidos em face de extravios, destruições, modificações, transmissões e desvios não autorizados pelos interessados.

Daí porque, dentre outras razões, suspendi cautelarmente a MP 954/2020, pois inexistia em seu conteúdo previsão de mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na sua transmissão, seja no seu tratamento.

De mais a mais, intrínseco ao direito fundamental à proteção de dados pessoais o *princípio da qualidade dos dados ou da exatidão*, pelo qual os dados registrados em um banco devem ser tratados com cuidado, correção e licitude, bem assim devem ser objeto de contínua atualização, para impedir sua obsolescência. Além disso, precisam ser adequados e não excessivos à finalidade pretendida e explicitada.

27. 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, *abarca 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 está no conteúdo dos dados e também no seu processamento. **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 à proteção de dados pessoais.

**28.** Do reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais exsurge a imprescindibilidade de lei para restringi-lo. Isso porque, como um direito fundamental, exerce, a princípio, dentre outras, função de defesa, a exigir a abstenção, por parte do Estado e de terceiros, de ingerência em seu âmbito de proteção. Nesse sentido, levando em consideração que todo processamento de dados importa, de certo modo, limitação à proteção de dados pessoais, necessária a existência de base legislativa para tanto. Quanto ao ponto, trago à colação o seguinte fragmento doutrinário:

“Outra consequência dos fundamentos da reserva de lei e parlamentar é o fato de que a CF (art. 5º II), assim como grande parte de suas equivalentes estrangeiras, não faz concessões a autorizações por portarias, decretos, regulamentos ou outro ato normativo diferente de lei. Isso porque **não há autorização constitucional a agentes não-parlamentares para que decidam, à margem do processo democrático, impor restrições a direitos de defesa que valem, principalmente, contra eles**. De outro modo, a existência de direitos fundamentais reduzir-se-ia a nada, possibilitando a qualquer agente estatal realizar juízo próprio sobre a ponderação de seus interesses em relação a direitos alheios. Esse juízo, enquanto criador de poderes e deveres, está reservado ao povo, que o exerce no parlamento. **Assim, um dos pontos cruciais do exercício interventivo informacional da segurança pública e do processo penal é o respeito a reserva de lei e à reserva parlamentar, enquanto salvaguardas essenciais dos direitos fundamentais, aqui, sobretudo, os da personalidade**. Não há como

juízes, policiais ou órgãos da administração pública superarem a ausência de uma autorização expressa e clara do parlamento, ainda que criam fortemente fazê-lo por razões justas e de forma ponderada. Tornando mais claro: a ponderação sobre a necessidade de uma intervenção no caso concreto precisa estar autorizada por lei, “que é a expressão de vontade de cada um de nós enquanto cidadãos. As intervenções não previstas em lei são intervenções em que nós, cidadãos, não consentimos, de forma que o Estado carece de uma autorização para as impor.” **A autorização geral para intervenção precisa ser objeto de deliberação parlamentar. Qualquer outro caminho é expressão evidente de desrespeito ao princípio da legitimidade democrática .”**

Vê-se, portanto, que toda intervenção no direito fundamental à proteção de dados pessoais carece de autorização legal, sob pena de fazer tábula rasa o princípio em questão. Mas não é qualquer lei que possibilita tal limitação. O ato normativo de caráter primário deve possuir *densidade normativa suficiente*, de modo que não pode ser vago ( *void for vagueness* ), pois as normas restritivas de direitos fundamentais precisam conter maior grau de especificidade, clareza e exatidão.

Nesse sentido, 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).

**29.** É certo que, consoante acima assinalado, os princípios do consentimento e da transparência se mostram indissociáveis do próprio direito fundamental à proteção de dados pessoais. A eficácia e efetividade da persecução penal, no entanto, acarretam, por óbvio, a mitigação de ambos. Teria alto potencial de embaraço às investigações requerer o consentimento de um investigado para acesso aos seus dados pessoais, bem assim informá-lo, **previamente**, a respeito de sua coleta, notadamente em um contexto de apuração de sofisticados crimes de altíssima reprovabilidade.

Em outros termos, em âmbito penal, o **direito fundamental à proteção de dados pessoais goza de contornos ligeiramente distintos, especialmente no que concerne aos princípios do consentimento e da transparência** .

Essa constatação, entretanto, não afasta da seara penal o direito à proteção de dados pessoais. Na realidade, os princípios da finalidade, da qualidade e da segurança física e lógica, como característicos do direito fundamental em questão, guardam absoluta pertinência e devem ser observados mesmo no campo penal.

Daí porque indispensável a presença de mecanismos aptos a garantirem a segurança física e lógica dos dados, em ordem a impedir extravios, modificações, acessos indevidos, destruições não autorizadas. Não se mostra admissível, sob o ponto de vista constitucional, a conservação indefinida, em banco de dados, de informações ainda que para fins de investigação criminal. É preciso, após constatada, por exemplo, a sua irrelevância, instrumental hábil ao descarte. Da mesma forma, meio de controle de acesso aos dados também é imprescindível, para evitar vazamentos indevidos.

De igual modo, do princípio da qualidade dos dados decorre a indispensabilidade, vinculado ao princípio da proporcionalidade, de somente serem produzidos e armazenados dados *necessários à realização da finalidade pretendida*. *Esse princípio também é uma concretização do critério de necessidade, que integra o juízo de proporcionalidade: intervenções em direitos fundamentais somente são aceitáveis se recorrerem aos meios menos gravosos dentre os disponíveis* . Assim, caso *órgãos públicos levant[em] ou armazen[em] dados supérfluos, isso significa que não se está fazendo uso do meio menos gravoso* (GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. *O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública* . Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 64).

Por fim, o princípio da finalidade, também relacionado ao princípio da proporcionalidade, encontra uma acepção em âmbito penal levemente distinta. Enquanto, no regime geral, a finalidade se vincula à noção de que os dados pessoais somente podem ser usados para efeito de consecução do objetivo específico prévia e explicitamente informado ao interessado, na seara criminal, a finalidade se conecta àquilo estabelecido pela legislação de regência, ou seja, o dado somente pode ser tratado para o fim perseguido, qual seja, a persecução penal, de modo que os objetivos, fixados mediante

lei, devem ser determinados, explícitos e legítimos. Isso não significa uma proibição absoluta de tratamento para outros fins, mas impõe, para esse *desvio de finalidade*, um fundamento legal legitimador.

**30.** Enfim, o Estado deve legislar em ordem a **criar expedientes que possibilitem a mitigação dos efeitos da restrição ao direito fundamental à proteção de dados pessoais e, assim, adimplir com os deveres que emanam diretamente da Constituição Federal.**

Desse modo, emerge, com a devida vênia dos entendimentos em sentido contrário, manifesto o gravame causado ao direito à proteção de dados pessoais pela ausência de uma LGPD penal. **É nessa conjuntura que deve ser lido o direito fundamental em questão, num contexto de inexistência de mecanismos de atenuação dos efeitos de sua circunstancial restrição.**

#### **V) O Marco Civil da Internet: ordens de fornecimento dos registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet**

**31.** O Marco Civil da Internet consubstancia diploma legislativo veiculador de princípios, garantias, objetivos, direitos e obrigações concernentes à rede mundial de computadores.

De um lado, esclarece aplicáveis, ao âmbito virtual, diversos princípios (Lei 12.965/2014, art. 3º) tais como liberdade de expressão, de iniciativa e de concorrência, a privacidade, a proteção de dados pessoais, a neutralidade da rede, a responsabilização de agentes. Delimita também os objetivos do Estado brasileiro (Lei 12.965/2014, art. 4º) na promoção do acesso de todos à internet, do acesso à informação, da inovação, bem assim o fomento para o desenvolvimento de novas tecnologias.

O art. 5º do Marco Civil da Internet, por sua vez, traça balizas conceituais à adequada compreensão da disciplina normativa inaugurada pelo diploma em questão. Mais adiante, regulamenta questões atinentes à proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas (Lei 12.965/2014, arts. 10 e 11), estabelecendo, nessa linha, obrigações e vedações aos provedores de conexão (Lei 12.965/2014, arts. 13 e 14) e aos de aplicação (Lei 12.965/2014, arts. 15 e 16). Além disso, fixa as hipóteses nas quais possíveis as requisições de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet (Lei 12.965/2014, art. 22 e 23).

**32.** Antes de examinar as questões probatórias concernentes ao Marco Civil da Internet – MCI, imprescindível realizar algumas considerações técnicas e conceituais adotadas pela Lei 12.965/2014.

**33.** Os provedores de conexão ou de acesso são, via de regra, as pessoas jurídicas fornecedoras de serviços que possibilitam o acesso dos consumidores à internet, sendo, a teor do art. 5º, IV, da Lei 12.965/2014, caracterizados como administradores de sistema autônomo, ou seja, *administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País*. Exemplos de provedores de conexão são: Algar Telecom, Alloha Fibra, Claro, Copel, Oi, Tim, Vivo, dentre outras.

Os provedores de conexão, a teor do art. 13, *caput*, do Marco Civil da Internet, são obrigados a manter, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 01 (um) ano, os registros de conexão à rede, a significar que têm o dever de guardar as informações referentes à data e hora de início e término da conexão, sua duração e o endereço de IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados (Lei 12.965/2014, art. 5º, VI). Vale destacar que os provedores de conexão não podem guardar os registros de acesso a aplicações de internet (Lei 12.965/2014, art. 14).

**34.** Os provedores de aplicação ou de conteúdo, por sua vez, são aqueles que oferecem *conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet* (Lei 12.965/2014, art. 5º, VII). Em outras palavras, são todas as plataformas de que, de alguma forma, permitem a interação de usuários com conteúdo nelas veiculado. Exemplos de provedores de aplicações são fartos, pois são todos os *sites* e aplicativos acessíveis ao público: Amazon, Facebook, Folha de São de Paulo, Google, Mercado Livre, Migalhas, YouTube, dentre tantos outros sítios eletrônicos existentes.

Os provedores de aplicação constituídos sob a conformação de pessoa jurídica e que exerçam a atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos, a teor do art. 15, *caput*, do Marco Civil da Internet, são obrigados a manter, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 06 (seis) meses, os registros de acesso a aplicações de internet, a traduzir o dever de guardar as informações concernentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço de IP (Lei 12.965/2014, art. 5º, VIII). Ressalto que os provedores de aplicação não podem guardar ( *i* ) os registros de acesso a outras aplicações

de internet sem o consentimento prévio do titular (Lei 12.965/2014, art. 16, I), tampouco ( *ii* ) os dados pessoais excessivos à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo titular (Lei 12.965/2014, art. 16, II).

**35.** Relatado o quadro normativo existente, fácil perceber que o legislador ordinário, preocupado com os direitos constitucionais à privacidade e à proteção de dados pessoais, repartiu a obrigação de guarda de dados de acesso entre os provedores de conexão e os provedores de aplicação, de modo a diminuir a concentração de informações em um único ator. Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça, em algumas ocasiões, asseverou que:

“Essa obrigação de guarda de dados do acesso foi ainda repartida entre os provedores de conexão e os provedores de aplicações. Evidenciando a preocupação constante com o respeito à privacidade no ambiente virtual, vedou-se a guarda dos dados de acessos a aplicações aos provedores de conexão. Noutros termos, aos provedores de conexão somente cabe a guarda dos dados de conexão (IP, data e horário), tornando impossível, apenas com esses dados, se conhecer a atividade completa do internauta, enquanto efetivamente conectado à rede mundial (art. 14 da Lei n. 12.965/2014). Do mesmo modo, cada provedor de aplicação somente poderá – e deverá – manter registros de acesso e de cadastro (quando houver) daquele que esteve conectado a sua aplicação, sendo igualmente vedado manter os dados da navegação, salvo consentimento do titular dos dados (art. 16 da Lei n. 12.965/2014).

Nesse cenário, tem-se, na prática, uma repartição das informações de navegação: i) o provedor de conexão, ao habilitar um terminal para envio e recebimento de dados, atribui a ele um IP e registra o momento em que iniciada, interrompida e encerrada a conexão, e ii) cada provedor de aplicação registra o acesso dos IPs, momento de início e final, à sua própria aplicação. Desse modo, a totalidade da navegação da cada internauta dependerá da remontagem de cada uma das aplicações acessadas ao longo de uma única conexão.”

( **REsp 1.784.156/SP** , Rel. Min. *Marco Aurélio Bellizze* , Terceira Turma, j. 05.11.2019, DJe 21.11.2019)

**36.** O IP ( *Internet Protocol* ), nos termos do art. 5º, III, do Marco Civil da Internet, consubstancia o código atribuído a um terminal de uma rede apto a permitir sua identificação. Em outras palavras, é um número disponibilizado pelo provedor de conexão que possibilita a identificação do usuário da rede. Segundo a doutrina, o endereço de IP pode ser equiparado ao *CEP de um endereço, ao qual se deseja entregar uma correspondência.*

*Assim, pela combinação de números, é possível localizar o país, região e provedor de acesso que o usuário está conectado. Ao se conectar com a Internet, o provedor de acesso esconde a identidade verdadeira da máquina e concede o protocolo de IP que individualizará o usuário* (BRANT, Cássio A. B. *Marco Civil da Internet : comentários sobre a lei 12.965/2014*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014, p. 139).

É certo, no entanto, que, no atual estágio de desenvolvimento tecnológico, no qual o sistema está em transição do IPv4 para o IPv6, o endereço de IP não se mostra apto, por si só, a identificar os usuários.

Isso porque a tecnologia veiculada até hoje (IPv4) – tendo em vista que ainda estamos em fase de transição para o IPv6 – tem número de IP's finitos que, distribuídos pelas diversas regiões do planeta, já esgotou sua capacidade de ser utilizado de forma individualizada. Atualmente, o IPv4 utiliza endereço de 32 bits, o que limita sua atribuição a 4.296.967.296 (quatro bilhões e duzentos e noventa e seis milhões e novecentos e sessenta e sete mil e duzentos e noventa e seis) –  $2^{32}$  – endereços. Assim, para resolver essa problemática, enquanto não efetivada a transposição para o sistema IPv6, foram criados mecanismos para utilização do mesmo IP público por terminais diversos. Disso resultou, contudo, obstáculos para identificação de usuários pelo endereço de IP, pois, como visto, vários usuários podem utilizar o mesmo IP público para se conectar à rede (BRAUN, Caroline; MARTINS, Rafael D'Enrico. *O Marco Civil da Internet, a guarda e fornecimento de registros por provedores de conexão e de acesso a aplicações de internet: limites legais e questões probatórias relevantes*. In: ARTESE, Gustavo (Coord.). *Marco Civil da Internet : análise jurídica sob uma perspectiva empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 119-134).

A utilização do mesmo endereço de IP público, por meio de sistemas como CGNAT ( *Carrier Grade Network Address Translation* ), passou a ser uma realidade, sendo possível a identificação de forma individualizada dos usuários somente a partir das portas lógicas de origem (adição de outro número de até 04 (quatro) dígitos ao final do endereço de IP).

37. Frente a esse panorama de transição, o Superior Tribunal de Justiça compreende estar dentro do dever de guarda dos provedores de conexão e dos provedores de aplicação a porta lógica de origem. Cito a título exemplificativo:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INTERNET. PROVEDOR DE APLICAÇÃO. USUÁRIOS. IDENTIFICAÇÃO. ENDEREÇO IP.

PORTA LÓGICA DE ORIGEM. DEVER. GUARDA DOS DADOS. OBRIGAÇÃO. MARCO CIVIL DA INTERNET. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA.

1. Ação ajuizada em 15/06/2015. Recurso especial interposto em 17/05/2018 e atribuído a este gabinete em 09/11/2018.

2. Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de tutela antecipada, na qual relata a recorrida que foi surpreendida com a informação de que suas consultoras estariam recebendo e-mails com comunicado falso acerca de descontos para pagamento de faturas devidas à empresa.

3. O propósito recursal consiste em definir a obrigatoriedade de guarda e apresentação, por parte da provedora de aplicação de internet, dos dados relacionados à porta lógica de origem associadas aos endereços IPs.

4. Os endereços IPs são essenciais arquitetura da internet, que permite a bilhões de pessoas e dispositivos se conectarem à rede, permitindo que trocas de volumes gigantescos de dados sejam operadas com sucesso.

5. **A versão 4 dos endereços IPs (IPv4) esgotou sua capacidade e, atualmente, há a transição para a versão seguinte (IPv6). Nessa transição, adotou-se o compartilhamento de IP, via porta lógica de origem, como solução temporária .**

**6. Apenas com as informações dos provedores de conexão e de aplicação quanto à porta lógica de origem é possível resolver a questão da identidade de usuários na internet , que estejam utilizam um compartilhamento da versão 4 do IP .**

7. O Marco Civil da Internet dispõe sobre a guarda e fornecimento de dados de conexão e de acesso à aplicação em observância aos direitos de intimidade e privacidade.

**8. Pelo cotejamento dos diversos dispositivos do Marco Civil da Internet mencionados acima , em especial o art. 10 , caput e § 1º , percebe-se que é inegável a existência do dever de guarda e fornecimento das informações relacionadas à porta lógica de origem .**

9. **Apenas com a porta lógica de origem é possível fazer restabelecer a univocidade dos números IP na internet e, assim, é dado essencial para o correto funcionamento da rede e de seus agentes operando sobre ela .** Portanto, sua guarda é fundamental para a preservação de possíveis interesses legítimos a serem protegidos em lides judiciais ou em investigações criminais.

10. Recurso especial não provido.”

( **REsp 1.777.769/SP** , Rel. Min. *Nancy Andrighi* , Terceira Turma, j. 05.11.2019, DJe 08.11.2019)

**38.** Em síntese: o Marco Civil da Internet inaugurou um sistema, correlacionado e bipartido, de guarda de dados. De um lado, os provedores

de aplicação têm o dever de guardar o registro de acesso, início e final, em sua própria aplicação, o endereço de IP e a respectiva porta lógica de origem. Ao passo que os provedores de conexão têm a obrigação de, ao habilitar um terminal para uso da internet, atribuir um IP, a concernede porta lógica de origem e registrar o momento de início e término da conexão.

39. Passo agora a analisar os dispositivos do Marco Civil da Internet sob o aspecto da produção probatória e, para tanto, transcrevo os artigos pertinentes:

“Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet. Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

- I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;
- II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e
- III - período ao qual se referem os registros.

Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.”

Como se vê, o art. 22 do Marco Civil da Internet legitima, sempre com a finalidade probatória, a requisição, mediante ordem judicial, ao responsável pela guarda o fornecimento dos registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet. Ou seja, ao provedor de conexão caberá disponibilização do número do IP e o momento em que iniciada e finalizada a conexão; ao passo que o provedor de aplicação deverá registrar ( *i* ) o acesso do IP e ( *ii* ) o instante de início e término à sua própria plataforma.

O parágrafo único do art. 22 da Lei 12.965/2014, por sua vez, estabelece que, **dentre outros requisitos previstos na legislação**, o pedido deve conter ( *i* ) fundados indícios da prática de um ilícito (Lei 12.965/2014, art. 22, parágrafo único, I), ( *ii* ) devida motivação da utilidade dos dados requisitados para fins de investigação ou de instrução probatória (Lei 12.965

/2014, art. 22, parágrafo único, II) e ( *iii* ) o lapso temporal a que se refere os registros (Lei 12.965/2014, art. 22, parágrafo único, III). Quanto ao ponto, Delosmar Mendonça Junior salienta que:

“O inciso primeiro traz: fundados indícios da ocorrência do ilícito. Para que seja quebrado o sigilo, representando em diminuição da eficácia normativa da privacidade do usuário de internet, há necessidade da ocorrência de ilicitude praticada que poderá ser demonstrada com a disponibilização dos registros de conexão ou registros de acesso a aplicações, além de conhecimento da autoria.

A lei não exige que o ilícito já esteja demonstrado, mas sim que haja fundados indícios da sua ocorrência. O termo "fundados indícios", bastante usado na comunidade jurídica, ao nosso sentir só pode ser interpretado como indícios suficientes, pois não há indícios infundados. Se não há fundamentos não chega a ser indício, mas mera suspeita subjetiva. Não se pode interpretar o termo *fundados* como mero adjetivo com o significado de "fortes indícios".

O termo *indício* deve ser interpretado conforme o art. 239 do Código de Processo penal 239, que estabelece: “ *Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.* ”

Portanto deve haver indícios suficientes que levem a formação da convicção do juiz da probabilidade da ocorrência do ilícito.

Os registros solicitados devem ser úteis para a demonstração do ilícito e/ou sua autoria em investigação ou instrução probatória (inciso II do Parágrafo único do artigo 22 do Marco Civil). O requerente deve justificar a importância das informações para se chegar a comprovação judicial de determinados fatos, sendo a melhor ou única maneira de demonstrar os fatos relacionados ao ilícito provável.

Por último (inciso III), o requerente deve especificar o período dos registros solicitados, de forma que a privacidade do usuário da Internet não seja quebrada, além do período necessário para a demonstração do ilícito e sua autoria.”

Vê-se, pois, que o Marco Civil da Internet, com objetivo de possibilitar a manutenção da ordem pública e da administração de justiça, permite, de modo excepcional, quando preenchidos os requisitos legais, o afastamento do sigilo que recai sob os registros de conexão e de acesso a aplicações que se qualificam como informações relevantes para investigação de ilícitos cometidos na internet ou com seu auxílio.

Nesse contexto, é preciso analisar a possibilidade de ordem judicial determinar o fornecimento dos números de IP's e Devices ID's de usuários que tenham realizado determinada pesquisa em provedores de aplicação, como Google Search, Bing e DuckDuckGo. Adianto que, no meu entendimento, em razão de, pelo menos duas circunstâncias jurídicas, baseadas nas premissas anteriormente estabelecidas, não se revela consentânea com a ordem constitucional de direitos e garantias decisão jurisdicional dessa natureza.

**40.** Acentuo que o endereço de IP e o chamado Device ID, a teor do art. 10, § 3º do Marco Civil da Internet e do art. 11, § 2º, do Decreto 8.771/2016, **não consubstanciam dados cadastrais**, pois, consoante disciplinado nos dispositivos em referência, tais informações se restringem à filiação, ao endereço e à qualificação pessoal (nome, prenome, estado civil e profissão do usuário).

A meu juízo, com devido respeito às posições em sentido contrário, o número do IP e o Device ID são dados pessoais, pois permitem ainda que não imediatamente, por meio da associação com outros dados, com utilização de esforço razoável, a identificação de um indivíduo determinado.

Não se mostra relevante o fato de que o Device ID se vincula a um aparelho e não a uma pessoa, pois, mediante engenharia regular, é plenamente possível a identificação de seu proprietário ou usuário. No que diz com o endereço de IP atribuído a um terminal, de igual modo, viável a identificação do usuário, notadamente em razão do dever de fornecimento das portas lógicas.

Nesse sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso *Benedik v. Slovenia* (Caso 62.357/2014), estabeleceu que o número de IP caracteriza dado pessoal e que, naquela hipótese, a legislação doméstica da Eslovênia era insuficiente para proteger a privacidade, pois a lei continha previsão genérica de entrega do número de IP à autoridade policial.

Desse modo, tenho para mim, que, inequivocamente, tanto o Device ID quanto o endereço de IP possibilitam, sem qualquer empenho desmedido, a identificação de uma pessoa determinada, a evidenciar, pois, que, de fato, caracterizam dados pessoais. Por conseguinte, atraída para a hipótese a disciplina normativa concernente.

41. Assim, como visto anteriormente, a intervenção do direito fundamental à proteção de dados pessoais pressupõe a existência de lei autorizando a adoção de medidas restritivas. Essa constatação decorre da própria natureza do direito em questão, a exigir abstenção do Estado em seu âmbito.

A mera existência de uma lei genérica não basta para adimplemento da imposição constitucional. É necessário mais. É preciso que o ato legislativo primário tenha *densidade normativa suficiente*. Vale dizer, o diploma legal deve ( *i* ) conter requisitos agravados e específicos para adoção da medida invasiva; ( *ii* ) elencar o modo e a forma de execução da restrição ao direito fundamental e ( *iii* ) viabilizar o devido controle do Poder Judiciário.

É por essa razão que a doutrina destaca que *um atributo da reserva de lei é o chamado imperativo de determinação e clareza*, a evidenciar que *a norma autorizativa precisa expressar a ação naturalística em si (interceptar, infiltrar, armazenar etc.), ou seja, não bastam previsões gerais do tipo "métodos para obtenção/tratamento de informações"*. Desse modo, necessário *questionar se a ação interventiva era, da leitura da norma, previsível* (GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. *O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 66-67).

Lógica idêntica prevalece em relação às normas de conteúdo processual penal, conforme ressaltado por Maurício Zanoide de Moraes, como decorrência direta do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II e XXXIX):

“A noção de legalidade processual penal deriva, indubitavelmente, de todo o desenvolvimento da regra da legalidade para o campo penal material. **Se não se discute mais a impositividade da parêmia “ *nulla poena nullum crimen sine lege* ”, o mesmo se dá com sua correspondente projeção processual (“ *nulla coactio sine lege* ”) e pela qual devem ser “tipificadas” tanto as condições de aplicação, como o conteúdo das intervenções processuais no âmbito dos direitos fundamentais dos cidadãos**. Nessa transposição de áreas jurídico-criminais, os atributos inerentes a toda lei penal material serão também ínsitos às normas processuais penais infraconstitucionais, de finalidade restritiva, pois elas deverão ser prévias, escritas e estritas. (...)

Tão importante quanto a anterioridade, para nosso estudo, coloca-se a qualidade da clareza e especificidade da lei processual; a lei deve ser estrita. **Não obstante se admita a analogia e a extensividade na**

aplicação da lei processual penal, não se poderá nela inserir termos imprecisos ou abertos que permitam o descumprimento da justificação (teleológica) que o legislador fixou em sua formação ou da justificação (constitucional) que a Constituição exige para haver conformidade daquela norma .

A lei processual não poderá determinar qualquer restrição ou restrições que, mesmo quando não vedadas constitucionalmente, se façam em moldes abertos e imprecisos a facilitar o abuso em sua aplicação. Com isso não se afirma que somente poderá existir lei para atender alguma restrição exigida constitucionalmente por meio de reserva legal. **Pode haver elaboração de lei processual de conteúdo restritivo, porém, e exatamente por ser destinada a melhor explicitar o preceito jusfundamental, ela deverá ser descrita da forma mais precisa e estrita possível. Tudo a fim de evitar que, da vagueza do texto normativo, derivem interpretações que atinjam o âmbito de proteção da norma em áreas vedadas pela Constituição (sem justificação constitucional) .**

(...) Ocorre, porém, que essas previsões, para estarem conforme a Constituição, devem ser elaboradas de forma estrita, clara e precisa. **O excesso ou a lassidão no texto normativo das leis poderá ocorrer tanto por meio de uma redação para além do constitucionalmente devido, como também por uma redação extremamente vaga e imprecisa. Em ambos os casos (restrição legal expressamente ampla ou restrição legal por meio de uma redação vaga) não haverá justificação constitucional para a norma processual . No seu exame no plano abstrato, uma previsão legal excessivamente restritiva (por amplitude redacional ou vagueza de expressões) será considerada desproporcional (sem ponderação) e, portanto, inconstitucional."**

Com essas premissas, destaco que o art. 22 do Marco Civil da Internet não ampara ordens de caráter de caráter geral, sem indicação de usuários específicos, para fornecimento dos números de IP's e Devices ID's de usuários que tenham realizado determinada pesquisa em provedores de aplicação, ausentes elementos mínimos que justifiquem relacionar determinado usuário ou grupo de usuários a investigações em curso sobre ilícitos penais, a inviabilizar sua leitura ampliada, de modo a legitimar a adoção de tal providência probatória.

Isso porque, considerando a abrangência natural de ordens desse jaez, a simples leitura do dispositivo em análise permite constatar a inexistência de requisitos agravados e específicos. Na realidade, consoante acentuado no acórdão recorrido, medidas dessa dimensão seriam válidas porquanto possível extrair do diploma legal acepção nesse sentido, equiparando – sem

adição de qualquer outro requisito – ordens extensas e sem identificação de usuários específicos a ordens específicas e limitadas a número restrito de usuários. Enquanto, na última situação, a decisão judicial se limita ao autor ou aos autores do ilícito, o primeiro cenário impacta em uma série de pessoas desvinculadas da prática antijurídica.

A simples ausência de distinção entre circunstâncias absolutamente díspares permite concluir pela sua ilegitimidade constitucional, pois advém do reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais a exigência de lei clara e exata para sua restrição. A matéria em questão envolve incisiva e danosa restrição de direitos a **número previamente indeterminado e indeterminável** de usuários, a justificar, como visto anteriormente, que sejam *maiores os requisitos para intervenção nesse direito* e que mais específica seja *a lei que prevê essa intervenção* (MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor* : linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, 188-189).

**O tratamento legal da matéria**, em relação aos casos em face de pessoas previamente indeterminadas e indetermináveis que tenham pesquisado alguns termos em sítios eletrônicos, portanto, reclama **disciplina própria, clara e particularmente precisa**, veiculando: ( *i* ) requisitos bem delimitados, restritos a hipóteses específicas, notadamente subsidiário em relação a outros meios menos onerosos a terceiros, ( *ii* ) exigência de que os requerimentos sejam formulados com observância de ônus argumentativo agravado, com indicação da necessidade e pertinência para apuração do ilícito e dos meios que serão utilizados para efetivação da medida; bem assim ( *iii* ) normas proporcionais aos fins pretendidos.

Assim, o art. 22 do Marco Civil da Internet quando aplicado a hipótese acima descrita, na qual não apontado, desde logo, elementos capazes de identificar uma pessoa ou um grupo delimitado de pessoas, é vago e, portanto, nulo por vagueza ( *void for vagueness* ). Vale ressaltar que a restrição a direitos fundamentais, especialmente aos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais, requer do legislador a elaboração de diplomas normativos mais específicos, de modo a garantir maior previsibilidade, segurança jurídica e isonomia a todos os atores envolvidos.

Em outros termos, conquanto possa ser aplicado de modo válido e legítimo para a maior parte das situações ( *not facially unconstitutional* ), o art. 22 da Lei 12.965/2014 se mostra inconstitucional por vagueza quando aplicado a situação particular na qual não indicado grupo de pessoas

individualizado e determinado o fornecimento dos números de IP's e Devices ID's de usuários que tenham realizado determinada pesquisa em provedores de aplicação ( *unconstitutional as applied* ), pois não atendeu ao comando constitucional de especificidade, clareza e precisão.

Não é demais asseverar que decisões judiciais que determinem a entrega dos endereços de IP's e Devices ID's de todos os usuários que tenham efetuado dada pesquisa em provedores de aplicação envolvem, necessariamente, volume significativo de dados pessoais, a evidenciar, a meu juízo, a ingerência em direitos fundamentais de inúmeros indivíduos, como já acentuado anteriormente, indeterminados e indetermináveis previamente. Repito à exaustão, tratamento de dados em proporção tão expressiva pressupõe a existência de autorização legal específica e bem delimitada.

Desse modo, tendo em vista o panorama traçado, entendo inexistir, **no contexto atual** , lei válida e constitucional que possibilite o emprego do *meio de obtenção de prova* em questão de forma tão genérica e abrangente, a demonstrar, *data venia* , a sua inadmissibilidade.

**42.** É importante pontuar que o art. 23 do Marco Civil da Internet fixa competir ao magistrado a adoção de providências aptas a garantir o sigilo das informações recebidas e a preservar a privacidade dos usuários. Mais uma vez, a meu juízo, exsurge da disciplina legal em vigor a ausência de adimplemento dos requisitos constitucionais mínimos para sua validade em relação a ordens de caráter genérico e não individualizadas de fornecimento dos números de IP's e Devices ID's de usuários que tenham realizado determinada pesquisa em provedores de aplicação.

Relembro, uma vez mais, que ao exame do referendo das medidas cautelares nas ADI's 6.387/DF, 6.388/DF, 6.389/DF, 6.390/DF e 6.393/DF, todas de *minha relatoria* , o Plenário desta Corte, em energética manifestação, acentuou a indispensabilidade de criação de salvaguardas institucionais adequadas ao tratamento de dados pessoais de forma segura, em um nítido acolhimento do *princípio da segurança física e lógica* inerente à sistemática de proteção de dados pessoais.

Observo que o art. 23 da Lei 12.965/2014, ao dispor competir ao Juízo o emprego de providências para assegurar o sigilo de dados, não estipulou – sequer exemplificativamente – quais seriam as medidas possíveis de

implementação, tampouco sinalizou o método para sua operacionalização, permitindo, em minha concepção, uma discricionariedade exacerbada ao magistrado supervisor do inquérito e/ou condutor do processo.

Assim, o que se observa do art. 23 do Marco Civil da Internet é uma delegação, pura e simples, ao Juízo responsável, para emprego das providências que entender cabíveis, em ordem a preservar o sigilo das informações, sem oferecer, entretanto, proteção suficiente aos relevantes direitos fundamentais em jogo. Ou seja, embora louvável a preocupação legislativa quanto à proteção de dados pessoais, a disciplina em questão, no tocante às ordens ora em análise, não adimpliu com as obrigações resultantes do texto constitucional.

Nessa linha, o diploma legislativo em análise não apresenta qualquer mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na sua transmissão, seja no seu tratamento. Ao não prever exigência alguma quanto a mecanismos e procedimentos para assegurar o sigilo e a higidez dos dados, o dispositivo em questão não atende às exigências decorrentes da Constituição da República.

Acresço que inexistente, na legislação em análise, obrigação de descarte e inutilização dos dados desnecessários, tampouco fixado o lapso temporal que, após a sua devida utilização, os dados poderão ficar à disposição do aparato estatal de persecução penal. Também não previstos mecanismos que possibilitem a análise acerca de eventual adulteração dos dados.

Como se percebe, o Marco Civil da Internet, especialmente no tocante às ordens de caráter mais abrangente que impõem o fornecimento de endereços de IP's e Devices ID's de usuário que tenham pesquisado termos específicos em provedores de aplicação, **não contém regramento mínimo para salvaguarda do direito à proteção de dados pessoais**, em desatendimento ao princípio da segurança física e lógica.

Tanto é assim que o Procurador-Geral da República, ao oferecer seu parecer nestes autos, propugnou pelo estabelecimento, por este Supremo Tribunal Federal, de uma série de condicionantes relacionadas com ordens de afastamento de sigilo. Cito, a título meramente exemplificativo, ( i ) a transferência dos dados deve ocorrer mediante comunicações formais, preservado o sigilo, com certificação do destinatário e fixação de

instrumentos de apuração de desvios; ( *ii* ) dever de inutilização dos dados de terceiros desnecessários para desenvolvimento do processo (eDOC. 40, fls. 76-91).

Em outras palavras, o Procurador-Geral da República corrobora o entendimento segundo o qual o Marco Civil da Internet não estabelece balizas mínimas de proteção de dados pessoais, a necessitar, pois, de complementação pelas instâncias competentes.

Não bastasse, a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados parece-me agravada pela circunstância de que ainda não aprovada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Penal – LGPD-Penal, definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais.

Assim como exigir que automóveis sejam providos de freios, *airbags* e espelhos retrovisores não significa criar obstáculos para a indústria automobilística, demandar que normas que envolvam direitos fundamentais e da personalidade observem requisitos mínimos de adequação constitucional tampouco pode ser lido como embaraço à atividade de persecução penal.

Desse modo, consoante mencionado anteriormente, a *dimensão objetiva* do direito fundamental à proteção de dados pessoais impõe ao Estado a edição de normativos primários vocacionados a disciplinarem, mediante normas organizacionais, procedimentais e preservacionista, instrumentos institucionais de mitigação da ingerência operada no direito fundamental em referência. Assim, embora exista um dispositivo normativo outorgando competência aos magistrados, a ausência de ferramentas explícitas aptas a assegurarem o sigilo dos dados comprova a sua patente insuficiência para cumprimento das obrigações constitucionais.

**43.** Não bastasse toda longa fundamentação acima explicitada – no sentido de inexistir lei que autorize ordens de caráter mais abrangente a imporem o fornecimento de endereços de IP's e Devices ID's de usuário que tenham pesquisado termos específicos em provedores de aplicação, tampouco inócua a possibilidade de invocação da disciplina normativa do Marco Civil da Internet para legitimar tais providências –, há outro argumento a atrair idêntica conclusão.

Entendo, na linha da jurisprudência sedimentada desta Suprema Corte, inadmissível, sob o ponto de vista constitucional – seja sob o ângulo do direito fundamental à privacidade, seja sob a óptica do direito fundamental

à proteção de dados pessoais –, a quebra generalizada do sigilo de dados de pessoas indeterminadas e indetermináveis previamente.

Isso porque, na minha compreensão, sendo o sigilo de dados telemáticos a regra constitucional, o seu afastamento somente se torna possível quando indicada especificamente a causa provável, com suporte no acervo já colhido. Somente quando presente tais requisitos se mostra legítima a pontual ruptura da esfera de privacidade de titularidade de todos os cidadãos.

A legitimidade da quebra de sigilo de dados advém, segundo penso, necessariamente da indicação concreta e fundamentada de que existem indícios de autoria e materialidade em face de pessoa certa e determinada, ou, no mínimo, determinável, pois ilegítimas investigações genéricas, com o escopo de buscar elementos incriminadores aleatórios, sem qualquer espécie de amparo prévio.

Não se pode esquecer que a quebra do sigilo de dados telemáticos consubstancia restrição a direitos fundamentais. Assim, a meu juízo, referida limitação, no que diz especificamente com o afastamento do sigilo constitucional determinado por meio de decisão judicial, somente deve ser efetivada de forma pontual, episódica, caso estritamente necessária para elucidação de práticas delituosas, com a *individualização do investigado e do objeto da investigação* (MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil – doutrina e jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 161), em ordem a mitigar o impacto do ato decisório.

Em outros termos, não é admissível, como decorrência direta do direito fundamental ao devido processo legal, quebrar o sigilo telemático de pessoas aleatórias sobre as quais não recaiam indícios de cometimento de ilícitos penais, sob pena de legitimar devassa indiscriminada à privacidade de terceiros em relação aos quais inexistem quaisquer suspeitas sobre a prática de ilícitos, em nítida violação dos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais (CF, art. 5º, X e LXXIX).

Nessa linha, importante realçar as sempre precisas palavras do Ministro *Celso de Mello*, no sentido de que a *quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. É que, se assim não fosse, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada e de devassa indiscriminada da esfera de intimidade das pessoas, o que daria, ao Estado, em*

*desconformidade com os postulados que informam o regime democrático, o poder absoluto de vasculhar, sem quaisquer limitações, registros sigilosos alheios (HC 84.758/GO, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 25.5.2006, DJ 16.6.2006).*

Compreendo, desse modo, embora concernente à quebra de sigilo bancário, aplicável à espécie a mesma *ratio decidendi* firmada no precedente acima mencionado e em outros tantos deste Supremo Tribunal Federal que vedam a devassa indevida do aparato estatal de persecução penal na vida de pessoas que não mantêm qualquer vínculo com a atividade delituosa objeto de investigação (HC 91.610/BA, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 08.6.2010, DJe 22.10.2010; HC 144.159/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05.02.2019, DJe 03.8.2020; Inq 2.206-AgR/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 10.11.2006, DJ 02.02.2007; Inq 2.245-AgR/MG, Red. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 29.11.2006, DJ 09.11.2007, v.g. ).

**44.** As recorrentes sustentam em sua peça recursal a necessidade de observância da disciplina normativa prevista na Lei 9.296/1996. Já o recorrido assevera a inaplicabilidade de referido diploma normativo, porquanto, na hipótese, não há quebra do sigilo de dados em fluxo, mas, sim, de dados estáticos.

O acórdão questionado na presente sede recursal já afastou a incidência, no caso, da Lei 9.296/1996, ponto no qual não merece reparo. Apenas ressalto 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 pelo emissor 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.

**45.** Nem se diga, como o fez o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em suas contrarrazões ao recurso extraordinário, que a ordem de fornecimento de endereços de IP's e de Devices ID's com base em termos pesquisados em provedores de aplicação corresponderia à determinação de entrega da lista de usuários que fizeram o empréstimo de um livro específico em uma biblioteca. É fundamental ter presente que o que podia ser feito a partir do afastamento do sigilo de tais dados pessoais não se compara ao que pode ser feito no patamar tecnológico atual, em que

potentes tecnologias de processamento, cruzamento e filtragem de dados permitem a formação de perfis individuais extremamente detalhados.

O Ministério Público do Estado de Rondônia, ao postular ingresso no feito na condição de *amicus curiae*, entende que seria aplicável, à espécie, a *ratio decidendi* subjacente à ADI 4.924/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 04.11.2021, DJe 29.3.2022. Conquanto não admitido o ingresso, em razão de sua extemporaneidade, o argumento é relevante e merece ser enfrentado por esta Suprema Corte.

Em primeiro lugar, a diferença substancial entre as hipóteses reside exatamente no fato de que, naquele caso, existia lei formal e específica, a legitimar a limitação aos direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais, diversamente do que ocorre na controvérsia vertente, na qual, como já ressaltado anteriormente, ausente ato legislativo autorizativo da implementação da medida.

O segundo elemento significativo da distinção diz com o fato de que, naquela assentada, o que estava em discussão era o fornecimento de dados de pessoas específicas que haviam passado trotes para os serviços de emergência. Em nenhum momento se cogitou acerca do repasse de informações de todas as pessoas que tivessem ligado para os serviços emergenciais, mas tão somente a entrega dos dados daqueles que acionaram, de forma indevida, tais sistemas. Vale dizer, a norma não possibilitava ordem genérica sem indicação de usuários determinados e determináveis, muito pelo contrário.

46. Em suma: seja pela inexistência de lei própria, clara e precisa associada à ausência de normativo que atenda os princípios e as obrigações decorrentes do direito fundamental à proteção de dados pessoais (CF, art. 5º, LXXIX), seja pela inadmissibilidade de devassa indevida sobre o direito fundamental à privacidade (CF, art. 5º, X) de pessoas sobre as quais ausentes quaisquer suspeitas da prática de delitos previamente determinados, se mostra viáveis ordens genéricas e não individualizadas de fornecimento dos números de IP's e Devices ID's de usuários que tenham realizado determinadas pesquisas em provedores de aplicação.

## VI) Análise e considerações a respeito do caso concreto

47. Os crimes objeto de investigação causaram grande impacto na vida pública brasileira. Os homicídios qualificados consumados perpetrados em

face da Vereadora Marielle Franco e de Anderson Gomes e o homicídio qualificado tentado contra Fernanda Gonçalves foram noticiados de forma ampla e com grande acompanhamento pelo público.

Ceifar a vida de uma pessoa pública, representante do povo, dedicada à promoção dos direitos dos grupos minoritários e de luta contra organismos voltados ao cometimento de atos de violência e opressão contra os menos favorecidos econômica e socialmente, denota a gravidade, a relevância e a complexidade das investigações.

Passados mais de 05 (cinco) anos dos delitos, a sociedade brasileira e a comunidade internacional clamam por maiores esclarecimentos acerca da dinâmica dos fatos. É preciso identificar, com observância do devido processo legal e com fidelidade à ampla defesa e ao contraditório, os executores e, especialmente, o(s) mandante(s) dos homicídios de Marielle Franco e Anderson Gomes. É necessário celeridade nas investigações, bem como na condução dos processos. Presentes os requisitos legais, o órgão competente deve se manifestar a respeito dos ilícitos cometidos.

A observância às leis e, sobretudo, à Constituição da República consubstancia medida de superlativa significância, de modo a evitar nulidades indesejáveis e possibilitar a punição dos responsáveis pela prática dos crimes.

**48.** Na hipótese vertente, o Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca da Capital/RJ, após manifestação favorável do Ministério Público estadual, acolheu pedido formulado pela autoridade policial, para determinar às ora recorrentes o fornecimento do número de IP e do Device ID de todos os usuários que *tenham se utilizado do Google Busca (seja através do aplicativo ou sua versão WEB) no período compreendido entre o dia 10/03/2018 a 14/03/2018, para realizar consultas dos seguintes parâmetros de pesquisa: "MARIELE FRANCO"; "VEREADORA MARIELE"; "AGENDA VEREADORA MARIELE"; "CASA DAS PRETAS"; "RUA DOS INVÁLIDOS, 122" ou "RUA DOS INVALIDOS"* (eDOC. 2, fl. 17).

Vê-se, desse modo, que, na linha das premissas estabelecidas acima, inexistente dispositivo legal com *suficiente densidade normativa* para legitimar emprego de medida tão ampla que determinou o fornecimento de significativos dados pessoais de incontáveis usuários que realizaram pesquisas de termos específicos em provedores de aplicação.

De igual modo, a medida tal como deferida implica inadmissível devassa generalizada sobre pessoas relativamente às quais inexistente causa provável a legitimar o afastamento dos respectivos sigilos.

Desse modo, de rigor o provimento do presente recurso extraordinário, o que não significa qualquer embaraço à atividade investigatória, mas a concretização do direito fundamental à proteção de dados de incontáveis cidadãos brasileiros.

Acresço, como mero reforço, presente, ainda, a desproporcionalidade da medida adotada, o que pode ser verificada da própria delimitação temporal estabelecida. Os delitos objeto de investigação foram cometidos, segundo a própria decisão do Juízo de primeiro grau, por volta das 21h do dia 14 de março de 2018. O pedido da autoridade policial, acolhido pelo Juízo competente, foi de encaminhamento dos endereços de IP e dos Devices ID's de todos que pesquisaram, no Google Search, o nome da Vereadora Marielle Franco, inclusive, ainda que por curto lapso, após o seu homicídio.

Natural, dada a repercussão na imprensa nacional e internacional dos homicídios qualificados da Vereadora Marielle Franco e de Anderson Gomes, que pessoas dos mais diversos matizes político-ideológicos tenham realizado, após o delito, pesquisas a respeito da figura pública em questão. Ou seja, um número gigantesco de usuários não envolvidos em quaisquer atividades ilícitas, nos termos da decisão objurgada, teria seus sigilos afastados, a demonstrar indevida devassa e a sua absoluta desproporcionalidade em razão do excesso da medida.

## VIII) Conclusão

49. Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso extraordinário, para **conceder** a ordem mandamental e, em consequência, **cassar** o item 5 da decisão proferida, em 27.8.2018, pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca da Capital/RJ, facultando que outra seja proferida, desde que observados os limites formais e materiais dos direitos fundamentais à privacidade, à proteção de dados pessoais e ao devido processo legal.

50. Proponho a seguinte tese: *À luz dos direitos fundamentais à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao devido processo legal, o art. 22 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) não ampara ordem judicial genérica e não individualizada de fornecimento dos registros de*

*conexão e de acesso dos usuários que, em lapso temporal demarcado, tenham pesquisado vocábulos ou expressões específicas em provedores de aplicação .*

**É como voto .**

*Plenário Virtual - minuta de voto - 22/09/2023 00:00*