



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 35.748/CS

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.314.822 – SERGIPE

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO: TELEFONICA BRASIL S.A. E OUTROS

ADVOGADO: ARYSTOBULO DE OLIVEIRA FREITAS E OUTROS

RELATOR: MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

Excelentíssimo Senhor Ministro Relator

O **Ministério Público Federal**, ciente da r. decisão que negou seguimento ao Recurso Extraordinário, vem, com fundamento no art. 317 do RISTF, interpor **AGRAVO INTERNO**, pelas razões a seguir expostas.

1. O recorrente, representado pelo então Procurador da República em Sergipe Paulo Gustavo Guedes Fontes, ajuizou ação civil pública em face de ANATEL e das empresas de telefonia Tele Norte Leste Participações S/A, Embratel, Intelig Telecomunicações Ltda, Telergipe Celular S/A, TIM e Claro, pleiteando que lhes fosse determinado “*que forneçam, quando lhes for requisitado, as informações constantes dos cadastros de seus usuários às seguintes autoridades: Delegados de Polícia Civil e Federal e membros do Ministério Público dos Estados e Federal*” (fls. 9).

2. Para justificar a sua pretensão, alegou o Ministério Público que a negativa das empresas de telefonia vinha prejudicando o trabalho de investigação das autoridades policiais e do Ministério Público em todo o País

e que não se tratava de obter dados sobre conversas mantidas pelos usuários ou os extratos das ligações efetuadas nem dados que digam respeito exclusivamente à vida privada da pessoa, mas tão somente o número do telefone da pessoa indicada ou, inversamente, identificar-se o nome do usuário de determinado terminal.

3. Alegou, também, que a medida tinha por objetivo conferir celeridade à investigação criminal, não sendo razoável criar limitações não previstas na Constituição e nas leis para o alcance desse objetivo. Ressaltou que não se questionava *“a reserva de jurisdição, de sede constitucional, da interceptação das ligações e nem do acesso aos extratos das ligações efetuadas”* (fls. 6), que encerrava garantia consentânea com o sistema acusatório, e que a medida pleiteada, que visava apenas aos dados cadastrais, não feria direito fundamental da pessoa.

4. Invocou o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, que garantiu a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial, e afirmou que a norma não pretendeu proteger *“da mesma forma os dados constantes dos cadastros das operadoras, excetuados, como já dito, os extratos das ligações”* (fls. 7). Afinal, *“qual ofensa relevante aos direitos individuais em a Polícia ou o órgão do Ministério Público obterem o número de telefone de determinada pessoa, nos autos de investigação criminal, ou, ao inverso, saberem quem detém determinado número? AO CONTRÁRIO, a negativa é realmente danosa às funções desses órgãos e tem causado sérios embaraços à sua atuação”* (fls. 9).

5. Ponderou, por fim, *“que vivemos numa quadra em que os poderes dos órgãos estatais de investigação devem ser reforçados, desde que respeitados os direitos fundamentais do cidadão. A Constituição de 88 consagrou diversos princípios do processo pena liberal, muito bem vindos e*

cruciais em qualquer Estado de Direito. CONTUDO, muitas decisões traduzem uma exacerbação dessas garantias, que findam por retirar toda a eficácia e celeridade dos instrumentos de investigação e persecução” (fls. 8).

6. O pedido foi julgado parcialmente procedente, apenas em relação ao Ministério Público Federal e a Polícia Federal (fls. 708/743), para permitir que os Órgãos incumbidos da persecução penal tivessem acesso aos dados cadastrais sem necessidade de ordem judicial.

7. Concluiu o Magistrado que os dados dos usuários constantes dos cadastros mantidos pelas operadoras de telefonia encontram-se protegidos pelo direito à privacidade, previsto no art. 5º, X, da CF e não pela inviolabilidade do sigilo de dados e que a questão encerrava *“uma colisão em sentido amplo entre um direito fundamental – direito à privacidade - e um bem coletivo - direito à segurança pública -, ambos inseridos na ordem constitucional como princípios”* (fls. 720).

8. E após ressaltar que não havia consenso jurisprudencial sobre o tema, afirmou o seguinte:

“No direito constitucional, é sabido que não existem direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, podendo ser flexibilizados quando existirem razões de relevante interesse público, desde que respeitados os limites traçados na Constituição.

Reprise-se: a proteção dos dados não é uniformidade na ordem constitucional diante da sua multiplicidade. Esta proteção é mais forte quanto a questões que revelem aspectos da vida pessoal da pessoa. Ora, os dados em tela nome, filiação, RG, CPF e endereço não revelam aspectos da personalidade da pessoa e, em consequência, não atingem o âmago da privacidade, logo a sua proteção não pode ser tão forte como no sigilo bancário, fiscal ou telefônico. Protege-se o sigilo bancário, fiscal ou telefônico porque os dados, se revelados, podem fornecer importantes subsídios da vida pessoal --- com quem falou, o que comeu, o que comprou etc.

Com efeito, os dados a que o Ministério Público Federal se refere na peça vestibular são aqueles utilizados, fundamentalmente, pela pessoa natural ou jurídica para se identificar nas relações perante a sociedade e o Estado. Embora privativos dos indivíduos, tais dados estão inseridos em diversos contratos e registros. Se praticamente, em qualquer situação a pessoa é obrigada a se identificar, tem-se que ninguém duvidou que o poder de requisição atingisse estes dados. Existem diversas situações em que tais dados são expostos sem que a pessoa tenha arguido a inconstitucionalidade, podendo assim serem exemplificadas: 1) o estatuto ou contrato social contém obrigatoriamente estes dados e é sabido que o registro de empresa é público, acessível para todos; 2) pode-se retirar pela Internet certidão negativa de débito, desde que seja fornecido o número do CPF (o nome da pessoa irá aparecer);- 3) o número de telefone residencial é inserido em listas telefônicas, podendo o usuário pedir a sua retirada; 4) tais dados estão contidos em diversas petições iniciais ou contestações, muitas vezes acompanhada de documento; 5) para se fazer uma denúncia ou outro requerimento ao Poder Público, é necessário se identificar, uma vez que a ordem jurídica repugna o anonimato; 6) em uma representação fiscal para fins penais, os dados são transferidos aos órgãos responsáveis pela persecução penal, sem que o Judiciário tenha acolhido uma alegação de nulidade. Por força de dever legal e contratual, as instituições públicas ou privadas que tomam conhecimento desses dados - in casu, as operadoras de telefonia – estão obrigadas a não divulgá-los sem justa causa. (...)

E mais, é fato notório de que as operadoras de telefonia compartilham dados dos usuários de telefonia com seus parceiros comerciais (terceiros) para facilitar ou assegurar o recebimento dos seus créditos. Basta ficar com os dois exemplos mais comuns: 1) a inscrição do nome do consumidor em um banco de dados de proteção ao crédito; 2) qualquer pessoa pode pagar uma fatura de conta telefônica sem estar de posse do documento, bastando fornecer algum dado identificador como nome ou CPF.

(...)

Portanto, o risco de divulgação de dados existe em todo lugar ante a profusão de cadastros mantidos por entidades privadas;

(...)

Não obstante a realidade, isto não significa que os dados devem ficar sem proteção em razão do risco de serem utilizados indevidamente por terceiros. O que efetivamente se impõe é o estabelecimento de algumas condições para garantir a integridade dos dados – não

sejam divulgados aleatoriamente ao público em geral – e a possibilidade de identificar e responsabilizar o agente público pelo seu mau uso.

Assim, o agente público que receber as informações albergadas por esta decisão passa a ser detentor do sigilo, devendo a sua utilização ficar restrita para fins legítimos da investigação e/ou processo judicial em curso. Outrossim, o servidor que se servir dos dados para fins estranhos deverá ser submetido cumulativamente a responsabilidade civil (regressiva e improbidade administrativa), administrativa e penal. Isto porque a revelação de segredo, do qual se tem ciência por força de suas atribuições, constitui infração administrativa punível com pena de demissão (dependerá da previsão no estatuto funcional do servidor), ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública e o ilícito criminal de violação de sigilo funcional (modalidade qualificada se causar dano à Administração e a terceiro). Ademais, os eventuais abusos podem redundar na ilicitude de determinado meio de prova a ser declarado pelo juiz da causa.

(...)

Por outro lado, a segurança pública prevista no art. 144 da CF/88, no entender de Alvaro Lazzarini, constitui “o estado antidelitual, que resulta da observância dos preceitos tutelados pelos códigos penais comuns e pela lei das contravenções penais, com ações de polícia repressiva ou preventiva típicas, afastando, assim, por meio de organizações próprias, de todo perigo, ou de todo mal que possa afetar a ordem pública, em prejuízo da vida, da liberdade ou dos direitos de propriedade das pessoas, limitando as liberdades individuais, estabelecendo que a liberdade de cada pessoa, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, pode ir além da liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a”.

(...)

Ve-se, pois, que a persecução penal é uma atividade instrumental para assegurar a segurança pública, tal como plasmada na Constituição.

Ora, o dever de sigilo não pode ser mantido quando existirem razões para a publicidade, ainda que restrita a determinados agentes públicos. No caso, a restrição ao direito à privacidade é mínima – considerando que os dados não revelam aspectos da personalidade do indivíduo, que não se trata de devassa indiscriminada à vida das pessoas e, sim, pontual e específica, condicionada à satisfação de determinados requisitos – quando comparada com os ganhos da

persecução penal. Além das situações narradas pelo Ministério Público, entendo que a medida irá agilizar a persecução penal, pois poderá ser utilizada para localizar pessoas a fim de ouvi-las na qualidade de investigada ou testemunha.

Por seu turno, não se encontra violado o núcleo essencial do direito fundamental. Com efeito, a disponibilização de informações requeridas pelo Ministério Público Federal atine a dados cadastrais de natureza acessória e secundária, cujo sigilo será assegurado com instrumentos de salvaguardas.

(...)

No caso concreto, é possível fazer a concordância prática entre a garantia do sigilo de dados cadastrais e o direito à segurança. Em verdade, trata-se de direito que não é absoluto, e que deve ceder justificadamente nas situações de investigações em andamento.

(...)”

9. Em sede de apelação a sentença foi reformada para declarar a improcedência do pedido. Entendeu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região que “Os dados cadastrais são fornecidos pelos usuários dos serviços de telefonia por imposição legal, regulamentar e contratual. Os interessados não têm opção: ou fornecem seus dados pessoais ou não gozam dos serviços de telecomunicações. Por isso, as operadoras telefônicas acabaram por possuir um vasto banco de dados pessoais sob seu controle. Ocorre que, por conterem informações pessoais de terceiros, esses bancos de dados são sigilosos. As informações neles constantes (nome, filiação, data de nascimento, endereço, sexo, estado civil, número de documentos pessoais, renda etc.) são resguardadas pela inviolabilidade da intimidade e privacidade (art. 5º, X, da CF)” (fls. 1259).

10. E que,

“Não obstante a sentença esteja muito bem fundamentada, é indiscutível que a técnica da ponderação de interesses foi aplicada para resolver conflito entre princípio sem base em nenhuma situação concreta, resultando na criação de regras para disciplinar condutas

futuras. Não se decidiu sobre fatos passados, mas sobre os que estão por vir. A sentença instituiu verdadeiras regras de conduta a serem observadas pelas operadoras de telefonia. Não houve julgamento de fatos ocorridos, mas disciplina, com eficácia normativa, do que eventualmente possa ocorrer adiante. Prova maior disso é que a sentença não se limitou a reconhecer o direito de o MPF e a Polícia Federal requisitarem diretamente informações cadastrais de usuários dos serviços de telefonia, mas também regulamentou o procedimento para sua realização e envio dos dados pelas operadoras.

Para que pudesse ser resolvida à luz do princípio da proporcionalidade, a pretensão ministerial deveria estar contextualizada em circunstâncias fáticas específicas, que fizessem concluir pela preponderância do interesse público na efetividade da persecução penal sobre o direito dos usuários à privacidade.

Nos termos em que proferida, a sentença dá margem para que os membros do MPF e da Polícia Federal tenham acesso praticamente irrestrito aos dados cadastrais dos usuários de serviços telefônicos, ficando a realização da ponderação de interesses (direito à privacidade versus efetividade da persecução penal) sujeita apenas ao crivo desses órgãos.

No entanto, a decisão sobre qual princípio constitucional deve prevalecer cabe exclusivamente ao Judiciário, que é equidistante dos interessados e alheio ao objeto do processo ou procedimento. Não se pode reconhecer à autoridade interessada na investigação a prerrogativa de restringir o direito à privacidade de um mero suspeito da prática do crime e até mesmo de terceiros.” (fls. 1261)

11. O Recurso Extraordinário, admitido na origem, suscitou contrariedade aos arts. 5º, X e XII e 129, VI, da Constituição Federal. Após ressaltar que a ação civil pública jamais pretendeu obter acesso direto a dados sigilosos dos usuários dos sistemas de telefonia, o que é expressamente vedado pela Constituição, alegou o recorrente que a obtenção de dados cadastrais, tais como nome, CPF, número do telefone, não implica em quebra de sigilo de comunicações e que a exigência de ordem judicial para o seu fornecimento acarreta demora na instrução das investigações, não se justificando em razão da ausência de caráter construtivo na sua obtenção.

12. Alegou, ainda, que *“no que pertine especificamente ao Ministério Público Federal, a negativa de acesso a esses dados vai de encontro, ainda, ao disposto no art. 129, inciso VI, da Constituição Federal, cujo conteúdo (“expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva)” autoriza ao órgão ministerial a requisição das informações - ora pleiteadas - às empresas de telefonia, sem autorização judicial - desde que permaneçam restritas ao procedimento investigatório, sob pena de responsabilização por eventual utilização indevida dos dados informados”* (fls. 1309).

13. Sustentou que *“O cerne da questão, portanto, envolve uma distinção entre as comunicações telefônicas (diálogo e extrato das ligações) - submetidas ao princípio constitucional da reserva de jurisdição (art. 5ª, XII, CF/88) - de um lado, e o fornecimento dos dados telefônicos (nome, filiação, RG, CPF, endereço e número do telefone), de outro. A primeira apenas se justifica se houver ordem judicial e para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal (art. 50, XII, CF/88), a segunda se refere apenas ao acesso aos dados telefônicos, os quais não são dotados de proteção constitucional ou legal de sigilo, uma vez que não fazem parte do círculo concêntrico de intimidade da pessoa”* (fls. 1309).

14. O eminente Relator, por meio da decisão ora impugnada, negou seguimento ao recurso ao fundamento de que *“para divergir do acórdão recorrido e verificar a procedência dos argumentos consignados no recurso extraordinário, seria necessário o reexame das normas infraconstitucionais pertinentes ao caso, de modo que eventual ofensa à Constituição Federal seria apenas indireta”*.

15. Afirmou, ainda, que não houve violação ao art. 129, VI, da

Constituição, tendo em vista que a aplicação da técnica de ponderação de interesses no plano abstrato – em sede de ação civil pública – vai de encontro ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, uma vez que mitiga, em abstrato, os direitos fundamentais à vida íntima e à privacidade.

16. *Data venia*, a decisão é equivocada e merece reforma.

17. Quanto ao primeiro fundamento - de que a ofensa seria meramente reflexa diante da necessidade de prévia análise da legislação aplicável -, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região assentou-se em fundamentos de ordem constitucional e de ordem legal, situação que ensejou a interposição de recurso especial, para a impugnação dos fundamentos de ordem legal, e de recurso extraordinário, para a impugnação dos fundamentos constitucionais.

18. Os fundamentos de ordem constitucional, muito embora já tenham sido, em parte, transcritos acima, devem ser rememorados para efeito de afastar a alegação de que o acórdão tratou a questão tão somente sob a ótica legal e que haveria ofensa meramente reflexa à Constituição:

“Os dados cadastrais são fornecidos pelos usuários dos serviços de telefonia por imposição legal, regulamentar e contratual. Os interessados não têm opção: ou fornecem seus dados pessoais ou não gozam dos serviços de telecomunicações. Por isso, as operadoras telefônicas acabaram por possuir um vasto banco de dados pessoais sob seu controle. Ocorre que, por conterem informações pessoais de terceiros, esses bancos de dados são sigilosos. As informações neles constantes (nome, filiação, data de nascimento, endereço, sexo, estado civil, número de documentos pessoais, renda etc.) são resguardadas pela inviolabilidade da intimidade e privacidade (art. 5º, X, da CF)

(...)

Não há dúvida que as informações cadastrais dos usuários dos

serviços de telecomunicações são sigilosas face à proteção constitucionalmente outorgada à privacidade, o que vem reconhecido por lei e regulamentos da ANATEL. A questão que se põe é saber se esse sigilo pode ser mitigado apenas pelo Poder Judiciário ou se o Ministério Público e as Polícias Judiciárias, na condição de órgãos de investigação criminal dotados de poder de requisição de informações, também podem fazê-lo.

O Juiz a quo, aplicando a técnica da ponderação de interesses entre o direito à privacidade e a eficácia da persecução penal, concluiu que os dados cadastrais dos usuários dos serviços telefônicos podem ser requisitados diretamente pelo MPF e pela Polícia Federal. No seu entender, estabelecidas condições para requisição direta das referidas informações, há restrição mínima de direitos individuais em prol da segurança pública.

As apelantes VIVO e TELEMAR insurgem-se contra a aplicação da técnica de ponderação de interesse na forma realizada na sentença. Aduzem, em síntese, que a adoção dessa técnica somente é possível diante de situações concretas e específicas, não com ares de generalidade, e, mesmo assim, se inexistir norma constitucional expressa sobre a questão.

A técnica da ponderação de interesses, realizada pela aplicação do princípio da proporcionalidade, pressupõe a existência de princípios constitucionais antagônicos no plano abstrato. O aplicador da norma, atento às peculiaridades dos casos concretos, fará prevalecer um dos princípios, sem que se possa falar em revogação do outro.

No caso sub judice há um conflito entre o direito à privacidade dos dados cadastrais e a eficiência na persecução penal, sendo, sob esse aspecto, possível sua solução à luz do princípio da proporcionalidade.

Ao meu sentir a impossibilidade da aplicação da técnica da ponderação de interesse decorre do caráter abstrato dos fatos em que se fundamentam as pretensões do MPF. O princípio da proporcionalidade somente pode ser utilizado para solver aparentes conflitos entre princípios constitucionais quando se está diante de situações concretas. Afinal, são suas particularidades que vão traçar o caminho a ser trilhado, com a prevalência de uma ou outra norma de contextura aberta. Não é possível aplicar-se essa técnica para decidir sobre fatos hipotéticos.

“Não obstante a sentença esteja muito bem fundamentada, é indiscutível que a técnica da ponderação de interesses foi aplicada para resolver conflito entre princípio sem base em nenhuma situação

concreta, resultando na criação de regras para disciplinar condutas futuras. Não se decidiu sobre fatos passados, mas sobre os que estão por vir. A sentença instituiu verdadeiras regras de conduta a serem observadas pelas operadoras de telefonia. Não houve julgamento de fatos ocorridos, mas disciplina, com eficácia normativa, do que eventualmente possa ocorrer adiante. Prova maior disso é que a sentença não se limitou a reconhecer o direito de o MPF e a Polícia Federal requisitarem diretamente informações cadastrais de usuários dos serviços de telefonia, mas também regulamentou o procedimento para sua realização e envio dos dados pelas operadoras.

Para que pudesse ser resolvida à luz do princípio da proporcionalidade, a pretensão ministerial deveria estar contextualizada em circunstâncias fáticas específicas, que fizessem concluir pela preponderância do interesse público na efetividade da persecução penal sobre o direito dos usuários à privacidade.

Nos termos em que proferida, a sentença dá margem para que os membros do MPF e da Polícia Federal tenham acesso praticamente irrestrito aos dados cadastrais dos usuários de serviços telefônicos, ficando a realização da ponderação de interesses (direito à privacidade versus efetividade da persecução penal) sujeita apenas ao crivo desses órgãos.

No entanto, a decisão sobre qual princípio constitucional deve prevalecer cabe exclusivamente ao Judiciário, que é equidistante dos interessados e alheio ao objeto do processo ou procedimento. Não se pode reconhecer à autoridade interessada na investigação a prerrogativa de restringir o direito à privacidade de um mero suspeito da prática do crime e até mesmo de terceiros.”

19. Como se vê, os argumentos de natureza constitucional constituíram a quase totalidade da fundamentação do acórdão. E não poderia ser diferente, tendo em vista que a questão é de fato constitucional e diz com o alcance do direito à privacidade, constitucionalmente assegurado, em confronto com o princípio da segurança pública, que também tem assento constitucional.

20. O outro fundamento da decisão impugnada para negar seguimento ao recurso extraordinário tem a ver com o mérito da questão e diz com a

possibilidade de a questão proposta - que envolve conflito entre interesses constitucionalmente protegidos, quais sejam, o direito fundamental à privacidade e o interesse coletivo, também de ordem constitucional, à segurança pública - ser solucionada mediante a aplicação da técnica de ponderação de valores constitucionais.

21. O entendimento do acórdão recorrido foi no sentido de que a técnica de ponderação e o postulado da proporcionalidade somente podem ser aplicados quando o conflito se apresenta entre situações concretas: “*O princípio da proporcionalidade somente pode ser utilizado para solver aparentes conflitos entre princípios constitucionais quando se está diante de situações concretas*”.

22. A decisão ora agravada acolheu essa argumentação e acrescentou que “*a aplicação dessa técnica no plano abstrato vai de encontro ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, uma vez que mitiga, em abstrato, os direitos fundamentais à vida íntima e à privacidade*”

23. O argumento, no entanto, não pode ser acolhido. A jurisprudência dessa Suprema Corte, especialmente a que se formou com o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, está repleta de julgados em que se decidiu, no plano abstrato, com base na proporcionalidade e na ponderação de valores, conflitos que se apresentavam entre valores constitucionalmente protegidos, sem que tenha havido mitigação indevida de direito fundamental.

24. A título de exemplo pode-se citar a ADI 4815, de foi Relatora a eminente Ministra Cármen Lúcia, onde se discutiu, **no plano abstrato**, sobre a validade constitucional dos arts. 20 e 21 do Código Civil, tendo a eminente Relatora, Ministra Cármen Lúcia, utilizado a técnica da ponderação de normas para determinar o direito que deveria prevalecer:

“Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e Xdo art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias”.

25. Também na ADI 5.136, o eminente Relator, Ministro Gilmar Mendes, valeu-se da ponderação de valores constitucionais para decidir, em controle abstrato, sobre a constitucionalidade da norma contestada:

“Não é verdade, contudo, que o constituinte concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. Há hipóteses em que essa acaba por colidir com outros direitos e valores também constitucionalmente protegidos. Tais tensões dialéticas precisam ser ponderadas a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade.

*Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há de perquirir-se, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado, isto é, apto para produzir o resultado desejado; necessário, isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz; e proporcional em sentido estrito, ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto (“A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2ª ed., Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999, p. 72).” (grifo acrescido)*

26. Como ensinam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, “A ponderação judicial pode ocorrer em três contextos diferentes. No primeiro,

o Poder Judiciário é provocado para analisar a validade de uma ponderação já realizada por terceiros – em geral, pelo legislador – o que pode ocorrer tanto em sede de controle abstrato de normas quanto na análise do caso concreto. No segundo, existe um conflito entre normas constitucionais, mas não há nenhuma ponderação prévia realizada por terceiros. Aqui, o juiz tem a primeira palavra na ponderação, e não apenas examina a validade de algum sopesamento extrajudicial feito anteriormente. Na terceira hipótese, o próprio legislador infraconstitucional remete ao Judiciário a tarefa de avaliar, em cada caso concreto, a solução correta para o conflito entre interesses constitucionais colidentes, seguindo determinadas diretrizes, pressupostos, procedimentos que ele fixou” (Direito Constitucional, teoria, história e métodos de trabalho, 2º edição, Editora Forum, edição digital, posição 18396).

27. Veja-se que, na lição do autores citados, somente na terceira hipótese, quando o legislador infraconstitucional remete ao Judiciário a tarefa de avaliar a solução a ser dada para a solução do conflito entre interesses constitucionalmente protegidos, é que se exige um determinado caso concreto. Esse é o caso, por exemplo, das autorizações de interceptação, de quebras de sigilo de dados, de quebra de sigilo telefônico, requeridas no bojo de uma específica investigação, em que o magistrado se vê diante de dois interesses em conflito e tem que decidir qual deles deve prevalecer.

28. No presente caso, no entanto, não foi isso que ocorreu. Tem-se aqui um pleito deduzido pelo Ministério Público, de obter o acesso direto a dados cadastrais com o objetivo de otimizar as investigações e afastar impedimentos que tem sido apresentados pelas empresas de telefonia ao argumento de que haveria violação ao direito constitucional à privacidade.

29. Trata-se, portanto, do segundo tipo de ponderação, qual seja, conflito entre normas constitucionais em que não há ponderação prévia realizada por terceiros. Nesse caso, em que não há solução legislativa específica para a questão, cabe ao Judiciário, mediante a ponderação de valores, determinar o princípio ou o direito que deve prevalecer.

30. A análise a ser feita, por óbvio, pode ser realizada no plano abstrato e a solução da questão não resulta em restrição indevida a direito fundamental ou, em outras palavras, não haverá restrição maior do que haveria se estivesse em causa uma situação concreta.

31. O que é importante na solução do caso é que o provimento jurisdicional postulado na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal não atinge o núcleo essencial de direito fundamental constitucionalmente assegurado. Não se pediu ao Juiz que permitisse ao Ministério Público ou à autoridade policial ter acesso direto aos registros das comunicações telefônicas de investigados, ou às próprias conversas telefônicas. Pediu-se tão somente o acesso aos dados cadastrais, assim entendidos, o nome do titular da linha e o número do telefone, que é o que efetivamente interessa à investigação.

32. Como afirmou o Juiz na sentença, esses dados *“não revelam aspectos da personalidade da pessoa e, em consequência, não atingem o âmago da privacidade, logo a sua proteção não pode ser tão forte como no sigilo bancário, fiscal ou telefônico. Protege-se o sigilo bancário, fiscal ou telefônico porque tais dados, se revelados, podem fornecer importantes subsídios da vida pessoa – com quem falou, o que comeu, o que comprou etc.”* (fls. 735).

33. O que é importante ver no caso é que os dados que se quer obter sem prévia autorização judicial não permitem aos órgãos de persecução o

conhecimento de fatos da vida do investigado que estejam acobertados pelo sigilo ou que digam respeito ao âmbito exclusivo da sua vida privada.

34. Afinal, o que o Ministério Público pode fazer apenas com o nome e o telefone da pessoa, ou o seu CPF, sua filiação e o endereço? Qual diligência invasiva, qual informação relevante que pode ser extraída apenas com esses dados? Obviamente nenhuma. Será que eles vão conseguir ter acesso, burlando a reserva de jurisdição, às comunicações e registros telefônicas, aos dados telemáticos, às movimentações bancárias do investigado? Indiscutivelmente não!

35. Então indaga-se novamente: qual o sentido dessa restrição, salvo o de apenas burocratizar e dificultar a investigação, impedindo que a persecução penal seja célere e eficiente?

36. A incoerência afigura-se tão gritante quando se vê que o Pleno dessa mesma Corte, em julgamento publicado recentemente (RE nº 1.055.941, Rel. Min. Dias Toffoli, Dj de 18.3.2021, Tema 990), reconheceu a constitucionalidade do compartilhamento com o Ministério Público dos Relatórios de inteligência financeira do COAF e da íntegra dos procedimentos fiscalizatórios da Receita Federal, que contém dados relevantes, acobertados pelo sigilo, relativos às operações financeiras das pessoas eventualmente investigadas. Esses documentos contém também esses mesmos dados que o eminente Relator e as empresas de telefonia entendem somente serem acessíveis por ordem judicial.

37. No referido julgamento a Corte firmou as seguintes teses: “1. *É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil - em que se define o lançamento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial,*

devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional; 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB referido no item anterior deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios”.

38. A incoerência também se mostra evidente quando se examina a legislação vigente e vê-se, em várias leis, o reconhecimento ao Ministério Público e à autoridade policial do direito de obter os dados cadastrais de suspeitos e vítimas diretamente de órgãos públicos e empresas da iniciativa privada.

39. Nesse sentido, confira-se os arts. 13-A e 13-B introduzidos ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.344/2016:

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

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

I - o nome da autoridade requisitante;

II - o número do inquérito policial; e

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

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

localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.”

40. Também a Lei nº 12.850/2013 – Lei das organizações criminosas – em seus arts. 15, 16 e 17, determina:

“Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.”

“Art. 16. As empresas de transporte possibilitarão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, acesso direto e permanente do juiz, do Ministério Público ou do delegado de polícia aos bancos de dados de reservas e registro de viagens.”

“Art. 17. As concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais.”

41. Pode-se citar, ainda, o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001: *“As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”.*

42. Também o art. 17-B da Lei nº 9.613/1998, contém a mesma autorização: *A autoridade policial e o Ministério Público terão acesso, exclusivamente, aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de*

autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito”.

43. Os dados cadastrais mantidos pelas empresas de telefonia dos seus usuários não contêm informações cuja divulgação possa atingir a integridade moral da pessoa, não sendo razoável que esteja sujeita ao sigilo.

44. E o agente público que venha a ter acesso aos dados está obrigado ao sigilo, devendo responder civil e penalmente por eventual abuso, estando sujeito, ainda, a punições administrativas.

45. Como afirmou Tercio Sampaio Ferraz Junior ao analisar os incisos X e XII, do art. 5º da CF, cuja violação foi suscitada no recurso extraordinário,

*“Pelo sentido inexoravelmente comunicacional da convivência, a vida privada compõe, porém, um conjunto de situações que, usualmente, são informadas sem constrangimento. São dados que, embora privativos – como o nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação, número de registro público oficial, etc. -, condicionam o próprio intercâmbio humano em sociedade, pois constituem elementos de identificação que tomam a comunicação possível, corrente e segura. Por isso, a proteção desses dados em si, pelo sigilo, não faz sentido. Assim, a inviolabilidade de dados referentes à vida privada só tem pertinência para aqueles associados aos elementos identificados usados nas relações de convivência, as quais só dizem respeito aos que convivem. Dito de outro modo, os elementos de identificação só são protegidos quando compõem relação de convivência privativas: a proteção é para elas, não para eles. **Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, RG, filiação, etc) não são protegidos.** Mas cadastros que envolvam relações de convivência privadas (por exemplo, nas relações de clientela, desde quando é cliente, se a relação foi interrompida, as razões de satisfazer aqueles interesses, etc.) estão sob proteção. Afinal, o risco à integridade moral do sujeito, objeto do direito à privacidade, não está no nome, mas na exploração do nome, não está nos elementos de*

identificação que condicionam as relações privadas, mas na apropriação dessas relações por terceiros a quem elas não dizem respeito, Pensar de outro modo seria tornar impossível, no limite, o acesso ao registro de comércio, ao registro de empregados, ao registro de navio, etc., em nome de uma absurda proteção da privacidade.” (Sigilo de dados; o Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, disponível em <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicações/sigilo-de-dados>

46. Daí o acerto da sentença quando, mediante a ponderação de valores, concluiu ser possível ao Ministério Público e à autoridade policial ter acesso, sem prévia autorização judicial, aos dados cadastrais mantidos pelas empresas de telefonia.

47. Com estas razões, pede e espera o Ministério Público Federal a reconsideração da decisão impugnada ou, caso assim não seja, o provimento do Agravo Interno, para que seja conhecido e provido o Recurso Extraordinário.

Brasília, 16 de maio de 2021

CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES
Subprocuradora-Geral da República