

11/06/2019

SEGUNDA TURMA

RECLAMAÇÃO 33.711 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):

**Da natureza jurídica e da evolução histórica no uso da reclamação**

A reclamação para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou garantir a autoridade de suas decisões é fruto de criação jurisprudencial. Afirmava-se que ela decorreria da ideia dos *implied powers* deferidos ao Tribunal. O Supremo Tribunal Federal passou a adotar essa doutrina para a solução de problemas operacionais diversos. A falta de contornos definidos sobre o instituto da reclamação fez, portanto, com que a sua construção inicial repousasse sobre a teoria dos poderes implícitos. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2017. p. 1449).

Em 1957, aprovou-se a incorporação da reclamação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal de 1967, que autorizou o STF a estabelecer a disciplina processual dos feitos sob sua competência, conferindo força de lei federal às disposições do Regimento Interno sobre seus processos, acabou por legitimar definitivamente o instituto da reclamação, agora fundamentada em dispositivo constitucional (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2017. p. 1450).

Com o advento da Carta de 1988, o instituto adquiriu, finalmente, *status* de competência constitucional (art. 102, I, *l*). A Constituição consignou ainda o cabimento da reclamação perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *f*), igualmente destinada à preservação da competência da Corte e à garantia da autoridade das decisões por ela exaradas (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2017. p. 1450).

## RCL 33711 / SP

No tocante à natureza jurídica, a posição dominante parece ser aquela que atribui à reclamação natureza de ação propriamente dita, a despeito de outras vozes autorizadas da doutrina identificarem natureza diversa para o instituto, como já referido, seja como remédio processual, incidente processual ou recurso.

Tal entendimento justifica-se pelo fato de, por meio da reclamação, ser possível a provocação da jurisdição e a formulação de pedido de tutela jurisdicional, além de conter em seu bojo uma lide a ser solvida, decorrente do conflito entre aqueles que persistem na invasão de competência ou no desrespeito das decisões do Tribunal e, por outro lado, aqueles que pretendem ver preservada a competência e a eficácia das decisões exaradas pela Corte (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2017. p. 1450).

Em relação ao cabimento, nos termos do art. 156 do Regimento Interno desta Corte, *“cabará reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões”*.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deu sinais de grande evolução no que se refere à utilização do instituto da reclamação em sede de controle concentrado de normas. No julgamento da questão de ordem em agravo regimental na Rcl 1.880, em 23 de maio de 2002, o Tribunal assentou o cabimento da reclamação para todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado.

No caso em questão, o reclamante alega prejuízo decorrente do descumprimento das decisões proferidas no julgamento das ADPFs 395 e 444 desta Corte, que proibiram a condução coercitiva de investigados.

Desta forma, em se tratando da alegação de descumprimento da autoridade da decisão do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, entendo ser cabível a presente reclamação.

### Da violação à decisão proferida nas ADPFs 395 e 444

Nas ADPFs 395 e 444, decidiu-se pela impossibilidade da condução coercitiva de suspeitos de prática de crimes para serem interrogados.

Entre o rol de direitos fundamentais potencialmente atingidos pela referida conduta, destacou-se a violação do direito à não autoincriminação e ao silêncio:

**“O direito à não autoincriminação consiste na prerrogativa do investigado ou acusado a negar-se a produzir provas contra si mesmo, e a não ter a negativa interpretada contra si. No caso, interessa o direito ao silêncio, o aspecto mais corrente do direito à não autoincriminação. Por projeção, o direito ao silêncio consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade.**

Tal direito não constava do catálogo de direitos fundamentais das constituições pré-1988. Tampouco era reconhecido no âmbito legal. Pelo contrário, o CPP previa que o silêncio do acusado seria interpretado em seu desfavor – art. 186, alterado apenas em 2003, para consagrar que o silêncio não será interpretado em prejuízo da defesa.

A Constituição de 1988 não foi direta em afirmar o direito à não autoincriminação em geral, ou o direito ao silêncio em particular.

O que o texto constitucional enunciou foi o direito à **advertência** quanto ao direito ao silêncio, ainda assim apenas em favor do preso – *‘o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado’*, art. 5º, LXIII.

**O legislador constituinte parece ter sido influenciado pelo ordenamento dos Estados Unidos, mais particularmente pela *Miranda warning*.** Naquele país, o direito a não depor contra si mesmo foi introduzido na Constituição pela Quinta Emenda, de 1791. A interpretação da norma constitucional separa o direito ao silêncio do direito a ser advertido dessa

prerrogativa. Inicialmente, os investigadores poderiam questionar investigados, sem dar a saber que há um direito constitucional de não responder às perguntas.

**No entanto, em 1966, no caso *Miranda v. Arizona*, a Suprema Corte decidiu que os presos, por sua especial condição de sujeição aos agentes do Estado, devem ser expressamente advertidos quanto à prerrogativa de silenciar (384, U.S., 436).** Desde então, vários julgamentos desenvolveram a interpretação do direito a ser advertido, muito embora mantendo suas características essenciais.

No Brasil, o catálogo de direitos consagrou justamente o direito à **advertência** do preso do direito ao silêncio.

Ainda que por via oblíqua, essa disposição é suficiente para afirmar o próprio direito ao silêncio, na medida em que só se adverte de um direito que existe.

E, muito embora expresse o direito à advertência apenas em benefício do preso, o direito ao silêncio em si deve ser lido como extensível a qualquer investigado ou acusado. A avaliação da raiz da previsão norte-americana deixa poucas dúvidas de que a advertência do preso pressupõe o direito de qualquer acusado de ficar calado. Naquele ordenamento jurídico, essa prerrogativa está expressa na Quinta Emenda. No Brasil, está implícita na Constituição.

Como ensina Paulo Mário Canabarro Trois Neto, o direito à não autoincriminação tem fundamento mais amplo do que o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Em verdade, o direito é derivado da ‘união de diversos enunciados constitucionais, dentre os quais o do art. 1º, III (dignidade humana), o do art. 5º, LIV (devido processo legal), do art. 5º, LV (ampla defesa), e do art. 5º, LVII (presunção de inocência)’. (Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011, p. 104).

**O direito ao silêncio foi consagrado em tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, os quais enunciam o direito do acusado de não depor contra si mesmo – artigo 14, 3, ‘g’, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e**

**Políticos, em execução por força do Decreto 592/92, e artigo 8, 2, 'g', do Pacto de San José da Costa Rica, em execução por força do Decreto 678/92.**

**No plano legal, desde a Lei 10.792/03, o direito ao silêncio foi incorporado ao CPP.**

Atualmente, tanto o direito ao silêncio quanto a respectiva advertência são previstos na legislação e aplicáveis tanto à ação penal quanto ao interrogatório policial, tanto ao preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. Mesmo o Código de Processo Civil introduziu o direito da parte de não produzir prova contra si própria – art. 379.

De tudo se retira que, executada a condução coercitiva, não há dúvida de que o conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e ao direito à respectiva advertência. Em outras palavras, a autoridade interrogante deve advertir o conduzido do direito a calar-se e respeitar seu exercício.

**O conduzido também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado (art. 7º, XXI, do Estatuto da Advocacia), reforçando a qualidade da decisão como estratégia defensiva. [...]**

**Nesse sentido, submeter o investigado a interrogatório forçado constitui uma violação ao direito à não autoincriminação.**

**Disso concluo que, em princípio, haveria violação ao direito à não autoincriminação”.**

Deve-se acentuar que a ilicitude das provas produzidas em decorrência da violação do direito ao silêncio e à não autoincriminação também já foi afirmada em outros precedentes.

No julgamento do HC 80.949/SP, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, o STF consignou que a falta da advertência ao direito ao silêncio, no momento em que o dever de informação se impõe, torna ilícita a prova, ao fundamento de que o *“privilegio contra a auto-incriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição [...] importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência -*

*e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em conversa informal gravada, clandestinamente ou não.* (HC 80.949/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJe 14.12.2001) (grifei)

No caso em análise, a violação do direito ao silêncio e à não autoincriminação, estabelecidos nas decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444, ocorreu com a **realização de interrogatório travestido de “entrevista”, formalmente documentado durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão**, no qual não se oportunizou ao sujeito da diligência o direito à prévia consulta a seu advogado e nem se certificou, no referido auto, o direito ao silêncio e a não produzir provas contra si mesmo, nos termos da legislação e dos precedentes acima transcritos.

Observo, portanto, a violação às decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444, **na medida em que utilizada técnica de interrogatório forçado proibida a partir do julgamento das referidas ações.**

Há a evidente tentativa de se contornar a proibição estabelecida pelo STF em favor dos direitos e garantias fundamentais das pessoas investigadas.

Nesse sentido, é importante destacar que a decisão do STF foi proferida em **14 de junho de 2018**, enquanto que o **“termo de entrevistas”** impugnado foi lavrado em **13 de dezembro de 2018**, ou seja, após as decisões proferidas nas referidas ações.

A lógica adotada pelos agentes de segurança é muito simples e evidente: com a proibição da condução forçada de investigados para prestar depoimento durante a realização das grandes operações, sem a prévia consulta a seus advogados, sem ciência exata do que se está sendo acusado e com menoscabo da garantia ao silêncio e à não autoincriminação, passa-se a realizar a colheita dos depoimentos na própria residência dos investigados, porém com os mesmos objetivos da medida proscrita.

Todas as perguntas realizadas na entrevista têm relação com a participação do reclamado nos fatos em apuração. **Indagou-se, às 6h40,**

**da manhã do dia do cumprimento do mandado de busca e apreensão**, sobre as funções exercidas pelo reclamado; quem teria feito sua nomeação; quem seria seu superior hierárquico; qual sua relação com outros investigados (Sr. Irael Aleixo da SAMA, a empresa GARLOC, o Sr. Sidnei Garcia, Sr. Átila Jacomussi, João Gaspar, Fernando Copolla, “Xuxa”, Marcos Maluf, Chico do Judô, dentre outros); qual procedimento utilizado para a abertura de procedimentos licitatórios; que estudos embasaram a licitação 73/2018; se o reclamado teria recebido ordens para beneficiar a empresa Garloc; se exerceu qualquer ingerência na formalização das licitações; **se houve a promessa de qualquer tipo de vantagem em razão da função pública que ocupa ou se presenciou o recebimento de vantagens ilícitas por parte dos outros investigados** (eDOC 17).

O “entrevistado”, por sua vez, respondeu a todas as perguntas, esclarecendo detalhes sobre suas atribuições funcionais, relações com os demais investigados, procedimentos adotados nas licitações suspeitas, cargos anteriormente exercidos, renda média, dentre outros.

**Importante destacar que, no item 17 do Termo de Entrevista, consta que os agentes responsáveis pelo cumprimento do mandado de busca e apreensão deveriam cientificar ao reclamado que ele “está sendo investigado pelo crime de fraude em licitação, tendo sido intimado para comparecer na sede da polícia federal, para fins de indiciamento, no dia 10.10.18, às 09:30h, esclarecendo que caso não compareça, será indiciado indiretamente”.**

Não consta, contudo, em nenhum dos itens, que o investigado deveria ser advertido do direito ao silêncio e da assistência jurídica por advogado, nos termos estabelecidos pelo art. 5º, LXIII, da CF, art. 6º, V, e art. 186 do CPP, art. 7º, XXI, do Estatuto da Advocacia, e consoante as decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444.

Aliás, ainda que houvesse tal item, entendo que a violação a tais direitos subsistiria.

Cumprе relembrar o entendimento firmado no julgamento do caso *Miranda v. Arizona*, citado nos votos que proferi nas ADPFs 395 e 444. No

caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a acusação **não poderia se utilizar de declarações obtidas por agentes policiais após a apreensão ou detenção de acusados, sem a demonstração da utilização de procedimentos que evidenciassem a proteção contra a autoincriminação** prevista na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos.

Registrou-se, como *ratio decidendi*, que a **incomunicabilidade** existente nos interrogatórios policiais nos Estados Unidos constituiria um **ambiente intimidatório que diminuiria o direito à não incriminação**. E que o fato de o indivíduo sob investigação responder a algumas perguntas durante o interrogatório não significaria que ele abriu mão desse direito, que poderia ser invocado posteriormente.

Pois bem, o caso em análise se assemelha bastante a esse precedente, uma vez que **o reclamado foi interrogado em ambiente intimidatório e de incomunicabilidade com sua defesa, com a formulação de perguntas durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão em sua casa, sem que pudesse sequer saber previamente as razões pelas quais estaria sendo investigado**.

Ao prestar informações, a autoridade policial deduziu que *“em toda entrevista efetivada com pessoas presentes nos locais de buscas, sempre se alerta aos entrevistados de que não há a obrigação de responder às perguntas naquele momento”*.

Sobre a entrevista realizada, os agentes de segurança deduziram que:

**“Esse método, utilizado em larga escala pela Polícia Federal, visa colher elementos de convicção relacionados aos fatos em apuração, esclarecer se o padrão de vida dos investigados é compatível com seus rendimentos e se a arrecadação do material selecionado durante a busca e apreensão revela-se imprescindível. Assim, a depender das respostas dos entrevistados, é possível que o material encontrado sequer seja arrecadado e apreendido. [...]**

Diferentemente do alegado pelo reclamante, não há como



se confundir a mera entrevista feita no local dos fatos, durante o cumprimento de um mandado de busca e apreensão, com os atos de interrogatório e indiciamento, os quais são revestidos de formalidade. Tanto é que, mesmo com a efetivação da entrevista, os investigados são posteriormente intimados a comparecer na Delegacia de Polícia Federal para prestar esclarecimentos sobre os fatos, agora sim, sob a coordenação do Delegado de Polícia que preside e conduz as investigações. [...]

**Trata-se, assim, de atos distintos, que serão valorados posteriormente pelo Juiz da causa, quando da prolação da sentença,** revelando-se esdrúxula essa tentativa de discutir o peso dos elementos de convicção juntados aos autos por meio de ação de Reclamação.

[...]

Durante a deflagração da 1ª fase desta operação policial em 09.05.18, a equipe PCA 73 realizou diversas entrevistas, alguma delas com investigados. Já em fase de conclusão das investigações de uma das redes criminosas, ora denominada 'Carlinhos', decidiu-se pelo NÃO INDICIAMENTO da entrevistada, quando ouvida em sede policial. No caso em questão, a entrevista da investigada foi fundamental para esclarecer seu não envolvimento nos delitos e depois, em sede policial, decidir-se pela sua não participação”.

Impressiona o fato de se tratar de um procedimento institucionalizado no âmbito da Polícia Federal de São Paulo.

Embora se alegue que sempre há a advertência quanto à ausência de obrigatoriedade de responder às questões, não há nenhum procedimento estabelecido que evidencie o cumprimento desse dever de advertência. Não há sequer a indicação de que o investigado estaria ciente desses direitos no termo de entrevista assinado. **E não parece ser crível que o investigado possa exercer livremente o direito ao silêncio no contexto apresentado.**

Ademais, as informações em destaque evidenciam que tais elementos de prova são produzidos para serem valorados quando da

produção da sentença judicial, em absoluto desrespeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado.

O fato narrado pelas autoridades policiais, no sentido de que essas provas seriam eventualmente utilizadas para inocentar pessoas sujeitas aos mandados de busca e apreensão, não descaracteriza a inconstitucionalidade da medida.

Na verdade, o uso de eventual prova ilícita em favor do réu constitui a única exceção à regra estabelecida no art. 5º, LVI, da CF/88 (*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*).

Destaque-se que as lições que se retiram do julgamento do caso *Miranda vs. Arizona* demonstram que as declarações do reclamado não significam que ele abriu mão do seu direito constitucional ao silêncio e à não autoincriminação.

Há outro relevante precedente estabelecido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, e que pode servir de norte à consolidação de uma jurisprudência brasileira que favoreça os direitos em análise. Trata-se do julgamento do caso *Mapp v. Ohio* 367 U.S. 643, de 1961, no qual se decidiu que **toda prova obtida a partir de uma busca e apreensão em violação à Constituição não seria judicialmente admitida.**

No caso em análise, a realização da busca e apreensão em dissonância ao estabelecido no julgamento das ADPFs 395 e 444, com a realização de **interrogatório forçado**, deve ensejar a nulidade da diligência probatória e das provas decorrentes.

### **Da indevida apreensão do celular do reclamante**

Há ainda outra ilegalidade constatada nos autos que, não obstante não constitua objeto do que fora decidido nas ADPFs 395 e 444, pode ser reconhecida *ex officio*, nos termos do art. 654, §2º, do CPP.

Cuida-se da indevida apreensão do celular do reclamante durante a busca e apreensão, sem a demonstração da existência de prévia autorização judicial.

O reclamante alega que foi forçado a entregar seu celular e a senha

de acesso. Por sua vez, a Polícia Federal informou que os fatos não ocorreram dessa forma:

“o reclamante NÃO forneceu a senha de acesso ao seu aparelho celular, conforme se observa do termos de apreensão correspondente. A autoridade policial que cumpria a medida diligentemente registrou no Auto Circunstanciado de Busca que AILSON MARTINS DE LIMA se encontrava ao telefone quando do ingresso da equipe na residência. O celular estava desbloqueado, ao que foi apreendido dessa forma, SEM FORNECIMENTO DE SENHA por parte do reclamante [...]

De qualquer modo, não há qualquer ilegalidade na conduta de se solicitar o fornecimento do código de acesso aos dados de um aparelho celular apreendido, uma vez que se trata de mero pedido [...]

Essa conduta se assemelha em muito (sic) à aquela de se solicitar o código de acesso para abertura de um cofre, porventura existente no local da busca. [...] Na hipótese de não fornecimento da senha de um cofre ou de um aparelho eletrônico protegido por senha, os objetos precisarão ser abertos à força. [...] Aliás, o art. 245 do Código de Processo Penal prevê que, antes de se arrombar a porta de acesso a um local em que haverá uma busca, será solicitado ao morador que a porta seja aberta. Recalcitrando o morador, será permitido o emprego de força, para o descobrimento do que se procura. [...]”

A informação de que o reclamante estaria usando o celular no momento da realização da diligência e que, por isso, o aparelho teria sido apreendido desbloqueado, é inusitada e pouco crível.

Contudo, ainda assim, observo que não há qualquer menção, na decisão judicial que decretou a medida de busca e apreensão, quanto à possibilidade de apreensão de aparelho telefônico (eDOC 3). A determinação consta apenas do mandado de busca e apreensão. Trata-se, portanto, de ordem não fundamentada, em contrariedade ao disposto no art. 93, IX, da Constituição.

Importante ressaltar que o STJ assentou, nos autos do RHC 89.981, a necessidade de autorização judicial para acesso a dados constantes do aplicativo *WhatsApp*, em acórdão publicado em 5.12.2017.

No julgamento do **HC 91.867/PA** (Segunda Turma, de minha relatoria, DJe 20.9.2012), destaquei a diferença entre *comunicação telefônica* e *registros telefônicos*, os quais receberiam proteção jurídica distinta.

Naquela oportunidade, defendi a impossibilidade de interpretar-se a cláusula do artigo 5º, XII, da CF no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral, porquanto a proteção constitucional seria da comunicação, e não dos dados.

Creio, contudo, que a **modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas**, a promulgação de **leis posteriores** e o significativo **desenvolvimento das tecnologias da comunicação, do tráfego de dados e dos aparelhos *smart phones*** levam, nos dias atuais, à solução distinta.

Ou seja, penso que se está diante de típico caso de **mutação constitucional**.

Questiona-se se o acesso a informações e dados contidos nos celulares se encontra ou não expressamente abrangido pela cláusula do inciso XII do art. 5º.

Contudo, ainda que se conclua pela não inclusão na referida cláusula, entendo que tais dados e informações encontram-se abrangidos pela proteção à intimidade e à privacidade, constante do inciso X do mesmo art. 5º.

Nessa linha de raciocínio, Paulo Gonet Branco ensina que o “*sigilo das comunicações é não só um corolário da garantia da livre expressão de pensamento; exprime também aspecto tradicional do direito à privacidade e à intimidade*”. (MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva, 2013. p. 293)

Tratando sobre o direito à intimidade, José Adércio Leite Sampaio defende que “*Afirmar que o ser humano é livre exige, não como seu pressuposto, mas como consectário, reconhecer seu domínio ou controle sobre os inputs e outputs de informação*”. Esse sentido natural da liberdade se traduz, no mundo jurídico, na liberdade ‘informativa’

próxima ao que o Tribunal Constitucional Federal alemão chamou de *Informationelle Selbstbestimmung*, ou autodeterminação em matéria de informação, que conjuga o aspecto negativo de não impedimento ao positivo, de controle”. (In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 292-293).

No âmbito infraconstitucional, as normas do art. 3º, II, III; 7º, I, II, III, VII; 10 e 11 da Lei 12.965/2014 – o marco civil da internet – estabelecem diversas proteções à privacidade, aos dados pessoais, à vida privada, ao fluxo de comunicações e às comunicações privadas dos usuários da internet.

A norma do art. 7º, III, da referida lei é elucidativa ao prever a inviolabilidade e sigilo das **comunicações privadas armazenadas (dados armazenados)**, “*salvo por ordem judicial*”.

Percebe-se, portanto, que a legislação infraconstitucional avançou para possibilitar a proteção dos dados armazenados em comunicações privadas, os quais só podem ser acessados mediante prévia decisão judicial – matéria submetida à reserva de jurisdição.

Tão importante quanto a alteração do contexto jurídico é a **impactante transformação das circunstâncias fáticas, que trazem novas luzes ao tema.**

Nesse sentido, houve um incrível desenvolvimento dos mecanismos de comunicação e armazenamento de dados pessoais em *smartphones* e telefones celulares na última década.

Nos dias atuais, esses aparelhos são capazes de registrar as mais variadas informações sobre seus usuários, como a sua precisa localização por sistema GPS ou estações de rádio base, as chamadas realizadas e recebidas, os registros da agenda telefônica, os dados bancários dos usuários, informações armazenadas em nuvem, os *sites* e endereços eletrônicos acessados, lista de *e-mail*, mensagens por aplicativos, fotos e vídeos pessoais, entre outros.

Além disso, a conexão de todos esses aparelhos à rede mundial de computadores faz com que estejamos todos integralmente conectados, o

tempo todo, fornecendo dados e informações para órgãos públicos e privados.

Conforme noticiado pelos meios de comunicação, os celulares são a principal forma de acesso dos brasileiros e cidadãos do país à *internet*. Esse motivo, por si só, já seria suficiente para concluir pela incidência das normas acima descritas no que toca à proteção dos dados, fluxos de dados e demais informações contidas nesses dispositivos.

Considerando essa nova realidade e defendendo a necessidade de decisão judicial para acesso aos dados contidos em aparelhos telefônicos, assenta-se na doutrina que *“Do direito fundamental à privacidade protegido constitucionalmente extrai-se como princípio básico, que quanto mais grave for a intervenção, maiores devem ser os requisitos para a intervenção nesse direito e mais específica deve ser a lei que prevê tal interferência. [...] Se o STF no RE 418.416/SC já entendeu que a garantia da inviolabilidade de sigilo art. 5º, XII, referia-se à comunicação de dados e não aos dados em si, é porque certamente o cenário dos riscos ao cidadão era bastante diverso tendo em vista as tecnologias então existentes”*. (MENDES, Laura Schertel. **Uso de softwares espões pela polícia: prática legal?** Disponível em: <<http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uso-de-softwares-espioes-pela-policia-pratica-legal-04062015>>. Acesso em 4.6.2015).

Por esses motivos, também observo a inconstitucionalidade e a ilegalidade da busca e apreensão judicial do aparelho celular do reclamante, sem a existência de prévia e fundamentada decisão judicial que demonstrasse a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida.

### Conclusão

Ante o exposto, a presente reclamação deve ser julgada **procedente**, tendo em vista:

**a) a realização de interrogatório forçado, travestido de “entrevista”, durante a realização de busca e apreensão, com menoscabo aos direitos**

à não autoincriminação e ao silêncio e em flagrante contrariedade à autoridade das decisões do STF nas ADPFs 395 e 444;

b) a inconstitucionalidade e a ilegalidade da apreensão e do acesso aos dados, mensagens e informações contidas no aparelho celular do reclamante, tendo em vista a ausência de prévia e fundamentada decisão judicial que justificasse a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, o que reconheço *ex officio*, nos termos do art. 654, §2º, do CPP.

Por conseguinte, declaro a nulidade da entrevista realizada, dos dados obtidos a partir do acesso ao aparelho celular e das provas derivadas, nos termos do art. 5º, LVI, da CF/88 e do art. 157, §1º, do CPP, determinando ao juízo de origem que proceda ao desentranhamento das peças.

É como voto.