

## VOTO

**O Senhor Ministro Gilmar Mendes:** Conforme o art. 5º, XII, da CF, é inviolável o sigilo das comunicações telefônicas e de dados, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Por sua vez, a **inviolabilidade da vida privada e da intimidade** é afirmada pelo art. 5º, X, da Constituição Federal. Como leciona Paulo Gonet Branco, 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).

Tradicionalmente, a doutrina entendia que a inviolabilidade das comunicações não se aplicava aos dados registrados, adotando uma interpretação mais estrita da norma contida no art. 5º, XII, da CF/88.

Partia-se da compreensão de que os dados em si não eram objeto de proteção, mas somente as comunicações realizadas.

Nesse sentido, vejam-se as distinções realizadas por Tercio Sampaio Ferraz:

“O sigilo, no inciso XII do art. 5º, está referido à comunicação, no interesse da defesa da privacidade. Isto é feito, no texto, em dois blocos: a Constituição fala em sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Note-se, para a caracterização dos blocos, que a conjunção e une correspondência com telegrafia, segue-se uma vírgula e, depois, a conjunção de dados com comunicações telefônicas. Há uma simetria nos dois blocos. Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefônica. O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados . Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não está havendo

**quebra de sigilo** . Mas, se alguém entra nesta transmissão como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violado o sigilo de dados. A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação” (FERRAZ, Tercio S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 1, 1992).

Essa orientação foi incorporada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

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

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

A mesma linha de raciocínio foi adotada no julgamento do RE 418.416 /SC, Tribunal Pleno, DJ 14.12.2007, de relatoria do ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, no sentido de estender a proteção da inviolabilidade constitucional à comunicação de dados, e não aos dados propriamente ditos, já que “*tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse*”.

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 *smartphones* , leva, **nos dias atuais, a solução distinta**. Sem dúvidas, cada vez mais, a nossa vida quase inteira está registrada em nossos aparelhos celulares.

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, conforme destacado nos precedentes acima descritos e reforçado pelo ilustre Ministro Relator.

Trata-se de **questão-problema** extremamente relevante e bem colocada pela doutrina: “ Nesse contexto, o art. 244 do Código de Processo Penal é claro ao dizer que ‘a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão (...). Que o preso em flagrante tenha seu corpo e suas vestes revistadas e apalpadas, está, portanto, autorizado nessas circunstâncias. A questão que se coloca, entretanto, é se é permitido às autoridades policiais estender os limites da busca pessoal do acusado preso ‘independentemente de mandado’, acessando também dados armazenados no celular por ele portado. A prisão em flagrante autoriza a devassa a tudo que está salvo eletronicamente em dispositivos carregados pelo preso em flagrante, sem que seja necessária ordem judicial? ” (ANTONIALLI, Denny; ABREU, Jacqueline; MASSARO, Heloisa; LUCIANO, Maria. Acesso de autoridades policiais a celulares em abordagens: retrato e análise da jurisprudência de tribunais estaduais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 27, n. 154, abr. 2019, p. 191).

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 privacidade, constante do inciso X do mesmo art. 5º.**

Tratando sobre o direito à intimidade, José Adércio Leite Sampaio defende que:

“Em geral, define-se o direito à intimidade como uma espécie de editoria das informações pessoais ou como um genérico ‘direito a ser deixado em paz’. Ele é mais do que isso e mais bem se apresenta como um direito à liberdade, marcado por um conteúdo mais determinado ou determinável, conjugado a um complexo de princípios constitucionais, que nada mais são do que suas manifestações concretas. [...] **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 de traduz, no mundo jurídico, na liberdade ‘informacional’ 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; arts. 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.

Entendo que o avanço nesse importante tema da proteção do direito à intimidade e à vida privada deve ser considerado na interpretação do alcance das normas do art. 5º, X e XII, CF.

Mais importante que a alteração do contexto jurídico, **a impactante transformação das circunstâncias fáticas joga novas luzes sobre o 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 os 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 de telefone, 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.

Afirma-se que “ a utilização habitual das novas tecnologias torna necessária a obtenção de prova de tipo tecnológico que, embora contribua para aprimorar a eficácia estatal na persecução dos delitos, em igual medida aumentará o risco de lesividade ao direito fundamental à autodeterminação informativa das pessoas investigadas ” (PÉREZ ESTRADA, Miren J. La protección de los datos personales en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 5, n. 3, set./dez. 2019, p. 1308, tradução livre).

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 . Essa regra, deduzida do princípio da proporcionalidade, está presente também no inciso XII, do art. 5º da Constituição Federal, que exige a reserva legal qualificada para a intervenção na garantia da inviolabilidade do sigilo das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, ao prescrever o requisito ‘da ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal’.**

**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 .** Afinal, usualmente os dados sofrem maior risco de interceptação durante o processo de comunicação – isto é, no tráfego – e não enquanto eles estão armazenados. Ocorre que com o advento da internet e dos aparelhos pessoais conectados em rede, a constelação de riscos alterou-se radicalmente e os programas espíões são o maior exemplo do risco de acesso clandestino e de manipulação dos dados armazenados em sistemas pessoais, que na vida moderna, guardam praticamente todas as informações a respeito de seu usuário. Nesse contexto, a efetividade da garantia constitucional da inviolabilidade

do sigilo pressupõe que ela alcance também os dados armazenados em sistemas informáticos pessoais – tais como computadores, smartphones e agendas eletrônicas – cujo acesso passa a ser possível por meio desses programas e que podem acarretar riscos gravíssimos de monitoramento e vigilância ao cidadão sem que ele tome sequer conhecimento a respeito.” (MENDES, Laura Schertel. **Uso de softwares espões pela polícia: prática legal?** Disponível em: <http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uso-de-softwares-espoes-pela-policia-pratica-legal-04062015>. Acesso em 4.6.2015).

Os casos citados no referido artigo são paradigmáticos. Há, nos dias atuais, a possibilidade de inserção de *softwares* espões em aparelhos celulares (MENDES, Carlos Hélder. *Tecnoinvestigação*. Entre a proteção de dados e a infiltração por software. JusPodivm, 2020; CAPRIOLI, Francesco. Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 2, 2017).

A partir do telefone, pode-se verificar se determinada pessoa esteve ou não em determinado local, qual percurso ela percorreu e que *sites* acessou no caminho. Câmeras de reconhecimento facial integradas à internet possibilitam o reconhecimento instantâneo de suspeitos. Algoritmos podem ser usados para prever e evitar crimes (GUIMARÃES, Rodrigo C. A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 5, n. 3, 2019; PEDRINA, Gustavo M. Consequências e perspectivas da aplicação de inteligência artificial a casos penais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 5, n. 3, 2019).

**Esses avanços tecnológicos são importantes e devem ser utilizados para a segurança pública dos cidadãos e a elucidação de delitos** (SOARES, Gustavo T. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas*. D’Plácido, 2016). Contudo, **deve-se ter cautela, limites e controles para não transformar o Estado policial em um Estado espião e onipresente**, conforme descrito por George Orwell em seu livro 1984.

Destaque-se que essas recentes ressignificações do direito à privacidade e à intimidade também têm sido objeto de intenso debate em outros países.

Em 2018, por exemplo, o Tribunal Constitucional alemão declarou a inconstitucionalidade da lei de proteção da Constituição do Estado de Nordrhein-Westfalen (NRW-VSG), que permitia à polícia daquela unidade

da federação a realização de buscas ou investigações secretas e remotas em computadores de pessoas suspeitas de cometer ilícitos criminais, autorizando, ainda, o monitoramento de todas as atividades de suspeitos na internet (MENKE, Fabiano. *In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. Direito, Inovação e Tecnologia*, p. 215-216).

Nesse julgamento, a Corte construiu o conceito do denominado direito fundamental da garantia da confidencialidade e integridade dos sistemas técnico-informacionais ( *Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme* ).

Ou seja, decidiu a Corte alemã que os dados pessoais dos indivíduos não podem ser acessados de forma indiscriminada, devendo existir sistemas, procedimentos e instrumentos de controle contra esses acessos indevidos (GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal – Notícia sobre a experiência alemã. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* , vol. 5, n. 3, p. 1483-1518, set./dez. 2019).

A Europa também possui uma avançada legislação sobre a proteção de dados ( *General Data Protection Regulation - GDPR*) recentemente aprovada, que dispõe sobre o livre consentimento no compartilhamento de dados e informações pessoais, a privacidade dos usuários e até mesmo a portabilidade das informações fornecidas.

Embora voltada para as relações entre os usuários da internet e as grandes empresas de comunicação, a legislação em questão evidencia a importância da proteção aos dados nos dias atuais.

Nos Estados Unidos, o precedente marcante da Suprema Corte se deu em **Riley V. Califórnia** , de 2014, em que se decidiu, à unanimidade, que uma busca de conteúdos digitais em um celular durante uma prisão seria inconstitucional se não houvesse autorização judicial. No caso, afirmou-se que a autorização de busca pessoal durante uma prisão tem as funções de garantir a segurança dos policiais e de preservar a prova e, nesse sentido, o celular, por si só, não acarretaria qualquer risco ou dano, de modo que poderia ser retido para que então se buscasse a autorização judicial.

Passando à análise da questão colocada neste agravo em recurso extraordinário, **entendo ser possível o acesso aos dados contidos em**

**aparelhos celulares**, uma vez que não há uma norma absoluta de proibição da visualização do seu conteúdo, conforme se poderia extrair a partir de uma interpretação literal da norma contida no art. 5º, XII, da Constituição da República.

Não obstante, a proteção à intimidade e à vida privada, contida no art. 5º, X, da CF/88, e a exigência da observância ao princípio da proporcionalidade nas intervenções estatais nesses direitos impõem a revisão de meu posicionamento anterior, para que **o acesso seja condicionado à prévia decisão judicial**. (GLOECKNER, Ricardo J.; EILBERG, Daniela D. Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, , v. 27, n. 156, p. 353-393, jun. 2019).

As normas do art. 3º, II, III; 7º, I, II, III, VII; art. 10 e 11 da Lei 12.965/2014 e as significativas alterações no contexto fático subjacente evidenciam se tratar de verdadeiro caso de mutação constitucional na interpretação do âmbito de proteção dos direitos estabelecidos no art. 5º, X e XII, da CF.

Da mesma forma, **não** se mostra viável conferir **acesso parcial às informações** contidas nos aparelhos celulares, uma vez que tal posicionamento acarretaria o enfraquecimento do grau de proteção que deve ser conferido a partir das normas constitucionais e legais aplicáveis ao caso, possibilitando abusos e acessos indevidos que poderiam ser inclusive escamoteados.

Destaco, por último, que a permissão do acesso direto, pelas autoridades policiais, pode estimular que pressões indevidas sejam exercidas sobre os acusados para o fornecimento de senhas de acesso a informações confidenciais.

Não é incomum ouvir relatos de investigados que forneceram “voluntariamente” senhas de acesso a celulares ou prestaram depoimentos informalmente no momento da prisão e, posteriormente, na fase judicial do processo, afirmam que, em realidade, foram pressionados a isso.

Desta feita, o acesso direto pode conflitar, ainda, com o direito fundamental à não autoincriminação (art. 5º, LVII, da CF/88). Penso, portanto, que o **acesso aos aparelhos telefônicos deve ser submetido a**



**prévia decisão judicial, na qual seja demonstrado, *in concreto* , a necessidade, adequação e proporcionalidade do acesso aos dados e informações requeridos.**

Trata-se de medida fundamental para resguardar os direitos individuais e evitar buscas genéricas ( *fishing expedition* ). Isso porque a necessidade de controle judicial impõe a demonstração da necessidade da medida e da sua justa causa, além de possibilitar o estabelecimento de limites aos dados a serem coletados.

Ressalta-se que **nada impede a atuação da polícia no momento do flagrante para apreender o aparelho celular, respeitados os requisitos legais para tanto** (haver fundada suspeita de que existam provas em sua memória) **e a cadeia de custódia** , para posterior representação ao juízo para que autorize o acesso aos dados. Contudo, vale destacar que tal apreensão não pode se tornar uma atitude automática, visto que depende da constatação de fundada suspeita e potencial relevância probatória, o que será submetido a posterior controle judicial.

Ademais, pode-se aventar hipótese em que o acesso aos dados do celular possa se mostrar extremamente urgente , como para localizar uma pessoa sequestrada ou evitar um ataque terrorista. Por óbvio, em tais casos excepcionais, a ponderação dos valores em jogo poderia eventualmente justificar o acesso mesmo antes da autorização judicial (ZILLI, Marcos. A prisão em flagrante e o acesso de dados em dispositivos móveis. Nem utopia, nem distopia, apenas racionalidade. In: ANTONIALLI, ABREU (ed.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital* . Internetlab, 2018. p. 64-99). Contudo, por óbvio, trata-se de situação extremamente excepcional, a ser posteriormente controlada pelo juízo, sob pena de ilicitude probatória se injustificada.

Por fim, entendo ainda que o STF poderia caminhar para uma formulação semelhante a uma Miranda *clause* , no qual o acesso indevido a dados pessoais ou a obtenção de informações sem a observância das garantias fundamentais do processo leve à inutilização dos elementos de prova obtidos, ante a proibição das provas ilícitas contida no art. 5º, LVI, da CF.

Por esses motivos, **divirjo do eminente relator e voto pelo desprovemento do recurso interposto** e proponho a fixação da seguinte tese , em sede de repercussão geral:

“O acesso a registro telefônico, agenda de contatos e demais dados contidos em aparelhos celulares apreendidos no local do crime atribuído ao acusado **depende de prévia decisão judicial que justifique** , com base em elementos concretos, a necessidade e a adequação da medida e delimite a sua abrangência à luz dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e ao sigilo das comunicações **e dados** dos indivíduos (CF, art. 5º, X e XX).”

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 02/11/20