

# A INCIDÊNCIA DO DIREITO À PRIVACIDADE E DA LEGALIDADE ESTRITA NA INDISPONIBILIDADE DE DADOS

THE IMPACT OF THE RIGHT TO PRIVACY AND OF STRICT LEGALITY ON DATA UNAVAILABILITY

## Pedro Luís de Almeida Camargo

Mestrando em Direito Processual Penal pela USP. Especialista em Obtenção, Interpretação e Valoração da Prova pela Universidade de Salamanca.

Bacharel em Direito pela USP. Advogado.

Link lattes: <http://lattes.cnpq.br/8451429372152340>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1330-0929>

[pedro.la.camargo@gmail.com](mailto:pedro.la.camargo@gmail.com)

**Resumo:** O presente artigo visa analisar brevemente a decisão monocrática proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski sobre o HC 222.141 no Supremo Tribunal Federal, que invalidou operação na qual o Ministério Público requereu diretamente e sem autorização judicial a provedores de aplicações de internet a preservação e a indisponibilidade de dados de indivíduos investigados. A partir de uma análise da concepção contemporânea do direito à privacidade e do princípio da legalidade processual, será demonstrada a correção de referida decisão no que diz respeito à proteção de direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Investigação criminal; Reserva judicial; Apreensão de dados; Legalidade processual.

**Abstract:** This article aims to briefly analyze the individual ruling made by Justice Ricardo Lewandowski on HC 222.141 at the Supreme Court, which invalidated an investigation in which the Prosecutors asked directly to internet service providers the preservation and unavailability of data produced by individuals who were being investigated. After analyzing the contemporary concept of the right to privacy and the principle of procedural legality, it will be demonstrated the correctness of said decision with regard to the protection of fundamental rights.

**Keywords:** Criminal investigation; Judicial authorization; Data seizure; Procedural legality.

A decisão monocrática ora analisada se insere no contexto da definição jurisprudencial dos limites da ação estatal na persecução penal envolvendo meios de obtenção de prova relacionados à tecnologia. Diversas decisões em temas correlacionados já foram proferidas, a exemplo da jurisprudência existente sobre acesso a dados de celulares apreendidos (2021b), obtenção de dados de geolocalização (BRASIL, 2022), as discussões sobre criptografia forte em aplicativos de mensagens (2021a),<sup>1</sup> entre outros.

No presente caso, a decisão não se refere exatamente à necessidade de decisão judicial para obtenção em si de dados telemáticos. Ao contrário, a questão versa sobre uma “etapa preparatória” para essa obtenção. Devido à volatilidade inerente ao domínio probatório digital, com a possibilidade de fácil adulteração e apagamento de arquivos e dados (ALMEIDA, 2018, p. 43), há sempre o justo receio por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal de que elementos essenciais para a apuração dos fatos que pertencam

ao mundo virtual sejam perdidos antes da apreensão e análise.

Nesse contexto, o requerimento feito diretamente pelo Ministério Público sem autorização judicial se refere à preservação dos dados a provedores de aplicação, incluindo informações cadastrais, históricos de localização e pesquisas, conteúdo de correspondência eletrônica, fotos e nomes de contato.

Isso significa que o próprio Ministério Público não acessou os conteúdos até que fosse proferida decisão judicial autorizando a quebra de sigilo, mas pediu somente sua preservação. Como consequência necessária dessa preservação, os serviços ficaram indisponíveis para os usuários. A controvérsia se refere justamente à possibilidade desse requerimento direto.

A decisão do Ministro **Ricardo Lewandowski** foi justamente no sentido de que esse pedido foi ilegal, porque, mesmo sem o acesso, o pedido de indisponibilidade deveria ser precedido de autorização

judicial. O raciocínio empregado versa tanto sobre a interpretação das garantias constitucionais do art. 5º, incisos X e XII, quanto em razão das disposições legais da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).

Em relação à interpretação constitucional, a decisão dá a entender que o congelamento e a perda da disponibilidade violariam ambos os incisos supracitados. Já em relação ao Marco Civil da Internet, o Ministro indica que o texto legal não dá autorização ao requerimento cautelar de preservação de dados em geral, mas somente de registros de conexão e de acesso às aplicações.

Inicialmente, deve-se analisar se o requerimento do Ministério Público entra em colisão com os direitos fundamentais supracitados. Não se pode adentrar essa questão sem fazer o breve esclarecimento de que a revolução da tecnologia da informação na contemporaneidade alterou completamente o paradigma do que se pode ter como direito à privacidade, especialmente na esfera digital.

Se antes o domicílio era considerado o paradigma da intimidade, hoje se pode dizer que tanto o uso extensivo da tecnologia – em especial, da internet – quanto a captura em grande escala de dados pessoais faz com que os dispositivos informáticos e os dados armazenados de maneira remota representem mais a projeção de direitos fundamentais da personalidade do que a própria residência (ZILLI, 2018, p. 85-88).<sup>2</sup> Com efeito, uma enorme gama de atividades humanas somente é possibilitada, ou ao menos muito facilitada, pela internet, e os dados pessoais coletados capturam essencialmente tudo sobre a experiência humana contemporânea: relacionamentos profissionais e sociais, gostos e preferências, localização e deslocamento, hábitos de consumo, informações financeiras.

Em uma concepção contemporânea de privacidade, que leve em conta o peso que a dimensão digital da projeção da personalidade exerce, não se pode ficar restrito à ideia de que a violação da vida privada só se pode dar por meio da invasão desses conteúdos por terceiros ou pelo Estado. Ao contrário, é indispensável também uma concepção positiva de privacidade,<sup>3</sup> que entenda que o direito fundamental também inclui a possibilidade de construção de uma esfera de vida privada (QUEIROZ; PONCE, 2020, p. 75).<sup>4</sup> Em uma sociedade altamente integrada e permeada por tecnologias da informação, qualquer medida estatal no sentido de impedir o livre exercício da construção da esfera digital da vida privada precisa ser compreendida como uma colisão com esse direito fundamental (SOLOVE, 2008, p. 105).<sup>5</sup>

A modernização da concepção do direito fundamental à privacidade encontra ecos na normatização recente (BRASIL, 2020).<sup>6</sup> Não apenas a constitucionalização da proteção de dados pessoais, nos termos

do art. 5º, LXXIX, mas também a legislação infraconstitucional reflete essa atualização, como disposto no próprio Marco Civil da Internet, especialmente nos dispositivos relacionando diretamente o uso da internet com o direito à privacidade, e a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), porque consagra a autodeterminação informativa e a liberdade, além da própria privacidade, como fundamentos da disciplina legal da proteção de dados pessoais.

Por sua vez, o direito ao sigilo das comunicações, previsto no art. 5º, XII, também precisa ser analisado sob uma perspectiva contemporânea. Sem pretensão de esgotar o complexo debate sobre a construção da noção de que tal inciso protege somente as comunicações em fluxo ou em trânsito ou se comunicações armazenadas também são abrangidas pelo direito fundamental,<sup>7</sup> tem-se que a transformação tecnológica também se operou no seio das formas de transmissão de informação. Devido à capacidade de armazenamento e a possibilidade de comunicação escrita em tempo real, tanto por e-mail quanto por aplicativos de mensagens, a existência de um histórico organizado de comunicações faz com que seja necessário

o reconhecimento de uma dimensão de tal direito fundamental que proteja, também, as comunicações armazenadas. A proteção do sigilo das comunicações também deve impor o reconhecimento de uma dimensão histórica e organizacional das informações transmitidas: o indivíduo deve ter direito a organizar e armazenar o que lhe interessa, sem interferências indevidas.<sup>8</sup>

A conclusão dessa análise deve ser, portanto, justamente no sentido de que o pedido de congelamento dos dados efetuado pelo Ministério Público atinge o direito fundamental à privacidade e o direito fundamental ao sigilo das comunicações.

Isso é verdadeiro mesmo para o caso de não ter havido o efetivo acesso a esses dados. Ao serem congelados os

dados, os provedores impediram os usuários de acessarem e utilizarem os serviços e os dados armazenados (incluindo os de comunicação), bem como de organizarem os dados e conteúdos como bem entendessem. A extensão dos dados preservados também chama a atenção, já que cobriu período superior a dois anos.

Sendo esse o caso, é inafastável a conclusão de que se exige tanto uma previsão legal específica quanto uma autorização judicial para que haja legitimidade na restrição do direito fundamental.<sup>9</sup>

No caso subjacente à decisão ora analisada, ambos os pressupostos estão ausentes. Foi incontroverso que o congelamento não se amparou em decisão judicial anterior, mas constituiu uma medida preparatória para a autorização judicial da efetiva quebra de sigilo dos dados. No entanto, ainda deve ser feita uma análise sobre o teor dos dispositivos legais do Marco Civil da Internet citados

## "[...] O PEDIDO DE CONGELAMENTO DOS DADOS EFETUADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ATINGE O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL AO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES."

pelo Ministro **Lewandowski** para verificar se, excepcionalmente, existe uma autorização legal para tais requerimentos sem prévia autorização judicial.

O Marco Civil da Internet prevê limitadíssimas hipóteses de requerimentos diretos que podem ser feitos pela Polícia ou pelo Ministério Público, nos termos do art. 13, § 2º, e do art. 15, § 2º. Em ambas as hipóteses, o pedido cautelar atinge unicamente a possibilidade de manutenção de registros de conexão e de registros de acesso às aplicações de internet por prazo superior àqueles aos quais os provedores estão ordinariamente obrigados.

Esses registros são expressamente definidos pelo próprio Marco Civil, considerando-se registro de conexão: “o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados” (art. 5º, V, do Marco Civil) e registro de acesso a aplicações de internet: “o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP” (art. 5º, VIII, do Marco Civil). Ou seja, não há menção alguma à possibilidade de guarda de conteúdos, mas somente de conexão ou acesso nos estritos termos delineados pela própria lei.

No âmbito da persecução penal, a necessidade de interpretação

estrita dos dispositivos legais que atingem direitos fundamentais, já bem assentada na doutrina,<sup>10</sup> atinge, por óbvio, os meios de obtenção de prova digitais devido aos potenciais danos aos direitos fundamentais analisados. O fato de o caso concreto se referir à indisponibilidade de conteúdos e dados especialmente sensíveis, tais como dados de localização, fotos e conteúdos de comunicações privadas, apenas amplifica a necessidade dessa proteção.

Dessa forma, diante da análise empregada, fica evidente o acerto da decisão proferida pelo Ministro **Ricardo Lewandowski** nos autos do *HC 222.141/PR*. O requerimento de indisponibilidade dos dados efetuado pelo Ministério Público no caso atinge os direitos fundamentais à privacidade e ao sigilo das comunicações e, portanto, exige decisão judicial. Ademais, uma análise cuidadosa do texto do Marco Civil da Internet indica que não existe autorização legal para o acautelamento de dados telemáticos em geral, mas somente para registros de conexão e acesso.

A decisão é, portanto, um importante passo para a construção de uma cultura e de uma prática judicial que, cientes dos riscos que as investigações criminais representam na era digital, avançam na proteção dos direitos fundamentais em uma sociedade tão dependente das tecnologias da informação.

## Notas

- 1 Importante mencionar que o mesmo tema atualmente encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 403.
- 2 Examinando a revolução tecnológica e as transformações provocadas por ela em relação à privacidade, Marcos Zilli rejeita a equiparação do celular ao domicílio, mas reconhece a importância da proteção da privacidade no contexto tecnológico em razão das funções exercidas por dispositivos como celulares.
- 3 A respeito de uma possibilidade de conceituação plural da privacidade, ver Leonardi (2011, p. 78-83).
- 4 Conforme afirmado por Rafael Mafei Rabelo Queiroz e Paula Pedigoni Ponce (2020, p. 75): “A privacidade, com os instrumentos jurídicos à sua disposição – dentre os quais o sigilo – serve para garantir aos cidadãos espaços de autonomia indispensáveis ao florescimento humano individual. Sem esses espaços de autonomia, corre-se o risco de aniquilamento do indivíduo [...]”.
- 5 Dentro da taxonomia de privacidade proposta por Daniel Solove, poderia se qualificar essa interferência como uma “interferência decisional”, ou seja, uma incursão estatal nas decisões do indivíduo em relação à sua vida privada.
- 6 A atualização da interpretação do conceito de privacidade em decorrência dos avanços tecnológicos e das mudanças normativas infraconstitucionais encontra eco na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, especialmente no voto do Ministro Gilmar Mendes no âmbito do *HC 168.052*. Nesse contexto, o Ministro destaca

que houve mutação constitucional, apta a estender a necessidade de autorização judicial para o acesso a dados armazenados em telefones celulares.

- 7 Para verificar o estado atual da discussão, ver o precedente do Supremo Tribunal Federal no *HC 168.052*, já citado, bem como: Queiroz e Ponce (2020, p. 64-90); e Ferraz Júnior (2021).
- 8 Na já exposta concepção plural de privacidade, que inclui questões atinentes ao sigilo, também se pode conceber isso como uma interferência indevida nas escolhas do indivíduo de como construir sua própria esfera privada.
- 9 Esses são dois dos pressupostos para o exame de proporcionalidade de medidas restritivas de direitos fundamentais e, tendo em vista que foram a base para a decisão ora analisada, não se adentrará ao exame de proporcionalidade propriamente dito. Para um exame detalhado dos pressupostos e requisitos da restrição legítima de direitos fundamentais no processo penal, ver Zanoide de Moraes (2010, p. 310-329).
- 10 “A legalidade processual penal, como pressuposto formal para o exame da proporcionalidade, aufere toda sua justificação e impositividade do texto expresso da Constituição. O preceito do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CR), em sua feição material (*substantive due process of law*), associado às regras da legalidade geral (art. 5º, inciso II, CR) e penal material (art. 5º, XXXIX, CR), formam a base jusfundamental que determina a imprescindibilidade de que toda medida estatal processual penal restritiva de direito fundamental seja prévia, escrita, estrita e se dirija a um fim constitucionalmente legítimo.” (ZANOIDE DE MORAES, 2010, p. 315).

## Referências

- ALMEIDA, Ivo de. *A Prova Digital*. Porto: Librum, 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (2. Turma). *HC 168.052/SP*. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe 20 out. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345143997&ext=.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *AgRg no REsp 1.871.695*. Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 10 maio 2021a. Disponível em: [https://scon.stf.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202000954433&dt\\_publicacao=10/05/2021](https://scon.stf.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000954433&dt_publicacao=10/05/2021). Acesso em: 05 fev. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *HC 674.185/MG*. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 20 ago. 2021b. Disponível em: [https://scon.stf.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202101864837&dt\\_publicacao=20/08/2021](https://scon.stf.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101864837&dt_publicacao=20/08/2021). Acesso em: 05 fev. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *AgRg no RMS 68.119*. Rel. Min. Jesuino Rissato, DJe 28 mar. 2022. Disponível em: [https://scon.stf.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202104046013&dt\\_publicacao=28/03/2022](https://scon.stf.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202104046013&dt_publicacao=28/03/2022). Acesso em: 05 fev. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (6. Turma). *HC 222.141/PR*. Rel. Min. Ricardo

Lewandowski. DJe 01 dez. 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC222141.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2023.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O alcance da proteção do sigilo das comunicações no Brasil. In: CRUZ, Francisco Brito; SIMÃO, Bárbara (eds.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*: doutrina e prática em debate. v. IV. São Paulo: InternetLab, 2021.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2011.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; PONCE, Paula Pedigoni. Tércio Sampaio Ferraz Júnior e sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado: o que permanece e o que deve ser reconsiderado. *Internet & Sociedade*, v. 1, n. 1, p. 64-90, 2020.

SOLOVE, Daniel. *Understanding privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZILLI, Marcos. A prisão em flagrante e o acesso de dados dispositivos móveis. Nem utopia, nem distopia. Apenas a racionalidade. In: ANTONIALLI, Denny; ABREU, Jacqueline de Souza (eds.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*: doutrina e prática em debate. v. 1. São Paulo: InternetLab, 2018, p. 64-99.

Autor convidado