

# PROVAS OBTIDAS A PARTIR DO CONGELAMENTO DE CONTEÚDO DE CONTAS DA INTERNET: A DECISÃO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI NO HC 222.141 FOI CORRETA?

EVIDENCE OBTAINED FROM THE FREEZING OF INTERNET ACCOUNTS CONTENT: WAS JUSTICE RICARDO LEWANDOWSKI'S DECISION IN HC 222.141 CORRECT?

**Fernando Henrique Santos Terra**

Mestrando em Direito Processual Penal pela USP. Pós-graduado em Direito Processual Civil e em Direito Constitucional. Promotor de Justiça.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8308530358715219>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8019-0921>

[fhsterra@usp.br](mailto:fhsterra@usp.br)/[fhsterra@gmail.com](mailto:fhsterra@gmail.com)

**Resumo:** No julgamento do HC 222.141, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski anulou todas as provas produzidas a partir do congelamento de conteúdos de contas de internet vinculadas à pessoa investigada, cujo pedido para a deflagração da providência foi formulado pelo Ministério Público com fundamento no previsto no Art. 13, § 2º, da Lei 12.965/2014, o cognominado “Marco Civil da Internet”. Neste artigo, pondera-se sobre o acerto da decisão tomada que, sob a alegação maior de violação ao direito fundamental à privacidade, reputou ilegal o atendimento da medida pelos provedores de internet, ainda que tenha sido sucedida por autorização judicial, nos termos legais. Obtempera-se que a posição suprema destoa da praxis probatória penal, notadamente por se tratar de solução que conflita com a sistemática das nulidades processuais e seus princípios.

**Palavras-chave:** Processo penal; Provas; Congelamento de conteúdos virtuais; Marco Civil da Internet; Direito à privacidade; Teoria das nulidades.

**Abstract:** In the judgment of HC 222.141, Supreme Court Justice Ricardo Lewandowski annulled all the evidence produced from the freezing of the contents of internet accounts linked to the person under investigation, whose request for the triggering of the measure was formulated by the Public Prosecutor's Office based on the provisions of Art. 13, § 2, of Law 12.965/2014, the so-called “Civil Rights Framework for the Internet”. In this article, we ponder on the correctness of the that, under the major allegation of violation of the fundamental right to privacy, considered illegal the fulfillment of the measure by internet providers, even if it was succeeded by judicial authorization, under legal the legal terms. It should be noted that the supreme position is not in line with the practice of criminal evidence, notably because it is a solution that conflicts with the system of procedural nullities and its principles.

**Keywords:** Criminal procedure; Evidences; Virtual content freezing; Civil Rights Framework for the Internet; Right to privacy; Theory of nullities.

## 1. O Habeas Corpus 222.141

Impetrado contra decisão do Superior Tribunal do Justiça (STJ), o HC 222.141 teve por objetivo desconstituir sucessivas decisões que mantiveram a regularidade de medida deferida sob os auspícios da Lei 12.965/2014, o Marco Civil da Internet. No caso, o Ministério Público do Paraná solicitou extrajudicialmente aos provedores de internet (Apple e Google), que congelassem de forma preventiva conteúdos específicos de contas virtuais de pessoas investigadas em razão da suspeita da prática de infrações penais no contexto de licitações no Detran daquele Estado.

O pedido formulado visava à “preservação dos dados e IMEI coletados a partir das contas de usuários vinculadas, tais como dados cadastrais, histórico de pesquisa, todo conteúdo de e-mail e iMessages, fotos, contatos e históricos de localização” (BRASIL, 2022a, p. 3). De acordo

com a impetrante, o conteúdo indicado não se enquadrava nos conceitos de “registros de conexão” ou de “registros de acesso a aplicações de internet”, para os quais o Marco Civil da Internet possibilita a formulação de requerimento administrativo de guarda cautelar, respectivamente no Art. 13, § 2º,<sup>1</sup> e no Art. 15, § 2º.<sup>2</sup>

E mesmo que o *Parquet* tenha obtido, posteriormente, provimento jurisdicional favorável ao acesso especificamente de todo o conteúdo solicitado, que, por sua vez, foi formulado com fundamento e no prazo do Art. 13, § 3º,<sup>3</sup> do Marco Civil, defendia a impetrante que além da ilegalidade pela inadequação às mencionadas hipóteses, ocorreu também violação ao direito fundamental à privacidade em virtude de terem sido impedidos de utilizar livremente os dados que foram armazenados em decorrência do requerimento apresentado às plataformas.

A tese da impetrante, acolhida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal (STF), foi essencialmente pela violação do direito à privacidade. Para a concessão da ordem e anulação de todo o acervo probatório produzido no contexto da diligência provocada pelo Ministério Público, o Ministro concluiu que houve contrariedade à Constituição Federal e ao Marco Civil da Internet, pois a medida se constituiu em verdadeira medida cautelar ordenada por conta própria, sem autorização judicial, de todo conteúdo de comunicações telemáticas da impetrante.

Além disso, observou que o congelamento – e, conforme por ele destacado –, a: “consequente perda da disponibilidade [...] de todo o conteúdo de e-mails, mensagens, contatos e históricos de localização” (BRASIL, 2022b, p. 8), estaria albergada pela reserva de jurisdição, à vista do direito à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, à luz do Art. 5º, X, da Constituição Federal.

Por fim, assentou que a medida solicitada pelo Ministério Público se afastou completamente do que o Marco Civil definiu conceitualmente para a guarda cautelar de: “registros de conexão” e de: “registros de acesso a aplicações de internet”;<sup>4</sup> de forma que a providência, tal como se deu, tratou-se de efetiva busca e apreensão prévia de conteúdos telemáticos para posterior formalização por ordem judicial: “em prática vedada por qualquer *standard* que se extraia da ordem constitucional vigente” (BRASIL, 2022b, p. 15).

## 2. A Decisão Foi Correta?

Não. Com todas as vênias ao Ministro e a suas colocações, pondera-se que a decisão caminha até certo ponto na jornada legítima e escorreita da tutela dos direitos e garantias fundamentais, mas se distancia de outros pontos igualmente relevantes, equivalentes ou até superiores, que envolvem mais do que somente a posição jurídica da paciente no *HC 222.141*.

De fato, o conteúdo indicado pelo Ministério Público na solicitação formulada aos provedores de internet não se enquadra no teor dos dispositivos que o legitimavam a adotar a providência estudada; vai além. No entanto, a casuística ganha outra dimensão quando observado que, a despeito do parcial descompasso, os provedores de internet Apple e Google acataram a solicitação administrativa na sua integralidade quando podiam recusar o seu cumprimento, em razão do que preconiza a legislação.

Além disso, é de bom alvitre pressupor que o Ministério Público não tenha agido de má-fé, seja por não ser comum a atuação deliberadamente ilegal, seja porque, consoante a máxima do Direito: a boa-fé se presume; a má-fé se comprova. Frise-se, porém, que não se quer estabelecer nenhuma espécie de defesa ou justificativa para eventuais violações a direitos fundamentais, com ou sem intenção.

Almeja-se, na verdade, salientar a circunstância da possibilidade de haver dúvida e boa-fé de todos os envolvidos quando a solicitação foi formulada aos provedores de internet para o congelamento dos dados dos investigados, até mesmo do próprio juízo de primeiro grau, que, poucos dias depois de o pedido de congelamento dos dados ter sido acatado, deferiu a sua disponibilização ao Ministério Público.

Esse detalhe não poderia ter sido meramente desconsiderado porque não há como negar que, para todos os efeitos, o Ministério

Público sempre atua no sentido de cumprir um mister investigativo de ordem constitucional, que prima pela tutela de outros interesses também de cariz fundamental – como, em último grau, o de segurança, expresso em diversas passagens do texto constitucional (Arts. 5º e 6º, 144, *capita*).

Logo, ao ser redesenhado o quadro julgado no *HC 222.141* para incluir outros aspectos merecedores de ponderação, constata-se: i) a existência de interesses fundamentais de ambas as partes – investigador/Estado e investigado; ii) a possibilidade de dúvida quanto aos termos e alcance da medida de congelamento dos dados virtuais; iii) a existência de indícios da prática de infrações penais em desfavor dos investigados, sem os quais a medida não obteria chancela jurisdicional posterior;<sup>5</sup> iv) o estado e as consequências da reclamada violação ao direito de privacidade da impetrante.

Com isso, a questão relativa à violação ao direito de privacidade, antes de ser o argumento silenciador da discussão, merecia, no mínimo, que fosse cotejada com aqueles outros aspectos, ainda que para rejeitá-los. Além de não os abordar, a decisão estabelece como o único viés apenas a perspectiva da paciente, o que torna a solução sedimentada pelo STF, indiscutivelmente, limitada.

Com efeito, não houve o exame sob a ótica da teoria das nulidades, que, mesmo em relação às de caráter absoluto – como se dá em casos de violações a direitos fundamentais –, autoriza a aplicação do princípio do prejuízo ou da instrumentalidade das formas.<sup>6</sup> Esta regra é: “a viga mestra em matéria de nulidade”.<sup>7</sup>

Em verdade, dados os inúmeros inconvenientes e perdas que a decretação de uma nulidade representa à persecução penal, não é razoável: “que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 28). Tanto que o próprio STF admite a manutenção do ato judicial ainda que infirmado por nulidade absoluta quando não demonstrado haver prejuízo.<sup>8</sup>

Ainda nesse sentido:

A manutenção da eficácia do ato atípico ficará na dependência da demonstração de que a atipicidade não causou prejuízo algum. E será o juiz – a quem incumbe zelar pela regularidade do processo e observância da lei – que, para manter a eficácia do ato, deverá expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse sua finalidade (BADARÓ, 2015, p. 790).

Portanto, se ao longo de todas as decisões nas instâncias inferiores a ausência de prejuízo não só foi um ponto discutido, como foi o próprio fundamento para a manutenção da investigação no primeiro grau, era mais do que razoável esperar que o Supremo Tribunal Federal também se debruçasse sobre essa questão.

No caso concreto, entre a solicitação do Ministério Público, o atendimento pelos provedores e a obtenção da autorização judicial de acesso ao que foi demandado (e não só aos “registros de conexão” e de “registros de acesso a aplicações de internet”) se passaram pouco menos de duas semanas (de 22/11 a 3/12/2019).

Nesse período, conforme a impetrante e o Ministro Ricardo Lewandowski, teria havido a perda da disponibilidade, por seus titulares, sobre os conteúdos telemáticos congelados. Com arrimo

em passagem do voto do também Ministro Edson Fachin na ADPF 403/DF, estabeleceu o Ministro Relator que a violação ao direito de privacidade se deu pela afronta ao: “direito de manter o controle sobre a sua própria informação e de determinar a maneira de construir sua própria esfera pública” (BRASIL, 2022b, p. 11).

Ocorre que, do ponto de vista semântico, e salvo melhor juízo, “perda” se relaciona com a ideia de definitividade, ou seja, deixa de poder fazer o que quiser, quando quiser e como quiser com o conteúdo privativo.

Entretanto, o que houve na hipótese fática foi de que, por 13 dias, os investigados até poderiam exercer o controle sobre os conteúdos telemáticos congelados, mas apenas parcialmente, pois continuariam guardados junto aos provedores de internet por força de medida inicialmente administrativa e, depois, judicial.

Logo, verifica-se ter ocorrido mera suspensão da possibilidade do controle absoluto sobre o conteúdo privativo, tornando-se definitiva a partir do momento em que, constatados os indícios da prática de ilícitos penais e procedido conforme a legislação de regência, aqueles elementos passariam a pertencer à investigação.

Vale dizer que, durante todo o período da alegada indisponibilidade, o conteúdo foi mantido sob absoluto sigilo, de forma que somente quem sempre teve, em tese, conhecimento dos dados virtuais – os investigados e os provedores de internet – assim permaneceu até o deferimento de acesso ao Ministério Público.

Sendo assim, realmente não se compreende qual foi o prejuízo experimentado pela impetrante se, em termos práticos, nada em sua situação jurídica foi alterada até ser expedida ordem judicial. Efetivamente, não há nem que se falar em “ameaça a direitos”; pois,

se havia indícios de ilícitos criminais que pesavam em desfavor dela e dos demais investigados, isso é justamente razão para que se autorizem medidas de ingerência à esfera individual ou patrimonial de uma pessoa, e não o contrário.

### 3. Considerações Finais

Da mesma forma que não se tolera lesão ou ameaça de lesão a direitos, principalmente os de caráter fundamental, do mesmo modo não se admite que nenhuma pessoa se arvore neles para cometer ilícitos e se furtar à aplicação da lei.

Ao conceder a ordem no HC 222.141 e anular todas as provas de operação levada a efeito pelo Ministério Público do Estado do Paraná, entende-se, com a devida vênia, que o Supremo Tribunal Federal se afastou da integralidade dos *standards* da ordem constitucional por ele mesmo preconizados, os quais, certamente, acolhem a sistemática das nulidades previstas na legislação processual penal.

Assim agindo, descurando-se da inexistência de prejuízo que autorizaria a manutenção de toda a investigação, a Corte Constitucional caminhou exclusivamente na direção do indivíduo, ainda que contra ele pesassem informações do cometimento de crimes e outras circunstâncias que, no caso, reclamavam por maior atenção.

Sob outro viés, a sociedade se viu descoberta e sozinha – nem sequer lembrada em seus interesses –, a qual, representada não só pelo *Parquet*, como também por todos os juízes de instância inferior (o Superior Tribunal de Justiça inclusive), laborou para manter tão custosa e desgastante hipótese de persecução penal.

A forma superou a finalidade.

#### Notas

- Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento. [...] § 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderá requerer cautelarmente que os registros de conexão sejam guardados por prazo superior ao previsto no caput (BRASIL, 2014, grifo nosso).
- Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento. [...] § 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente a qualquer provedor de aplicações de internet que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados, inclusive por prazo superior ao previsto no caput, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do Art. 13 (BRASIL, 2014, grifo nosso).
- Art. 13. [...] § 3º Na hipótese do § 2º, a autoridade requerente terá o prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir do requerimento, para ingressar com o pedido de autorização judicial de acesso aos registros previstos no caput (BRASIL, 2014).
- Nos termos do Marco Civil da Internet, registros de conexão são: “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, VI) e registros de acesso a aplicações da 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) (BRASIL, 2014).
- O Art. 22 do Marco Civil da Internet define que: “a parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet. Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade: I - fundados indícios da ocorrência do ilícito; II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e III - período ao qual se referem os registros”. Vale, ainda, a menção ao Art. 23, pelo qual: “cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar sigredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro” (BRASIL, 2014, grifo nosso).
  - Vale a menção de que, em seu Art. 563, o Código de Processo Penal prevê que: “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” (BRASIL, 1941, grifo nosso).
  - TOURINHO FILHO *apud* BADARÓ, 2015, p. 790.
  - BRASIL, Supremo Tribunal Federal *apud* BADARÓ, 2015, p. 791.

#### Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*, de 5 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso: 5 fev. 2023.

BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 5 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 5 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Habeas Corpus* 626.683. Rel. Min. Olindo Menezes. Brasília, DF, 8 fev. 2022a. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202003003135&dt\\_publicacao=22/02/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003003135&dt_publicacao=22/02/2022). Acesso em: 5 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus* 222.141. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 1º dez. 2022b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC222141.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Autor convidado