

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO PENAL NA ERA DIGITAL /

DOCTRINA E PRÁTICA EM DEBATE < VOL.4 >

FRANCISCO BRITO CRUZ (ED.) / BÁRBARA SIMÃO (ED.) / CAROLINA
RICARDO / DIOGO MALAN / ELOÍSA MACHADO / FERNANDA TEIXEIRA
SOUZA DOMINGOS / GUSTAVO BADARÓ / JAQUELINE ABREU / MAURÍCIO
DIETER / MELISSA GARCIA BLAGITZ DE ABREU E SILVA / NEIDE
MARA CARDOSO DE OLIVEIRA / ORLANDINO GLEIZER / SARAH LAGESON
/ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. / YURI LUZ

INTERNETLAB
pesquisa em direito e tecnologia

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO PENAL NA ERA DIGITAL /

DOCTRINA E PRÁTICA EM DEBATE < VOL.4 >

FRANCISCO BRITO CRUZ (ED.) / BÁRBARA SIMÃO (ED.) / CAROLINA
RICARDO / DIOGO MALAN / ELOÍSA MACHADO / FERNANDA TEIXEIRA
SOUZA DOMINGOS / GUSTAVO BADARÓ / JAQUELINE ABREU / MAURÍCIO
DIETER / MELISSA GARCIA BLAGITZ DE ABREU E SILVA / NEIDE
MARA CARDOSO DE OLIVEIRA / ORLANDINO GLEIZER / SARAH LAGESON
/ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. / YURI LUZ

INTERNETLAB
pesquisa em direito e tecnologia

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO PENAL NA ERA DIGITAL /

DOCTRINA E PRÁTICA EM DEBATE < VOL.4 >

FRANCISCO BRITO CRUZ (ED.) / BÁRBARA SIMÃO (ED.) / CAROLINA RICARDO / DIOGO MALAN / ELOÍSA MACHADO / FERNANDA TEIXEIRA SOUZA DOMINGOS / GUSTAVO BADARÓ / JAQUELINE ABREU / MAURÍCIO DIETER / MELISSA GARCIA BLAGITZ DE ABREU E SILVA / NEIDE MARA CARDOSO DE OLIVEIRA / ORLANDINO GLEIZER / SARAH LAGESON / TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. / YURI LUZ

INTERNETLAB
pesquisa em direito e tecnologia

SÃO PAULO, 2021

O InternetLab é uma organização sem fins lucrativos dedicada à produção de pesquisa acadêmica aplicada com impacto em políticas públicas de tecnologia e Internet no Brasil.

Citação sugerida

BRITO CRUZ, Francisco; SIMÃO, Bárbara (eds.). Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate. Vol. IV. São Paulo. InternetLab, 2021.

Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons CC BY-NC-SA 4.0 BR. Esta licença permite que outros remixem, adaptem e criem obras derivadas sobre a obra original, desde que com fins não comerciais e contanto que atribuam crédito aos autores e licenciem as novas criações sob os mesmos parâmetros. Toda nova obra feita a partir desta deverá ser licenciada com a mesma licença, de modo que qualquer obra derivada, por natureza, não poderá ser usada para fins comerciais.

Avenida Ipiranga 344 cj 11B
01046-010 | São Paulo | SP | Brasil

ASSOCIAÇÃO INTERNETLAB DE PESQUISA EM DIREITO E TECNOLOGIA

www.internetlab.org.br

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Direitos fundamentais e processo penal na era digital [livro eletrônico] / [editores] Francisco Brito Cruz, Bárbara Simão. -- 1. ed. -- São Paulo : InternetLab, 2021. -- (Doutrina e prática em debate ; 4)

Mobi

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-88385-08-1

1. Direito processual penal **2.** Direitos fundamentais **3.** Processo penal **4.** Tecnologia e direito **5.** Tecnologias da informação e comunicação

I. Cruz, Francisco Brito. **II.** Simão, Bárbara. **III.** Série

21-76384 · CDU-343.1:004

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito e tecnologia : Direito processual penal

343.1:004

Eliete Marques da Silva - Bibliotecária - CRB-8/9380



Tercio Sampaio Ferraz Junior



O presente texto se baseia em apresentação oral feita no painel “O Alcance da proteção do sigilo das comunicações no Brasil” no IV Congresso Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital, organizado pelo InternetLab em parceria com a FDUSP em agosto de 2020.

Em 1988, a expressão “dados”, constante do inciso XII, levava a uma certa perplexidade. Nesse sentido, em 1990, a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, São Paulo, 1990, vol. I, p. 38): “*Sigilo de dados. O direito anterior não fazia referência a essa hipótese. Ela veio a ser prevista, sem dúvida, em decorrência do desenvolvimento da informática. Os dados aqui são os dados informáticos (v. incs. XII e LXXII)*”.

Para a doutrina, à época, a expressão *dados*, constante do inciso XII do art. 5º da CF, provocou alguma estranheza, percebida até como uma certa *impropriedade* (Celso Bastos & Ives Gandra, Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo, 1990, art. 5º-XII). Esses autores reconheciam que por “dados” não se entende o *objeto* de comunicação, mas uma *modalidade tecnológica* de comunicação. **A inviolabilidade seria dessa modalidade e não propriamente dos dados.**

Essa relativa incerteza quanto ao sentido da expressão tornou-se um problema prático, por volta de 1992. Na época, o Governo Collor debatia medidas de combate a fraudes tributárias. Nesse contexto, foi editada a Lei Complementar nº 70/91, que permitia à Receita Federal demandar de instituições financeiras no geral, incluindo empresas administradoras de cartão de crédito, informações cadastrais sobre os usuários (nome, filiação endereço e número do CPF). A operacionalização dessas demandas precisava ser delineada em regulamento específico, que permitiria à Receita Federal utilizar cruzamentos para identificar números falsos de CPF e CGC, movimentação de caixa 2 e sinais de sonegação de impostos.

O Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento objetivava emitir duas portarias regulamentares: uma destinada às instituições financeiras e outra às administradoras de cartão de crédito. Conforme se entendia

pacificamente à época (1992), as instituições financeiras não seriam obrigadas a fornecer dados de movimentação das contas dos clientes, pois elas estariam protegidas pelo sigilo bancário; mas tal restrição não valeria para empresas de cartão de crédito, por não serem “instituições financeiras” no sentido estrito do termo. As administradoras de cartão de crédito, por sua vez, contestavam tal interpretação e defendiam a inconstitucionalidade da medida.

Em maio de 1992, como Procurador Geral da Fazenda Nacional, elaborei um parecer, depois transformado em artigo, publicado em 1993 sob o título: “Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado” ²⁰.

Da leitura do inciso XII do art. 5º (inviolabilidade do sigilo), entendia que o sigilo ali referido diz respeito estritamente à *comunicação*. A partir das simetrias identificadas no texto constitucional (correspondência e telegrafia, telefonia e dados), e recorrendo a Pontes de Miranda, entendia a inviolabilidade do sigilo como uma liberdade de “negação”. Ela seria, portanto, uma imunidade⁴ contra o pretendido poder de devassa ou interceptação/intromissão investigativa em certas esferas das vidas privadas de cidadãos. O sigilo, e sua manutenção, efetivariam esse direito, **mas sem se confundir com o conteúdo daquilo que protegem**. Assim, quanto aos dados, especificamente, concluía que o objeto da inviolabilidade do sigilo não seriam os dados em si, e sim a liberdade de negar acesso ao fluxo comunicacional. Mas não ao conteúdo por ele abarcado.

A interceptação de uma mensagem – isto é, a invasão do fluxo entre emissor e receptor, visando a acessar o conteúdo comunicacional que é transmitido – seria uma violação da proteção conferida pelo sigilo., nas hipóteses em que o teor da comunicação não puder ser obtido de outra forma. Como a inviolabilidade era prevista para o fluxo, não para o conteúdo comunicado, a interceptação de comunicações seria aceita por ordem judicial somente nas comunicações telefônicas, nas quais não restam

vestígios físicos do conteúdo comunicado, por sua característica de “instantaneidade”.

Neste horizonte estreito, a tese do texto foi levada ao STF, a partir de casos relativos à higidez do sigilo financeiro de cidadãos em face da atividade fiscalizadora do Estado.

Em 1994, em um mandado de segurança impetrado pelo Banco do Brasil contra ato do Procurador-Geral da República, que demandava, por ofício, lista de nomes dos beneficiários de liberação de recursos públicos ao setor sucroalcooleiro, além de dados específicos sobre existência de débitos e naturezas das operações que os originaram, a tese encampada pela PGR, da inviolabilidade do sigilo de comunicações, mas não dos dados armazenados, elaborada com apoio no texto de meu artigo, sagrou-se vencedora. Em dois votos vencedores, dos Ministros Sepúlveda Pertence e Francisco Rezek, o texto foi expressamente citado. Por maioria de 6 a 5, o STF indeferiu o mandado de segurança.

A tese acabou prevalecendo, tornando-se pacífico na jurisprudência constitucional e de tribunais inferiores que **a inviolabilidade do sigilo (da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas) refere-se ao fluxo da comunicação.**

Ainda em agosto de 2020, a Terceira Seção do STJ negou provimento a três recursos em mandados de segurança em face de ordens judiciais com perfil genérico: dispensam a indicação de um alvo individualizado e suspeito em uma investigação, para requerer o conjunto inespecífico e coletivo de informações sobre usuários que (i) tenham feito buscas por certas palavras-chave, e (ii) tenham transitado em certas áreas geográficas. Fundamento: o inc. XII do art. 5º da CF não se referia a informações **comunicadas** em correspondências, mensagens telegráficas, dados e telefonemas em si, mas ao *fluxo* da comunicação enquanto ocorre.

Porém, também no mesmo ano, em um caso, no qual o réu foi denunciado por infração ao art. 33 da Lei de Drogas e art. 12 do Estatuto do

Desarmamento, após policiais apreenderem seu aparelho celular e, ali, procederem à investigação no aplicativo WhatsApp, em que se verificaram trocas de conversas, cujo teor indicaria a traficância, o Ministro Gilmar Mendes pronunciou “*a nulidade das provas obtidas mediante o acesso indevido ao aplicativo WhatsApp e à residência do paciente e, constatada a derivação de todas as demais provas*”, declarando “*nulo o processo, determinando o trancamento da ação e a absolvição do paciente*”.

Importante, nesse passo, ressaltar os fundamentos dessa decisão. O voto reconhece que, tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência do STF entendiam que a inviolabilidade das comunicações *não se aplicava aos dados registrados*. Porém, 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 levariam, na atualidade, a solução distinta, “*operando-se caso de mutação constitucional*”.

Note-se, então, que a *comunicação de dados – fluxo-armazenamento - é em relação comunicativa*. Daí a sua compreensão como um “bem” *necessariamente social*. Não *social* em termos de mera interação individual (indivíduos nucleares, como numa correspondência, num telegrama), mas de comunicação *em sistema de acesso* que só tem uma qualidade: como *bem social, constitui-se apenas na dimensão do acesso*.

Nesses termos, “*o direito à autodeterminação informacional é, em consequência, não um direito de defesa privatístico do indivíduo que se põe à parte da sociedade, mas objetiva possibilitar a cada um uma participação em processos de comunicação*.” ²¹ O sujeito de direito é pensado como um agente que se comunica *não por meio, mas em meio* a esses bens. Aqui se fala de “meios”, mas não como “*instrumento*”, antes como “*ambiente*”.

Importante perceber, nessa esteira, que *a confluência tecnológica – caso ostensivo do celular – acabou, então, por alterar a percepção tradicional no que se refere à relação entre fluxo e dados armazenados*. Basta ver, hoje, a facilidade com que se copia e cola no fluxo mesmo da comunicação. Por

isso, para sua compreensão, entra inevitavelmente uma ponderação entre o direito individual à livre comunicação (liberdade de e direito à informação) e o valor atribuível à promoção da segurança pública (inviolabilidade do sigilo).

Particularmente isso afeta a hipótese de uma autorização judicial para qualquer *acesso privilegiado* de parte de um agente estatal (investigação criminal), que deve, então, levar em conta a possibilidade de uma vulnerabilidade ao sistema comunicacional no contexto da inviolabilidade à comunicação em termos de um conteúdo *privado/social*, indivíduos nucleares *em sistema de acesso*

Nesse sentido, a garantia de um *direito fundamental à confidencialidade e integridade dos sistemas* significa para os usuários que a ruptura da esfera de intimidade de qualquer pessoa, quando ausente a hipótese configuradora de causa provável revela-se incompatível com o modelo consagrado na Constituição da República, pois a quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário pelo Poder Público. Não fosse assim, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada, que daria, ao Estado – não obstante a ordem judicial – o poder de vasculhar registros sigilosos de pessoas indeterminadas, sem quaisquer indícios concretos, de modo a viabilizar, mediante uma ilícita utilização do procedimento de devassa indiscriminada (que nem mesmo o Judiciário pode ordenar), o acesso a dados supostamente impregnados de relevo jurídico-probatório, em função dos elementos informativos que viessem a ser eventualmente descobertos.

Na verdade, no âmbito da comunicação de dados mesclam-se as fronteiras jurídicas entre as esferas da comunicação individual e em massa que eram até então separadas. No mundo das redes e da internet enquanto a rede das redes, as fronteiras entre público e privado tornaram-se porosas. Donde a questão de saber se seria juridicamente possível sustentar que o usuário de redes, ao optar por utilizar um perfil público, assume o risco de disponibilizar os seus dados de forma irrestrita e, por esse motivo, não teria

legitimidade para se insurgir contra a possibilidade de utilização desses dados por qualquer interessado. Ou seja, de um lado, o tema da liberdade de expressão, de outro, a disponibilidade sem peias a que se expõe o destinatário.

Trata-se de um problema difícil de resolver-se quando se percebe no horizonte a **conformação da sociedade como imensos sistemas virtuais** dos quais a liberdade parece ter sido despersonalizada e que se regularão apenas por modelos sempre mais uniformizadores do *arbítrio* dos indivíduos, já então reduzidos a uma *tecla de acesso* e despojados de sua razão de ser como portadores do *ethos*.

Trata-se do problema da *transsubjetividade* em lugar da comunicação como *intersubjetividade*.

A digitalização elimina a realidade. A realidade é experimentada graças à resistência que oferece, que também pode ser dolorosa. A digitalização, toda a cultura “like”, suprime a negatividade da resistência. **Ou seja, a revolução cultural trazida pelo mundo digital faz-nos perceber que, aos poucos, antigas e sedimentadas noções, como a de *direito subjetivo*, não são mais capazes de lidar com essa desintegração em pedaços (*bits*) da estrutura íntegra das coisas.** Pois a revolução cultural e, nessa extensão, *jurídica*, que nos torna aptos a construir universos alternativos e paralelos ao mundo supostamente *dado*, nos converte de *sub-jectus* – indivíduos únicos – em *pro-jectus* de vários mundos.


A comunicação nas “redes sociais” é liquefeita; ela pode ser alterada pelo crescimento e pela mudança dos círculos de relação respectivos, seja de maneira intencional ou por agregação gradual espontânea: sempre e sempre mais *post*.

Ora, a regulamentação dos meios clássicos de formação da opinião pressupunha, no passado, sempre a formação de convenções estáveis ou móveis, que ditavam o que poderia ser apresentado como um tema válido.

Isso era também um requisito para o controle das fronteiras da esfera pública em face da esfera privada.

No presente, porém, a erosão das fronteiras do dizível na fragmentada rede das redes que é a internet é tão clara e evidente que salta aos olhos. E controles externos da proteção judicial funcionam apenas de forma consideravelmente limitada contra comunicações ilícitas na internet.

Veja-se, por exemplo, o problema de como tratar juridicamente o uso de dados e metadados “produzidos” mediante *fake news*. Lida-se, na verdade, com questões ontológicas sobre a essência de uma tecnologia ou de uma aplicação na internet. Por exemplo: o *site* seria uma “*plataforma*” onde potenciais violadores de direitos autorais apenas se comunicam (sem responsabilidade pelo *site*) ou um “*quadro de avisos*” que estimula a prática de violações jurídicas?

Parece claro que a proteção do sigilo da comunicação, em termos de direitos fundamentais individuais, ganha uma dimensão que mal se vislumbrava há 30 anos atrás. E a dúvida é saber se os instrumentos jurídicos elaborados no correr dos anos seriam ainda inteiramente adequados. Esse é um problema por resolver. 

[20](#) Ferraz Júnior, T. S. (1993). Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, 88, pp. 439-459.

[21](#) Wolfgang Hoffmann-Riem. *Rechtliche Rahmenbedingungen*, em *Der neue Datenschutz*, Helmut Bäumler (org.) Neuwied/Kriftel, Luchterhand, 1998, p. 13.
