

TEMA:

A DECISÃO DO MIN. RICARDO LEWANDOWSKI NO *HABEAS CORPUS* 222.141/PR FOI CORRETA?

Em dezembro de 2022, o Excelentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski proferiu decisão monocrática acerca da impossibilidade de o Ministério Público requerer diretamente a provedores de conexão e a plataformas de acesso a aplicações de internet a preservação de dados e conteúdo eletrônicos. Da leitura da decisão, verifica-se que, no caso, o pedido do MP/PR envolve a guarda de “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, desde a data de 01.06.2017 até o presente momento”.

O pedido de *Habeas Corpus* está fundamentado na divergência existente entre os termos “conteúdo” e “registros de conexão e registros de acesso”, sendo que o “congelamento” daquele dependeria de prévia autorização judicial. Além disso, o requerimento de preservação do conteúdo eletrônico seria restritivo ao Paciente de dispor de forma livre os seus dados, alegando ser essa uma interferência indevida do órgão persecutório.

Em contrapartida, o Ministério Público Federal reitera que a solicitação direta do MP/PR às provedoras não teve por finalidade o acesso direto ao conteúdo dos dados objeto de “congelamento”, mas tão somente a sua preservação. Isso para que futuro pedido de quebra de sigilo telemático não fosse protocolizado já natimorto, sendo possível o cumprimento de seu objeto em caso de eventual autorização pela autoridade judicial. Registrou, ainda, que o pedido de quebra foi deferido em 03/12/2019. Assim, não se verificaria qualquer ilegalidade no pedido direto de guarda de dados e conteúdo eletrônicos.

Após inicialmente indeferir a liminar pleiteada, tendo em vista que o pedido se confundia com o próprio mérito da impetração, o Ministro Lewandowski proferiu decisão monocrática concedendo a ordem. Em suas palavras:

A jurisprudência desta Suprema Corte tem afirmado reiteradamente que o inciso XII do art. 5º da Carta Magna protege o sigilo das comunicações em fluxo (troca de dados e mensagens). Assenta também que o sigilo das comunicações armazenadas, como depósito registral, é tutelado pela previsão constitucional do direito à privacidade, na forma do inciso X do art. 5º, CF (cito, v.g., o HC 91.867/PA, relator Ministro Gilmar Mendes). No campo infraconstitucional, o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) traça os princípios aplicáveis em nosso ordenamento, enumerados no art. 3º, tal como o da proteção da privacidade e dos dados pessoais, assegurando, outrossim, a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, ressalvada ordem judicial de sua quebra (art. 7º da mencionada lei).

Partindo dessas premissas, tenho que o pedido de indisponibilidade dos registros de que trata a Lei 12.965/2014 (dados intercambiados), seja pelo Ministério Público, seja por autoridades policiais ou administrativas, em atenção à referida cláusula constitucional, deverá, a toda evidência, ser precedido de indispensável autorização judicial. Sim, pois, na forma do art. 5º, V, da supracitada legislação,

os registros de conexão se referem, tão somente, ao conjunto de informações concernentes à data e hora de início e de término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço de IP utilizado pelo terminal. Registros de acesso a aplicações de internet, por sua vez, previstos no inciso VIII do citado dispositivo, tratam apenas do conjunto de informações relativas à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço de IP.

[...]

Caso prevalecesse o entendimento esposado no acórdão combatido, toda e qualquer autoridade policial ou o próprio Ministério Público poderiam requisitar aos provedores da internet, sem a devida autorização judicial, a indisponibilidade de dados telemáticos de qualquer investigado, situação que, a toda evidência, não se concebe. Nesta senda, rememoro as palavras do Ministro Edson Fachin no julgamento da ADPF 403/DF, de sua relatoria, ao enfatizar que a privacidade é o direito de manter o controle sobre a sua própria informação e de determinar a maneira de construir sua própria esfera pública.

[...]

Conclui-se, portanto, que, na hipótese sob exame, o Ministério Público do Estado do Paraná não observou a necessária reserva de jurisdição no que toca à ordem de indisponibilidade do conteúdo telemático por parte da sua legítima titular, contrariando, na forma acima delineada, a Constituição Federal e o Marco Civil da Internet, pois decretou verdadeira medida cautelar ao ordenar, sponte propria, o “congelamento” de todo o conteúdo de comunicações telemáticas da paciente. Em suma, retirou do seu legítimo proprietário o direito de dispor do conteúdo dos seus dados para quaisquer fins, sem que houvesse autorização judicial para tanto.

Isso posto, concedo a ordem a fim de declarar nulos os elementos de prova angariados em desfavor da paciente a partir do congelamento prévio, sem autorização judicial, do conteúdo de suas contas eletrônicas, bem como de todos os demais que dele decorrem, nos autos da ação penal ora em comento. (destaques nossos – **Cadastro IBCCRIM 6425**).

Compilação e curadoria científica de: **Gessika Christiny Drakoulakis**

SIM
Pg. 29

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

NÃO
Pg. 32

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

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

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),¹ 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).² 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,³ que entenda que o direito fundamental também inclui a possibilidade de construção de uma esfera de vida privada (QUEIROZ; PONCE, 2020, p. 75).⁴ 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).⁵

A modernização da concepção do direito fundamental à privacidade encontra ecos na normatização recente (BRASIL, 2020).⁶ 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,⁷ 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.⁸

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.⁹

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,¹⁰ 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. 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. 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. 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

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/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,¹ e no Art. 15, § 2º.²

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,³ 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”;⁴ 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;⁵ 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.⁶ Esta regra é: “a viga mestra em matéria de nulidade”.⁷

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.⁸

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

- 1 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).
- 2 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).
- 3 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).
- 4 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).
- 5 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).
 - 6 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).
 - 7 TOURINHO FILHO *apud* BADARÓ, 2015, p. 790.
 - 8 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. 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. 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. 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. 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