

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Marcos Henrique Cenachi Azedo de Oliveira

**O ACESSO A *SMARTPHONES* EM ABORDAGENS POLICIAIS À LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Juiz de Fora

2021

Marcos Henrique Cenachi Azedo de Oliveira

**O ACESSO A *SMARTPHONES* EM ABORDAGENS POLICIAIS À LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Penal sob a orientação do Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes.

Orientador: Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes.

Juiz de Fora

2021

Marcos Henrique Cenachi Azedo de Oliveira

**O ACESSO A *SMARTPHONES* EM ABORDAGENS POLICIAIS À LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Penal submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovada em 03/09/2021

Orientador: Prof. Dr. Cleverton Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ms. Cristiano Álvares Valadares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

RESUMO

O presente artigo visa expor a recente mutação constitucional advinda da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro a respeito do acesso ao conteúdo gravado em smartphones ao longo de abordagens policiais, aprofundando-se nos argumentos mobilizados para tanto, bem assim na doutrina que os guia. Nesse sentido, inicialmente explora as inovações tecnológicas associadas aos antigos aparelhos celulares, destacando a relação direta que, doravante, se estabelece entre os dados ali contidos e os direitos à intimidade e à vida privada postos na Constituição Federal de 1988. Em seguida, aborda-se o princípio da proporcionalidade, em conformidade com as lições de Robert Alexy. Avançando, são brevemente explicitados os tratamentos jurídicos conferidos aos direitos acima mencionados em outros contextos, a saber: sigilos bancário e fiscal, inviolabilidade de residência e sigilo de fluxo de dados, especialmente do telemático. Após, mergulha-se no julgamento dos HCs 91.867/PA e 168052/SP, refletindo acerca das teses vencedoras em cada uma dessas oportunidades e sobre a utilização do Poder Judiciário como via para solucionar essa questão.

Palavras-chave: Mutação constitucional. Sigilo de *smartphones*. Limites à abordagem policial. Direito à intimidade e à vida privada.

ABSTRACT

This article aims to expose the recent constitutional mutation arising from the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court regarding the access to content recorded on smartphones during police searches, delving into the arguments used for such, as well as the doctrine that guides them. In this sense, it initially explores the technological innovations associated with old cell phones, highlighting the direct relationship that, henceforth, is established between the data contained therein and the rights to privacy and intimacy set forth in the Federal Constitution of 1988. Next, the principle of proportionality is discussed, in accordance with the lessons of Robert Alexy. Moving forward, the legal treatments given to the rights mentioned above in other contexts are briefly explained, namely: bank and tax secrecy; inviolability of residence; secrecy of data flow, especially of telematics. Afterwards, the judgment of HCs 91.867/PA and 168052/SP is examined, reflecting on the winning thesis in each one of these opportunities and on the use of the Judiciary as a way to solve this issue.

Keywords: Constitutional mutation. Smartphone secrecy. Limits to the police approach. Right to privacy and private life.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	O TRATAMENTO JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	14
3	O DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA E SUA COLISÃO COM DIREITOS INDIVIDUAIS FUNDAMENTAIS.....	17
4	O SIGILO FISCAL E BANCÁRIO.....	18
5	A INVIOABILIDADE DOMICILIAR.....	19
6	O SIGILO TELEFÔNICO, DE DADOS E TELEMÁTICO.....	22
7	TENTATIVA DE CLASSIFICAÇÃO DOS SMARTPHONES.....	23
8	O HC 91.867/PA.....	24
9	A GUINADA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUP.....	26
10	CONCLUSÃO	28
11	REFERÊNCIAS	32

1 INTRODUÇÃO

As inovações tecnológicas da segunda metade do Século XX proporcionaram mudanças substanciais na realidade nacional. Dentre elas, destacam-se os aparelhos celulares, que, a princípio, destinavam-se à realização de chamadas telefônicas, mas que, ao longo do tempo, englobaram outras funções, tais como: câmeras fotográficas; aplicativos para transmissão simultânea de mensagens multimídia; aplicativos de *streaming*. sistemas de posicionamento global (GPS); acesso à *world wide web*. Surgem, então, os ditos *smartphones*, que se popularizaram entre as mais diversas camadas da sociedade e, por conseguinte, passaram a influenciar múltiplos aspectos da vida contemporânea.

Nada obstante, houve o desenvolvimento concomitante da internet móvel, a qual, especialmente após o desenvolvimento do “3G” e do “4G”, propiciou o acesso contínuo dos aparelhos supracitados à rede mundial de computadores, elevando sobremaneira o fluxo de dados e informações.

A conjuntura acima, no caso brasileiro, pode ser ilustrada com fulcro na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), cujos resultados indicam que, no ano de 2016, 77,1% da população brasileira com mais de 10 anos de idade possuía telefone móvel celular para uso pessoal. Anota-se, ainda, que nas regiões Sudeste, Sul e Centro-Oeste o índice ultrapassa os 80%.

De mais a mais, a grande maioria dos celulares no Brasil detêm o aplicativo “WhatsApp” instalado. O aplicativo possibilita, conforme seu site oficial, o envio de mensagens de texto, a realização de chamadas de voz e vídeo, o envio de fotos e vídeos e, por fim, o compartilhamento de documentos. Ademais, a divulgação do aplicativo promete “criptografia de ponta a ponta”, de tal modo que o acesso ao conteúdo das atividades realizadas no aplicativo só pode ser acessada pelo próprio usuário. A expectativa, portanto, é de total sigilo dos registros ali contidos, favorecendo o compartilhamento de questões de cunho pessoal.

Essa nova realidade, a despeito das diversas benesses que acarreta, vêm, também, sendo utilizada para facilitação de atividades criminosas, especialmente em decorrência da aparente inviolabilidade dos dados digitais. Porém, em sentido diametralmente oposto, os aparelhos celulares guardam diversas formas de registro, de modo que a inexistência de rastros é meramente ilusória.

Entre as práticas criminosas mais recorrentes, destacam-se, por óbvio, os crimes cibernéticos, já que utilizam diretamente os meios digitais para sua realização. Contudo,

delitos de outras naturezas, cada vez mais, se valem dos aplicativos de mensagem. Basta imaginar a troca de mensagens entre coautores de um delito ou o ajuste para a mercancia de entorpecentes.

Para além disso, aparelhos celulares se tornaram extremamente recorrentes em abordagens policiais, haja vista que os indivíduos quase sempre os trazem consigo. Naturalmente, daí decorre um interesse dos órgãos persecutórios penais em acessar as informações contidas nos aparelhos para elucidar possíveis empreitadas delitivas. Lado outro, o acesso aos dados acaba expondo determinados aspectos da vida privada do suspeito, cerceando os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada esposados no inciso X do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Cumprase asseverar, ainda, que quando da formulação do Código de Processo Penal e até mesmo da Constituição Federal, a situação retratada acima não era sequer imaginável. Por conseguinte, não existem previsões expressas acerca da temática nos diplomas normativos. À vista disso, a questão tem sido objeto de testilhas no Judiciário, do que resultaram decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal.

Nas páginas seguintes serão analisadas as decisões mencionadas, especialmente no que diz respeito aos argumentos suscitados para embasá-las. A questão a ser respondida, nessa vereda, é a seguinte: é possível o acesso a aparelhos celulares apreendidos por agentes da lei, especialmente ao conteúdo de conversas no aplicativo “WhatsApp”? Caso positivo, quais os requisitos necessários para tanto?

2 O TRATAMENTO JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

No bojo do neoconstitucionalismo contemporâneo, todo o ordenamento jurídico deve ser cunhado e interpretado sob os auspícios da Constituição. Por essa razão, a análise da sistemática jurídica vigente deve partir da compreensão das normas contidas na Carta magna, as quais, consoante a proeminente doutrina de Robert Alexy, subdividem-se em princípios e regras.

Os princípios são mandados de otimização, isto é, devem ser satisfeitos na maior medida possível, especialmente ao se considerar limitações fáticas que por ventura impeçam sua plena satisfação. Por sua vez, as regras são comandos objetivos, que dizem expressamente o que deve ser ou não feito. Por conseguinte, os princípios podem ser atendidos em diferentes graus, ao passo que uma regra somente poderá ser cumprida ou descumprida. Há, portanto,

uma rigidez maior no tocante às regras, em que pese não haver que se falar em hierarquia entre regras e princípios, já que ambas são simplesmente espécies de normas constitucionais.

Em matéria de Direitos Fundamentais, deve-se ter em mente que seus corolários se irradiam nas mais diversas relações pessoais e jurídicas, de tal modo que seria inviável, senão impossível, formulá-los como regras. Para mais, tais direitos não são absolutos, já que o mundo fenomênico impõe limitações que, por vezes, são intransponíveis e que, em certas situações, a salvaguarda de um direito implica na limitação de outro. Por essas razões, a Constituição Federal acertadamente confere aos direitos fundamentais a roupagem de princípios.

Nesse diapasão, não parece haver dúvidas quanto à existência de limites. Todavia, a dificuldade maior reside em delimitar o alcance de cada direito, ou, de outro modo, em dizer quais os limites aos direitos fundamentais. Exsurtem, com o intuito de solucionar essa questão, duas principais teses, a saber: teoria interna e teoria externa.

No tocante à primeira, preconiza-se que o limite é ínsito ao próprio direito, eis que sua criação já estabelece firmemente suas fronteiras. Elucidativa a lição de Sarlet (2009):

Um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que o direito já nasce com seus limites. Nesse sentido, fala-se da existência de limites imanentes, que constituem fronteiras implícitas, de natureza apriorística, e que não se deixam confundir com autênticas restrições (SARLET, 2009, p. 388).

Por seu turno, a teoria externa – tão mais presente na jurisprudência das cortes superiores brasileiras e adotada nesse texto – delimita a abrangência de cada direito a partir de uma análise holística, isto é, casuisticamente há que ser considerado o todo dos direitos fundamentais, sendo cada um deles limitado pelos demais. Assim, há um direito notadamente abrangente, mas que acaba por ser limitado concretamente quando da colisão com outros direitos, mormente ao se considerar a inexistência de uma hierarquização abstrata dos direitos fundamentais. É dizer: no plano normativo, os direitos fundamentais coexistem em paridade, nenhum deles sobrelevando-se em detrimento dos demais. Porém, situações fáticas demandam que um direito subjugue outro, pelo menos parcialmente.

Ocorre que, nessas hipóteses, o tradicional método subsuntivo não é eficiente, já que ambas as normas em colisão abarcam a situação e, portanto, não há como optar por uma ou outra delas como premissa maior do raciocínio lógico a ser empregado. Além disso, mesma sorte socorre aos critérios utilizados para a solução de conflitos aparente entre normais

(hierarquia, anterioridade e especialidade), pois, no mais das vezes, nenhum desses critérios diferencia os direitos fundamentais entre si.

Frente a esse cenário, a solução adotada com mais frequência na jurisprudência nacional, a despeito das divergências no plano doutrinário, é a utilização dos princípios da proporcionalidade (ou técnica de ponderação). Há, aqui, uma verdadeira “revolução copernicana” na hermenêutica jurídica, porquanto o centro das atenções desloque-se do plano jurídico para o plano fático, visando aferir a racionalidade das nuances concretas. Por isso, evidentemente a complexidade dos julgamentos aumenta exponencialmente, na mesma medida em que a objetividade é reduzida, trazendo à tona o risco de arbitrariedades e de distorções indevidas. Em linha, o Ministro Luís Roberto Barroso(2020):

O raciocínio a ser desenvolvido nessas situações haverá de ter uma estrutura diversa, que seja capaz de operar multidirecionalmente, em busca da regra concreta que vai reger a espécie. Os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto. A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética. Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna. (p. 330) Nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. (BARROSO, 2020, p. 332)

Feitas essas ressalvas, costuma-se tratar da ponderação como um método dividido em três etapas sucessivas. Na primeira delas, denominada adequação, são listados os diversos meios que são aptos a realizar o fim pretendido, isto é, a tutelar os direitos relacionados ao caso. Na sequência, passa-se para a necessidade, onde são excluídos os meios que restrinjam outros direitos sem necessidade. Assim, se há meio de se atingir o mesmo fim sem que, em contrapartida, haja o sacrifício de algum outro direito, este deverá ser adotado.

Por fim, se ainda for necessário, lança-se mão da proporcionalidade em sentido estrito:

Nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar

no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. (BARROSO, 2020, p. 332) O conjunto das ações preventivas e reativas, de natureza pública, que, em resposta ao fenômeno da criminalidade, volta-se ao alcance ou à manutenção da ordem pública e que tem como fim último proporcionar aos indivíduos, na convivência social, a fruição de relações pautadas no direito básico de liberdade, garantidas a segurança jurídica – proteção contra repressão autoritária do Estado – e a segurança material – proteção contra agressões de todo tipo (NUCCI, 2016, p. 48)

Os *hard cases*, fatalmente, deságuam na última fase, onde, a bem da verdade, as decisões acabam por se tornar, em alguma medida, discricionárias, já que há uma zona cinzenta dentro da qual o julgador pode decidir de uma ou outra forma sem que a racionalidade atinente ao método apontado aponte alguma irregularidade.

O acesso aos aparelhos celulares de suspeitos pelos órgãos investigativos é um desses casos complexos, em que a colisão de direitos contrapostos se manifesta. Em vistas de aclarar o pano de fundo do debate, serão, na sequência, esmiuçados os direitos fundamentais contrapostos nesse caso.

3 O DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA E SUA COLISÃO COM DIREITOS INDIVIDUAIS FUNDAMENTAIS

A segurança pública é espécie de direito difuso, que, nas palavras do Guilherme Nucci, pode ser definida como:

O conjunto das ações preventivas e reativas, de natureza pública, que, em resposta ao fenômeno da criminalidade, volta-se ao alcance ou à manutenção da ordem pública e que tem como fim último proporcionar aos indivíduos, na convivência social, a fruição de relações pautadas no direito básico de liberdade, garantidas a segurança jurídica – proteção contra repressão autoritária do Estado – e a segurança material – proteção contra agressões de todo tipo (NUCCI, 2016, p. 48)

Nessa toada, os órgãos da segurança pública, assentados no art. 144 da CF/88, auferem sua legitimidade diretamente do resguardo a tal princípio, exercendo seu múnus no interesse da coletividade, que se manifesta, recorrentemente, na repressão às práticas delitivas. Nada

obstante, a atuação passa a ser contraproducente quando, em vistas do interesse coletivo, inflige-se prejuízo injustificável ou demasiado a particulares. Ora, os indivíduos são os fragmentos que formam o todo social, de forma que arrebatam os direitos de um único ser, no limite, é arrebatam os direitos da coletividade.

Por conseguinte, é inconcebível que se lance mão da supremacia do interesse coletivo para que, em abstrato, subjuguem-se os direitos individuais indiscriminadamente. Assim, a segurança jurídica é *conditio sine qua non* para a segurança pública, haja vista que a sensação de bem-estar comum depende da possibilidade de que os indivíduos titularizem direitos e deveres, sabendo de antemão as consequências jurídicas de seus atos, inclusive quando criminosos. Daí a imprescindibilidade do zelo pelo princípio da legalidade, que confere a publicidade e a formalidade necessárias para que o estado possa, posteriormente e quando necessário, cercear direitos individuais.

Lado outro, não se pode olvidar que, atualmente, o Estado detém o monopólio da força, chamando para si a responsabilidade de promover a Justiça, sub-rogando-se a vingança privada de outrora. Dessa forma, a atuação estatal por meio dos órgãos de segurança pública deve prezar pela eficiência e pela pronta resposta, expurgando, *prima facie*, a sensação de impunidade e, sobretudo, a perpetuação de práticas ilícitas. É dizer: a omissão estatal em face da prática de um delito também vai de encontro aos interesses da coletividade, afetando o bem-estar social de toda sociedade.

A ação estatal, portanto, é imprescindível, abarcando não apenas a repressão aos crimes manifestos, mas também as diversas práticas investigativas, revelando delitos antes ocultos, desmantelando práticas criminosas em curso ou mesmo prevenindo a ocorrência de lesões aos bens jurídicos penalmente tutelados. Tal necessidade é endossada pela conhecida “teoria das janelas quebradas”, cuja ideia central ilustra que o simples não-fazer frente uma conduta reprovável é catalisador para que essa e outras se repitam.

No contexto brasileiro alhures mencionado, diversos dos atos preparatórios e até mesmo diversas fases do *iter criminis* de variados tipos penais deixaram de se manifestar em meio físico e passaram a se utilizar do meio virtual, notadamente por meio dos aplicativos de troca de mensagem instantânea. Inegável, nesses passos, que o acesso aos registros de aparelhos celulares torna-se um dos meios mais eficientes e importantes para a eficiência da investigação criminal.

Porém, é incontestável que tal forma de acesso afronta os direitos fundamentais individuais à intimidade e à vida privada, os quais estão previstos no inciso X, art. 5º da CF/88. Em vistas dessa tensão, o próprio constituinte tratou de estipular a possibilidade de

que a investigação criminal invada, nos termos da lei, a esfera da vida privada dos indivíduos. Ocorre, porém, que o acesso a aparelhos celulares não é uma dessas hipóteses, tampouco pudera, já que sequer eram uma realidade quando da elaboração da Carta Magna. À vistas disso, cabe agora esmiuçar essas hipóteses, bem assim a jurisprudência que lhes segue, como forma de se estabelecerem parâmetros e comparativos.

Em matéria de direito à intimidade e a vida privada, alguns pontos são essenciais para balizar a discussão retro, sendo válido agrupá-los em quatro grupos, a saber: sigilo fiscal e bancário; inviolabilidade domiciliar; sigilo de correspondências e comunicações telegráficas; interceptações telefônicas.

4 O SIGILO FISCAL E BANCÁRIO

Inicialmente, interessante analisar o tratamento concedido ao sigilo fiscal e bancário, consubstancia um desdobramento do direito à intimidade e à vida privada, eis que o acesso aos registros financeiros de alguém permite, ainda que indiretamente, destrinchar alguns de seus hábitos, vícios, locais que frequenta e diversos outros aspectos que pertencem à sua intimidade.

Sob tal perspectiva, no julgamento do RE 389.808, o STF firmou entendimento no sentido de que a quebra do sigilo bancário e fiscal para fins de cobrança de tributos dependeria de autorização judicial. Entretanto, adveio o RE 601.314, ocasião em que o pleno da corte sustentou a tese de que o acesso da Receita Federal não representaria quebra de sigilo, mas mera transferência do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. Noutros termos, os agentes públicos atuantes no Fisco estão adstritos ao mesmo dever de sigilo que aqueles que detêm o acesso à tais informações no âmbito bancário. Dessa forma, o acesso deixou de depender de autorização judicial, podendo ocorrer a requisição direta por parte do Fisco.

Sob o mesmo argumento, os órgãos de investigação criminal também deveriam ter a mesma prerrogativa, já que, assim como a arrecadação de tributos, trata-se de tarefa precípua de Estado, com importância ímpar para a coletividade. Nessa vereda, o RE 1.055.941 decidiu a questão, estendendo aos órgãos de investigação criminal a possibilidade de receberem transferência do dever de sigilo de informações fiscais. Senão, vejamos:

“1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF (Unidade de Inteligência Financeira, acrescente-se) e da

íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional.

2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios” (RE 1.055.941/SP, Rel. Ministro Dias Toffoli, julgado em 04/12/2019, Dje 20/12/2019).

Gize-se que o acesso a tais dados não é livre e irrestrito, bem assim que não houve o afastamento do controle por parte do Judiciário. É indispensável que haja investigação criminal em curso e que existam indícios que sugiram que o acesso requerido auxiliará na efetividade desta, de tal modo que o controle judiciário, antes feito a anteriori, passa a ocorrer apenas a posteriori, quando o judiciário poderá, caso provocado, verificar a nulidade do acesso pelo desrespeito ao requisito supra.

5 A INVIOABILIDADE DOMICILIAR

Na sequência, cumpre analisar o inciso II do art. 5º da CF/88, cujo teor dispõe sobre a inviolabilidade domiciliar, a qual é excepcionada em três situações distintas: com consentimento do morador; em caso de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro; durante o dia por determinação judicial.

Por certo que há um intento do constituinte de tutelar o direito à propriedade, mas, certamente, este também se volta à tutela da intimidade e da vida privada do indivíduo, que tem seu lar como porto seguro de suas relações mais intimistas. Acessar a residência de alguém é invadir, fisicamente, sua esfera privada, cerceando flagrantemente os direitos em supracitados. Mesmo assim, vai bem o legislador ao elencar as possíveis exceções, fornecendo subsídios indispensáveis para a atuação estatal em conformidade com os princípios constitucionais.

Acerca destas, forçoso asseverar que, para que o ingresso na residência ocorra, em regra, faz-se necessária a autorização judicial, com os requisitos que lhe são correspondentes, de tal modo que o controle jurisdicional ocorre a anteriori. Entretanto, quando da verificação de flagrante delito, desastre ou da prestação de socorro é evidente que a urgência da ação estatal não se coaduna com a toda a ritualística processual, demandando a atuação imediata dos agentes da Lei a despeito da autorização do juízo. Porém, mesmo nesses casos, a inafastabilidade jurisdicional é preservada, porquanto o controle jurisdicional ocorra a

posteriori, podendo ensejar não apenas a nulidade do ato, mas também a responsabilização pessoal do agente pelos abusos praticados.

Ao julgar o tema de repercussão geral 280, o STF firmou a seguinte tese:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados. (RE 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 05/11/2015, Dje 26/12/2015).

Nota-se, pois, que a justificativa deverá ser feita em todo caso e que nela o agente deverá apontar a existência, ex ante, dos motivos que o levaram a adentrar na residência. Assim, não basta que, após a entrada, constate-se estar ocorrendo situação criminosa, sendo necessário que o agente indique elementos que, antes da entrada, corroborassem a esta tese, permitindo, por conseguinte, a violação do domicílio. Agindo deste modo, preserva-se a higidez da ação estatal mesmo diante do erro, haja vista que, mesmo que não se constate a situação de flagrante delito, a existência de fundadas razões basta para autorizar o ingresso imediato.

Ademais, impende consignar que o conceito de casa seguido na prática jurídica nacional é um tanto quanto amplo, abarcando não apenas a residência, mas sim qualquer aposento dedicado à habitação ou ao exercício profissional que não seja de livre acesso público. Portanto, o conceito de “casa” abarca também escritórios, garagens e até mesmo quartos de hotéis locados, o que reitera a ideia de que não há simplesmente a tutela do direito à propriedade, mas efetivamente a salvaguarda da intimidade e da vida privada.

Por fim, é extremamente importante tecer comentários sobre o consentimento do morador. Ora, é um tanto quanto estranho que indivíduo que saiba da ocorrência de delito no interior de sua residência permita a entrada policial no local, mormente ao se considerar a vigência do *nemo tenetur se detegere*. Portanto, há que se ter especial cautela nesses casos, a uma para informar o indivíduo dos direitos aos quais faz jus, a duas para que ele não seja, ainda que indiretamente, coagido. A segunda hipótese é explorada por Aury Lopes Jr, que a trata como “consentimento viciado”. Vejamos:

O problema radica em saber se um detido ou preso está em condições de expressar sua vontade favoravelmente a busca e apreensão, em razão precisamente da privação de liberdade a que está submetido, o que conduziria a afirmar que se trata de uma vontade viciada por uma intimidação *sui generis*... e dizemos *sui generis* porque o temor racional e

fundado de sofrer um mal iminente e grave em sua pessoa e bens, ou pessoa e bens de seu cônjuge, descendentes ou ascendentes, não nasce de um comportamento de quem formula o convite ou pedido de autorização para realizar a busca com o consentimento do agente, senão da situação mesma de preso, isto é, de uma intimidação ambiental. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 807).

Assoma-se a esse cenário a temerária pecha que se atribui às forças policiais no Brasil, que são diariamente acusadas de nefastos abusos de poder, de tal modo que um mero pedido policial, se não feito com as devidas cautelas, já traz como pano de fundo uma coação velada decorrente da própria imagem associada à instituição em determinados contextos sociais.

Diante dessa conjuntura, notável a recente decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do HC 598.051/SP, em que o Relator Min. Rogério Schietti Cruz, em linha com a jurisprudência adotada em países como Estados Unidos, Espanha e França, sustentou que o ônus da prova atinente à livre e espontânea permissão de entrada no domicílio recai sobre o Estado, de tal modo que o registro desse deve ocorrer sempre por meio de vídeo e, quando possível, pela assinatura de termo na presença de duas testemunhas. Nos termos do voto:

7.1. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como ocorreu no caso ora em julgamento – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade.

7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral – pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro – e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado. (HC 598.051/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 01/08/2020, Dje 04/08/2020).

A observância desses requisitos, especialmente da obrigatoriedade da filmagem do ato (que, vale dizer, será cogente após o prazo de um ano concedido para o aparelhamento da segurança pública nacional) são uma inovação de enorme importância. A proteção ora conferida não diz respeito unicamente ao suspeito, mas também a todos aqueles que com ele coabitam e, porque

não, para os próprios policiais, que gozarão de elementos concretos para atestarem sua boa conduta, afastando eventuais responsabilizações injustas e alegações infundadas.

6 O SIGILO TELEFÔNICO, DE DADOS E TELEMÁTICO

Para mais, agora no que concerne aos dois últimos grupos, a redação do inciso XII do art. 5º da CF/88 é assertiva, determinando a inviolabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, embora esta última, possa ser excepcionalmente afastada por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Retomando o ponto central, parece que, *prima facie*, a vedação ao acesso é absoluta (exceto quanto às interceptações telefônicas), o que cai por terra ante uma análise holística da ordem constitucional, porquanto admita-se, por exemplo, o afastamento dessas salvaguardas em caso de estado de sítio e de defesa. Para mais, como já analisado em exórdio, a roupagem principiológica dos direitos individuais, *per si*, já possibilita que casuisticamente tal acesso seja permitido, desde que haja justificativa idônea para tanto.

A despeito disto, no mais das vezes espera-se que o sigilo seja mantido nesse caso, não tendo nem mesmo a autorização judicial o condão de afastá-lo. Diferentemente, a interceptação telefônica poderá ser afastada se assim decidir o juízo criminal, verificados os requisitos infraconstitucionais para tanto. Vale asseverar, ainda, que o novel Pacote Anticrime avançou nessa senda, atribuindo a mesma possibilidade para a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, vide a inserção do art. 8º-A na Lei 9.296/96.

Urge apontar, aqui, que repete-se na doutrina e na jurisprudência o argumento de que o sigilo a que se refere o artigo supra não abarca os dados em si mesmos, mas tão somente a comunicação, isto é, o fluxo de dados, afastando a incidência da Lei 9.269 para aparelhos celulares, já que este figura como repositório onde os dados são armazenados. Desta forma, a vedação absoluta antes analisada não se destinaria aos *smartphones*, eis que estes são bases físicas onde os dados se encontram, o que não se confunde com a quebra do sigilo na comunicação dos dados – caso em que os dados são interceptados enquanto são transmitidos entre um e outro dispositivo.

Com a criação do Marco Civil da Internet, a questão evoluiu, na medida em que foi concedido igual tratamento concedido ao fluxo das comunicações pela internet e ao armazenamento das mesmas em meio digital, conforme posto, respectivamente, nos incisos II e III, do art. 7º do referido diploma legal. É o que se chama de “sigilo telemático”, embora a

legislação infraconstitucional, nesse último caso, ainda não tenha sido cunhada, desnortando, por ora, as decisões judiciais acerca da matéria.

7 TENTATIVA DE CLASSIFICAÇÃO DOS *SMARTPHONES*

Aqui é onde reside parte do problema hermenêutico atinente ao acesso aos aparelhos celulares. É possível cair, facilmente, na tentação de se utilizar de interpretação analógica para incluir os aparelhos telefônicos como se internet fossem (já que fazem o uso da mesma), o que é um erro. Os aparelhos telefônicos são pessoais e circundados de mecanismos que fornecem ao seu proprietário a promessa de segurança. Trata-se de algo privado e particular, cujo acesso não é, de maneira alguma, público. Por seu turno, a internet é, por definição, um ambiente público, no bojo do qual, ainda que por meio de senhas, métodos criptográficos ou quaisquer outras tecnologias, os usuários compartilham informações. É claro que existem arquivos contidos em aparelhos celulares que também estão compartilhados na internet e, portanto, poderiam ter o mesmo tratamento. Porém, isso não é válido indiscriminadamente, vez que diversos arquivos estão armazenados unicamente no aparelho pessoal, sem qualquer relação com o meio público.

Desta forma, compreendo que o acesso a aparelhos celulares é *sui generis*, porquanto perfaça verdadeira miscelânea entre os grupos acima tratados.

Recentemente o Banco Central autorizou o “WhatsApp” a realizar pagamentos e transferências bancárias por meio do “PIX” (método de pagamento instantâneo brasileiro criado pelo Banco Central), de tal modo que acessar informações contidas em aparelhos celulares, cada vez mais, também perpassa pelo sigilo bancário e fiscal. Além disso, tradicionalmente os aparelhos já oferecem uma série de tecnologias associadas a informações dessa natureza, tais como acesso ao *internet banking*, aplicativos de bancos e corretoras de valores, entre outros.

Quanto à inviolabilidade domiciliar, nota-se enorme semelhança. Via de regra, aparelhos celulares modernos são equipados com mecanismos de proteção ao acesso não autorizado, mas, assim como nos domicílios, por vezes é possível que o próprio suspeito permita esse acesso. Não há, em abstrato, vedação a essa possibilidade, vez que trata-se de direito disponível do mesmo e que, sobretudo, tal prerrogativa pode consubstanciar importante meio de defesa, reforçando eventual inocência e evitando possível prisão em flagrante indevida. Entretanto, especialmente quando do acesso ao aparelho resulta a localização de elementos de prova em desfavor do indivíduo, é necessário que se observem as

mesmas ressalvas feitas quanto à invasão de domicílio, especialmente no que se refere à recente decisão do STJ, propugnando a gravação da ação policial por meio audiovisual e a assinatura de termo de permissão.

Por fim, mais evidente ainda é a correlação com o sigilo telefônico e de dados, já que ali estão contidos registros de chamadas, arquivos de áudios, fotos, vídeos e quaisquer outras mídias digitais que possam ser compartilhadas pelos protocolos da internet. Inobstante, de se destacar que a exposição da intimidade por esses meios, recorrentemente, não diz respeito tão somente ao acusado, mas também a outras pessoas de seu convívio, especialmente aquelas com quem nutre relações afetivas. Para mais, tenham sido os dados interceptados ou acessados diretamente da fonte física em que estão armazenados, certo é que o direito à intimidade e à vida privada são igualmente devassados quando do acesso indevido.

À vista de tudo isso, mister é que o Poder Legislativo, dotado do poder político necessário, legisle especificamente a espécie, aumentando sobremaneira a segurança jurídica e coibindo o flerte com abusos inquisitivos por parte do Estado, bem como a exposição indevida de terceiros. Apesar disso, a realidade é que não há, até então, previsão legal neste sentido, vez que o inciso III do art. 7º do Marco Civil da Internet não é suficiente para elidir a questão, mencionando apenas a necessidade de autorização judicial. Nesses passos assegurar a eficácia da persecução penal frente o avanço da criminalidade para os meios digitais é tarefa que recaiu sobre o Poder Judiciário, especialmente sobre o Supremo Tribunal Federal que, em algumas ocasiões, já foi chamado a decidir sobre a matéria, o que será abordado nos tópicos seguintes.

8 O HC 91.867/PA

A revisão jurisprudencial, aqui, há que se iniciar com o Julgamento do HC 91.867/PA, prolatado no mês de abril de 2012. Naquela ocasião, Davi Resende Soares e Lindomar Resende Soares, pacientes, haviam sido denunciados por homicídio qualificado e associação criminosa, vez que, supostamente, contrataram um conhecido pistoleiro da região, o qual alvejou a vítima Silvério José Lourenço em praça pública na data de 27 de novembro de 2004. Ocorre que, após a consumação do crime, o executor foi preso em flagrante, oportunidade na qual os policiais, sem autorização judicial, acessaram seu aparelho telefônico, encontrando registros de chamadas com os pacientes supracitados, pelo que a defesa requereu, em sede de Habeas Corpus, a nulidade de tal prova e, por derivação, das provas subsequentes.

A ordem foi denegada, prevalecendo o voto do Min. Relator Gilmar Mendes. *Ab initio*, o primeiro ponto levantado é justamente aquele tratado no sexto título. O sigilo do fluxo de dados e dos dados propriamente ditos não se confundem, de tal modo que a proteção conferida pelo inciso XII não pode ser suscitada nesse caso. Conforme Tércio Sampaio Ferraz:

O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados. Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não está havendo quebra de sigilo. Mas, se alguém entra nesta transmissão como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violado o sigilo de dados. A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação. (FERRAZ, 1992, p. 77).

Não obstante, o argumento vai além, aduzindo que a atuação policial não apenas foi lícita, mas que tratou-se do exercício do poder-dever imposto pelo art. 6º do CPP. Se a autoridade policial tem o dever de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal e de apreender os objetos que com ele tenham relação, a atitude policial simplesmente efetiva a disposição legal.

Não se pode, porém, ignorar que o exercício do múnus não pode ser ilimitado, e, na hipótese, este deve encontrar limite justamente na salvaguarda dos direitos à intimidade e a vida privada. Diante disso, advoga o Relator que o acesso por parte dos policiais buscou unicamente colher elementos de informação hábeis a esclarecer autoridade e materialidade. Ademais, pontua que o acesso aos registros telefônicos é simples e que a única informação dali retirada foi o número de telefone dos supostos mandantes, informação esta que não se conecta a nenhuma proteção constitucional.

Na sequência, acrescenta que se até mesmo a inviolabilidade domiciliar pode ser afastada em face de flagrante, por que o tratamento aqui haveria de ser diferente? Para, ao final, avultar a razoabilidade da violação do sigilo em face da gravidade do delito de homicídio. Observemos:

Na hipótese, a envolver crimes de formação de quadrilha e homicídio qualificado encomendado, a atitude das autoridades policiais de analisar os últimos registros contidos nos celulares apreendidos é perfeitamente razoável, não havendo que se falar em lesão à intimidade ou à privacidade do corréu Francisco Leite da Silva, tampouco dos pacientes. Não há direitos e garantias fundamentais de caráter absoluto, sendo certo, também, que esses não podem, a qualquer pretexto, servir de manto protetor de práticas escusas (HC 91867/PA, julgado em 24/04/2012, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Dje 24/05/2012).

Data máxima vênia, grande parte dos argumentos suscitados são passíveis de objeção. De fato, considerando-se que os fatos remetem ao ano de 2004, a atuação policial é relativamente simplificada e não traz consigo maiores violações à intimidade, o que, entretanto, não prevalece hodiernamente, face a evolução inegável da tecnologia. Nesse diapasão, ainda que o intuito seja unicamente o de buscar indícios de autoria e materialidade, a violação de direitos fundamentais, na realidade atual, é tamanha que o raciocínio desenvolvido não mais se aplica. Isto é, o juízo de proporcionalidade formulado, agora, há que ser decidido de maneira diversa, porquanto o grau de violação a um dos direitos em colisão tenha aumentado exponencialmente com o transcurso do tempo.

Outrossim, a comparação com a inviolabilidade domiciliar é infeliz. A prerrogativa de que se adentre domicílio em caso de flagrante delito se justifica pela necessidade de cessar, prontamente, a conduta criminosa em curso, como explicitado no título 5. No caso analisado, o homicídio já fora consumado com a morte da vítima em praça pública, não há, portanto, razão alguma para a comparação. Nesse caso, o acesso ao celular não impede a continuidade do *iter criminis*, já que este já havia sido concluído.

Finalmente, a gravidade do delito em abstrato não pode ser tida como parâmetro para que se analise a legalidade ou não do ato, já que as regras processuais penais valem para os delitos independentemente do seu grau de reprovabilidade. Pensar deste modo, no limite, aflige até mesmo o estado de presunção de inocência, vez que, até que findo o processo, só há que se falar na verificação do *fumus comissi delicti*, mesmo quando da ocorrência de prisão em flagrante.

9 A GUINADA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO

Feitas tais considerações, incumbe agora avançar para o HC 168.052/SP, cuja relatoria, curiosamente, também é do Min. Gilmar Mendes. Desta vez, o Paciente é Rodrigo Ricardo Laurindo, que foi condenado por tráfico de drogas e posse irregular de arma de fogo

de uso permitido. Ocorre, contudo, que sua prisão adveio do acesso, por parte dos policiais, ao seu aparelho celular, onde visualizaram conversas havidas no aplicativo “WhatsApp” caracterizando a traficância. Em vista disso, procederam busca e apreensão em sua residência, encontrando drogas e arma.

Nesta oportunidade, o Min. Relator novamente teve seu voto seguido, embora o fecho tenha sido oposto ao anterior. Logo ao início, já aponta a ocorrência de mutação constitucional, eis que os *smatphones* evoluíram significativamente e também a legislação infraconstitucional sobre a matéria, especificamente com o advento do Marco Civil da Internet.

Em continuidade, é levantado um ponto de extrema relevância: a clássica discussão quanto à incidência ou não do inciso XII do art. 5º da CF/88 parece, finalmente, estar encerrada. Isto porque, de certo modo, esta sempre foi estanque, uma vez que, ainda que a resposta para a mesma seja negativa, certo é que o direito à intimidade e à vida privada, tão mais genéricos, são salvaguardados pela Carta Magna e, por conseguinte, de todo modo haveria proteção constitucional para os dados armazenados em celulares, apesar de o inciso ser, nesse caso, o X.

Assim, vai bem o Ministro ao pontuar que os avanços tecnológicos trazem à baila, indiscutivelmente, a proteção conferida pelo inciso X, *ipsis litteris*:

Nos dias atuais, esses aparelhos são capazes de registrar as mais variadas informações sobre seus usuários, como a sua precisa localização por sistema GPS ou estações de rádio base, as chamadas realizadas e recebidas, os registros da agenda telefônica, os dados bancários dos usuários, informações armazenadas em nuvem, os sites e endereços eletrônicos acessados, lista de e-mail, mensagens por aplicativos de telefone, fotos e vídeos pessoais, entre outros.

Além disso, a conexão de todos esses aparelhos à rede mundial de computadores faz com que estejamos todos integralmente conectados, o tempo todo, fornecendo dados e informações para órgãos públicos e privados. Conforme noticiado pelos meios de comunicação, os celulares são a principal forma de acesso dos brasileiros e cidadãos do país à internet. Esse motivo, por si só, já seria suficiente para concluir pela incidência das normas acima descritas no que toca à proteção dos dados, fluxos de dados e demais informações contidas nesses dispositivos (HC 168052/SP, julgado em 20/10/2020, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Dje, 02/12/2020).

Sob tal perspectiva, à luz da CF/88, mister é que haja autorização judicial prévia para que sejam acessados os dados contidos em aparelhos celulares, mesmo nas hipóteses de flagrante delito. Nas palavras do Relator:

Portanto, entendo ser possível o acesso aos dados contidos em aparelhos celulares, uma vez que não há uma norma absoluta de proibição da visualização do seu conteúdo, conforme se poderia extrair a partir de uma interpretação literal da norma contida no art. 5º, XII, da Constituição da República. Não obstante, a proteção à intimidade e à vida privada contida no art. 5º, X, da CF/88, e a exigência da observância ao princípio da proporcionalidade nas intervenções estatais nesses direitos, impõem a revisão de meu posicionamento anterior, para que o acesso seja condicionado à prévia decisão judicial (HC 168052/SP, julgado em 20/10/2020, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Dje, 02/12/2020)

10 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, precípuo concluir que o acesso aos *smartphones* modernos implica, incontestavelmente, em conflito direto com os direitos à intimidade e à vida privada, porquanto ali estejam contidos dados de caráter pessoal – inclusive de terceiros, dados bancários, localizações de GPS, vídeos, imagens, gravações em áudio e uma série de outras informações que, em sua maioria, sequer guardam relação com práticas criminosas. Não há, portanto, que se imiscuir na discussão tradicional que envolve o inciso XII do art. 5º, recorrendo-se ao inciso X.

Para mais, de se destacar que o acesso aos aparelhos é feito na condição de usuário, de tal forma que quem o acessa tem não apenas a possibilidade de observar os dados ali contidos, mas, em muitos casos, pode alterá-los da maneira que lhe convir. Surge, assim, mais um ponto de insegurança jurídica, já que é possível especular que não serão raras as alegações de que eventual conteúdo ilícito localizado em mídia digital foi, na verdade, alterado ou implantado ao longo da própria investigação. A ritualística associada à cadeia de custódia e a prévia autorização judicial, inclusive seguida, em regra, de perícia do aparelho, garantem maior credibilidade e evitam nulidades indesejadas.

Não basta, portanto, a flagrância para autorizar o acesso. Porém, uma exceção importante não pode ser esquecida: a autorização por parte do proprietário. Se o proprietário consente com o acesso imediato, caem por terra as razões que o impedem. Como já mencionado anteriormente, tal prerrogativa consubstancia até mesmo corolário da defesa pessoal, possibilitando ao suspeito se defender da maneira mais ampla possível desde logo, evitando prisões em flagrante indevidas. Há, porém, que se atentar para as problemáticas atinentes ao consentimento viciado, zelando a autoridade policial pelas garantias legais e constitucionais, inclusive, em linha com a jurisprudência recente, registrando o consentimento por meio audiovisual.

A questão envolvendo sigilos e *smartphones*, entretanto, não se encerra nisso. Diversos pontos cruciais certamente voltarão a ser discutidos pelas cortes superior, como já observado, v.g., nas seguintes decisões do STJ: RHC 77.232/SC; AgRg no HC 595/956; RHC 86.076/MT; RHC 99.735/SC; RHC 133.430/PE; RESP 186792/SP; RMS 60.531/RO.

O desafio, portanto, é enorme, cumprindo ao Estado adaptar-se velozmente às modificações tecnológicas cotidianas. Como bem sintetizou o Min. Lewandoski ao longo do julgamento do HC 68052/SP: Nós estamos ingressando no Admirável Mundo Novo, de Aldous Huxley, ou no 1984, de George Orwell.

Não se trata, é claro, de um problema endêmico brasileiro, mas sim de uma problemática do Direito contemporâneo, a ser enfrentada em todas as democracias modernas. A título de exemplo:

Em 2018, por exemplo, o Tribunal Constitucional alemão declarou a inconstitucionalidade da lei de proteção da Constituição do Estado de Nordrhein-Westfalen (NRW-VSG), que permitia à polícia daquela unidade da federação a realização de buscas ou investigações secretas e remotas em computadores de pessoas suspeitas de cometer ilícitos criminais, autorizando, ainda, o monitoramento de todas as atividades de suspeitos na internet. (MENKE, 2019, p. 50)

Porém, a despeito das dificuldades, o problema há que ser enfrentado de frente, o que, num sistema civilista como o brasileiro, deve ser feito, na medida do possível, pelo próprio Poder Legislativo, que detêm a legitimidade decorrente do voto popular para tanto. Não pode o Legislativo se acovardar ante a temática, remansando enquanto ao Poder Judiciário é conferida a árdua tarefa de solucionar as variadas problemáticas que exsurtem rotineiramente, especialmente ante a volatilidade das cortes superiores brasileiras, bem ilustradas pela solução diametralmente oposta para a questão analisada num espaço de tempo de oito anos.

O Marco Civil da Internet e, eventualmente, a Lei Geral de Proteção de Dados são marcos fundamentais nesse processo, mas que ainda estão longe de promover a segurança jurídica necessária para a garantia dos direitos individuais constitucionalmente postos, sendo imprescindível que os avanços não advenham unicamente da senda judicial, mas sim que partam de um debate democrático e amplo.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. 4ª t. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. *E-book*.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **HC 598051/SP**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 02 de março de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001762449&dt_publicacao=15/03/2021. Acesso em: 26 de julho de 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **HC 168052/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de outubro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur437471/false>. Acesso em: 26 de julho de 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **HC 91867/PA**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur214794/false>. Acesso em: 26 de julho de 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RE 1055941/SP**. Relator: Min. Dias Toffoli, 04 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433179/false>. Acesso em: 26 de julho de 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RE 603616/RO**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 05 de novembro de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur347757/false>. Acesso em: 26 de julho de 2021.
- FERRAZ, Tercio S. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 1, 1992.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.
- MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Coord.). **Direito, inovação e tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.
- MENKE, Fabiano. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. **Direito, Inovação e Tecnologia**. p. 215-216
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REVISTA BRASILEIRA DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. ISBN: 9788524044458.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10^a ed. São Paulo: Editora do Advogado, 2009.