

bfm.com.br



EXMO. SR. MINISTRO PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ref.: RMS nº 60698/RJ

GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. e GOOGLE LLC, por seus advogados, já qualificadas nos autos do recurso em epígrafe, em que é recorrido o Juízo da 4ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DO RIO DE JANEIRO/RJ, vêm a V. Exa., tempestivamente¹, com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, interpor **RECURSO EXTRAORDINÁRIO** (doc. nº 01) em face do v. acórdão de fls. 407-40, pelas razões que passa a expor.

As requerentes pedem que, após os trâmites de estilo, sejam os presentes autos remetidos à apreciação do Eg. Supremo Tribunal Federal.


Nesses termos, pedem provimento.

Brasília, 22 de setembro de 2020.

FERNANDO SANCHEZ DE SOUZA
OAB/SP nº 426.344

JACQUELINE DE SOUZA ABREU
OAB/SP nº 356.941

FELIPE MENDONÇA TERRA
OAB/RJ nº 179.757


EDUARDO MENDONÇA
OAB/RJ nº 130.532

¹ O v. acórdão recorrido foi disponibilizado no DJe em 03.09.2020 (quinta-feira), considerando-se publicado em 04.09.2020 (sexta-feira). Dessa forma, considerando que 07.09.2020 (segunda-feira) foi feriado nacional (Lei nº 662/1949, art. 1º - doc. nº 02), o prazo de 15 (quinze) dias, previsto no art. 1.003, § 5º do CPC e contado na forma do art. 798 do CPP, começou a correr em 08.09.2020 (terça-feira) e termina em 22.09.2020 (terça-feira).

RIO DE JANEIRO

Av. República do Chile, 230 | 4º andar
Centro | 20031-919 | Rio de Janeiro | RJ
Tel. 21 2221 1177 | Fax. 21 2221 8192

SÃO PAULO

Rua Dr. Eduardo de Souza Aranha, 153 | 7º andar
Vila Nova Conceição | 04543-120 | São Paulo | SP
Tel. 11 3078 8589 | Fax. 11 3071 0578

BRASÍLIA

SHIS QL 12, conjunto 05, casa 03
Lago Sul | 71630-255 | Brasília | DF
Tel. 61 3409 1000 | Fax. 61 3254 4095

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

RECORRENTES: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. E GOOGLE LLC.

RECORRIDO: MM. JUÍZO DA 4ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DO RIO DE JANEIRO/RJ

RAZÕES DAS RECORRENTES

Eg. Corte:

1. Com todas as vênias, o presente recurso visa a afastar uma nova e inconstitucional modalidade de *fishing expedition*, equivalente a uma anti-proteção dos dados pessoais. O que se questiona é v. acórdão da Terceira Seção do Eg. STJ que, por maioria, manteve determinação genérica, coletiva e sem precedentes em ordem de quebra de sigilo telemático.

2. O que se tem é um gigantesco *experimento de tentativa e erro* sem qualquer base legal específica: uma empresa de tecnologia é forçada a efetuar uma operação exploratória de engenharia reversa para identificar milhares de usuários sabidamente inocentes e unidos por uma circunstância singela e casual: terem feito pesquisas por informações lícitas na internet a partir de certos termos comuns e até mesmo de relevância pública (o nome de uma vereadora, o nome de uma rua movimentada no Centro do Rio de Janeiro e o nome de um projeto social) em certo lapso de tempo. Tudo isso na esperança contrafactual de que, nessa infinidade de dados, existam alguns que possam contribuir na identificação de novos suspeitos de um crime. **A imposição é agravada, no caso, pela consideração de que:**

(i) os sistemas não foram desenvolvidos para esse fim, de modo que não há qualquer garantia de precisão compatível com a gravidade de uma investigação criminal. **Mais do que isso, a coleta de dados depende de escolha ativa dos usuários (*opt in*) e o sistema ainda permite que eles sejam apagados ou editados livremente por decisão do usuário;**

(ii) **atendendo a ordens específicas, já foram fornecidos dados de centenas de usuários**, os quais teriam contribuído para o oferecimento de denúncia contra dois réus. Isso torna as ordens genéricas ainda mais questionáveis, sobretudo porque

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

desacompanhadas de qualquer justificativa concreta quanto à sua potencial utilidade. A referência genérica à gravidade de um crime não pode substituir de forma automática a necessidade de fundamentação específica quanto à viabilidade e necessidade de uma medida tão invasiva.

3. **Trata-se de medida sem paralelo do ponto de vista da proteção à privacidade e dos dados pessoais.** A pretensão de se obter um dossiê de pessoas que tenham feito pesquisas banais na internet - inclusive por termos que podem denotar inclinações políticas - **vai na contramão de todos os esforços do mundo nessa matéria, representados por leis e decisões que impedem o Poder Público de acessar dados pessoais sem base legal e justificativas específicas, muito menos de forma maximalista e genérica.** Essa mesma lógica já vem sendo cuidadosamente delimitada por esse Eg. STF ao vedar o compartilhamento de forma irrestrita de dados pessoais com autoridades estatais, à luz da proteção da privacidade e do sigilo de dados do art. 5º, X e XII, da Constituição Federal². Em nenhuma hipótese essa Eg. Corte tem cogitado de uma *trivialização* quanto à proteção jurídica desse tipo de dados pessoais, tal como aplicada pelo v. acórdão recorrido.

4. De tão excessiva e abrangente, a **ordem afeta as liberdades comunicativas básicas, inclusive a de liberdade de informação e de expressão:** pelos mais diversos motivos, pessoas em todo o mundo fazem centenas de milhões de pesquisas diariamente nos buscadores de internet, sem que daí decorra a expectativa de que seus dados poderão ser acessados por autoridades de persecução penal.

5. **A prevalecer esse tipo de poder genérico e amplíssimo, não há como exagerar o risco de novas investidas similares e ainda mais abrangentes, tampouco o risco de vazamentos ou deturpações. O sistema de direitos fundamentais foi concebido justamente para limitar o poder do Estado, mas aqui está sendo relativizado com argumentos puramente pragmáticos e, com todo respeito, absolutamente genéricos. Investigar e punir os crimes é uma atividade essencial no Estado de Direito, mas é igualmente essencial que seja feita estritamente sob as balizas da ordem jurídica. Não há notícia de Estado policial virtuoso.**

² STF, j. 7 maio 2020, Referendo da MC na ADI 6387, Rel. Min. Rosa Weber.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

6. Como se vê, o recurso versa sobre questões constitucionais de maior relevância. Com todas as vênias às autoridades investigativas e à ilustre maioria formada no Eg. STJ, as recorrentes não poderiam deixar de trazer a essa Eg. Corte Suprema as **graves implicações constitucionais de medidas de varredura genérica dessa natureza, nesse caso e nos múltiplos casos que se seguirão se tal possibilidade for chancelada. Casos menos visíveis do que esse, em que os riscos de banalização, equívoco e abuso serão ainda maiores.**

7. É nesse contexto que o presente recurso extraordinário busca demonstrar que o v. acórdão recorrido incorreu em violação ao art. 5º, X e XII, e ao art. 93, IX, da Constituição Federal pelo menos sob três vertentes autônomas:

I. Art. 5º, X e XII, da Constituição Federal e o núcleo essencial da proteção à privacidade e aos dados pessoais: incompatibilidade com ordens exploratórias que afetam uma quantidade indeterminada de inocentes. Informações sobre pesquisas que uma pessoa realiza no âmbito privado de uso de um motor de busca na internet dizem respeito a pensamentos, interesses e opiniões que compõem a intimidade e a vida privada de alguém. Nesses termos, só pode haver mitigação do direito à privacidade sobre tais buscas de forma contextual, específica e baseada em justa causa com relação ao sujeito afetado pela intervenção – isto é, de forma individualizada. Viola a Constituição promover uma varredura genérica em dados de pesquisa, para fornecimento de lista genérica de dados pessoais de usuários insuspeitos, unidos pela circunstância singela de terem feito pesquisas por palavras-chave genéricas (incluindo termos comuns e populares como o nome de uma autoridade pública ou uma rua movimentada).

II. Arts. 5º, X e XII, e 93, IX da Constituição Federal: Inconstitucionalidade de ordens de quebra de sigilo com fundamentação insuficiente e inespecífica em relação à medida deferida. A Constituição impõe um dever específico de fundamentação para ordens de quebra de sigilo, que não se preenche com a mera alegação de que a medida seria imprescindível. A manutenção do regime

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

republicano depende da fundamentação adequada das decisões restritivas de direito. Em sede de investigação criminal, trata-se primordialmente de dever que contemple de forma específica e contextual a justa causa para a restrição de liberdade fundamental dos indivíduos afetados. De fato, a vedação a quebras genéricas e a necessidade de demonstração da necessidade da medida são extraídas da própria Constituição, em especial da necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Ainda que quebras de sigilo genéricas fossem admitidas – e não são, vale reiterar –, o ônus de fundamentação seria ainda maior – não menor, como supôs o v. acórdão recorrido.

III. Art. 5º, X e XII, da Constituição Federal e princípio da proporcionalidade, em suas três vertentes: medida que transfigura serviço de busca na internet em ferramenta de investigação para fins de criação de evidência criminal. As considerações do v. acórdão recorrido sobre a suposta proporcionalidade da medida são marcadamente genéricas sobre a ponderação entre privacidade e segurança pública. Em termos concretos e específicos, a ordem é: **(i) inadequada**, já que, mesmo que fosse compatível com o sistema constitucional, a medida não oferece mínima garantia de que levará ao autor ou aos autores do delito investigado - o serviço de buscas depende de uma conta ativa e pode ser objeto de apagamento ou edição, sendo certo que os termos de busca indicados são genéricos e associados a pessoas, projetos e locais de relevância pública; **(ii) desnecessária**: não basta a menção genérica de que a medida é necessária para viabilizar investigações – o que transformaria as salvaguardas legais de motivação e fundamentação de ordens judiciais e controle de proporcionalidade em mera fórmula ritual; e **(iii) desproporcional em sentido estrito** - em verdadeiro exercício de pescaria aleatória, a determinação aceita o dano colateral de quebrar o sigilo de milhares de inocentes que tenham simplesmente feito buscas na internet, assumindo que a medida extrema seria justificável pela possibilidade eventual de obter alguma pista sobre suspeitos adicionais.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

8. Antes de passar ao desenvolvimento analítico das teses, cumpre fazer uma breve contextualização da hipótese submetida a essa Eg. Corte e demonstrar o preenchimento dos requisitos de admissibilidade.

I. BREVE SÍNTESE DOS FATOS RELEVANTES

9. As ora recorrentes impetraram o presente mandado de segurança contra uma **determinação genérica de quebra de sigilo telemático**, emitida junto a outras determinações que foram prontamente cumpridas. A ordem foi proferida nos autos do Inquérito Policial nº 901-00385/2018, formalizado no âmbito de investigação conduzida pela Divisão de Homicídios da Polícia Civil do Rio de Janeiro, e requerida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. O contexto da ordem é a investigação dos crimes de homicídio que resultaram na morte da Vereadora Marielle Franco e do Sr. Anderson Gomes, no dia 14 de março de 2018.

10. Como já se registrou, a empresa **atendeu a diversas outras determinações do MM. Juízo impetrado associadas a essa investigação. Em resumo, apenas quanto à investigação de origem, foram processadas e atendidas 11 (onze) ordens judiciais, - incluindo a quebra de sigilo de mais de 50 usuários identificados pelo número IMEI do celular e mais de 30 usuários identificados com uma conta Google.** O que levou à impetração de mandado de segurança foi a **generalidade e o alcance desse item em particular da ordem**, dirigido a **todo e qualquer usuário que eventualmente tenha buscado por informações lícitas e públicas a partir de certas palavras-chave na internet**, o que equivale a utilizar os sistemas da impetrante para executar uma interferência sem precedentes na privacidade de pessoas inocentes e não-investigadas.

11. De forma específica, **o item impugnado da ordem judicial determinou que a empresa forneça “IPs ou DEVICE Ids que tenham se utilizado do Google Busca (seja através do aplicativo ou sua versão WEB) no período compreendido entre o dia 10/03/2018 a 14/03/2018, para realizar consultas dos seguintes parâmetros de pesquisa: ‘MARIELE FRANCO’; ‘VEREADORA MARIELE’; ‘AGENDA VEREADORA MARIELE’; ‘CASA DAS**

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

PRETAS'; 'RUA DOS INVÁLIDOS, 122' ou 'RUA DOS INVALIDOS'". Trata-se do item nº 5 da decisão (fls. 229).

12. **Como se percebe, trata-se de termos comuns, potencialmente pesquisados por milhares de pessoas para os mais diversos fins plenamente lícitos. A busca em si, portanto, é sobre dados privados de pesquisa, a serem disponibilizados sob a perigosa lógica de perfilamento de pessoas por termos de busca – inclusive de inclinações políticas – através de dados pessoais³, para usar a definição legal.**

13. **Como é intuitivo, esses não são dados que já existam de forma estruturada. Para o cumprimento de tal determinação, seria preciso efetuar um esforço de engenharia que não é próprio aos serviços prestados pela empresa: fazer uma varredura generalizada sobre dados do serviço de Histórico de Pesquisa, vasculhando todas as contas para identificar usuários que teriam registros de pesquisa compatíveis com os parâmetros fixados. Mesmo com esse esforço, o resultado necessariamente abarcaria tão somente uma fração das pesquisas realizadas, uma vez que a utilização da ferramenta de buscas não requer que o usuário esteja logado. Mesmo quando esteja, a coleta de dados não necessariamente gera registros permanentes.**

14. **Ao contrário, cuida-se aqui de dados cuja eventual disponibilidade está diretamente associada às opções de configuração do usuário Google sobre sua própria conta. Com efeito, a coleta e o armazenamento dos dados pessoais do usuário relacionados à pesquisa realizada dependem da ativação do “Histórico de Pesquisa” pelo usuário e de sua utilização enquanto ele esteja logado à plataforma, para que os registros sejam armazenados em sua conta. Na prática, a funcionalidade permite que usuários logados façam e criem “diários” acerca de pesquisas. Mesmo quando essa opção seja feita, os dados ainda podem ser apagados e/ou editados pelos próprios usuários a qualquer tempo.**

15. **O que se tem, portanto, é uma tentativa de obrigar as recorrentes a utilizarem a plataforma de busca para fornecer às autoridades um diretório de informações**

³ Decreto nº 8.771/14, art. 14, I: “dado pessoal - dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locais ou identificadores eletrônicos, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa; e”.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

identificadoras de uma quantidade gigantesca de pessoas a partir de critérios aleatórios. E, mesmo assim, para refletir a realidade de forma intrinsecamente incompleta e quase voluntarista: tem-se aqui um inusitado indício cuja existência ou não depende unicamente da vontade dos suspeitos. Tudo isso sem qualquer imputação de crime, incluindo uma infinidade de pessoas sabidamente inocentes, unidas pela circunstância singela e lícita de terem buscado por certas palavras-chave na internet.

16. É grave a lesão a direitos fundamentais decorrente desta pescaria lotérica, como questão de princípio e também pelo alcance concreto da determinação. **Em primeiro lugar, as palavras-chave indicadas pela autoridade coatora criam o risco concreto de se afetar uma totalidade de pessoas inocentes, já que abrangem o nome de uma popular Vereadora do Município do Rio de Janeiro/RJ ('Marielle Franco'), o nome de um espaço cultural e projeto social ('Casa das Pretas') e o nome de uma rua tradicional em um dos bairros mais populosos e movimentados do Rio de Janeiro, que integra o circuito de Carnaval de Rua da cidade e figura em uma infinidade de artefatos culturais brasileiros ('Rua dos Inválidos').**

17. **Em segundo lugar, a janela temporal indicada compreende um período de 4 (quatro) dias ou 96 horas, durante o período de Carnaval do ano de 2018. Um grande número de pessoas inocentes terá pesquisado informações sobre esses termos no referido espaço de tempo, pelos mais diversos motivos perfeitamente lícitos. Nisso se incluem cidadãos e jornalistas interessados em atividades de uma parlamentar atuante, os interessados em colaborar ou em receber apoio do projeto social em questão, bem como as pessoas que quiseram chegar a qualquer endereço situado em movimentada rua do centro do Rio, inclusive por conta de ela fazer parte do roteiro de blocos de Carnaval de rua, ou que buscaram por episódios da vida religiosa da personagem Capitu, da obra Dom Casmurro de Machado de Assis.**

18. **Em terceiro lugar, apesar dessa imensa generalidade, a ordem não possui qualquer fundamentação pertinente: apenas menciona genericamente que este e os demais 40 pedidos de quebra de sigilo determinados pela decisão seriam "providências que se impõem, pois indispensáveis para se chegar a todos aqueles que, de alguma forma,**

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

possam ter participação no crime que se apura, bem como das circunstâncias em que se desenvolveu o fato criminoso". Nada mais. Uma fundamentação genérica que, com a devida vênia, poderia ser inserida em qualquer decisão de quebra de sigilo, sobre qualquer tema.

19. De forma reveladora da banalização então efetuada, a medida foi pedida, processada e deferida no âmbito de muitas outras requisições, inclusive já individualizadas, como se se tratasse de *mais uma* quebra de sigilo cotidiana.

20. O mesmo tom geral e genérico de banalidade se manteve após a impetração do presente mandado de segurança. Após a distribuição do *writ*, a eminente Desembargadora relatora solicitou **que a autoridade impetrada prestasse informações** (fls. 43-5). Esta, por sua vez, limitou-se a apontar para a "magnitude da investigação" e a transcrever o teor de sua decisão (fls. 46-51), deixando mais uma vez de **tentar justificar a ordem de quebra de sigilo genérica**.

21. Levado a julgamento, a maioria da Primeira Câmara Criminal do Eg. TJRJ entendeu por bem denegar a segurança e manter a ordem impetrada de quebra de sigilo genérica e indiscriminada. O **voto vencido (fls. 101-102)**, por sua vez, destacou a **violação a garantias constitucionais em razão (i) da falta de individualização de alvos e (ii) da inexistência de imputação de conduta ilícita aos afetados**. Confira-se o seguinte trecho do voto vencido do eminente Desembargador Marcos Basílio:

"Pelo que foi dito pelo advogado da tribuna durante a sustentação oral, ao que parece, a diligência pugnada e deferida já não se mostra importante para a elucidação do crime em si.

Mas, mesmo assim, não posso acompanhar o voto da maioria, porque, repito, não me parece possível a quebra de sigilo de forma genérica e aleatória, não sendo identificado, particularizado ou individualizado qualquer alvo, o que torna a decisão ora atacada sem fundamentação concreta, sendo flagrantemente violado o princípio do devido processo legal, da presunção de inocência, da privacidade e da própria proporcionalidade.

Assim como ocorre com o sigilo telefônico, penso que a identificação requerida reclama fato concreto a autorizar a mitigação do princípio constitucional básico da intimidade, não podendo a investigação criminal partir através de uma espécie de "pescaria".

Identificado um ou vários alvos diretos, o que deve ocorrer através de fatos ou indícios concretos, evidente que se mostra viável a quebra pugnada ou a informação pretendida. Não, porém, o requerimento totalmente genérico apresentado."

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

22. Na sequência, a Google interpôs recurso ordinário ao Eg. STJ. Ao ser intimado a apresentar parecer, **o Ministério Público Federal, por meio do Subprocurador-geral da República Marcelo Antonio Muscogliati, manifestou-se (fls. 249-59) pelo provimento do recurso**, destacando que: *“A medida invasiva, certamente, importa em gravame para os usuários da ferramenta de busca do Google bem como para as próprias recorrentes. Além de atentar contra direitos e garantias de indivíduos não relacionados com o crime, a quebra de sigilo genérica importa em indevida interferência na atividade lícita desempenhada pelas empresas, o que autoriza o manejo do mandamus a fim de salvaguardar direito líquido e certo (o exercício regular de sua atividade-fim)”*.

23. Nessa mesma linha é o parecer do MPF nos autos do RMS 63239/RN, lavrado pela eminente Subprocuradora-Geral da República Raquel Dodge, no qual se destaca, dentre outras razões, que *“(...) os registros pessoais não podem ser acessados pelo Estado, sem uma razão evidente, sem que haja uma causa lícita e válida, definida em lei. E só podem ser acessados os documentos que estiverem em correspondência direta com o fato ilícito investigado. Fora destes limites, a atuação estatal é arbitrária, tirânica e inconstitucional”* (doc. nº 03).

24. O ponto também foi corroborado por parecer técnico do professor Gilson Dipp juntado pelas recorrentes (fls. 249-59), que, dentre outras razões, concluiu que **(i)** *“[A] quebra da inviolabilidade das comunicações em si e a dos registros e dados inclusive cadastrais, quando cabível, depende de autorização judicial para o que é exigida a individualização do alvo. A resposta correta indica que não é possível afastar a individualização do alvo e a eventual alteração da natureza dos dados é irrelevante para esse efeito”*; **(ii)** *“A quebra da inviolabilidade dos dados telemáticos sem a individualização de alvos, constitui violação de direito ao devido processo legal, ao exercício da ampla defesa e prejudica o contraditório regular. As pessoas eventualmente atingidas pela medida restritiva assim autorizada judicialmente tornam-se indiretamente investigadas sem serem objeto da investigação e sobretudo com manifesta ofensa aos direitos fundamentais”*; e **(iii)** *“Não pode a investigação avançar sobre pessoas que não tenham relação com os fatos e o pressuposto lógico é que para investigar pessoas preexistam indícios razoáveis de autoria e certeza da materialidade. Desse modo investigar pessoas presumidamente inocentes viola a garantia*

constitucional da inocência”.

25. Apesar disso, a Terceira Seção do Eg. STJ, por maioria, entendeu por bem negar provimento ao recurso ordinário para manter a ordem impetrada. De forma específica, o voto condutor sustentou que: **(i)** a requisição judicial teria como objeto “*dados pessoais estáticos*”, que embora estivessem protegidos pelo art. 5º X, da Constituição, não seriam objeto de proteção do art. 5º, XII; **(ii)** para o fornecimento desses dados não seria necessária a indicação de “*qualquer elemento de individualização pessoal na decisão judicial*” e de demonstração da imprescindibilidade da medida, pois tais exigências estariam limitadas aos dados abarcados pelo art. 5º, XII, da Constituição; **(iii)** a decisão judicial estaria devidamente fundamentada, em conformidade com o disposto no art. 93, IX, da Constituição, pois teria exposto devidamente “*os indícios de prática do crime*”, “*a justificativa quanto à utilização da medida*” e o “*período ao qual se referem os registros*”; e **(iv)** a ordem seria proporcional, tendo em vista “*a realização da proporcionalidade em suas três diretrizes essenciais*” e a gravidade dos fatos investigados.

26. Como se adiantou, o v. acórdão incorreu em graves violações à Constituição Federal⁴. As violações foram reconhecidas no voto divergente apresentado pelo eminente Ministro Sebastião Reis Júnior, que votou pela concessão da segurança, por considerar que a medida impugnada: **(i)** promove a “*invasão à privacidade dos usuários*”; e **(ii)** “*não apresenta, em qualquer momento, justificativa suficiente quanto à extensão das informações solicitadas*”, atingindo “*um número não identificado de pessoas*”.

27. Feita a necessária contextualização do debate constitucional, passa-se à demonstração do cabimento do presente recurso extraordinário.

⁴ As palavras eloquentes do juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes Jr., no caso *Northern Securities Co. v. United States* (1904), aplicam-se perfeitamente à presente hipótese: “Great cases like hard cases make bad law. For great cases are called great, not by reason of their importance... but because of some accident of immediate overwhelming interest which appeals to the feelings and distorts the judgment”.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

II. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

II.1. REPERCUSSÃO GERAL DA TESE CONSTITUCIONAL

28. Como se sabe, na forma do art. 102, § 2º, da Constituição Federal, e do art. 1.035 do CPC, há repercussão geral quando presentes questões “que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”. Nos termos da orientação já consolidada desse Eg. STF, essa transcendência das matérias discutidas no recurso admite ao menos dois sentidos: (i) quando as teses jurídicas debatidas não se restringirem às partes, mas envolverem diversas outras relações jurídicas, de modo que venham a ser enfrentadas em outras demandas; e (ii) uma dimensão teórica, derivada da importância de uma determinada discussão para o sistema constitucional - em que se verifica o impacto da tese jurídica sobre a interpretação da Constituição e a determinação do sentido e alcance de suas cláusulas, inclusive do ponto de vista político, social e econômico.

29. No caso concreto, as questões debatidas no presente recurso apresentam repercussão geral nos dois sentidos. **Em primeiro lugar**, trata-se de decisão com potencial de multiplicação em inúmeras outras investigações criminais pelo país, em face não só da Google, mas também de outros provedores de aplicações de internet e empresas que efetuam tratamento de dados pessoais. De forma objetiva, **a Google recebe e atende milhares de ordens judiciais de fornecimento de dados no Brasil todos os anos. A título de exemplo, no ano de 2019 a empresa recebeu e processou mais de 6 mil ordens, afetando mais de 30 mil usuários⁵. O Brasil é também o terceiro país do mundo que mais emite ordens de fornecimento de dados dirigidos à empresa.**

30. Não por outra razão, e tendo em vista a repercussão da tese fixada, o Eg. STJ afetou o caso para julgamento direto por sua Terceira Seção. Nesse mesmo sentido, o julgamento do Eg. STJ foi também amplamente noticiado pela imprensa⁶, o que aumenta o

⁵ Dados disponíveis em: https://transparencyreport.google.com/user-data/overview?hl=en&user_requests_report_period=series:requests,accounts;authority:BR;time:&lu=user_requests_report_period

⁶ ESTADÃO. Perigoso precedente: Premência de respostas para a morte de Marielle Franco não justifica o atropelo da Constituição. Disponível em: <https://opinio.estado.com.br/noticias/notas-e-informacoes,perigoso-precedente,70003419340>. Acesso em

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

potencial de o caso servir de parâmetro para outras ordens e julgamentos.

31. **Em segundo lugar**, o tema é manifestamente relevante. Do ponto de vista **jurídico e político**, cuida-se de questão de grande impacto na sociedade brasileira, sobretudo na era da informação: saber se, a despeito de garantias constitucionais como a proteção da privacidade, da intimidade e dos dados pessoais, o interesse público na investigação de crimes justifica a utilização de técnica investigativa atípica e exploratória, altamente invasiva, que desnatura uma plataforma de acesso à informação e ao conhecimento em ferramenta vigilantista para produção de diretório de dados sensíveis dos usuários – inclusive sobre opiniões políticas e mesmo quando a medida alcance pessoas sem qualquer relação com os crimes investigados.

32. Trata-se de discussão com profundo impacto sobre a proteção de dados pessoais e do direito à privacidade em um Estado de Direito frente às prerrogativas de intervenção do Estado em investigações. No contexto atual, denominado por alguns como era dos dados, e diante de crescentes aplicações de *internet das coisas* e *big data*, a pertinência de que sejam definidos os parâmetros constitucionais para quebras de sigilo de dados pessoais se torna ainda mais relevante.

33. Sem surpresa, a jurisprudência desse Eg. STF corrobora a relevância da matéria. Como já antecipado e será desenvolvido adiante, essa Eg. Corte tem analisado casos que versam sobre o fornecimento de dados pessoais⁷. Em todos esses julgamentos, **a Corte reafirmou a proteção constitucional dos dados pessoais mesmo no contexto das rápidas e crescentes inovações tecnológicas da matéria, destacando a evolução da compreensão do direito constitucional à privacidade e ao sigilo de dados e a importância de que abarque as novas tecnologias**⁸. Da mesma forma, essa Eg. Corte também tem reiterado a relevância e a

16 set. 2020; O GLOBO. Caso Marielle: Especialistas dizem que quebrar dados sigilosos de pessoas que não são investigadas é assunto polêmico. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/caso-marielle-especialistas-dizem-que-quebrar-dados-sigilosos-de-pessoas-que-nao-sao-investigadas-assunto-polemico-1-24608111>. Acesso em 16 set. 2020

⁷ STF, j. 24 abr. 2020, MC na ADI 6387, ratificada pelo Plenário em 7 maio de 2020, Rel. Min. Rosa Weber; STF, j. 13 ago. 2020, MC na ADI 6529, Rel. Min. Cármen Lúcia; STF, DJe 25 jun. 2020, ADPF 695, Rel. Min Gilmar Mendes (decisão monocrática).

⁸ STF, j. 24 abr. 2020, MC na ADI 6387, ratificada pelo Plenário em 7 maio de 2020, Rel. Min. Rosa Weber: “Tais informações, relacionadas à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, configuram dados pessoais

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

repercussão geral de casos que tratam dos limites dos poderes investigatórios do Estado, inclusive sob a ótica específica do regime dos sigilos de dados do art. 5º, X e XII, da Constituição Federal. Confirmam-se alguns exemplos:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PERÍCIA REALIZADA PELA AUTORIDADE POLICIAL EM APARELHO CELULAR ENCONTRADO FORTUITAMENTE NO LOCAL DO CRIME. ACESSO À AGENDA TELEFÔNICA E AO REGISTRO DE CHAMADAS SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM QUE SE RECONHECEU A ILICITUDE DA PROVA (CF, ART. 5º, INCISO LVII) POR VIOLAÇÃO DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES (CF, ART. 5º, INCISOS XII). QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL.”⁹

“DADOS PACOTE ENVIO ABERTURA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PROVA LICITUDE DECLARADA NA ORIGEM RECURSO EXTRAORDINÁRIO ARTIGO 5º, INCISO XXII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. (...)

2. Os fatos estão bem delineados no acórdão formalizado. Certo pacote foi postado no correio objetivando entrega a destinatário. Aberto, verificou-se a existência de substância entorpecente. Houve processo-crime e, com base unicamente nessa prova, o recorrente foi condenado. Tem-se questionamento sobre a licitude a ser dirimido, considerado o alcance, pelo Supremo, do inciso XXII do artigo 5º da Constituição Federal”¹⁰

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. COMPARTILHAMENTO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA FINS PENAIIS, DOS DADOS BANCÁRIOS E FISCAIS DO CONTRIBUINTE, OBTIDOS PELO FISCO NO LEGÍTIMO EXERCÍCIO DE SEU DEVER DE FISCALIZAR, SEM A INTERMEDIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES EM FACE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E DO SIGILO DE DADOS. ART. 5º, INCISOS X E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL.”¹¹

“CONSTITUCIONAL. PENAL. REVISTA ÍNTIMA PARA INGRESSO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. PRÁTICAS E REGRAS VEXATÓRIAS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIO DA INTIMIDADE, DA HONRA E DA IMAGEM DAS PESSOAS. OFENSA. ILICITUDE DA PROVA. QUESTÃO RELEVANTE DO PONTO DE VISTA SOCIAL E JURÍDICO. REPERCUSSÃO GERAL

e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII). Sua manipulação e tratamento, desse modo, hão de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional”.

⁹ STF, 23 nov. 2017, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 1.042.075, Min. Dias Toffoli.

¹⁰ STF, DJ 37 maio 2019, Repercussão Geral no RE 1116949, Min. Marco Aurélio.

¹¹ STF, DJ 30 abril 2018, Repercussão Geral no RE 1055941, Min. Dias Toffoli.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

RECONHECIDA. A adoção de práticas e regras vexatórias com a revista íntima para o ingresso em estabelecimento prisional é tema constitucional digno de submissão à sistemática da repercussão geral.¹²

34. A transcendência da questão também é inequívoca do ponto de vista **social e econômico**. Não apenas as aplicações de internet e dispositivos tecnológicos que envolvem coleta e uso de dados são utilizados em diversas atividades cotidianas, como empresas tradicionais estão cada vez mais se modernizando e incorporando funcionalidades ligadas ao tratamento de dados. De forma específica quanto à ordem impetrada, as ferramentas de busca são o principal instrumento utilizado por boa parte dos cidadãos para pesquisas, que podem envolver desde interesses profissionais ou acadêmicos até questões pessoais - inclusive aquelas que não se compartilha com mais ninguém. Nesse contexto, a relevância do assunto é manifesta, podendo afetar a forma como as pessoas utilizam a internet.

35. A percepção sobre o nível adequado de proteção aos dados pessoais é também relevante indicador econômico nos tempos atuais. Como se sabe, esse indicador é levado em consideração por empresas, investidores e organismos internacionais para a celebração de negócios, definição de investimentos e mesmo para admitir ou não a entrada de determinado país em relevantes blocos multilaterais. Nesse aspecto, há forte percepção em âmbito global de que o desenvolvimento econômico sustentável passa, necessariamente, pelo alinhamento dos países às boas práticas na matéria. Sintomaticamente, a ausência de garantia de um nível adequado de proteção de dados em face dos órgãos de investigação e inteligência pode representar óbices a transferências internacionais de dados e compromissos bilaterais assumidos pelo Brasil¹³.

36. Sob todos esses pontos de vistas, portanto, **há notória repercussão geral da tese constitucional de violação ao art. 5º, X e XII, da Constituição Federal. Em síntese, o que se pede a esse Eg. STF é que reconheça a repercussão geral da discussão acerca da inconstitucionalidade de ordens de quebra de sigilo telemático que, de forma exploratória, exigem que uma plataforma privada de tecnologia forneça dados pessoais de**

¹² STF, DJ 15 jun. 2010, Repercussão Geral no RE 959.620, Min. Edson Fachin.

¹³ Nesse sentido, por exemplo: Tribunal de Justiça da União Europeia, 16 jul. 2020, *Data Protection Commissioner v Facebook Ireland and Maximillian Schrems* (Schrems II – C311/18).

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

uma coletividade genérica de usuários não investigados, sem imputação de atividade criminosa. Como será desenvolvido adiante, as teses sustentadas decorrem não apenas da compreensão do núcleo essencial dos direitos à privacidade, à intimidade, ao sigilo de dados e à proteção de dados pessoais, mas também da exigência de fundamentação específica para medidas restritivas de direitos e de proporcionalidade nas ordens de quebra de sigilo.

37. Como se vê, a relevância da definição da interpretação da Constituição no presente caso transcende largamente aos interesses das partes e possui notório interesse jurídico, político, social e econômico. Está presente, portanto, o requisito da repercussão geral.

II.2. PRESENÇA DOS DEMAIS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

38. Além da presença da repercussão geral das teses constitucionais desenvolvidas no presente recurso, encontram-se presentes todos os demais requisitos indispensáveis ao conhecimento do presente recurso extraordinário, uma vez que: **(i)** a interposição é tempestiva; **(ii)** trata-se de impugnação de acórdão proferido pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça em recurso ordinário; **(iii)** o v. acórdão recorrido violou diretamente normas da Constituição Federal; **(iv)** as matérias foram devidamente prequestionadas pelo v. acórdão; e **(v)** as questões aqui discutidas são puramente jurídicas e não importam revolvimento dos fatos assentados na origem. Os pontos (i) e (ii) já foram devidamente demonstrados e o ponto (iii) será melhor enfrentado na parte de mérito do presente recurso. Resta, portanto, demonstrar os pontos (iv) e (v) acima.

39. A tese sustentada pela recorrente é de natureza **exclusivamente jurídica**, não pretendendo a revisão de fatos e provas, de modo que não incide o óbice da Súmula/STF nº 279. Em particular, o v. acórdão já fixou as premissas fáticas necessárias ao deslinde da controvérsia: a ordem judicial requer o fornecimento de dados de um número indeterminado de pessoas, com o objetivo de tentar identificar possíveis suspeitos adicionais de participação no crime investigado. O Eg. STJ não afastou quaisquer dessas premissas - que

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

são, portanto, incontroversas.

40. Ocorre que, com base nelas, o v. acórdão recorrido fixou o entendimento jurídico de que a medida não importaria violação à privacidade, sob o argumento de que não se trata da interceptação de comunicações, e sim da quebra do sigilo de “*dados estáticos*”. Como se verá, o acórdão desconsiderou o sentido básico de garantias constitucionais e o entendimento firmado por esse Eg. STF quanto à existência de proteção constitucional aos dados pessoais – e não apenas ao conteúdo de comunicações. Não por outras razões, decisões recentes dessa Eg. Corte têm reafirmado o entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro veda ordens de “caráter exploratório” - o que apenas reforça o caráter estritamente jurídico da presente discussão¹⁴.

41. Ademais, a tese debatida no recurso envolve violação direta a normas da Carta Federal. Com efeito, a premissa fundamental do v. acórdão recorrido foi a tese de que as garantias contidas nos arts. 5º, incisos X e XII, da Constituição, comportam a determinação de que sejam vasculhados dados pessoais de milhares de usuários de aplicações de internet, unidos simplesmente por terem feito certa pesquisa por informações lícitas na internet. Trata-se, portanto, de um tipo de *fishing expedition* que sempre foi vedado pela jurisprudência desse Eg. Tribunal¹⁵, aqui justificada tão somente pelo registro de que um crime grave está sendo investigado e que a medida poderia ser útil. De outro lado, o que se pretende com o presente recurso é que essa Eg. Corte, no exercício do seu papel de guardião da Constituição Federal, reconheça a inconstitucionalidade de quebras de sigilo genéricas, que expõem a vida privada de um conjunto indeterminado de pessoas sem

¹⁴ STF, j. 7 maio 2020, Referendo da MC na ADI 6387, Rel. Min. Rosa Weber; STF, j. 20 ago. 2020, Referendo da MC na ADPF 722, Rel. Min. Cármen Lúcia

¹⁵ STF, DJe 06 mai. 2020, Inq 4831, Rel. Min. Celso de Mello: : “E o motivo de observar-se a existência de conexão com os eventos alegadamente delituosos sob investigação penal reside no fato de que **o nosso sistema jurídico, além de amparar o princípio constitucional da intimidade pessoal, repele atividades probatórias que caracterizem verdadeiras e lesivas “fishing expeditions”, vale dizer, o ordenamento positivo brasileiro repudia medidas de obtenção de prova que se traduzam em ilícitas investigações meramente especulativas ou randômicas, de caráter exploratório, também conhecidas como diligências de prospecção**, simplesmente vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro (...)” (. E ainda: “O controle judicial prévio para autorizar a busca e apreensão é essencial com a finalidade de se verificar a existência de justa causa, de modo a se evitar fishing expedition (investigações genéricas para buscar elementos incriminatórios aleatoriamente, sem qualquer embasamento prévio)” (STF, DJe 31 jul. 2020, HC 163.461, Rel. Min Gilmar Mendes). No mesmo sentido: STF, DJe 18 mar. 2015, HC 106.566, Rel. Min Gilmar Mendes; STF, DJ 09 nov. 2007, Inq 2245 AgR, Rel. Min Joaquim Barbosa, Rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia ; STF, DJe 31 jul. 2020, HC 144.159, Rel. Min Gilmar Mendes;

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

indícios de envolvimento no crime investigado.

42. Por fim, o **prequestionamento** da tese recursal é de simples confirmação. Na verdade, o tema aqui discutido – conflito entre o interesse público na investigação de crimes e as garantias constitucionais da proteção de dados e da privacidade, bem como os parâmetros para a aferição de proporcionalidade – foi justamente o cerne da questão apreciada pelo v. acórdão recorrido. De forma específica, o v. acórdão fez menção textual aos dispositivos constitucionais envolvidos. Confira-se trecho do v. acórdão recorrido que não deixa dúvidas quanto ao prequestionamento da tese das impetrantes:

Violação aos arts. 5º, X e XII, da Constituição: “Decerto que o art. 5º, X, da CF/88 garante a inviolabilidade da intimidade e da privacidade, inclusive quando os dados informáticos constarem de banco de dados ou de arquivos virtuais mais sensíveis. Entretanto, repita-se, o acesso a esses dados registrados ou arquivos virtuais não se confunde com a interceptação das comunicações e, por isso mesmo, a amplitude de proteção não pode ser a mesma.

A propósito, já decidiu o STF que “a proteção contida no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal restringe-se ao sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas, não abrangendo os dados já armazenados em dispositivos eletrônicos” (HC n. 167.720/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 14/4/2019, grifei). Logo, o ordenamento jurídico brasileiro tutela de maneira diferente o conteúdo das comunicações mantidas entre indivíduos e, a seu turno, as informações de conexão e de acesso a aplicações de internet, garantindo proteção também a essa segunda categoria de dados, ainda que em dimensão não tão ampla”;

Violação ao art. 93, IX, da Constituição: “Conforme dispõe o art. 93, IX, da CF, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (...)

Vê-se, pois, que tanto os indícios da prática do crime, como a justificativa quanto à utilização da medida e o período ao qual se referem os registros foram devidamente expostos pelo Magistrado de primeiro grau. Realço que a natureza da medida não se coaduna com a imposição de prévia indicação dos autores da infração penal objeto de investigação, porquanto é esse precisamente o objetivo da medida, ou seja, descobrir, por meio da requisição de registros e dados, eventual autor ou partícipe do delito”;

Violação ao princípio da proporcionalidade: “Trazendo essa doutrina para o exame do caso concreto – em que o direito à segurança e à preservação e restauração da ordem pública tem algum resvala no direito ao sigilo de dados –, nota-se a realização da proporcionalidade em suas três diretrizes essenciais.”

43. Dessa forma, feitos os registros pertinentes quanto à admissibilidade do recurso extraordinário, passa-se à demonstração das razões que conduzem ao seu

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

provimento.

III. NO MÉRITO: RAZÕES QUE CONDUZEM AO PROVIMENTO DO PRESENTE RECURSO. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, X E XII, E AO ART. 93, IX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

44. Como se viu, o v. acórdão recorrido manteve ordem que atinge um universo aleatório e indeterminado de pessoas, unidas tão somente pela circunstância casual de terem buscado informações em buscador de internet, a partir de certas palavras-chave comuns e em extensa janela temporal. **Vale dizer: sem que haja nem sequer indício de qualquer conduta ilícita por parte dos alvos.** O caráter genérico da ordem e seu impacto em inocentes é incontroverso, tendo sido reconhecido pelo próprio v. acórdão que a ordem alcança um número indeterminado de pessoas.

45. A despeito de reconhecer essas premissas, o v. acórdão manteve a possibilidade de que motores de busca na internet possam ser subvertidos em ferramentas de investigação, admitidamente exploratória, para oferecer listas genéricas a autoridades de investigação e formar repositório de *big data* para fins de pescaria de suspeitos. Isso seria juridicamente possível porque (i) as informações a serem buscadas e fornecidas seriam “registros informáticos já existentes ou dados já coletados”, supostamente não cobertos pela proteção do art. 5º, XII e apenas superficialmente resguardadas pelo art. 5º, X; (ii) a decisão judicial seria suficientemente fundamentada ao apontar prática de ilícito, informar a possível utilidade da medida e indicar o período a que se referem os registros; e (iii) haveria proporcionalidade porque se busca a elucidação de delitos e não seria dada publicidade aos dados.

46. Como já se registrou, o v. acórdão recorrido afronta dispositivos constitucionais e farta jurisprudência desse Eg. Supremo Tribunal Federal, que veda ordens de quebra de sigilo amplas e genéricas que não individualizem alvos, bem como garante proteção reforçada à proteção de dados pessoais e à privacidade no sistema constitucional brasileiro.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

47. Essa conclusão pode ser desenvolvida a partir de três óticas autônomas, que representam, cada uma por si, uma vertente de violação à Constituição: **(i)** a proteção constitucional da privacidade e dos dados pessoais não é compatível com ordens de quebra de sigilo exploratórias e abrangentes, sobretudo quando transfiguram um serviço de busca em ferramenta de investigação e instrumento de evidência criminal; **(ii)** no âmbito do processo penal, ordens restritivas de direitos estão sujeitas a ônus específico de fundamentação, que não é suprido pela mera alegação de interesse público na investigação criminal; e **(iii)** ordens coletivas e abrangentes para criar um “dossiê” de usuários que fizeram determinadas pesquisas na internet também violam o princípio da proporcionalidade, em todas as suas vertentes. Em conjunto, essas três violações à Constituição Federal somente podem conduzir ao provimento do presente recurso.

III.1. ART. 5º, X E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O NÚCLEO ESSENCIAL DA PROTEÇÃO À PRIVACIDADE E AOS DADOS PESSOAIS. INCOMPATIBILIDADE COM ORDENS EXPLORATÓRIAS QUE AFETAM UMA QUANTIDADE INDETERMINADA DE INOCENTES

48. Para a maioria formada no v. acórdão recorrido, seria possível determinar uma varredura sobre informações de Histórico de Pesquisa de usuários de internet e o fornecimento de listas de identificação de pessoas, de forma genérica e mesmo sem indicativo do seu envolvimento com crime, sob o argumento de que essas informações “já foram coletadas” e não constituiriam conteúdo de comunicações. Com todas as vênias, tal compreensão viola frontalmente o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais contidos tanto no art. 5º, X quanto no art. 5º, XII, da Constituição.

49. O ponto passa a ser desenvolvido a partir de três ideias centrais: **(1)** o direito à privacidade abarca e protege informações sobre o que alguém busca na internet, por dizer respeito a pensamentos, opiniões e interesses aventados em domínio privado e íntimo; **(2)** o direito à privacidade só pode ser afastado de forma contextual, específica e mediante causa provável relativa ao indivíduo afetado, sendo certo que a jurisprudência deste Eg. STF nunca autorizou quebras genéricas; **(3)** se é que houve algum momento histórico em que fez sentido associar proteções constitucionais ao caráter estático de uma

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

informação, essa compreensão nunca poderia facilitar uma desidratação de direitos fundamentais diante do avanço tecnológico. Na linha do que têm feito diversos Tribunais Constitucionais ao redor do mundo e do que tem feito este Eg. Tribunal em recentíssimas decisões, o caso exige uma solução que olhe para o presente e para o futuro, e não que se ampare em pretextos normativos fundados no passado.

50. **Em primeiro lugar**, como se sabe, o **direito à privacidade** serve à proteção do **livre desenvolvimento da personalidade humana** e se reporta fundamentalmente ao próprio respeito à dignidade. Trata-se de prerrogativa conferida ao indivíduo de gerenciar com quem compartilhar aspectos de sua vida, em respeito à sua autoconsciência moral, individualidade e livre convencimento crítico¹⁶. Tal direito assegura à pessoa um ambiente e uma esfera privada de controle sobre aspectos de sua personalidade. Nesses termos, o exercício do direito à privacidade não significa necessariamente guardar tudo para si, mas ter a liberdade de escolher não compartilhar certos aspectos com ninguém, compartilhar só com pessoas e profissionais de confiança, compartilhar com certos grupos ou com todos. **De forma inequívoca, essa proteção contempla a prerrogativa de disposição sobre pensamentos, opiniões, interesses, sentimentos e projetos pessoais – núcleo central da intimidade.**

51. Como também se sabe, essa proteção à privacidade é essencial não apenas para a autonomia moral sob a perspectiva privada, mas também sob a perspectiva pública e, como tal, essencial à **democracia**. A base fundamental de uma sociedade democrática é o autogoverno informado, participativo e deliberativo, em que pessoas podem se informar livremente, tomar decisões sobre a vida que querem levar, além de formar e reformular suas preferências políticas. A proteção da privacidade tem papel central nisso: serve à autonomia crítica, à diversidade de convencimentos e personalidades, à livre tomada de decisões e ao questionamento não-conformista – características imprescindíveis à integridade de um Estado democrático de Direito. Pessoas desprovidas de privacidade tomariam decisões sempre contaminadas por medo de crítica, exposição indesejada e

¹⁶ Nesse sentido, v. Edward Bloustein, *Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean Prosser*, *New York University Law Review* 39:1003 (1964); Alan Westin, *Privacy and Freedom*, 1967; Helen Nissenbaum, *Privacy as Contextual Integrity*, *Washington Law Review* 79:119-158 (2004); Mireille Hildebrandt, *Privacy and Identity*, In: Erik Claes, Antony Duff e Serge Gutwirth, *Privacy and the criminal law*, 2006.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

mesmo sanções, gerando um ambiente hostil para o projeto democrático¹⁷.

52. **O presente caso versa precisamente sobre a privacidade no contexto de mais elevada importância sob os aspectos pessoal e social-democrático.** Os buscadores de internet são um mecanismo popular de acesso a informações e conteúdos, com expectativa legítima de privacidade. As pesquisas assim realizadas frequentemente dizem respeito às questões e aos interesses mais íntimos das pessoas – inclusive aqueles que não se compartilha com mais ninguém. Informações sobre buscas realizadas refletem com o que as pessoas se importam, com quem se associam, sobre o que têm dúvidas, quais planos e sonhos nutrem, em que momento da vida estão, como concebem sua própria identidade. Ao fazer isso, oferecem um retrato sobre a vida privada e a intimidade de alguém.

53. Sobre essa atividade recai **forte expectativa de privacidade**. Não por outra razão, motores de busca são frequentemente associados ao ambiente de um “confessionário”: dos interesses mais concretos às cogitações mais experimentais, a ferramenta é um domínio de busca por informações, assuntos e conteúdos, baseando-se na premissa de que ambientes privados são imprescindíveis ao livre desenvolvimento da personalidade e à própria democracia¹⁸. Trata-se de serviço que atua, no mundo moderno, diretamente na maneira como as pessoas pesquisam, se educam, se comunicam – atividades que estão no centro do processo natural de livre desenvolvimento da personalidade e, assim, da razão de ser da proteção ao domínio privado.

¹⁷ Ver Julie Cohen, Examined lives: informational privacy and subject as object, *Stanford Law Review* 52:1426-7, 2000.

¹⁸A título de exemplo, CNN BRASIL. **Durante pandemia, buscas no Google por 'como ajudar' batem recorde.** Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/tecnologia/2020/04/14/durante-pandemia-buscas-no-google-por-como-ajudar-batem-recorde>. Acesso em: 12 set. 2020). EXAME. **As coisas mais estranhas que as pessoas procuram no Google.** Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/as-coisas-mais-estranhas-que-as-pessoas-procuram-no-google/>. Acesso em: 12 set. 2020; HOJE EM DIA. **Buscas no Google refletem acontecimentos e comportamento dos brasileiros.** Disponível em: <https://www.hojeemdia.com.br/almanaque/buscas-no-google-refletem-acontecimentos-e-comportamento-dos-brasileiros-1.682757>. Acesso em: 12 set. 2020; CLÁUDIA. **Saúde mental bate recorde de busca no Google na quarentena.** Disponível em: <https://claudia.abril.com.br/saude/saude-mental-bate-recorde-de-busca-no-google-na-quarentena/>. Acesso em: 12 set. 2020; O GLOBO. **Em tempos de coronavírus, buscas por 'meditação' e 'Deus' batem recorde na internet.** Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus-servico/tamojunto/em-tempos-de-coronavirus-buscas-por-meditacao-deus-batem-recorde-na-internet-24345230>. Acesso em: 12 set. 2020.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

54. Em respeito a essa expectativa básica, os buscadores estão vinculados a elevados deveres de sigilo sobre as informações de seus usuários. **De fato, usuários utilizam o serviço sob a confiança de que tais informações são protegidas e serão tratadas nos limites da lei e nos termos de seu consentimento.** E mais: o próprio interesse público realizado pela ferramenta ao permitir buscas por assuntos e conteúdos – e assim viabilizar acesso à informação – está erguido sob a confiança de que o ato de buscar informações é plenamente lícito. E, sendo assim, tal ato não é suficiente nem pode contribuir para justificar medidas estatais inquisitivas e menos ainda envolver pessoas em uma investigação criminal. O contrário representaria sacrificar a confiança no serviço e produzir efeitos inibidores que comprometem os próprios valores e finalidades que se pretendem alcançar com o direito à privacidade.

55. **Negar que a proteção a informações de buscas pessoais na internet e o *segredo* sobre informações íntimas encontra respaldo na Constituição Federal seria tanto textualmente equivocado como normativamente absurdo.** Na linha de numerosos documentos de relevância internacional¹⁹, a Constituição Federal brasileira protege o direito fundamental à privacidade em seu art. 5º, X, que preceitua serem invioláveis a intimidade e a vida privada. Trata-se, como visto, de garantia fundamental que impõe limites aos poderes de intrusão de terceiros – inclusive o próprio Estado – na liberdade individual. Afinal, sem que houvesse tais balizas, seria anulada a esfera de controle do indivíduo sobre sua personalidade e autonomia.

56. Tal previsão geral na Constituição brasileira é desdobrada em outras mais específicas, com destaque para a regra do art. 5º, XII, que qualifica como *“inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”*. Trata-se de corolário da concepção de direito à privacidade enquanto tutela de uma esfera pessoal negativa contra intrusões alheias em um campo específico: o das comunicações por correspondência, telégrafos, telefonia e dados – sobretudo telemáticos e

¹⁹ Nesse sentido: Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), art 12; Convenção Americana de Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969; Dec. Leg. nº 226/91; Dec. nº 592/92), art. 11, § 2º; Convenção Europeia de Direitos Humanos (Conselho da Europa, 1950), art 8; Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, art. 8º.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

financeiros, que se reportam à tutela da vida privada do indivíduo.

57. Nesse contexto, **é certo que dados telemáticos relativos ao que se pesquisou na internet são resguardados não apenas pela proteção constitucional da intimidade (art. 5º, X), como também pelo sigilo de dados (art. 5º, XII)**. Como se viu, são dados gerados pelo usuário em um ambiente de confidencialidade e vinculados a pensamentos, opiniões, interesses, projetos e dúvidas de alguém – contexto que, no mundo online, diz respeito ao núcleo essencial da privacidade²⁰. À luz da jurisprudência recentíssima desse Eg. STF²¹, mostra-se pertinente também a **proteção autônoma do direito à proteção de dados pessoais**, uma vez que se trata de informações associadas a uma pessoa natural identificada ou identificável. Tudo isso sem contar que a intromissão sobre pesquisas realizadas pode afetar diversos outros sigilos – decorrentes de inferências sensíveis sobre opiniões políticas, posição religiosa, situação financeira, condições de saúde, orientação e vida sexual, hábitos de vida, dentre outros.

58. Dito isso, **e em segundo lugar, não se sustenta aqui – como nunca se fez nestes autos – que o sigilo seja absoluto ou que a privacidade nunca possa ser mitigada. O ponto é que dessa concessão não se pode extrair uma abertura generalizada que esvazie a própria noção do direito, como fez o v. acórdão recorrido**. De fato, a Constituição não supõe que tais direitos sejam absolutos e insuscetíveis de restrição proporcional para a proteção de outros direitos individuais e do interesse público. No caso do art. 5º, XII, a possibilidade de quebra dos sigilos por decisão judicial, no âmbito exclusivo

²⁰ As informações buscadas no Google são feitas em ambiente privado, fora do conhecimento público, o que em si atrai a aplicação do direito à privacidade. Mas não só: em numerosas ocasiões, as informações buscadas dizem respeito à “intimidade em sentido estrito” da teoria alemã das esferas da privacidade - o núcleo mais íntimo desse direito: “Adotando-se a *teoria das esferas*, pode-se nitidamente concluir pela distinção entre *intimidade* e *vida privada* e, mais ainda, diferenciá-las do segredo. A proteção da vida privada – esfera de maior amplitude – consiste no direito de subtrair do conhecimento do público em geral fatos da vida particular que não revelam aspectos extremamente reservador da personalidade do indivíduo. Já a intimidade – *Intimsphäre* ou intimidade, em sentido lato na teoria alemã, refere-se à prerrogativa de se excluírem do conhecimento de terceiros as informações mais sensíveis do indivíduo, tais como aspectos atinentes à vida sexual, religiosa e política; compartilhadas apenas com as pessoas mais íntimas e em caráter reservado. Por fim, a esfera do segredo, *Geheimnsphäre* ou intimidade em sentido estrito na teoria alemã, compreende as informações relacionadas com os sentimentos, com os sonhos e com as emoções da pessoa; não compartilhadas com ninguém ou compartilhadas apenas com amigos mais íntimos.” Tatiana Malta Vieira, *O direito à privacidade na sociedade de informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*, 2007. p. 30.

²¹ STF, j. 7 maio 2020, Referendo da MC na ADI 6387, Rel. Min. Rosa Weber; STF, DJe 25 jun. 2020, ADPF 695, Rel. Min Gilmar Mendes (decisão monocrática); STF, j. 13 ago. 2020, MC na ADI 6529, Rel. Min. Cármen Lúcia.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

da investigação criminal ou do processo penal, foi textualmente registrada. Como é natural, a decisão que venha a determinar a medida deve ser baseada em permissivo legal e fundamentada de forma específica, em atenção ao art. 93, IX, da Constituição. Aliás, em se tratando de restrição a direitos fundamentais, o dever de fundamentação torna-se mais intenso.

59. Em particular, a reconciliação do direito à privacidade com o interesse público em viabilizar investigações criminais e a eficiência do processo penal impõe a **exigência de que o afastamento da privacidade seja contextual, específico e baseado em justas razões** – como o são os indícios de envolvimento de alguém em crime. Trata-se de mecanismo básico de controle contra arbitrariedades ao qual decisões judiciais de quebra de sigilo devem atender. **O ponto foi desenvolvido no já referido parecer da eminente Subprocuradora-Geral da República Raquel Dodge nos autos do RMS 63239/RN, também no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade de medida genérica de quebra de sigilo.**

Confira-se:

“A Constituição protege o cidadão contra o rastreamento dos vestígios de seus movimentos, de seus dados, de sua correspondência e de suas opiniões pelo Estado. Esta proteção é importante para garantia da liberdade de pensamento, de expressão, de opinião e de reunião. Sem uma causa provável da prática de um ilícito, todo indivíduo está protegido de busca pessoal pelo Estado. É o que garante a Constituição.

A raiz histórica desta proteção remonta ao período da Revolução Americana e tem origem em um fato específico de grande repercussão. Oficiais britânicos a mando do Rei George fizeram buscas na residência de um indivíduo, John Wilkes, em busca de seus diários. Queriam identificá-lo como autor de panfletos anônimos que criticavam o rei e o multaram na elevadíssima quantia de mil libras. Não tinham qualquer indício de que ele fosse o autor dos panfletos.

Este fato gestou a proteção à privacidade: o princípio de que a residência, a correspondência, os registros pessoais não podem ser acessados pelo Estado, se uma razão evidente, sem que haja uma causa lícita e válida, definida em lei. E só pode ser acessados os documentos que estiverem em correspondência direta com o fato ilícito investigado. Fora destes limites, a atuação estatal é arbitrária, tirânica, inconstitucional. Permitiria prospectar indivíduos aleatoriamente, em perseguição a críticos e dissidentes, a minorias e discriminados, infligindo dor e sofrimento a indivíduos. A investigação de infratores, com acesso a dados de sua privacidade, é válida e necessária. A prospecção sem causa é inconstitucional” (negrito acrescentado).

60. Nessa linha, a **jurisprudência desse Eg. Supremo Tribunal sempre rechaçou ordens de quebra de sigilo que assumam perfil de *fishing expeditions*: táticas investigativas de pescaria sobre quem e o que se vai investigar, por serem genéricas e lhes**

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

faltar causa provável (indícios de envolvimento em atividade criminosa) contra os afetados. Ao contrário do que supôs o Eg. STJ, não se admite o menosprezo à privacidade de inocentes, como se fosse um dano colateral aceitável. Por isso mesmo, essa Eg. Corte já invalidou uma série de comandos de natureza indiscriminada. Confirmam-se trechos de decisões e votos paradigmáticos:

“A QUEBRA DE SIGILO NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE DEVASSA INDISCRIMINADA, SOB PENA DE OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE. - A quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. É que, se assim não fosse, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada e de devassa indiscriminada da esfera de intimidade das pessoas, o que daria, ao Estado, em desconformidade com os postulados que informam o regime democrático, o poder absoluto de vasculhar, sem quaisquer limitações, registros sigilosos alheios. (...)

Para que a medida excepcional da quebra de sigilo bancário não se descaracterize em sua finalidade legítima, torna-se imprescindível que o ato estatal que a decreta, além de adequadamente fundamentado, também indique, de modo preciso, dentre outros dados essenciais, os elementos de identificação do correntista (notadamente o número de sua inscrição no CPF) e o lapso temporal abrangido pela ordem de ruptura dos registros sigilosos mantidos por instituição financeira”²².

“Para melhor compreensão da controvérsia, destaco trechos das r. decisões tomadas nas instâncias ordinárias:

1 - DECISÃO DO D. JUÍZO QUE INDEFERIU OS PEDIDOS DE DILIGÊNCIAS DA DEFESA (fls. 62-64): (...)

- quanto ao pedido de quebra de sigilo das ERBs que abrangem as regiões delimitadas pelas coordenadas geográficas especificadas à 951, indefiro o pedido, haja vista que no pedido está contido uma indeterminação de ERB's que certamente abrangerá usuários que não são partes no processo, não se descurando que nas respectivas quebras de sigilo já estavam contidas as respectivas ERB's dos números das linhas telefônicas. (...)

Por fim, o requerimento da quebra de sigilo telefônico de algumas Estações Rádio Bases (ERB's) no período compreendido entre as 08:00hs do dia 01/07/2012 e 24:00hs do dia 05/07/2012, igualmente, mostra-se desarrazoado.

Conforme asseverou o magistrado singular, além da providência pleiteada alcançar uma infinidade de usuários sem nenhuma ligação com o processo, na quebra do sigilo telefônico dos processados encontram-se as respectivas ERB's referentes aos números por eles utilizados durante o dia 05/07/2012, data do delito”²³.

²² STF, DJ 16 jun. 2006, HC 84758, Rel. Min. Celso de Mello.

²³ STF, DJ 25 nov. 2015, RHC 131538, Rel. Min. Cármen Lúcia.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

“A QUEBRA DE SIGILO - QUE SE APÓIA EM FUNDAMENTOS GENÉRICOS E QUE NÃO INDICA FATOS CONCRETOS E PRECISOS REFERENTES À PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO - CONSTITUI ATO INVÁLIDO DE NULIDADE. - A quebra do sigilo inerente aos registros bancários, fiscais e telefônicos, por traduzir medida de caráter excepcional, revela-se incompatível com o ordenamento constitucional, quando fundada em deliberações emanadas de CPI cujo suporte decisório apoia-se em formulações genéricas, destituídas da necessária e específica indicação de causa provável, que se qualifica como pressuposto legitimador da ruptura, por parte do Estado, da esfera de intimidade a todos garantida pela Constituição da República”²⁴;

“Penal e Processual Penal. 2. Busca e apreensão em local distinto do definido no mandado judicial. 3. Autorização de meio de investigação em endereços de pessoa jurídica, mas o ato foi realizado na casa de pessoas físicas não elencadas no rol. 4. Ilegalidade que impõe o reconhecimento da ilicitude da prova. 5. Ordem concedida para declarar a ilicitude dos elementos probatórios obtidos na busca e apreensão realizada no domicílio das pessoas físicas e suas derivadas, nos termos do acórdão”²⁵.

61. Conforme se extrai dos precedentes transcritos, a **Constituição, seguindo o padrão mundial, trata da quebra judicial de sigilos com a nota da excepcionalidade e, por isso mesmo, a medida só poderia ser justificada pela existência de indícios concretos de atividade ilícita por parte do alvo delimitado, a serem demonstrados em decisão judicial fundamentada. Essa é a única interpretação compatível com o constitucionalismo de um Estado Democrático de Direito, comprometido com a tutela das liberdades.**

62. Afinal, o direito à privacidade surgiu, junto com o direito à propriedade privada e a inviolabilidade de domicílio, como a primeira fronteira de limitação do poder do Estado sobre o indivíduo. Tal direito fundamental significaria muito pouco – ou nada – caso pudesse ser afastado pelo Estado sem que houvesse elementos para crer que o indivíduo investigado cometeu algum ato ilícito. Na prática, como se têm sustentado desde a petição inicial deste mandado de segurança, **é impossível atender às garantias constitucionais sem que haja a providência mínima de individualização de alvos** aos quais se referem os **indícios concretos de seu envolvimento em conduta ilícita.**

²⁴ STF, DJ 04 ago. 2006, MS 25668/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

²⁵ STF, DJe 31 jul. 2020, HC 163.461, Rel. Min Gilmar Mendes.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

63. Muito embora os exemplos mais famosos de *fishing expeditions* anuladas se refiram a mandados coletivos de busca e apreensão ou a interceptações telefônicas sem especificação dos investigados²⁶, este Eg. Tribunal nunca limitou a vedação a essas hipóteses. De forma paradigmática, no Agravo Regimental no Inquérito n. 2245-4, que antecedeu a Ação Penal 470 (Mensalão) – versando, portanto, sobre investigações de altíssima gravidade e relevância nacional – esse Eg. Tribunal afastou ordem judicial que possuía a mesma estrutura lógica da que foi mantida pelo v. acórdão recorrido: determinação a um **banco** para que fornecesse **lista com dados cadastrais de identificação de clientes de certo tipo de conta bancária.**

64. **A determinação foi considerada inválida por essa Eg. Corte justamente por se reconhecer que o pedido de listagem genérica alcançaria pessoas não envolvidas na investigação, sem causa provável de que tivessem praticado ilícito.** No lugar, autorizou-se que fosse afastado o sigilo apenas daqueles implicados na investigação. Confirmam-se a ementa e trechos dos votos que destacam o ponto:

*“AGRAVO REGIMENTAL. INQUÉRITO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. REMESSA DE LISTAGEM QUE IDENTIFIQUE TODAS AS PESSOAS QUE FIZERAM USO DA CONTA DE NÃO-RESIDENTE TITULARIZADA PELA AGRAVANTE PARA FINS DE REMESSA DE VALORES AO EXTERIOR. LISTAGEM GENÉRICA: IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE QUANTO ÀS PESSOAS DEVIDAMENTE IDENTIFICADAS NO INQUÉRITO. AGRAVO PROVIDO PARCIALMENTE. 1. Requisição de remessa ao Supremo Tribunal Federal de lista pela qual se identifiquem todas as pessoas que fizeram uso da conta de não-residente para fins de remessa de valores ao exterior: impossibilidade. 2. **Configura-se ilegítima a quebra de sigilo bancário de listagem genérica, com nomes de pessoas não relacionados diretamente com as investigações (art. 5º, inc. X, da Constituição da República).** 3. Ressalva da possibilidade de o Ministério Público Federal formular pedido específico, sobre pessoas identificadas, definindo e justificando com exatidão a sua pretensão. 4. Agravo provido parcialmente.”*

Voto da Ministra Cármen Lúcia: *“O art. 5º, inc. X, da Constituição da República assegura a todos o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, sendo indenizável o dano material ou moral decorrente de sua violação. O direito ao sigilo bancário é uma das principais garantias constitucionais, que tornam efetivo aquele*

²⁶ Sobre o tema, confira-se reportagem do CNJ sobre a edição da Resolução nº 217/2016 (que alterou a referida Resolução nº 59/2008): *“Entre as mudanças aprovadas pelo Plenário do Conselho estão a identificação dos titulares dos números interceptados ou, excepcionalmente, no prazo de 48 horas, de outros números. (...) A intenção é evitar o chamado phishing, que ocorre quando a interceptação de um telefone acaba trazendo outros números de cidadãos (não necessariamente ligados ao crime investigado), assim como o “contrabando”, quando o juiz é levado a aprovar quebra de sigilo de telefone sem identificação do titular, e que não condiz com a investigação em foco”.*

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

direito à privacidade. **No presente caso, caracteriza-se indevida a quebra de sigilo bancário que se dá pela entrega de listagem genérica, na qual se possam identificar pessoas não relacionadas diretamente com as investigações realizadas no inquérito.** Se, por um lado, é necessária a quebra de sigilo bancário como forma de se dar eficiência às investigações, e, com isso, garantir ao Estado condições mínimas de punir quem age contra o direito positivado, por outro, há de se garantir a privacidade e a intimidade daqueles que não adotam comportamentos questionáveis e, por isso mesmo, não são investigadas, nada devendo, juridicamente, ao Estado e à sociedade.”;

Voto do Ministro Ricardo Lewandowski“(…) que me manter fiel e coerente ao voto que proferi no Inquérito n° 2.206, no qual indeferi - pelo menos naquele momento - a abertura, a quebra do sigilo bancário de uma conta plúrima - como diz o eminente Ministro Marco Aurélio -, com centenas ou até milhares de correntistas que não estavam sob investigação qualquer. E este me parece ser o caso, também.

Não me oponho, em tese, à quebra do sigilo, pois é autorizada pela Constituição Federal e pelas leis, mas é preciso que as pessoas estejam sob investigação e é preciso, também, que o pedido seja fundamentado.

Não vejo essa fundamentação, neste caso, com relação a esse grande número de pessoas para as quais se pode o sigilo. Penso, com todo o respeito, que é mais prudente darmos provimento ao recurso.”;

Voto do Ministro Cezar Peluso: "A mim me parece que negar, pura e simplesmente, provimento ao recurso permitiria uma devassa, na medida em que a planilha revelaria os nomes de todas as outras pessoas que, sem terem nenhuma ligação com os fatos de que cuida o inquérito ou que, pelo menos aparentemente, não teriam praticado nenhum ato do qual se lhes possa inferir alguma atividade ilícita, teriam invadida a sua intimidade.

O meu voto de provimento é parcial, no sentido de permitir a quebra do sigilo daquelas pessoas que, além do senhor José Eduardo e da empresa Dusseldorf Company Ltda, o Procurador-Geral da República discrimine, inclusive parentes cuja inclusão venha a justificar, e cujos nomes podem ter sido usados para trânsito ilegal de quantias no exterior.”;

Voto do Ministro Celso de Mello:“(…) a quebra de sigilo bancário culminará por impor, na espécie, uma **incabível ruptura indiscriminada da esfera da intimidade financeira de pessoas em relação às quais simplesmente inexistente causa provável legitimadora desse ato excepcional de "disclosure"**.

Sob tal aspecto, Senhora Presidente, relembro a jurisprudência constitucional desta Suprema Corte (RTJ 173/805-810 - RTJ 174/844 - RTJ 182/955-956, v.g.), reafirmada em inúmeros precedentes nos quais o Supremo Tribunal Federal **advertiu, a propósito dessa questão, que a quebra de sigilo não pode ser utilizada como instrumento de devassa indiscriminada, sob pena de ofensa à garantia constitucional da intimidade**²⁷

65. Se o raciocínio se aplica ao sigilo financeiro – que, na inspirada ilustração da eminente Ministra Cármen Lúcia, se refere aos “segredos do ter” -, com muito mais força se aplica ao caso em questão, relativo aos “segredos do ser”. Para que não haja dúvidas, é preciso recapitular a ordem que o v. acórdão recorrido manteve: determina-se a

²⁷ STF, DJ 09 nov. 2007, Inq 2245 AgR, Rel. Min Joaquim Barbosa, Rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

(i) varredura generalizada sobre dados do serviço de Histórico de Pesquisas, realizadas com expectativa de privacidade e relacionadas à intimidade de pensamentos, opiniões, planos, dúvidas e desejos das pessoas e (ii) disponibilização de um efetivo banco de dados temático sobre pessoas unidas pela manifestação de certos interesses – pensamentos e curiosidades que tiveram sobre uma autoridade pública, planos relacionados a determinada rua ou projeto social. Com todas as vênias, trata-se não apenas de modalidade nova de *fishing expedition*, mas também agravada por seu potencial de perfilamento de pessoas. O risco desse tipo de poder estatal, no caso concreto e em muitos outros, é grave e intuitivo.

66. Ao manter a ordem de fornecimento indiscriminado de dados pessoais de um sem-número de pessoas que simplesmente buscaram por informações na internet em longo lapso temporal, o v. acórdão recorrido autorizou medida incompatível com as exigências constitucionais nessa matéria. Como decorrência lógica da excepcionalidade das quebras de sigilo, não é justificada a invasão à privacidade de conjunto indeterminado, e potencialmente massivo, de pessoas inocentes com o objetivo de talvez obter algum dado que pudesse contribuir para se chegar a novos suspeitos. Ao contrário do que assentou o v. acórdão recorrido, a exigência de individualização dos alvos das ordens de quebra de sigilo no processo penal – enquanto providência inerente ao exigido recorte contextual, específico e baseado em causa provável – é decorrência da proteção oferecida aos dados pessoais e à privacidade pelo próprio texto constitucional.

67. O ponto remonta aos princípios e fundamentos mais básicos do sistema de justiça criminal, como a presunção de inocência e o devido processo legal (assegurados aos incisos LVII²⁸ e LIV²⁹ do art. 5º da Constituição Federal, respectivamente). Tais garantias atribuem ao Estado o ônus da acusação, do que decorre a necessidade de que haja indícios de conduta ilícita para que o Estado possa impor medidas investigativas que importem restrição à privacidade, sobretudo na forma intensa da quebra de sigilos³⁰.

²⁸ Constituição Federal, art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

²⁹ Constituição Federal, art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

³⁰ Maurício Zanoide de Moraes, *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, 2010, p. 494.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

68. Autorizar pedidos genéricos desse tipo apenas porque se referem a “registros informáticos” significaria anular qualquer direito à privacidade e à proteção de dados na era digital. Mesmo que uma primeira identificação possa dizer respeito a dispositivos, estes são atribuíveis a usuários, de modo que se trata de dados pessoais que acabam por revelar aspectos da personalidade. Como observou, o eminente Ministro Sebastião Reis Júnior em seu voto divergente, “(...) em que pese em um primeiro momento não haver a identificação pessoal do usuário, é evidente que tal determinação busca, ao final, essa identificação, senão não teria razão de ser”.

69. **A eventual chancela a determinações como essa daria ensejo a um estado de permanente desconfiança: ninguém, em momento algum, teria a garantia de não estar sendo vigiado de forma sub-reptícia por parte das autoridades. Seria gerado, igualmente, um enorme efeito silenciador (“chilling effect”): o simples ato de buscar informações de relevância pública na internet poderia passar a autorizar devassas estatais e a sujeitar o usuário a ver sua intimidade comprometida ou mesmo ser envolvido em atos de investigação criminal.** De tão atípica, como se antecipou, a ordem questionada afronta também as intersecções do direito à privacidade com o direito de acesso à informação e a liberdade de comunicação (CF/88, art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e art. 220)³¹. Como parece natural, **as referidas liberdades fundamentais incluem também a prerrogativa do indivíduo de não ser objeto de intromissão estatal pelo simples fato de ter buscado informações sobre pessoas públicas, projetos sociais e ruas movimentadas, sem que a ele se impute uma conduta ilícita**³².

³¹ STF, j. 27 maio 2020, ADI 5527, voto da Min.^a Rosa Weber, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5527voto.pdf>. Acesso em: 12 set. 2020: “Integra o pleno exercício das liberdades de expressão e de comunicação a capacidade das pessoas de escolherem livremente as informações que pretendem compartilhar, as ideias que pretendem discutir, o estilo de linguagem empregado e o meio de comunicação. **O conhecimento de que a comunicação é monitorada por terceiros interfere em todos esses elementos componentes da liberdade de informação: os cidadãos podem mudar o modo de se expressar ou até mesmo absterem-se de falar sobre certos assuntos, no que a doutrina designa por efeito inibitório (chilling effect) sobre a liberdade de expressão.** (...) As consequências da ausência dessa precondição em uma sociedade vão desde a desconfiança em relação às instituições sociais, à apatia generalizada e a debilitação da vida intelectual, fazendo de um ambiente em que as atividades de comunicação ocorrem de modo inibido ou tímido, por si só, uma grave restrição à liberdade de expressão”. Também STF, 05 jun. 2020, Informativo 979. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo979.htm>. Acesso em: 13 set. 2020.

³² Nessa linha, STF, j. 20 ago. 2020, Referendo da MC na ADPF 722, Rel. Min. Cármen Lúcia. Como registrou o voto do Min. Edson Fachin: “O direito à livre manifestação e o direito ao protesto, como o do movimento “antifascista” que teria ensejado o relatório questionado, **não é – diremos à exaustão – infração penal e não**

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

70. Sob esse ponto de vista, a ordem aproxima-se da lógica de um Estado policial. Com isso, coloca em risco a ordem pública, dado o grave comprometimento da confiança dos cidadãos em ferramentas amplamente difundidas de busca por informação, inclusive de interesse público. Esse tipo de risco sempre foi motivo de elevada consideração por este Eg. STF. A título de exemplo, essa Eg. Corte já suspendeu ordem de entrega de dados de crianças para investigações de desaparecimentos pelo MPF porque a medida comprometeria o sigilo estatístico, indispensável à fidelidade das informações, sendo certo que **o dever de sigilo proporciona segurança a quem presta as informações e contribui para a confiabilidade das pesquisas efetuadas pelo IBGE³³. Também já suspendeu pedidos de transferência de dados de estudantes do INEP ao Tribunal de Contas da União, por conta da transfiguração de finalidades: sendo a nova diversa daquela originalmente declarada no ato de coleta informado aos titulares de dados, sem consentimento e constituindo quebra de confiança que possa comprometer políticas educacionais³⁴.**

71. Em linha semelhante, no Tribunal Constitucional da Alemanha, a atividade de instalação sub-reptícia de vírus espiões (*spyware*) por autoridades de investigação chegou a ensejar o reconhecimento do direito à confidencialidade e integridade de sistemas informáticos, já que cidadãos devem poder ter a confiança nos próprios dispositivos eletrônicos que utilizam³⁵. **O mesmo raciocínio se aplica a usuários de serviços de pesquisa online – que, pelo mero ato de buscarem informações na internet, não podem se ver expostos a investigações e perfilados por autoridades estatais a partir de critérios discricionários. O resultado seria uma inevitável a quebra de confiança nas ferramentas de pesquisa e na transparência das atividades investigativas, gerando graves efeitos inibidores.**

72. Nesse contexto, **e em terceiro lugar, a exigência de que restrições à**

está, portanto, sujeita, seja à investigação penal, seja à atividade de inteligência. (...) Assim, o risco revelado pela possibilidade de construção de dossiês investigativos, travestidos de relatório de inteligência, contra inúmeros servidores públicos e cidadãos pertencentes a movimento de protesto deve gerar preocupações quanto à limitação constitucional do serviço de inteligência.”

³³ STF, DJ 08 maio 2017, MC na SL 1103/SP, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia.

³⁴ STF, DJ 13 dez. 2018, MC no MS 36150/DF, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

³⁵ Caso Online-Durchsuchung, BVerfGE 120, 274 – acórdão do Tribunal Constitucional Federal.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

privacidade estejam vinculadas a indivíduos suspeitos, vedando-se pescarias genéricas, não é afastada porque a medida discutida não consiste em interceptação de conversas telefônicas. Não se descuida de julgados desse Eg. Tribunal que associam a proteção do art. 5º, XII ao fluxo de comunicação de dados e não a dados em si. Na prática, tal entendimento assentou a ideia de que a interceptação prospectiva do fluxo de conteúdo de comunicações está necessariamente submetida aos requisitos e parâmetros da Lei nº 9.296/96. Como se viu, o v. acórdão recorrido buscou extrair desse entendimento a conclusão de que a ordem questionada seria automaticamente constitucional. **Com todas as vênias, além de equivocada, a tese do v. acórdão anula qualquer noção de direito à privacidade na internet.**

73. Ao contrário do que faz parecer o v. acórdão recorrido, a proteção constitucional da intimidade, da vida privada e de dados pessoais no âmbito de investigações não se reduz ao contexto de conversas telefônicas, e tampouco pode se limitar ao âmbito de de segundo em que uma comunicação telemática está em trânsito. O cerne da proteção constitucional deve dizer respeito ao conteúdo material do direito fundamental, e não a aspectos laterais. **A proteção constitucional acompanha expectativas razoáveis de privacidade, inclusive sobre dados eletrônicos que espelham e carregam os pensamentos, as opiniões e os projetos pessoais de alguém.**

74. Nesse sentido, a quebra de sigilo de dados de histórico de pesquisas deve atender aos mesmos pressupostos gerais de restrição da privacidade: ser baseada em indícios de envolvimento dos atingidos no ilícito – e, assim, ser contextual, específica e individualizada. Vale dizer: ainda que se entendesse por bem afastar a proteção específica do art. 5º, XII, remanesceria a proteção da privacidade estabelecida pelo inciso X do mesmo artigo, uma vez que se trata de **informações que inequivocamente dizem respeito à vida privada e à intimidade (art. 5º, X)**. Nesse sentido, varreduras generalizadas em históricos de pesquisa de usuários e disponibilização de listas temáticas daqueles que pesquisaram sobre certa informação representam uma intrusão inconstitucional no direito à privacidade de quem nada tem a ver com o crime investigado. **O ponto foi reconhecido expressamente no voto divergente apresentado pelo Min. Sebastião Reis Júnior, que destacou a existência de “invasão à privacidade” de “um número não identificado de pessoas sem qualquer**

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

justificativa para tanto”.

75. Como se sabe, **a concepção de direito à privacidade sempre acompanhou a evolução tecnológica.** Historicamente, aliás, a própria articulação de um tal direito no artigo seminal *The Right to Privacy* (1890)³⁶, de Warren e Brandeis, deveu-se às novas capacidades tecnológicas de registro e captura fotográfica. A inclusão da proteção de comunicações de dados na Constituição Federal de 1988 é fruto desse avanço: não se cogitava de proteger os indivíduos contra os riscos do processamento automatizado de informações, inclusive comunicações telemáticas à distância, assim como não se falava da proteção de conversas telefônicas antes que telefones existissem.

76. Nesse sentido, também a interpretação que se confere às garantias constitucionais deve estar atenta à alteração das circunstâncias fáticas e sociais, inclusive mediante a revisão de doutrinas ultrapassadas cuja aplicação, se pertinente no passado, já não condiz com novas realidades e novos riscos. **Nesse sentido, se hoje as pessoas exercem suas liberdades fundamentais no mundo online, também as proteções constitucionais devem alcançá-las no mundo online.** Sustentar, como faz o v. acórdão, que ordens genéricas sobre um conjunto indeterminado e potencialmente massivo de pessoas seriam admissíveis porque versariam sobre “dados já coletados” ou “registros informáticos” importaria em assistir o avanço tecnológico solapar qualquer noção de direito à privacidade, já que muitas atividades se deslocaram para a internet e esse universo é todo sustentado em “dados já coletados” e “registros informáticos”.

77. Não por outra razão, o ilustre professor Tércio Sampaio Ferraz Jr. – autor original da tradicional distinção aplicada por esse Eg. STF naquele caso – destacou, em recente trabalho, a dificuldade ou mesmo impossibilidade de que essas mesmas categorias sejam transpostas para o âmbito das comunicações eletrônicas atuais. Confira-se:

"Eu reconheço que a dificuldade, que na minha época não me parecia tão difícil assim, está em você lidar com a comunicação telemática, vamos chamar assim, em termos de separar o fluxo do resultado. Eu reconheço, é muito difícil fazer isso, tecnicamente falando. Agora, na cabeça de quem estudou direito dentro do outro

³⁶ Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, *The right to privacy*, *Harvard Law Review*, 5: 193, 1890.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

mundo, as soluções acabam sendo desse jeito, só que elas acabam, por assim dizer, saindo um pouco pela tangente, porque você não consegue, diferentemente de outras situações, lidar com essa separação de uma maneira clara.

O exemplo da armazenagem poderia dar uma certa força à analogia: aquilo que você armazena é, para assim dizer, o resultado da comunicação; o fluxo é diferente dessa armazenagem. Só que essa armazenagem, ao contrário do mundo físico, não é algo que está ali e que é diferente do próprio fluxo, esse é o problema. Ou seja, a ideia de original e cópia, nesse mundo, não funciona mais desse jeito, você não tem mais o autêntico e depois a cópia, a cópia em termos informáticos é absolutamente inseparável do “original”, o que talvez nos dê essa medida de dificuldade entre você separar o fluxo da própria armazenagem. (...)

Por enquanto a gente trata desse jeito, só que quando você trata desse jeito, você acaba interferindo em inviolabilidades que antes você conseguia separar”³⁷.

78. Como se vê, o próprio autor original da referida distinção tem destacado a impossibilidade de replicar indistintamente esse entendimento, de quase 30 anos atrás, no atual contexto tecnológico³⁸. **Nesse sentido, o avanço tecnológico – e sua aplicação em investigações – não pode significar erosão de direitos e atropelamento de garantias básicas.** Nas palavras do eminente Ministro Gilmar Mendes, “nunca foi estranha à jurisdição constitucional a ideia de que os parâmetros de proteção dos direitos fundamentais devem ser permanentemente abertos à evolução tecnológica”³⁹. Tribunais Constitucionais devem ser um “instrumento de preservação dos direitos fundamentais”. Como já se destacou, **de forma exemplar e na linha de outras cortes constitucionais do mundo, esse Eg. STF fez isso recentemente ao afirmar a proteção de dados pessoais – independentemente da proteção de conteúdo de comunicações. E tem reiteradamente reconhecido a necessidade de atualizar a interpretação de direitos à luz da evolução tecnológica e dos novos riscos:**

“Tais informações, relacionadas à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, configuram dados pessoais e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII). Sua manipulação e tratamento, desse modo, hão de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional. (...)

³⁷ Juliano Maranhão, O que é dado não é comunicado?. In: Jacqueline de Souza Abreu e Dennys Antonialli (Eds.), Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate, vol. 1, 2018, p.53-4.

³⁸ Nesse sentido, v. Paula Pedigoni Ponce e Rafael Mafei Rabelo Queiroz, “Tercio Sampaio Ferraz Junior e o ‘Sigilo de Dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado’: o que permanece e o que deve ser reconsiderado”, *Revista Internet & Sociedade* 1:1, pp. 64-90, 2020.

³⁹ STF, j. 07 maio 2020, REF-MC na ADI 6389, voto do Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pandemia-reforca-necessidade-protECAo.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2020.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

*No clássico artigo *The Right to Privacy*, escrito a quatro mãos pelos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, já se reconhecia que as mudanças políticas, sociais e econômicas demandam incessantemente o reconhecimento de novos direitos, razão pela qual necessário, de tempos em tempos, redefinir a exata natureza e extensão da proteção à privacidade do indivíduo. Independentemente do seu conteúdo, mutável com a evolução tecnológica e social, no entanto, permanece como denominador comum da privacidade e da autodeterminação o entendimento de que a privacidade somente pode ceder diante de justificativa consistente e legítima.”⁴⁰;*

“(…) o STF chancelou a autonomia do direito fundamental à proteção de dados pessoais ao declarar a inconstitucionalidade da Medida Provisória 954/2020, que dispunha sobre o compartilhamento de dados de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel de milhões de brasileiros com o IBGE. (…)

Dessa maneira, é sob essa ótica da afirmação da autonomia do direito fundamental à proteção de dados pessoais que deve ser examinada a violação aos preceitos fundamentais na presente ação. (…)

A afirmação de um direito fundamental à privacidade e à proteção de dados pessoais deriva (...) de uma compreensão integrada do texto constitucional lastreada (i) no direito fundamental à dignidade da pessoa humana, (ii) na concretização do compromisso permanente de renovação da força normativa da proteção constitucional à intimidade (art. 5º, inciso X, da CF/88) diante do espraiamento de novos riscos derivados do avanço tecnológico e ainda (iii) no reconhecimento da centralidade do habeas data enquanto instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa.”⁴¹

Informativo 944/STF (voto do Min. Gilmar Mendes no HC 168052): “A Segunda Turma iniciou julgamento de habeas corpus em que se discute a nulidade de processo penal em que, no âmbito de cumprimento de medida de busca e apreensão, autoridade policial teve acesso, sem autorização judicial, ao aparelho celular do paciente, bem como às conversas havidas no aplicativo Whatsapp. (…)

O relator afirmou que a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, a promulgação de leis posteriores e o significativo desenvolvimento das tecnologias da comunicação, do tráfego de dados e dos aparelhos smartphones levam, contudo, nos dias atuais, a solução distinta, em um típico caso de mutação constitucional.

Reputou que, mesmo questionada a inclusão do acesso a informações e dados contidos em celulares na cláusula do inciso XII do art. 5º, esses dados e informações estão abrangidos pela proteção à intimidade e à privacidade, constante do inciso X do mesmo artigo. (…)

O avanço normativo nesse importante tema da proteção do direito à intimidade e à vida privada deve ser considerado na interpretação do alcance das normas do art. 5º, X e XII, da CF.

Tão importante quanto a alteração do contexto jurídico é a impactante transformação das circunstâncias fáticas, que trazem novas luzes ao tema. Nesse sentido, houve um incrível desenvolvimento dos mecanismos de comunicação e armazenamento de dados pessoais em smartphones e telefones celulares na última década.

Nos dias atuais, esses aparelhos são capazes de registrar as mais variadas informações sobre seus usuários. Os celulares são a principal forma de acesso dos brasileiros e cidadãos do País à internet. Esse motivo, por si só, já seria suficiente

⁴⁰ STF, j. 24 abr. 2020, MC na ADI 6387, ratificada pelo Plenário em 7 maio de 2020, Rel. Min. Rosa Weber.

⁴¹ STF, DJe 25 jun. 2020, ADPF 695, Rel. Min Gilmar Mendes (decisão monocrática);

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

para concluir pela incidência das normas sobre proteção dos dados, dos fluxos de dados e das demais informações contidas nesses dispositivos

Em seguida, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista da ministra Cármen Lúcia.⁴²;

“Nessas condições, não podem a hermenêutica constitucional e o desenvolvimento legislativo ficar alheios a essas mudanças no tempo, tendo em vista a manutenção do equilíbrio entre proteção da privacidade e os limites da atuação do Estado. É que a Constituição, assim como o estado da técnica, institui um conjunto de restrições à atuação do Estado. Como analisa o professor Lawrence Lessig, em ensaio seminal acerca das implicações do desenvolvimento das tecnologias de comunicação em rede para a interpretação constitucional, é a combinação de constrangimentos tecnológicos e constrangimentos legais que define, em um dado momento, as restrições efetivamente enfrentadas pelo Estado, caso este deseje intervir em determinado aspecto do domínio privado de um cidadão.

Longe de ter seu significado usurpado, a Constituição escrita no mundo analógico há de ser traduzida para o mundo digital, de modo a preservar, neste, os interesses, os direitos e as liberdades que originalmente preservava. Desse modo, o sentido das palavras da Constituição, o alcance da proteção constitucional, busca-se, é preservado em face da mudança do contexto.”⁴³;

*“O julgamento é notável não apenas pelo ineditismo, mas sobretudo por assentar, como na brilhante manifestação da e. Ministra Rosa Weber, que **mudanças políticas, sociais e econômicas demandam o reconhecimento de novos direitos, “razão pela qual necessário, de tempos em tempos, redefinir a exata natureza e extensão da proteção à privacidade do indivíduo”.***

*(...) o impacto tecnológico das mudanças porque passa a sociedade reclamam um permanente atualizar do alcance dos direitos e garantias fundamentais.”*⁴⁴.

79. Nessas recentíssimas decisões, este Eg. STF firmou princípios e noções essenciais para o exame da matéria. Nisso se inclui a premissa de que a privacidade e o direito fundamental à proteção de dados pessoais impõem que o Poder Público, ao tratar e autorizar o tratamento de dados, assumam o ônus de apresentar uma justificativa constitucional para qualquer intervenção que de algum modo afete a autodeterminação informacional. Nesse aspecto, a autodeterminação do titular sobre os dados há de ser sempre a regra, somente afastável de maneira excepcional. A justificativa constitucional da intervenção deve ser traduzida na previsão legal de uma finalidade clara aos propósitos,

⁴² STF, 19 jun. 2019, Informativo 944. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo944.htm>>. Acesso em: 12 set. 2020. Também STF, j. 11 jun. 2019, HC 168052, voto do Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=413786>>. Acesso em: 12 set. 2020.

⁴³ STF, j. 27 maio 2020, ADI 5527, voto da Min.^a Rosa Weber, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5527voto.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2020. Também em STF, 05 jun. 2020, Informativo 979. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo979.htm>>. Acesso em: 13 set. 2020.

⁴⁴ STF, j. 28 maio 2020, ADPF 403, voto do Min. Edson Fachin Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF403voto.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2020.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

limitada ao adequado, necessário e ao proporcional, e desde que tomadas as medidas técnicas e organizacionais necessárias contra riscos de vazamentos e abusos.

80. No tipo de ordem discutida no presente recurso, não há nada disso: **nunca antes se cogitou de desvirtuar a finalidade original e legítima da coleta de dados íntimos, privados e sigilosos de pessoas insuspeitas para servir de pescaria em processo penal – trata-se de determinação sem precedentes, feita de forma improvisada e sem fundamentação adequada. O ponto será retomado na próxima seção.**

81. Como não poderia deixar de ser, o recente precedente desse Eg. STF não é um entendimento isolado. Pelo contrário, a tendência mundial nos últimos anos tem sido a aprovação de regimes legais que disciplinam o tratamento de dados pessoais, inclusive quanto às condições em que pode haver fornecimento a autoridades estatais. **Em nenhum caso cogita-se do tratamento e entrega de dados pessoais de forma indiscriminada.** Foi este o caso do Brasil com a aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/18) e é também a sinalização da Câmara dos Deputados ao criar Comissão de Juristas precipuamente encarregada de elaborar um anteprojeto de lei específico para tratamento de dados em matéria de segurança pública e investigações criminais⁴⁵. **Neste contexto, com o devido respeito, não se pode conceber uma banalização de quebras de sigilo genéricas sob o argumento de que as hipóteses de fornecimento dos dados requisitados seriam menos restritas e permitiriam a incursão em dados de caráter íntimo e sigiloso sem a devida individualização de alvos e de fundamentação específica.**

82. Não se tem conhecimento ou notícia de precedente de qualquer outra Corte Constitucional que tenha optado por esse caminho de banalização da proteção de dados pessoais com base em argumentos genéricos e *ad terrorem* de segurança pública. Pelo contrário, mesmo no contexto de investigação criminal, as Cortes Constitucionais mais destacadas têm honrado sua vocação de reafirmar direitos, colocar freios e indicar balizadas para restrições a direitos em face do avanço tecnológico – inclusive em suas aplicações em

⁴⁵ Câmara dos Deputados. Diário 27 nov. 2019. Ato do Presidente de 26/11/2019. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/comissao-de-juristas-dados-pessoais-seguranca-publica/conheca-a-comissao/criacao-e-constituicao/ato-de-criacao>>. Acesso em: 17 set. 2020.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

investigações criminais⁴⁶.

83. Nesse sentido, é papel dessa Eg. Corte reafirmar tanto a proteção de dados eletrônicos que espelham a vida privada e a intimidade de cidadãos quanto a vedação a novas modalidades de pescaria de suspeitos a partir de dados **pessoais** em investigações – restabelecendo limites à atuação do Estado-investigador. A medida impetrada subverte serviços e atividades lícitas, na contramão da confiança e da ideia básica de que o mero ato de buscar informações não pode ser suficiente para afastar a privacidade de pessoas insuspeitas, menos ainda para o grave fim de uma investigação criminal sem justa causa. **Serviços de tecnologia não podem ser capturados para alimentar bases de dados estatais de perfilamento de pessoas a partir de critérios aleatórios e discricionários, sob pena de se atropelar as distinções entre domínio público e domínio privado, bem como separações institucionais básicas entre Estado, empresa e cidadãos, amparadas não só pelo direito à privacidade em si, como pelo devido processo legal, pela legalidade e pela contenção de poder.**

84. Em resumo: ao validar quebra de sigilo genérica e que atinge um número indiscriminado de pessoas, a maioria do v. acórdão recorrido, além de divergir da jurisprudência dessa Eg. Corte, violou o art. 5º, X e XII, da Constituição. E isso porque decretou modalidade de quebra de sigilo genérica, de pescaria de suspeitos, tendo deixado de (i) comprovar haver justa causa para restrição à intimidade de qualquer dos destinatários indeterminados da ordem e, assim, (ii) de individualizar os alvos contra os quais poderia haver causa provável para a restrição de sua vida privada e intimidade.

⁴⁶ Caso Online-Durchsuchung, BVerfGE 120, 274 (2008) – acórdão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha; Caso Rasterfahndung, BVerfGE 115, 320 (2006) – acórdão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha; Carpenter v. United States, No. 16-402, 585 U.S. ____ (2018) – acórdão da Suprema Corte dos Estados Unidos; United States v. Jones, 565 U.S. 400 (2012) – acórdão da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

III.2. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, X E XII E AO ART. 93, IX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DE ORDENS DE QUEBRA DE SIGILO COM FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE E INESPECÍFICA EM RELAÇÃO À MEDIDA DEFERIDA

85. A violação apresentada na seção anterior é suficiente para a reforma do v. acórdão recorrido. Em respeito ao direito à privacidade, a quebra do sigilo só pode ser medida excepcional e, por isso mesmo, no processo penal, deve ser justificada pela existência de indícios concretos de atividade ilícita por parte dos indivíduos afetados. Sem isso, as garantias constitucionais à privacidade e à proteção de dados pessoais seriam inteiramente anuladas, permitindo-se o esvaziamento desses direitos por conveniência do Poder Público. Nesses termos, é também certo que a legitimação de quebras de sigilo passa pela existência de uma decisão judicial devidamente motivada e fundamentada – inclusive para que o vínculo entre os atingidos pela medida restritiva e o crime investigado seja apresentado.

86. Na contramão desse entendimento, o v. acórdão assentou que *“a natureza da medida não se coaduna com a imposição de prévia indicação dos autores da infração penal objeto de investigação, porquanto é esse precisamente o objetivo da medida, ou seja, descobrir, por meio da requisição de registros e dados, eventual autor ou partícipe do delito”*, admitindo, portanto, a pescaria inconstitucional exposta na seção anterior. Adicionalmente, o v. acórdão também considerou que a decisão impetrada seria devidamente fundamentada porque *“tanto os indícios da prática do crime, como a justificativa quanto à utilização da medida e o período ao qual se referem os registros foram devidamente expostos pelo Magistrado de primeiro grau”*.

87. Como se passa a demonstrar, essas observações não são suficientes para sanar o vício de origem da ordem impetrada - a ausência de fundamentação específica para determinar a quebra de sigilo. Essa conclusão não deriva de nenhuma concepção teórica ou abstrata sobre a necessidade de fundamentação das ordens judiciais prevista no art. 93, IX, da Constituição. Pelo contrário, **a violação decorre dos ônus próprios de fundamentação que são atribuídos às autoridades criminais para justificar medidas restritivas de direito - e, aqui, uma medida coletiva de quebra de sigilo, que atinge uma quantidade indeterminada de pessoas alheias à investigação criminal. Nesse aspecto, a**

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

necessidade de fundamentação específica é extraída do próprio núcleo essencial do art. 5º, X e XII, da Constituição, em conjunto com as exigências de fundamentação e da noção de devido processo legal no contexto da atividade persecutória do Estado.

88. De partida, cumpre esclarecer que nunca se tratou de querer afirmar dever de *“indicação dos autores da infração”*. Como se sabe, a autoria de um crime só é firmada e consolidada após sentença penal condenatória. Não está em debate, portanto, que não se exige a indicação dos autores para uma ordem de quebra de sigilo ser válida. De certo há diferentes níveis de atribuição de pessoas implicadas ao longo do processo criminal: suspeitos, indiciados, denunciados, acusados, réus, condenados. Cada uma dessas categorias diz respeito a diferentes etapas processuais e autoriza diferentes níveis de medidas restritivas de direitos. Nesse sentido, e nos termos já demonstrados repetidamente nestes autos, a tese sustentada é que devem ser minimamente individualizados suspeitos de participação no delito para que as medidas possam ser legitimadas. Insuspeitos não comportam custos colaterais a seus direitos fundamentais.

89. **Tendo o v. acórdão admitido a pescaria de insuspeitos para tentar de alguma forma contribuir na identificação de suspeitos (a agulha no palheiro), é certo que tanto maior teria de ser o ônus argumentativo e motivacional da decisão para justificar uma ordem sem qualquer precedente.** A começar porque, em se tratando de restrição a direito fundamental, é vedado ao Estado atuar fora dos estritos termos da autorização legal, ainda quando movido pelo interesse legítimo de investigar crimes. Essa é uma imposição do princípio da reserva legal (CF/88, arts. 5º, II e 37, caput), de especial importância no processo penal em geral e ainda mais no presente caso.

90. Do ponto de vista técnico e formal: a medida envolve **(i)** a utilização exploratória de um serviço comercial da Google para **(ii)** produção de relatórios sobre informações privadas **(iii)** relacionadas a um conjunto indeterminado e aleatório de usuários, unidos a partir de perfis de busca, **(iv)** de modo e alcance que não constituem mecanismos válidos de obtenção de prova em processo penal e que **(v)** estão longe de serem banais ou pouco invasivos. Disso se extrai um correspondente direito da plataforma de não se ver compelida a contribuir nessa forma grave de violação a privacidade de seus usuários, menos

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

ainda sem base legal específica. Trata-se de tentativa de transformar seu serviço em ferramenta de investigação ao arrepio não só das expectativas de privacidade mais básicas de seus usuários, mas da lei e da própria Constituição.

91. Em consonância com essas premissas, a relevância da contenção do poder do Estado sobre a esfera privada dos indivíduos é objeto de menção expressa na jurisprudência desse Eg. STF. Confira-se:

“Esta exigência é de justificação meridiana, suscetível de ser entendida por toda a gente, pela razão óbvia de que não se pode sacrificar direito fundamental tutelado pela Constituição - o direito à intimidade -, mediante uso da medida drástica e extrema da quebra de sigilos, quando a existência do fato ou fatos sob investigação pode ser lograda com recurso aos meios ordinários de prova. Restrições absolutas a direito constitucional só se justificam em situações de absoluta excepcionalidade”⁴⁷.

“A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE, EMBORA NÃO TENHA CARÁTER ABSOLUTO, NÃO PODE SER ARBITRARIAMENTE DESCONSIDERADA PELO PODER PÚBLICO.

*- O direito à intimidade - que representa importante manifestação dos direitos da personalidade - qualifica-se como expressiva prerrogativa de ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada. **A transposição arbitrária, para o domínio público, de questões meramente pessoais, sem qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, tem o significado de grave transgressão ao postulado constitucional que protege o direito à intimidade, pois este, na abrangência de seu alcance, representa o 'direito de excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida privada'** (HANNAH ARENDT).*

O DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO - QUE TAMBÉM NÃO TEM CARÁTER ABSOLUTO - CONSTITUI EXPRESSÃO DA GARANTIA DA INTIMIDADE.

- O sigilo bancário reflete expressiva projeção da garantia fundamental da intimidade das pessoas, não se expondo, em consequência, enquanto valor constitucional que é, a intervenções de terceiros ou a intrusões do Poder Público desvestidas de causa provável ou destituídas de base jurídica idônea”⁴⁸.

“Essa diretriz jurisprudencial [de se exigir fundamentação adequada das decisões de quebra de sigilo] (...) reconhece que o direito à intimidade – que representa importante manifestação dos direitos da personalidade – qualifica-se como expressiva prerrogativa de ordem jurídica que consiste em garantir, em favor da pessoa, de qualquer pessoa, na esfera de sua vida privada, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros, notadamente a do Poder Público. Daí a correta advertência feita por Carlos Alberto Di Franco, para quem ‘um dos grandes desafios da sociedade moderna é a preservação do direito à intimidade. Nenhum homem pode ser considerado verdadeiramente livre, se não dispuser de garantia de inviolabilidade da esfera de privacidade que o

⁴⁷ STF, DJ 23 fev. 2006, MS 25812 MC, Rel. Min. Cezar Peluso.

⁴⁸ STF, DJ 14 fev. 2001, MS 23669, Rel. Min. Celso de Mello.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

*cerca*⁴⁹.

92. Veja-se que **os precedentes impõem cautelas mesmo em relação a pessoas que já sejam efetivamente investigadas. E, de forma sintomática, nem sequer cogitam de medidas restritivas sobre pessoas não individualizadas.** Por isso mesmo, com razão ainda maior, as observações aplicam-se de forma muito evidente ao caso em exame: a investigação de crimes é uma atividade de imensa relevância social e, por isso, pode justificar restrições sobre a esfera de direitos dos cidadãos quando haja indícios de envolvimento em condutas ilícitas. Não autoriza, contudo, qualquer tipo de medida restritiva que possa ser cogitada pelas autoridades, sob pena de se criar um Estado policial. A advertência torna-se ainda mais relevante no contexto atual, marcado pelo avanço da tecnologia e das possibilidades de invasão da privacidade.

93. Feitos esses registros, quatro breves observações são suficientes para demonstrar a ausência de fundamentação adequada e suficiente da ordem impetrada para validar a medida mantida pelo v. acórdão recorrido.

94. ***Em primeiro lugar***, e ao contrário do que considerou o v. acórdão recorrido, a mera indicação de indícios da ocorrência de crime nunca poderia satisfazer a exigência constitucional. Como se sabe, a existência de indícios de prática de crime consiste no suporte fático relativo à possibilidade de abertura de inquéritos policiais. Nesse sentido, **esse elemento não é nem pode ser, em si, suficiente para justificar que um conjunto indeterminado de pessoas insuspeitas sejam submetidas a medidas restritivas de direitos – as quais inevitavelmente devem se basear em justa causa, atendido o devido padrão probatório, como visto.**

95. Veja-se que a ordem nem sequer aponta alguma relação entre o comando determinado e a apuração em curso – no mínimo, algo que ligasse o caso ao uso da plataforma de busca nos quatro dias que antecederam o crime. Na direção oposta, o exercício admitido foi tão exploratório que o v. acórdão recorrido dispensou até mesmo a enunciação de razões pelas quais se poderia acreditar que haveria uma agulha no massivo

⁴⁹ STF, DJ 16 jun. 2006, HC 84758, Rel. Min. Celso de Mello (Tribunal Pleno).

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

palheiro de dados requisitados. Vale dizer: contentou-se com a menção genérica de que a medida poderia ser útil – afirmação que poderia justificar qualquer quebra de sigilo em qualquer caso.

96. **Em segundo lugar**, a justificativa para utilização da medida não pode ser satisfeita na mera alegação de que seria “imprescindível”, como o fez a ordem impetrada – no ponto destacado pelo v. acórdão recorrido. Tendo sido deferida ao lado de diversas outras medidas (mais de 40 determinações), vale observar que todas foram indistintamente consideradas imprescindíveis, sem qualquer fundamentação específica. Seja como for, o fato de a ordem ter feito constar que a medida “é imprescindível” não pode ser suficiente para suprir a invalidade do item genérico – materialmente distinto de todos os demais. Caso contrário, também nesse ponto, qualquer medida judicial poderia ser validada pela mera alegação de imprescindibilidade, esvaziando a força das garantias constitucionais.

97. **Em terceiro lugar**, de nada serve a indicação do período ao qual os registros se referem se a decisão em si não justifica porque o período seria pertinente - e não em maior ou menor extensão. De modo surpreendente, entretanto, o v. acórdão recorrido confere ampla discricionariedade a tais definições. Não por outra razão, o voto divergente do Ministro Sebastião Reis Júnior observou justamente a ausência de demonstração da necessidade de medida tão ampla. Confira-se trecho do mencionado voto:

“(...) entendo que a amplitude do que foi determinado torna a decisão questionada ilegal. E isso porque a decisão não apresenta, em qualquer momento, justificativa suficiente quanto à extensão das informações solicitadas. A determinação judicial cuida de um período de quatro dias (por que não três ou cinco, ou seis, ou dez?) e atinge um número não identificado de pessoas sem qualquer justificativa para tanto.”

98. Por fim, e **em quarto lugar**, os vícios de fundamentações acima referidos tampouco poderiam ser supridos com a mera referência do v. acórdão recorrido de que a medida seria validada pelo art. 22 do Marco Civil da Internet. Na realidade, na completa ausência de previsão legal de medida que autorize o fornecimento coletivo e genérico de pessoas insuspeitas para análise exploratória em um processo penal, o v.

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

acórdão invocou o referido dispositivo do Marco Civil da Internet de forma extensiva e descontextualizada. Com efeito, o dispositivo cuida tão somente do fornecimento de registros de acesso a aplicações por parte de usuários envolvidos em ilícitos praticados na internet, justamente para que se possa identificar o responsável por determinado conteúdo específico que se aponta como ilícito. Confirmando essa constatação, o Decreto de regulamentação do Marco Civil veda textualmente que sejam feitas determinações de quebra de sigilo genéricas, exigindo a indicação dos alvos afetados (art. 11, § 3º).

99. Nesse cenário, **a violação ao art. 5º, X e XII, da Constituição Federal está também umbilicalmente ligada a uma violação ao princípio da fundamentação das decisões judiciais - igualmente atrelado à própria concepção de devido processo legal, que não se coaduna com o deferimento de ordens exploratórias, menos ainda sem fundamentação específica.** Como a jurisprudência desse Eg. STF tem sempre reiterado⁵⁰, o dever constitucional de motivação e fundamentação de decisões judiciais tem como objetivo **(i) garantir a coerência da decisão com sistema jurídico, apresentando-se as razões fático-jurídicas que levam à aplicação de certa norma jurídica ao caso concreto; (ii) garantir um processo justo - livre de arbitrariedades e passível de mecanismos de controle de legalidade e constitucionalidade**⁵¹.

⁵⁰ STF, 2ª Turma, DJe 07 maio 2012, HC 96056, Rel. Min Gilmar Mendes: "Habeas Corpus. 2. Quebra de sigilo bancário e telefônico. Alegação de que as decisões proferidas pelo magistrado de primeiro grau não foram devidamente motivadas, por terem apresentado mera menção às razões expostas pelo Parquet. 3. Ausência de decisão com fundamentos idôneos para fazer ceder a uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional. 4. Prova ilícita, sem eficácia jurídica. Desentranhamento dos autos. 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, deferido." Ainda: " Daí porque imperioso concluir que a mera alusão ao "requerimento" do Parquet e/ou da autoridade policial não se mostra suficiente para legitimar a quebra dos sigilos telefônico e bancário dos pacientes. **A referência – argumento de autoridade – não passa pelo crivo da proporcionalidade, na medida em que não apresenta motivação idônea para fazer ceder a essa situação excepcional de ruptura da esfera da intimidade de quem se encontra sob investigação.**"

⁵¹ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 2020, p. 1089-91: "Assim, quando o texto constitucional determina no inciso IX do art 93 que "todas decisões devem ser fundamentadas", é o mesmo que dizer que o julgador deverá explicitar as razões pelas quais prolatou determinada decisão. Trata-se de um autêntico direito a uma *accountability* contraposto ao respectivo dever de (*has a duty*) de prestação de contas. Ou seja, essa determinação constitucional se transforma em um autêntico dever fundamental.(...) Uma questão importante, ainda nesse sentido, diz respeito ao fato de que é a partir da fundamentação das decisões que conquistamos um espaço para acessar os conteúdos dos determinantes para construção da integridade e coerência do Direito (Ronald Dworkin). De se consignar que, em uma democracia, é extremamente necessário que as decisões prolatadas pelo Poder Judiciário possam demonstrar um mútuo comprometimento de modo a repetir os acertos do passado e corrigir, de forma fundamentada, os seus erros. Isso quer dizer que a fundamentação possui ônus de colocar a decisão que se prolata na particularidade no campo mais amplo da cadeia das decisões tomadas anteriormente (pode-se dizer, com algum cuidado, precedentes). Registra-se que essa (re)composição da cadeia de decisões precedentes deve respeitar uma

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

100. **No tipo de ordem em exame, nenhum dos dois propósitos foi ou poderia ser alcançado. O v. acórdão violou o art. 5º, X e XII c/c art. 93, inciso IX, da Constituição**, pois (i) dispensou a exigência de causa provável relativa aos sujeitos afetados para quebras de sigilo que interferem de modo grave em sua intimidade e vida privada; (ii) referendou a fundamentação insuficiente e genérica indicada na decisão que contém o item impetrado; e (ii) reduziu o dever de motivação de ordens de quebras de sigilo a uma carta não-impugnável de boas intenções. Também essa razão conduz, inevitavelmente, à necessidade de reforma do v. acórdão recorrido e cassação da ordem impugnada.

III.3. ART. 5º, X E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, EM SUAS TRÊS VERTENTES. MEDIDA QUE DESNATURA SERVIÇOS DE BUSCA NA INTERNET EM FERRAMENTA DE INVESTIGAÇÃO PARA FINS DE CRIAÇÃO DE EVIDÊNCIA CRIMINAL

101. As graves violações acima desenvolvidas são suficientes para o provimento do recurso extraordinário. De todo modo, há ainda outra subtese constitucional que se pede seja examinada por esse Eg. Supremo Tribunal Federal. Com efeito, o v. acórdão recorrido entendeu por manter a ordem impetrada com as seguintes considerações sobre a sua proporcionalidade: *“Ela é adequada, na medida em que serve como meio auxiliar na elucidação dos delitos, cuja investigação se arrasta por cerca de dois anos e meio, sem que haja uma conclusão definitiva. É necessária, diante da gravidade e complexidade do caso e da inexistência de outros meios menos gravosos para se alcançar os legítimos fins investigativos. E, por fim, é proporcional em sentido estrito, porque a restrição aos direitos fundamentais que dela redundam não enseja gravame às pessoas afetadas, as quais não terão seu sigilo de dados registrares publicizados, certo, ainda, que, se não constatada sua conexão com o fato investigado, serão tais registros descartados”*.

102. Nessas circunstâncias, **o que o v. acórdão fez foi um exercício rápido e puramente abstrato de ponderação entre privacidade e segurança pública para concluir pela proporcionalidade da ordem**. Com todo o respeito, a fundamentação veiculada poderia

coerência interna, não em um sentido simplesmente lógico (aplicação do princípio da não contradição), mas respeitando, também uma dimensão de equanimidade (fairness) nos termos defendidos por Ronald Dworkin.”

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

servir para autorizar qualquer quebra de sigilo no contexto de investigações criminais e ser replicada em absolutamente qualquer análise sobre a matéria, já que não foi considerado nenhum aspecto específico de inadequação trazida nos autos, nem da ausência de demonstração de necessidade ou da desproporcionalidade em sentido estrito. Aplica-se, portanto, a imagem eloquente extraída da jurisprudência desse Eg. STF: **a fundamentação que serve para qualquer decisão, em verdade, não serve para nenhuma**⁵². Um exame que não seja meramente teórico, a partir dos elementos de fato incontroversos dos autos, leva inequivocamente à decisão oposta.

103. Para ser válida, a restrição a um direito fundamental deve ser capaz de, em tese, satisfazer o fim a que se destina. No caso, a medida é patentemente **inadequada**. **Mesmo que fosse compatível com o sistema constitucional, a medida não oferece qualquer garantia de que levará ao autor ou aos autores do delito investigado.**

104. Nesse aspecto, cabe observar que o serviço Histórico de Pesquisa, em que ficam registradas buscas feitas por usuários da Google, está disponível segundo a mera conveniência dos usuários: depende de ativação em uma conta ativa e pode ser objeto de apagamento ou edição. Para fazer algum sentido, a medida precisa se engajar na suposição de que os criminosos-mandantes de crime de tamanha sofisticação e complexidade estariam logados em uma conta Google, teriam deixado para trás vestígios de que fizeram tais buscas - nos exatos termos elencados na ordem - e não teriam apagado seu histórico de buscas. Com todas as vênias, se a suposição é improvável para agentes criminosos em geral, tanto

⁵² STF, DJ 18 ago. 2015, MC no MS 33.663/DF, Rel. Min. Celso de Mello (decisão monocrática): "Isso significa, por exemplo, que **qualquer medida restritiva de direitos, por ser excepcional, dependerá, sempre, para reputar-se válida e legítima, da necessária motivação, pois, sem esta, tal ato** - à semelhança do que ocorre com as decisões judiciais (CF, art. 93, IX) - **reputar-se-á írrito e destituído de eficácia jurídica** (RTJ 140/514, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). No caso sob exame, e em juízo de estrita cognição, a CPI/PETROBRAS parece haver ordenado a medida objeto de impugnação na presente sede mandamental, sem que houvesse **justificado**, no entanto, **de modo concreto, a partir da indicação de causa provável e com apoio em motivação juridicamente idônea, a necessidade de sua adoção**, deixando de cumprir, assim, uma determinação constitucional absolutamente essencial e inafastável, consistente na exigência de fundamentação das resoluções estatais."; STF, DJ 11 nov. 2005, HC 86.094/PE, Rel. Min. Marco Aurélio: "Ao contrário do que assentado no acórdão profeso pelo Superior Tribunal de Justiça, **não se conta com a decisão judicial suficientemente fundamentada, a menos que se cole à exigência constitucional não o princípio da realidade mas princípio voltado a presumir-se o que normalmente ocorreu**, ou seja, que a motivação do ato se fez presente "para fins de investigação criminal ou instrução processual criminal", o que se mostra até mesmo óbvio. **Reclama mais a ordem jurídica constitucional em vigor. Reclama que se revele, considerados parâmetros do caso concreto, a fundamentação do ato de constrição e isso, a toda evidência, não ocorreu no caso presente**".

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

mais o é para os mandantes do crime investigado.

105. **Como destacado desde o início, a quebra se refere à pesquisa por qualquer um dos termos indicados, genéricos e associados a pessoas, projetos e locais de relevância pública. O lapso temporal, por sua vez, é longuíssimo considerada a quantidade de buscas diárias. Nesse sentido, a medida carrega altíssima probabilidade de afetar um número elevado de indivíduos e produzir um volume de material verdadeiramente gigantesco a troco de nada.** Apesar disso, o v. acórdão recorrido limitou-se a considerar que a ordem “serve de meio auxiliar” à investigação.

106. Com todas as vênias, a geração de todo esse material aleatório sensível, sem que sequer exista a garantia de que os autores do delito estariam abrangidos pela coleta, dificilmente poderia ser considerada uma forma adequada e eficaz de investigação criminal. Ao contrário, corre-se o risco objetivo de dispersar os recursos investigativos em múltiplas direções, sendo a maioria necessariamente equivocada. Ainda que assim não fosse, as características de configuração e capacidades de edição e apagamento do Histórico de Pesquisa⁵³ são suficientes para se verificar que ele não constitui meio hábil ao fim pretendido.

107. A ordem tampouco supera o teste da **necessidade**. Como se sabe, a lógica dessa demonstração é extraída diretamente da Constituição Federal e da noção de devido processo legal, pela qual a atuação estatal que intervém na liberdade desnecessariamente não é justificável. Trata-se de requisito básico para que não haja restrição gratuita a direitos fundamentais nem abuso de poder.

108. Veja-se que essa exigência se aplica em relação a alvos individualizados e sobre os quais pesa indício de infração penal. **Com muito mais razão, portanto, ela teria de ser observada na eventualidade de se entender possível a quebra genérica baseada em palavras-chave pesquisadas no buscador da Google.** No caso, no entanto, a ordem impetrada apenas alega que a quebra de sigilo impugnada - ao lado das demais determinações - “são providências que se impõem, pois indispensáveis para se chegar a

⁵³ <https://support.google.com/websearch/answer/465?co=GENIE.Platform%3DAndroid&hl=pt-BR> .

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

todos aqueles que, de alguma forma, possam ter participação no crime que se apura, bem como das circunstâncias em que se desenvolveu o fato criminoso". E ainda: "após colheita de depoimentos de amigos e familiares das vítimas, não foi possível delinear a suposta autoria delitiva". O v. acórdão recorrido, por sua vez, limitou-se a registrar que a medida seria necessária "diante da gravidade e complexidade do caso e da inexistência de outros meios menos gravosos".

109. Ora, como já se observou, **não basta a menção genérica de que a medida é necessária para viabilizar investigações – o que transformaria as salvaguardas legais de motivação e fundamentação de ordens judiciais e controle de proporcionalidade em mera fórmula ritual. É necessária a demonstração do insucesso de medidas alternativas menos gravosas a direitos fundamentais – inclusive das diversas medidas individualizadas e menos gravosas que foram determinadas, inclusive múltiplas quebras de sigilo que foram cumpridas pelas ora recorrentes.**

110. Também por isso, **é objetivamente impossível supor que inexisteriam medidas menos gravosas:** segundo amplamente repercutido pela imprensa, já houve a pronúncia de dois acusados de serem os responsáveis pela execução do crime e denúncia de outros suspeitos por envolvimento nos fatos investigados. Isto é: utilizando outros elementos de prova e meios investigativos - inclusive com quebra de sigilo contra alvos determinados, as autoridades policiais conseguiram identificar e localizar suspeitos dos graves delitos. Houve, portanto, outras medidas e caminhos, autorizados pela legislação, que permitiram às autoridades alcançar a mesma finalidade sem precisar recorrer a medida tão grave, abrangente e aleatória - além de ilegal, como visto - de quebra de sigilo. Tudo isso comprova que a ordem, ao tempo em que foi proferida, não era necessária. E, mais ainda, que se tornou ainda menos necessária com a evolução das investigações.

111. Por fim, além de descumprir ambos os requisitos anteriores, ao contrário do que considerou o v. acórdão recorrido, a ordem é **desproporcional em sentido estrito**. Ainda que o crime seja grave, a ameaça a direitos fundamentais aqui em questão é ainda maior. Vale repetir a dimensão do que está em jogo: **a determinação busca transformar serviço legítimo e de interesse público de uma empresa de tecnologia em**

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

ferramenta de investigação e promover uma pescaria lotérica de suspeitos pela quebra de sigilo de dados privados de um conjunto indeterminado de pessoas, a serem perfiladas em diretório com base em pesquisas por informações lícitas. Com todas as vênias, a ordem constitucional de proteção à segurança pública, prevista no art. 144 da Constituição Federal, não atribui prerrogativa genérica para que a atividade persecutória do Estado possa justificar o desprezo a garantias individuais e institucionais básicas, típicas de medidas coletivas e discricionárias como a aqui discutida. Embora essa conclusão decorra por si só da Constituição Federal, ela é também extraída de um juízo de proporcionalidade em sentido estrito da medida.

112. Como se viu, considerada a natureza dos termos indicados, que geram resultados de busca com informações acerca de Vereadora do Rio de Janeiro, projeto social voltado a mulheres negras e endereço movimentado no centro da cidade, a identificação de usuários a partir de termos de pesquisa levaria à quebra do sigilo de inúmeras pessoas que simplesmente buscavam informações relevantes para o exercício de sua cidadania, de sua autodeterminação e da liberdade de ir e vir. Serviria ainda para perflar de forma perigosa ativistas, jornalistas e estudantes interessados no trabalho de autoridade pública – com base em dados sensíveis de opinião política.

113. O v. acórdão recorrido, por sua vez, não atribuiu qualquer relevância a essas considerações – tendo apenas mencionado genericamente que não haveria gravame desproporcional porque os dados não serão publicizados e, quem for inocente, teria seus dados descartados. Com todas as vênias, também aqui se chancelou uma mera carta de boas intenções. A prevalecer essa lógica, toda e qualquer quebra de sigilo estará automaticamente legitimada, bastando confiar que as autoridades farão o descarte do que venha ser considerado impertinente. Sempre com todo o respeito, esse tipo de banalização corresponde à antítese das garantias fundamentais, substituídas pela confiança cega de que o Poder Público seria incapaz de erros ou abusos.

114. Como se viu, o direito à privacidade é uma prerrogativa individual de controle sobre quem pode ter acesso a informações privadas e íntimas. A violação à privacidade ocorre, portanto, com o desrespeito à essa prerrogativa – não sendo superada

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

por uma promessa unilateral de que o segredo será mantido por aquele que interfere. No processo penal, em que a violação é justificada de forma excepcional, constitui um óbvio dever das autoridades de investigação a manutenção do sigilo das informações fornecidas. Disso não decorre, entretanto, que as medidas invasivas sejam automaticamente justificadas. **O dano objetivo decorre diretamente do acesso a informações privadas.** Quando estejam em causa ordens genéricas, desconectadas de qualquer causa provável com relação aos afetados, o desrespeito a essa liberdade fundamental é ainda maior.

115. A agressão ao Estado de direito seria evidente ainda que tamanho poder fosse usado unicamente para os fins inicialmente pretendidos, sem desvirtuamentos e vazamentos ilegais. **No mundo real, o potencial de dano para as liberdades é incalculável.** Com efeito, como é de amplo conhecimento, não são poucos os casos de vazamento de provas de processos penais – inclusive de forma seletiva e maliciosa. Também não são poucos os casos em que essa exposição conduz a linchamentos virtuais, quando não impõem risco à própria vida.

116. Atento a essas questões, esse Eg. STF reconheceu a dimensão subjetiva da proteção de dados pessoais – **voltada à proteção do indivíduo contra os riscos que ameaçam a sua personalidade em face da coleta, processamento, utilização e circulação dos dados pessoais**⁵⁴. De forma específica, como já se viu, essa Corte assentou a relevância de que o Poder Público contemple riscos atrelados a medidas de tratamento de dados, respeitando princípios básicos de adequação, necessidade e proporcionalidade, além de adotar medidas de segurança contra vazamentos e abusos. Confira-se:

“Nessa ordem de ideias, não emerge da Medida Provisória n. 954/2020, nos moldes em que posta, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia, considerados a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida. E tal dever competia ao Poder Executivo ao editá-la. Nessa linha, ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP n. 954/2020 não oferece condições para avaliação da sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades. Desatende, assim, a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Lei Maior), em sua dimensão substantiva.

⁵⁴ STF, j. 24 abr. 2020, MC na ADI 6387, ratificada pelo Plenário em 7 maio de 2020, Rel. Min. Rosa Weber; STF, j. 13 ago. 2020, MC na ADI 6529, Rel. Min. Cármen Lúcia; STF, DJe 25 jun. 2020,

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

De outra parte, o art. 3º, I e II, da MP n. 954/2020 dispõe que os dados compartilhados “terão caráter sigiloso” e “serão utilizados exclusivamente para a finalidade prevista no § 1º do art. 2º”, e o art. 3º, § 1º, veda ao IBGE compartilhar os dados disponibilizados com outros entes, públicos ou privados. Nada obstante, a MP n. 954/2020 não apresenta mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na sua transmissão, seja no seu tratamento. Limita-se a delegar a ato do Presidente da Fundação IBGE o procedimento para compartilhamento dos dados, sem oferecer proteção suficiente aos relevantes direitos fundamentais em jogo. Enfatizo: ao não prever exigência alguma quanto a mecanismos e procedimentos para assegurar o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados compartilhados, a MP n. 954/2020 não satisfaz as exigências que exsurtem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção de direitos fundamentais dos brasileiros”⁵⁵.

117. **No presente caso, em que a ordem pretende a criação e transmissão de uma base de dados de indivíduos perfilados com base em informações e interesses, desvirtuando a finalidade original da coleta de forma completamente oposta e incompatível com as expectativas do titular, o cenário não poderia ser mais paradigmaticamente problemático. Não há nenhum mecanismo de controle presente aqui: tratamentos de dados por autoridades estatais no âmbito de investigações criminais não estão sujeitas à Lei Geral de Proteção de Dados (art. 4º, III) nem há cadeia de custódia para provas digitais prevista na legislação penal, de modo que o risco é ainda mais alto. E isso não por qualquer desconfiança específica contra as autoridades, mas por conta do próprio fluxo massivo de dados sensíveis aqui em questão.**

118. **Como se sabe, essa não é uma preocupação puramente abstrata ou despropositada no contexto de investigações criminais, no Brasil ou em qualquer parte do mundo. As garantias constitucionais servem precisamente para conter riscos de erro e abuso, sobretudo em contextos politicamente difíceis. A título ilustrativo, o próprio inquérito que deu origem à ordem impetrada também foi alvo, em mais de uma oportunidade, de investigações próprias relativas a supostos vazamentos de informações e possível desvirtuamento da investigação, segundo informações repercutidas amplamente na imprensa⁵⁶. Não é preciso endossar qualquer crítica ou suspeita para reforçar que**

⁵⁵ STF, j. 7 maio 2020, Referendo da MC na ADI 6387, Rel. Min. Rosa Weber.

⁵⁶ Cf. **“PF suspeita que milícia tenha infiltrados em delegacia do caso Marielle”** (<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/03/14/pf-suspeita-que-milicia-tenha-infiltrados-e-m-delegacia-do-caso-marielle.amp.htm>); **“Raquel Dodge pede nova investigação sobre homicídio de Marielle Franco”** (<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2019/09/17/raquel-dodge-pede-nova-investigacao-sobre-homicidio-de-marielle-franco.htm>); **“Polícia Civil tentou comprar confissão de miliciano em caso Marielle, diz**

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

garantias servem, justamente, para imunizar o Estado de direito contra esses riscos. E, por isso mesmo, não podem ser flexibilizadas por considerações puramente pragmáticas associadas à gravidade de determinado crime.

119. Dito isso, as recorrentes reiteram que consideram da maior relevância o interesse público na solução do crime investigado. Mas essa não é uma balança de um lado só: no cálculo da proporcionalidade em sentido estrito da medida, há que se considerar a enorme interferência em liberdades fundamentais básicas de pessoas insuspeitas, bem como o perigoso legado de descompromisso com direitos fundamentais que um precedente como esse deixaria. **Vale repetir a dimensão do que está em questão: a determinação aqui impugnada não requer a verificação de histórico de busca a partir de uma suspeita concreta quanto a indivíduos determinados, para que se produza elemento de informação que confirmem indício de autoria ou participação – o que, inclusive, foi feito em relação a suspeitos na presente investigação.**

120. Em vez disso, a ordem mantida pelo v. acórdão recorrido busca a quebra do sigilo de dados privados de um número indeterminado de pessoas, que tão somente fizeram pesquisas na internet sobre informações de relevância pública, para criação de um dossiê de pessoas perfiladas com base em pensamentos, interesses e opiniões políticas. A determinação aceita o **dano colateral certo e conhecido** de quebrar o sigilo de inocentes e expô-los a riscos e constrangimentos, assumindo que a medida extrema seria justificável pela possibilidade **eventual** e efetivamente **lotérica** de obter alguma pista sobre eventuais mandantes do crime, bem como pela promessa genérica de que não haverá abuso.

121. Sob essa perspectiva, fica claro que a quebra de sigilo telemático, na forma em que autorizada e mantida pelo v. acórdão recorrido, viola também o art. 5º, X e XII, da Constituição Federal sob a ótica de proporcionalidade: a medida determinada é inadequada, desnecessária e desproporcional em sentido estrito. Como se sabe, esse Eg. STF

Dodge” (https://brasil.elpais.com/brasil/2019/10/30/politica/1572470468_218781.html); **“AGU vai apurar vazamento de informações sobre caso Marielle”** (<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-10/agu-vai-apurar-vazamento-de-informacoes-sobre-ca-so-marielle>).

Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça
Escritório de Advocacia

tem amplamente aplicado esse mesmo teste de proporcionalidade ao exercer juízo de constitucionalidade sobre medidas restritivas de direitos fundamentais - inclusive e sobretudo no contexto de quebra de sigilo que atingem pessoas inocentes e para a proteção de dados pessoais frente ao poder persecutório estatal. O que se pede no presente recurso é que se realize esse mesmo juízo para reconhecer a invalidade da quebra de sigilo aqui questionada. Também por essa razão, portanto, o caso é de reforma do v. acórdão recorrido.

IV. CONCLUSÃO

122. Por todo o exposto, as recorrentes pedem que o recurso extraordinário seja conhecido e provido para reformar o v. acórdão recorrido, concedendo a ordem para cassar o ato impetrado, afastando-se risco de que serviços das recorrentes sejam transformados em mecanismo de violação irreversível à privacidade de pessoas indeterminadas contra as quais não há imputação de infração penal e nem mesmo ato ilícito.


Nesses termos, pedem provimento.

Brasília, 22 de setembro de 2020.

FERNANDO SANCHEZ DE SOUZA
OAB/SP nº 426.344

JACQUELINE DE SOUZA ABREU
OAB/SP nº 356.941

FELIPE MENDONÇA TERRA
OAB/RJ nº 179.757


EDUARDO MENDONÇA
OAB/RJ nº 130.532