



01 ARE 1.042.275/RJ (TEMA 977 RG)

Maurício Schaun Jalil

Advogado Criminal e Procurador do Município. Mestre e Doutorando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Foi Coordenador do Núcleo de Ciências Criminais da Escola Superior de Advocacia-ESA-OAB/SP (gestão 2022/2024).

Objeto

Acesso, sem autorização judicial, a registros e a informações contidos em aparelho celular encontrado fortuitamente no local do crime.

Resumo do caso

Dois assaltantes armados assaltaram uma vítima e, no momento da fuga, um deles deixou cair seu aparelho de telefonia celular, apreendido pelos policiais ao chegarem ao local para atender a ocorrência. Do manuseio e acesso superficial aos dados e informações digitais desse bem móvel, identificou-se o seu proprietário, um dos criminosos. Condenação em primeiro grau. O TJ/RJ anulou todo o processo entendendo que a prova obtida (informações advindas do aparelho celular - lista de contatos e o histórico de ligações) era ilícita, eis que violou a privacidade

do indivíduo, pois a análise de dados digitais não foi precedida por autorização do proprietário nem judicial. Interporto recurso extraordinário (ARE 1042075, Relator Min. Dias Toffoli), o STF reconheceu a existência de repercussão geral, firmando-se, posteriormente, o Plenário, em julgamento publicado no DJe em 27.06.25, a tese que será comentada.

Entendimento fixado pelo STF

A tese fixada pelo STF foi no seguinte sentido:

“1. A mera apreensão do aparelho celular, nos termos do art. 6º do CPP ou em flagrante delito, não está sujeita à reserva de jurisdição. Contudo, o acesso aos dados nele contidos deve observar as seguintes condicionantes: 1.1 Nas hipóteses de encontro fortuito de aparelho celular, o acesso aos respectivos dados para o fim

exclusivo de esclarecer a autoria do fato supostamente criminoso, ou de quem seja o seu proprietário, não depende de consentimento ou de prévia decisão judicial, desde que justificada posteriormente a adoção da medida. 1.2. Em se tratando de aparelho celular apreendido na forma do art. 6º do CPP ou por ocasião da prisão em flagrante, o acesso aos respectivos dados será condicionado ao consentimento expresso e livre do titular dos dados ou de prévia decisão judicial (cf. art. 7º, inciso III, e art. 10, § 2º, da Lei nº 12.965/2014) que justifique, com base em elementos concretos, a proporcionalidade da medida e delimite sua abrangência à luz de direitos fundamentais à intimidade, à privacidade, à proteção dos dados pessoais e à autodeterminação informacional, inclusive nos meios digitais (art. 5º, X e LXXIX, CRFB/88). Nesses casos, a celeridade se impõe, devendo a Autoridade Policial atuar com a maior rapidez e eficiência possíveis e o Poder Judiciário conferir tramitação e apreciação prioritárias aos pedidos dessa natureza, inclusive em regime de plantão. 2. A autoridade policial poderá adotar as providências necessárias para a preservação dos dados e metadados contidos no aparelho celular apreendido, antes da autorização judicial, justificando, posteriormente, as razões de referido acesso. 3. As teses acima enunciadas só produzirão efeitos prospectivos, ressalvados os pedidos eventualmente formulados por defesas até a data do encerramento do presente julgamento”.

Comentários do autor

O nosso octagenário Código de Processo Penal, de 1941, mesmo após algumas atualizações legislativas, obviamente não contempla todas as situações concretas vivenciadas por nós na atualidade, sobretudo no que tange ao mundo digital, e especificamente, os aparelhos de telefonia celular (“smartphone”)

que contém em seu armazenamento interno informações pessoais de seu proprietário, tais como: fotos, conversas, extratos bancários, histórico de localização, preferências, interesses, correio eletrônico, agendas telefônicas, etc. Estes modernos dispositivos móveis, na verdade, não são meros aparelhos de telefonia, possuem diversas funcionalidades e grande capacidade de armazenamento de dados, capazes de revelar vida e o cotidiano de seu dono. Eis que surgem os seguintes questionamentos jurídicos: a autoridade policial, por decisão própria e não judicial, pode apreender o objeto em questão e, também acessar indistintamente todos os dados e metadados existentes nesse dispositivo móvel, independente de autorização de seu dono? É lícito, razoável e proporcional o acesso ilimitado e profundo dessas informações particulares, ainda que algumas delas não se relacionem com o crime cometido?

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do tema em questão, permitiu uma “exceção controlada”, autorizando a autoridade policial, na hipótese de o agente delituoso abandonar ou esquecer seu dispositivo móvel logo após praticar a infração penal, apreender (“mera apreensão”) o aparelho de telefonia celular, com o exclusivo propósito de tentar descobrir a identificação de seu proprietário e/ou autoria da infração penal. Afasta-se, pontualmente, o princípio da reserva de jurisdição e privilegia-se a necessária elucidação dos fatos criminosos. Portanto, a premissa básica, de acordo com o entendimento do STF, é a seguinte: quem estiver portando um aparelho celular consigo mantém incólumes todos os seus direitos fundamentais, conforme as normas do art. 5, X, XII e LXXIX, da Constituição Federal e dos arts. 7º, III, e 10, § 2º, do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14), portanto os dados pessoais existentes no aparelho de telefonia celular só podem ser acessados por “consentimento livre e expresso” do proprietário ou ordem judicial, neste último caso essa ordem forense

deve justificadamente, com base em elementos concretos, demonstrar a proporcionalidade da medida e delimitar sua abrangência à luz dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade, à proteção dos dados pessoais e à autodeterminação informacional, inclusive nos meios digitais. Esse entendimento se aplica as hipóteses de diligências investigativas preliminares ou para fins de prisão em flagrante (respectivamente arts. 6 e 302, do CPP). Contudo, excepcionalmente, tendo em vista o objetivo primordial de esclarecer o crime e seus elementos básicos, admitir-se-á a mera apreensão por parte da autoridade policial do dispositivo móvel para fins de preservação dos dados e metadados (ou seja, da prova em si) e obtenção de algumas informações advindas desse aparelho (tais como agenda telefônica/lista de contatos¹ e histórico de ligações², mas não a conversas de aplicativos de mensagens- ex: WhatsApp, e via “SMS”³), objetivando especificamente descobrir-se a autoria do delito ou propriedade desse bem. Ressalva-se, também, que essa apreensão, medida restritiva excepcional, não será ilimitada, abrangente e incondicionada, eis que a autoridade policial deve concluir a finalidade ensejadora desse ato (perícia ou análise superficial) na maior brevidade possível, bem como justificar o fundado receio de que os dados sejam eliminados pelo seu titular ou por terceiros e demonstrar, por meios técnicos, que não foi re-

alizado nenhum outro tratamento desses dados, e o Poder Judiciário, inclusive, deve dispensar agilidade e prioridade na apreciação dos pedidos de análise do aparelho móvel, inclusive, apreciando-os no plantão judiciário.

1 STJ: REsp 1782386-RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe18.12.2020.

2 STF: HC n. 91.867/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 20.09.12. STJ: AgRg no REsp n. 1.760.815-PR, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 13.11.18.

3 STJ: HC 588.135-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 14.09.20; AgRg no HC 516.857-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 18.05.20; AgRg no Rec. Especial 1.853.702-RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 13.08.20; REsp n. 1.701.504/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 20/3/2018. É importante distinguir comunicação telefônica e registros telefônicos. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados (nesse sentido STF: HC 91867, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 24.04.12).