SEGUNDOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.042.075 RIO DE JANEIRO

RELATOR	**: MIN. DIAS TOFFOLI**
EMBTE.(S)	: GUILHERME CARVALHO FARIAS
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
EMBDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS
ADV.(A/S)	: CARINA QUITO
ADV.(A/S)	: JULIANO JOSE BREDA
ADV.(A/S)	: BRUNO TADEU PALMIERI BUONICORE

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

A controvérsia a ser dirimida nos presentes embargos de declaração, tempestivamente opostos, se desdobra em duas questões distintas, mas correlacionadas.

A primeira é determinar se o acórdão embargado padeceria de **omissão** por supostamente desconsiderar, no item 2 da tese de repercussão geral, que não seria tecnicamente viável distinguir "extração" de "acesso".

A segunda é determinar se o acórdão embargado padeceria de **contradição** ao permitir, também no item 2 da tese, "a extração de dados" sem autorização judicial, ao passo que consigna, no item 1.2 da mesma tese, a necessidade de autorização judicial para o "acesso a dados".

Alega a embargante, em breve síntese, que o acórdão embargado partiu de premissa fática equivocada, qual seja, a de que seriam "estanques e independentes" os atos de "extrair para preservar" e de

"acessar para analisar". Argumenta que essa distinção seria tecnicamente incompatível com as ferramentas tecnológicas utilizadas hoje pela polícia judiciária, a exemplo do **software Cellebrite** (UFED), tendo em vista que tais ferramentas não permitiriam dissociar as etapas de "coleta, exame e visualização".

Não obstante o esforço da embargante, o acórdão embargado não padece dos vícios apontados.

Como destaquei no voto condutor do acórdão embargado, foram "acolhidas as valiosas contribuições trazidas pelos eminentes pares por ocasião da sessão de julgamento", razão por que foi assim reajustada a tese de repercussão geral:

> "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 quem seja o proprietário do aparelho, não depende do consentimento ou de prévia decisão judicial, desde que justificada posteriormente a adoção da medida.
>
> 1.2 No caso de aparelho celular apreendido por ocasião de prisão em flagrante, o **acesso aos respectivos dados** está 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 12.965/14) que justifique, com base em elementos concretos, a proporcionalidade da medida e delimite sua abrangência à luz dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade, à proteção dos dados pessoais e à autodeterminação informacional, inclusive nos meios digitais (art. 5º, incisos X e LXXIX, da CRFB/88). Nesses casos, a celeridade se impõe, devendo a autoridade policial atuar com a

> maior rapidez e eficiência possível 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 a adoção da medida**.
>
> 3. As teses acima enunciadas só produzirão efeitos prospectivos, ressalvados os pedidos eventualmente formulados pelas defesas até a data do encerramento do presente julgamento."

Na tese, distinguiram-se nitidamente duas situações:

a) Encontro fortuito de aparelho celular, hipótese em que **o acesso aos respectivos dados** para o fim exclusivo de esclarecer a autoria do fato supostamente criminoso, ou quem seja o proprietário do aparelho, **não depende do consentimento ou de prévia decisão judicial**; e
b) Apreensão de aparelho celular por ocasião de prisão em flagrante, hipótese em que o **acesso aos respectivos dados** está condicionado ao consentimento expresso e livre do titular dos dados ou a prévia decisão judicial.

Nessa última hipótese, antes da autorização judicial, **a autoridade policial poderá adotar as providências necessárias para a preservação dos dados e metadados contidos no celular apreendido**.

Não por outra razão, fiz consignar o seguinte esclarecimento no voto condutor do acórdão:

> "Hoje, a mera apreensão de equipamento eletrônico pode não ser suficiente para se salvaguardarem dados e metadados nele contidos, tendo em vista a possibilidade de acesso remoto,

> pelo titular dos dados ou por terceiro, para o fim de excluí-los ou alterá-los. Desse modo o *backup* é medida apta a acautelar a futura prova, cuja pertinência e necessidade são presumidas no atual estágio tecnológico. Além disso, há longa data é possível extrair dados sem tratá-los, assim como assegurar, por meios técnicos, a fidedignidade dos dados extraídos. Irregularidades e abusos na preservação da futura prova podem ser constatados pericialmente, em momento oportuno, e uma vez alegados, são passíveis de controle judicial posterior."

Como se observa, não há omissão e, muito menos, contradição na tese fixada.

Uma coisa é o **acesso aos dados** contidos no celular, **para sua seleção e análise verticalizada dentro dos limites do objeto da investigação**, que **ora independerá** do consentimento do titular do aparelho ou de decisão judicial (encontro fortuito), **ora dependerá** desse consentimento ou de prévia decisão judicial (apreensão do aparelho por ocasião de prisão em flagrante).

Outra é a mera **preservação dos dados e metadados** contidos no aparelho, para evitar sua alteração ou perda de modo irreversível, **de modo a garantir a utilidade do futuro provimento jurisdicional que franqueie seu acesso, objetivando a análise mais aprofundada dos dados e metadados preservados**.

É evidente que a **preservação** de dados e metadados **mediante a extração de *backup* pressupõe o acesso aos arquivos do aparelho, mas essa é uma finalidade muito bem delimitada**, **que não se confunde**, como bem ressaltou o Procurador-Geral da República, **com o "tratamento destinado a conhecer, explorar, selecionar ou analisar o seu conteúdo"**

A propósito, é digno de registro o seguinte excerto da manifestação do Procurador-Geral da República em suas contrarrazões aos embargos:

> "A Suprema Corte estabeleceu que a apreensão do

> aparelho e a preservação dos dados não dependem de autorização judicial ou do consentimento do titular. Especificamente em relação à preservação, validou a extração dos dados e metadados, mediante backup, mantendo-os íntegros e intactos, para análise futura. Entendeu pela necessidade de preservação imediata desses dados, diante da possibilidade de exclusão e alteração, inclusive por acesso remoto, ponderando ser viável extrair dados sem tratamento, bem como garantir a fidedignidade do que foi extraído.
>
> **Para o Supremo Tribunal Federal, o que depende de autorização judicial não é a operação técnica de preservação dos dados, mas sua utilização cognitiva ou investigativa, isto é, o tratamento destinado a conhecer, explorar, selecionar ou analisar o seu conteúdo**. É este segundo conjunto de providências que está diretamente relacionado aos direitos à intimidade, à vida privada, à proteção dos dados pessoais e à autodeterminação informacional.
>
> Assim, **a leitura computacional e automatizada dos dados para viabilizar a preservação, que pode demandar a superação de mecanismos de segurança e produzir arquivos ou relatórios, não é juridicamente equiparável ao processamento e à análise minuciosa do conteúdo desses dados, inclusive porque as etapas são realizadas em momentos distintos**.
>
> A preservação dos dados funciona apenas como ato técnico de proteção provisória da prova, durante o período necessário à apreciação judicial do pedido de acesso, tendo em conta o receio de supressão de informações relevantes" (grifo nosso).

Outrossim, não cabe, no âmbito de fixação de **tese de repercussão geral** sobre **questões eminentemente jurídicas**, **que se pretende longeva**,

descer à minúcia de procedimentos e técnicas destinados ao acesso, extração, preservação e tratamento de dados e, menos ainda, estabelecer a necessidade de isolamento eletromagnético do aparelho, mediante bolsa ou gaiola de Faraday, como pretende o embargante – *o que eventualmente até poderá vir a ocorrer, a depender da existência e disponibilidade do equipamento em questão e, em caso afirmativo, da avaliação da necessidade de sua utilização, a ser ponderada, no caso concreto, pela autoridade policial e peritos, sem que se imponha ao Estado a obrigação de sua aquisição e emprego*.

Há que se ressaltar que esses procedimentos e técnicas estão **em constante aperfeiçoamento e mutação**, e o balizamento da tese pelos paradigmas vigentes pode conduzir a sua rápida obsolescência, à medida que a técnica evolui.

Em suma, o acesso aos arquivos do celular **unicamente** para fins de **preservação** de dados e metadados, mediante a extração de **backup**, estabelecido no item 2 da tese, **não se confunde** com o acesso a dados de que cuidam os itens 1.1 e 1.2 da tese, **relativamente a "tratamento destinado a conhecer, explorar, selecionar ou analisar o seu conteúdo"**.

Ante o exposto, conheço dos embargos de declaração e os rejeito.

É como voto.