

BRUNO CALABRICH

Proteção de Dados Pessoais

na Investigação Criminal e
no Processo Penal

**garantismo, eficiência e
standards de validade**

2^a edição

Revista e atualizada

2025

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

3

CLÁUSULAS DE RESERVA DE JURISDIÇÃO E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Dado seu caráter instrumental e considerando a perspectiva procedimental do direito à proteção de dados, a exigência de uma decisão judicial que autorize previamente o tratamento de dados pessoais pode ser uma condicionante para a validade do produto desse tratamento em atividades de persecução penal. Assim, para compreender a relação entre o processo penal e o direito à proteção de dados no Brasil é imprescindível conhecer as chamadas cláusulas de reserva jurisdicional, como foram concebidas, como a doutrina as reconhece e em que extensão são aplicadas hoje pelos tribunais.

3.1 CONCEITO DE RESERVA DE JURISDIÇÃO

A reserva de jurisdição consiste na expressa previsão de “competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, com exclusão de qualquer outro, para a prática de determinados atos”¹.

Ser determinado ato submetido a reserva jurisdicional significa que o Poder Judiciário deve proferir não somente a decisão final, mas também a primeira decisão, que antecede e autoriza a prática desse ato – e nenhuma outra autoridade tem permissão constitucional nem legal para fazê-lo². Esse conceito é apresentado por J. J. Gomes Canotilho como “reserva absoluta

1. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 156.

2. CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. **Investigação criminal pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: RT, 2007, p. 165.

de jurisdição, monopólio da primeira palavra ou monopólio do juiz”, eis que toca ao Estado-Juiz “não só a última e decisiva palavra, mas também a primeira palavra referente à definição do direito aplicável a certas relações jurídicas”³.

Embora não corrente no Brasil, um outro conceito de reserva de jurisdição corresponde à impossibilidade de que autoridades do Poder Executivo ou Legislativo imiscuam-se na função jurisdicional, proferindo decisões que, por seu conteúdo, são típicas do Poder Judiciário. Nesse sentido, a reserva de jurisdição constitui verdadeira garantia de justiça, que:

tanto pode ser reclamada em casos de lesão ou violação de direitos e interesses dos particulares por medidas e decisões de outros poderes e autoridades públicas (monopólio da última palavra contra actos do Estado) como em casos de litígios entre particulares e, por isso, carecidos de uma decisão definitiva e imparcial juridicamente vinculativa⁴.

O desrespeito à reserva de jurisdição, em tal prisma, caracteriza afronta, a um só tempo, ao equilíbrio e à harmonia entre os Poderes e à independência do Poder Judiciário. A ruptura do princípio da reserva de jurisdição, dentro desse significado, pode suceder de diversas maneiras: “*Ocorre, obviamente, cuando el legislador admite que ejerzan jurisdicción órganos que no son jueces y tribunales. Pero también cuando la ley asume directamente el ejercicio de función de juzgar*”⁵. No Brasil, o Ato Institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968, que suspendeu ou cassou diversas liberdades fundamentais e impediu juízes de decidirem sobre tais questões⁶ pode ser citado como um exemplo histórico de violação à reserva de jurisdição nessa outra acepção.

No sentido de “monopólio da primeira palavra”, do poder de decidir *ex ante* sobre o direito aplicável e de autorizar ou negar a prática de um ato, a reserva de jurisdição funciona como um filtro limitador da atividade do Estado e, como tal, uma garantia do jurisdicionado para a proteção de seus

3. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 669.

4. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 668.

5. MACHADO, Santiago Muñoz. **La reserva de jurisdicción**. 2. ed. Bogotá: Temis, 2020, p. 33.

6. AI-5, art. 11: “Art. 11 – Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.”

direitos fundamentais. Há reserva de jurisdição quando o Estado, por suas autoridades, pretenda executar medidas que relativizem direitos, “como a liberdade, a inviolabilidade de domicílio, o segredo das comunicações em geral” e, exatamente “por se dar pela via única da atividade judicante, constitui irrefragável garantia contra o abuso”⁷.

No Brasil, o conceito de reserva de jurisdição se ampara em decisões proferidas pelo STF (e a seguir mencionadas) que associa essa competência exclusiva a uma norma constitucional explícita. Entretanto, por força do princípio da legalidade em sua vertente administrativa, a lei também pode prever que determinadas medidas só serão validamente praticadas mediante prévia autorização judicial. Nesse caso, pode não ser uma cláusula constitucional, mas será igualmente um ato submetido a reserva de jurisdição. Seja por previsão constitucional, seja por previsão legal, sempre que determinado ato for de competência exclusiva do Poder Judiciário estar-se-á diante de uma reserva jurisdicional.

Um dos atributos do ato administrativo é a autoexecutoriedade, que é a possibilidade que o Estado-Administração tem de fazer valer suas próprias decisões, executando-as diretamente. A consequência jurídica de ser determinado ato albergado por uma cláusula de reserva jurisdicional é que a administração – incluindo as autoridades responsáveis pela persecução penal – perde(m) a autoexecutoriedade administrativa⁸. A consequência prática é que esse ato precisa ser precedido de um pedido autônomo ou formulado incidentalmente num processo ou investigação já em curso e decidido afirmativamente por uma autoridade judiciária competente.

De acordo com a Constituição Federal, os únicos atos afetos ao processo penal e à investigação criminal abrangidos por cláusulas de reserva jurisdicional são a entrada em domicílio, a interceptação de comunicações telefônicas e as prisões.

Conforme o art. 5º, XI, da CF/88, “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Nos termos do art. 5º, XII, “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das

7. MAZLOUM, Ali. **Reserva de jurisdição**: os limites do juiz na investigação criminal. São Paulo: Matrix, 2016, p. 27.

8. BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 68.

comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. E segundo o art. 5º, LXI, da CF/88, “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Observe-se que a própria Constituição prevê situações em que a entrada em domicílio e as prisões independem de decisão judicial; para as comunicações telefônicas não há ressalva semelhante.

Além dessas três medidas, poderiam ser mencionadas as *medidas cautelares em geral*⁹; a rigor, contudo, essas hipóteses mais se amoldam à segunda acepção de reserva jurisdicional (“monopólio da *última palavra*”) aqui referida¹⁰.

A reserva de jurisdição foi um tema pouco explorado nos debates da constituinte de 1987 e, ao menos até então, pela doutrina. Sua consolidação no plano da hermenêutica constitucional foi resultado de uma série de decisões casuísticas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a amplitude do art. 58, § 3º, da CF/88 e sobre os limites de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito.

Provocado a informar, em diversos casos atinentes situações individuais e especialmente em *habeas corpus* impetrados no interesse de investigados, quais seriam exatamente os “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” atribuídos às CPIs pelo art. 58, § 3º, o STF firmou posição no sentido de reconhecer a estas a possibilidade de inquirir testemunhas e investigados, requisitar documentos e perícias, promover a “quebra”

9. PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 180.

10. A reserva jurisdicional para a decretação de medidas cautelares no processo penal tem amparo nos seguintes incisos do art. 5º da CF/88: “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; “LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; “LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; e “LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. **Investigação criminal pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: RT, 2007, p. 164). Não há dúvida de que os referidos dispositivos consubstanciam garantias fundamentais de réus e investigados; entretanto, por serem inespecíficos e por não conferirem a exclusividade da “primeira palavra” ao Poder Judiciário, não se amoldam ao conceito de reserva jurisdicional construído pela doutrina e pela jurisprudência do STF.

dos sigilos fiscal, bancário e de dados¹¹, inclusive de registros telefônicos (que não se confundem com interceptações telemáticas ou telefônicas), e, de modo geral, produzir qualquer outra medida instrutória que possa ser executada perante um juízo criminal sem sua prévia autorização¹². Não se reconheceu às CPIs, pois, a possibilidade de determinar prisões (ressalvada a prisão em flagrante, que independe de ordem judicial) e buscas e apreensões domiciliares, de decretar medidas assecuratórias pessoais ou patrimoniais e a interceptação de comunicações telefônicas, precisamente por se tratar de atos que somente podem ser decididos pelo Poder Judiciário. Esse entendimento foi pacificado pelo plenário do STF no julgamento do MS 23.642/DF (rel. min. Néri da Silveira, unânime, julgado em 29.11.2000, DJ de 09.03.2001 e Informativo nº 212 do STF).

Há outras hipóteses de reserva jurisdicional, não previstas na Constituição, mas em lei, e que serão estudadas ao longo do presente capítulo. Por ora, o que importa notar é que a reserva jurisdicional não é constituída na forma de enunciados abertos nem dependem de uma avaliação discricionária do aplicador do direito a respeito de situações específicas. Para todas as hipóteses de reserva jurisdicional há previsão legal ou constitucional expressa.

Pode-se até conceber um sistema em que a necessidade ou não de prévia autorização judicial dependa sempre de uma análise sobre os fatos concretos, caso a caso, e com atenção ao grau de intervenção da medida na esfera

11. A jurisprudência do STF sobre o poder das CPIs de promoverem a “quebra” de sigilo bancário e fiscal reforça o argumento pela ausência de reserva jurisdicional para essas medidas, que serão melhor estudadas nos tópicos seguintes.
12. Antes do MS 23.642/DF, a jurisprudência do STF sobre os poderes das CPIs foi sendo tecida ao longo dos anos pelas seguintes decisões: HC 71.193/SP, julgado em 06.04.1994, sobre a inquirição e a condução coercitiva de testemunhas; HC 71.039/RJ, julgado em 07.04.1994, sobre a inquirição de investigados e testemunhas, requisição de documentos, realização de perícias, condução coercitiva, busca e apreensão – excetuada a entrada domiciliar – e impossibilidade de decretação de prisões; HC 71.231/RJ, julgado em 05.05.1994, sobre a inquirição de investigados; HC 75.287/DF, decisão liminar de 23.04.1997, sobre a inquirição de testemunhas e investigados; HC 75.232, decisão liminar de 10.04.1997, sobre a impossibilidade de determinar interceptações telefônicas e a possibilidade de determinar a quebra de sigilos fiscal, bancário e de dados, inclusive de registros telefônicos; MS 23.466/DF, decisão liminar de 16.06.1999, sobre a possibilidade de quebra de sigilos bancário e fiscal e a impossibilidade de decretação de medidas cautelares; HC 79.244/DF, decisão liminar de 26.04.1999, sobre a inquirição de testemunhas e conduções coercitivas; e MS 23.452/RJ, decisão de 19.09.1999, no qual, amparado em diversos julgados anteriores, afirmou-se a existência de um “postulado da reserva constitucional de jurisdição” (CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. **Investigação criminal pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: RT, 2007, pp. 169-170). Todas estas, contudo, foram decisões monocráticas ou, como no caso do MS 23.452/RJ, analisaram apenas parcialmente a questão (no exemplo, entendeu-se suficiente, para a concessão do *writ*, a falta de motivação do ato impugnado). A apreciação do tema pelo plenário do STF, com a cabal afirmação das chamadas cláusulas de reserva de jurisdição, ocorreu somente no julgamento do MS 23.642/DF, em 29.11.2000.

privada de alguém. Não foi essa, contudo, a opção do constituinte – que, repita-se, foi expresso quando consagrou as chamadas cláusulas de reserva jurisdicional para determinadas situações – nem do legislador brasileiro – que, de igual modo, não prevê a necessidade de autorização judicial na forma de conceitos ou enunciados “indeterminados”, mas sim associando-a a medidas específicas. É certo que, na jurisprudência, há exemplos de ampliação das hipóteses legais e constitucionais, sendo a reserva jurisdicional para a “quebra” de sigilo bancário (pela polícia e pelo MP, mas não pelas autoridades fazendárias ou pelas CPIs) a mais evidente (e controversa) dessas hipóteses, como se verá.

3.2 DEBATES NA CONSTITUINTE: SÍNTESE

A Constituição Federal estatui a necessidade de decisão judicial para as prisões e para a entrada em domicílio, excetuadas determinadas hipóteses que também explicitamente elenca. Prisões e a entrada em domicílio não são, em si, espécies de tratamento de dados pessoais. No processo penal, sem embargo, uma imensa gama de tipos de tratamento de dados pessoais pode ser realizada a partir dessas medidas, a começar pelos registros da diligência, que são ordinariamente lançados em seus respectivos autos (de prisão e de busca e apreensão domiciliar). Quando for necessária a autorização judicial, sua ausência tornará ilícita toda e qualquer prova produzida a partir de uma prisão ou de uma entrada domiciliar, assim como será ilícito todo e qualquer tratamento de dados destas decorrente.

A interceptação de comunicações, a seu turno, é a única espécie de tratamento de dados pessoais para a qual a Constituição Federal expressamente exige prévia autorização judicial.

Nelson Jobim, ex-presidente do STF e membro da Assembleia Nacional Constituinte, afirmou o seguinte sobre as razões para que tenham sido incluídas somente as interceptações de comunicações telefônicas dentro do escopo da reserva jurisdicional:

[...] Estava-se protegendo a comunicação, o ato comunicacional é que se protegia e não o resultado do ato comunicacional. O que era absolutamente proibido e é absolutamente proibido pelo inc. XII, nem mesmo por autorização judicial, é a quebra da comunicação por correspondência, é a quebra da comunicação telegráfica, é a quebra da comunicação de dados, mas não está se protegendo o dado, ou seja, o resultado da

comunicação. O que se veda é que alguém intercepte a correspondência, é que alguém intercepte a comunicação telegráfica, é que alguém intercepte a comunicação de dados. Mas o texto constitucional autorizou a interceptação de uma delas só, que é a interceptação telefônica. Esta foi autorizada. Por que não autorizou as outras? Por uma razão muito simples e muito clara à época em que discutíamos o texto em 1988. É porque das quatro comunicações a telefônica é a única que não deixa vestígios, em que o resultado da comunicação desaparece instantaneamente, porque não fica registro. Da comunicação por correspondência fica a correspondência, da comunicação por telégrafo fica o telegrama, da comunicação de dados ficam os dados, da comunicação telefônica não fica nada, só fica o registro de que Nelson ligou para Everardo e conversou com ele durante três minutos, mas do conteúdo da comunicação telefônica não fica registro. É por isso, exclusivamente por isso que o texto constitucional autoriza e única e exclusivamente a interceptação da comunicação telefônica autorizada pelo juiz. Única e exclusivamente isto. O resto não há o que mais interceptar-se porque há o registro, remanesce o seu resultado, que é a correspondência, o telegrama e o dado¹³.

Considerando-se tais informações¹⁴, há que se indagar se os constituintes efetivamente debateram a reserva jurisdicional para os temas em que, ao cabo, isso foi expressamente tratado na Constituição Federal. Parte-se da premissa de que, se houve algum debate mais profundo com referência clara a reserva jurisdicional, teria sido para o tema da interceptação de comunicações telefônicas, dado que a interceptação não judicialmente autorizada será sempre ilícita e que, para a prisão e para a entrada em domicílio, há outras hipóteses constitucionalmente aceitas que independem de autorização judicial: para a entrada em domicílio, (a) consentimento do morador,

13. CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. **Investigação criminal pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: RT, 2007, p. 178.

14. O ministro Nelson Jobim reafirmou esse entendimento em seu voto no julgamento do RE nº 219.780/PE, rel. min. Carlos Velloso, julgado em 13.04.1999, DJ de 10.09.99, p. 484-485: "Passa-se, aqui, que o inciso XII não está tornando inviolável o dado da correspondência, da comunicação, do telegrama. Ele está proibindo a interceptação da comunicação dos dados, não dos resultados. Essa é a razão pela qual a única interceptação que se permite é a telefônica, pois é a única a não deixar vestígios, ao passo que nas comunicações por correspondência, telegráfica e de dados é proibida a interceptação porque os dados remanescem eles não são rigorosamente sigilosos, dependem da interpretação infraconstitucional para poderem ser abertos. o que é vedado de forma absoluta é a interceptação da comunicação da correspondência, do telegrama. Por que a Constituição permitiu a interceptação da comunicação telefônica? Para manter os dados, já que é a única em que, esgotando-se a comunicação, desaparecem os dados. Nas demais, não se permite porque os dados remanescem, ficam no computador, nas correspondências etc."

(b) flagrante delito, (c) desastre e (e) para prestar socorro; para a prisão, (a) flagrante delito, (b) transgressão militar e (c) crime propriamente militar¹⁵.

Os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987 foram realizados em 7 etapas, desdobradas em 25 fases identificadas por letras do alfabeto, de A a Y, além de 2 fases que compunham a etapa preliminar¹⁶. As informações a seguir foram extraídas a partir da análise dos textos produzidos em cada uma dessas etapas.

Os debates sobre a disciplina da interceptação de comunicações telefônicas tiveram início, dentro da ANC, na Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais. No Anteprojeto do Relator, que integra a Fase A, constou a seguinte redação para o tema: “Art. 1º São direitos e garantias individuais: [...] XXXIII – a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações em geral, *salvo nos casos previstos em lei, mediante autorização judicial*”. Observe-se que, nessa etapa, a necessidade de autorização judicial se aplicava a todas as hipóteses de correspondência e de comunicações em geral.

Após a Fase B, de emendas ao Anteprojeto, a redação chegou à Fase C (Anteprojeto da Subcomissão, não mais do Relator), mas sem menção à reserva legal: “Art. 1º São direitos e garantias individuais: [...] XXXIV – a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações em geral, *salvo mediante autorização judicial*”. Repetia-se, contudo, a estrutura alusiva à necessidade de autorização judicial para todas as formas de correspondência e de comunicações.

Na Fase E, o Anteprojeto foi novamente submetido a emendas, mas então no contexto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Nessa Comissão, a redação do Substitutivo do Relator preceituava: “Art. 3º São direitos e liberdades individuais invioláveis: [...] VII – a privacidade: [...] c) do sigilo da correspondência e das comunicações em geral, *salvo autorização judicial*”. Embora concebida como um subtópico

15. CF/88, art. 5º: “[...] XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; [...] LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

16. O “Portal da Constituição Cidadã” da Câmara dos Deputados reúne informações e documentos sobre cada uma dessas fases e etapas (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Portal da Constituição Cidadã**. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente. Acesso em 27 nov. 2023).

para o direito à privacidade, replicava-se, em essência, a estrutura da redação anterior.

Na Fase G, novas emendas puderam ser apresentadas a esse texto. Na Fase H, produziu-se o Anteprojeto da Comissão, que foi o resultado final desta etapa, restando, após, apenas a Comissão de Sistematização e o Plenário. Na Fase H, o texto foi idêntico ao da Fase E. Na Comissão de Sistematização, idêntica redação se manteve nas fases I, J, K e L. Assim, foi esse o teor do Projeto da Constituição.

Contudo, após a Fase M, de emendas, e já na Fase N, quando foi apresentado o Primeiro Substitutivo do Relator), a redação mudou para a seguinte: “Art. 6º, §39. é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas ou telefônicas, salvo por ordem judicial, nos casos e *na forma que a lei estabelecer, para fins de instrução processual*”. Vê-se, nessa fase, o retorno da referência à reserva legal e a inclusão da menção a instrução processual. Não se utilizou o vocábulo penal para qualificar a instrução processual nem houve alusão a investigação criminal.

Na Fase O, o Substitutivo do Relator foi submetido a emendas. Na Fase P, foi produzido o último Substitutivo do Relator, que recebeu a seguinte redação para o tema:

Art. 5º todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. [...] §12. é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, telefônicas *e de dados*, salvo por ordem judicial, nos casos e na forma que a lei estabelecer, para fins de instrução processual.

Note-se que, nessa fase, incluiu-se pela primeira vez a palavra “dados”.

Remetido o projeto ao Plenário, que se iniciou com a Fase Q, o Projeto A (início do 1º turno) teve nova alteração:

Art. 6º todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. [...] §12. é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, telefônicas *e de dados*, salvo por ordem judicial, nos casos e na forma que a lei estabelecer, *para fins de investigação criminal e instrução processual*.

A referência a investigação criminal foi incluída nessa fase.

Entre a Fase S, de emendas ao Plenário, e a Fase T – Projeto B, que marcou o fim do primeiro turno e início do segundo turno das votações, e

após o ajuste na numeração dos artigos, a redação da fase anterior recebeu um novo acréscimo:

Art. 5º todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurada aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XIII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, salvo, *no último caso*, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual.

Incluiu-se nessa fase, portanto, a expressão “no último caso”.

Na Fase V – Projeto C, que marcou o fim do segundo turno das votações, a redação foi a seguinte:

Art. 4º todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurada aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, salvo, *no último caso*, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual *penal*.

A palavra “penal”, para qualificar “instrução processual”, foi incluída nessa fase.

Essa foi a redação aprovada em Plenário. Mudanças substanciais deveriam ter acabado nessa fase; depois disso, só a Comissão de Redação.

Entretanto, e como se sabe, a redação final da Constituição Federal para o art. 5º, inciso XII, é a seguinte:

XII — é inviolável o sigilo da correspondência e das *comunicações* telegráficas, de dados e das *comunicações* telefônicas, salvo, *no último caso*, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Entre a aprovação no plenário e a redação final aprovada pela Comissão de Redação, foi incluída a palavra “comunicações” antes da palavra “telefônicas”. Com a alteração feita na Comissão de Redação, o texto passou a permitir mais claramente a interpretação dada por Nelson Jobim e acima replicada, no sentido de que a expressão “no último caso” se reporta apenas a comunicações telefônicas.

Observa-se também que todas as proposições continham a necessidade de ordem judicial para a interceptação de comunicações telefônicas. Essa exigência, ao contrário da reserva legal, foi presente em todas as fases.

Com base nesse histórico, calha analisar brevemente os debates que antecederam as alterações do texto e o contexto da produção jurídica da época, no desiderato de identificar possíveis razões para essas sucessivas modificações e acréscimos. Para tanto, foram utilizados um software e uma base de dados na qual estão indexadas aproximadamente 40.000.000 de palavras de documentos históricos da Era Constituinte (1987-1988)¹⁷.

Inicialmente, foram utilizadas para a pesquisa na base de dados indexada as expressões “reserva jurisdicional” e “reserva de jurisdição”. Todavia, não foi encontrada nenhuma incidência. Significa dizer que essas expressões não estão registradas entre as cerca de 40 milhões de palavras de documentos produzidos entre os anos de 1987-1988. Uma primeira hipótese para isso é que tais expressões simplesmente não eram consagradas na época; independentemente das razões para isso, fato é que essas expressões não constaram em nenhum dos mais de 300 diários da ANC, dezenas de suplementos, boletins administrativos, boletins da Constituinte, relatórios de anteprojetos, discursos presidenciais, decisões do STF, pareceres do TCU e toda a doutrina jurídica produzida no Brasil entre 1987 e 1988.

Para refinar a pesquisa¹⁸, elegeu-se como critério o substantivo “interceptação”, que resultou em apenas 30 achados, permitindo uma análise qualitativa de cada um dos documentos correspondentes. Dessas 30 ocorrências, verificou-se que 11 estão na jurisprudência do STF e diziam respeito, portanto, a casos apreciados por aquela Corte. Outros documentos em

17. A base de dados utilizada para o desenvolvimento do presente tópico “é composta de uma coleção de mensagens e discursos proferidos pelo Presidente da República (José Sarney), discursos de constituintes, Diários da Assembleia Nacional Constituinte (DANC), Suplementos, Relatórios subscritos por constituintes Relatores (Fases “A”, “C”, “F” e “H”), Boletins Administrativos, Boletins da Constituinte, Jornais da Constituinte, decisões do STF (1987-1988), Jurisprudência Administrativa formada por pareceres históricos da Consultoria-Geral da República (1987-1988), decisões relevantes dos Tribunais de Contas (1987-1988), pareceres de juriconsultos da década de 80, artigos doutrinários publicados em fontes abertas, atos infraconstitucionais específicos e outros documentos históricos.” (FONTELES, Samuel Sales. *A Linguística Computacional a serviço da Interpretação Constitucional e dos Tribunais: o Corpus Fonteles*. In: MARANHÃO, Clayton de Albuquerque (org.). **Processo, ciência e tecnologia**: interseções entre direito e inovação na era digital. Londrina: Toth, 2024). Registre-se nosso agradecimento ao professor e pesquisador Samuel Sales Fonteles pela disponibilização da ferramenta de pesquisa e do banco de dados.

18. Para a expressão “ordem judicial”, a pesquisa resultou em 119 ocorrências. Tenha-se, contudo, que a base de dados também indexa todas as decisões do STF proferidas no período.

que a ferramenta registra ocorrências não estão relacionados aos debates na constituinte¹⁹.

De todos os documentos, foram estudadas as 4 ocorrências havidas em publicações do diário da Assembleia Nacional Constituinte, que contém notas taquigráficas dos debates da ANC em suas diversas comissões e subcomissões: Suplemento AO nº 100, Suplemento AO nº 103, DANC, ano II, nº 206 e Suplemento B AO nº 307²⁰.

A análise desses documentos conduz a uma constatação interessante.

No DANC, ano II, nº 206, a menção à palavra interceptação dizia respeito a uma rodovia, nada se relacionando com o tema em foco. No Suplemento B AO nº 307, a palavra interceptação também é usada num contexto alheio ao tema, como sinônimo da palavra “interrupção” (do fluxo de um texto), dentro de um debate sobre a redação de um dispositivo versando sobre incentivos a microempresas e empresas de pequeno porte. No Suplemento AO nº 100, a palavra é utilizada numa exposição sobre o sistema de defesa da Força Aérea Brasileira, quando mencionada a possibilidade de “interceptação” de uma aeronave no caso de penetração no espaço aéreo brasileiro sem autorização prévia. No Suplemento AO nº 103, a palavra é registrada algumas vezes, todas também no contexto de debates sobre a

19. Eis as correspondências identificadas pela ferramenta:

- 1-11: jurisprudência do STF (1987-1988)
- 12-15: revista de doutrina – Informação Legislativa – (1987-1988)
- 16: Jornal da Constituinte 62
- 17: jurisprudência do STF (1987-1988)
- 18: revista de doutrina – Informação Legislativa – (1987-1988)
- 19: Suplemento ao 103 (ANC)
- 20: revista de doutrina – Informação Legislativa – (1987-1988)
- 21: Suplemento ao 100 (ANC)
- 22-23: revista de doutrina – Informação Legislativa – (1987-1988)
- 24: Suplemento ao 103 (ANC)
- 25: DANC 206 (ANC)
- 27: Suplemento B ao 307 (ANC)
- 28: jurisprudência do STF (1987-1988)
- 29: revista de doutrina – Revista de Processo (1987-1988)
- 30: Suplemento ao 103 (ANC).

20. No Jornal da Constituinte 62, que também aparece dentre as 30 ocorrências, nada há de relevante sobre o tema e a palavra “interceptação” aparece apenas como uma grafia errada para a palavra “interpretação” (fl. 11).

interceptação de aeronaves. Nada, portanto, relacionado a interceptação de comunicações telefônicas ou telemáticas, a reserva de jurisdição ou a temas afins.

Mesmo muito antes da constituinte, os problemas relacionados às interceptações telefônicas como instrumentos de investigação certamente não eram ignorados pela doutrina²¹ nem pela jurisprudência. Em decisões proferidas em 11.11.1977 (RE 85.439-RJ, RTJ 84/609), 28.06.1984 (RE 100.094-PR, RTJ 110/798 e RT 593/264) e 18.12.1986 (HC 63.834-SP, RTJ 122/47 e RT 621/378), o STF afirmou a imprestabilidade da prova obtida a partir de interceptações telefônicas clandestinas²². O próprio Código Penal de 1941 previa (e prevê) como crime a violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (CP, art. 151, §1º, II e III), da mesma sorte que o Código Brasileiro de Telecomunicações já previa (e prevê) ser “inviolável a telecomunicação” (arts. 55 e 56) e que constitui crime a “instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos” (art. 70 da Lei nº 4.117/62). Todavia, pelo que se constatou da pesquisa realizada, essas questões não foram relevantes nos diálogos travados por parlamentares em 1987.

Desses documentos, pois, é possível verificar como foram pouco aprofundados os debates, na ANC, sobre a reserva jurisdicional como uma categoria jurídica própria – expressão, aliás, que nem sequer era de uso corrente, nem mesmo pela doutrina à época – e mesmo sobre a necessidade de autorização judicial para a interceptação de comunicações telefônicas. Outra conclusão possível é a de que a expressão “interceptação de comunicações”, seja para referir-se a comunicações eletrônicas ou de dados, simplesmente não compunha o léxico do Constituinte. Tais circunstâncias dão a dimensão de como o tema da reserva jurisdicional para medidas de investigação era relativamente estranho ao legislador, do que adveio a necessidade de conformação pela doutrina e pela jurisprudência produzidas após a promulgação da Carta de 1988 – consoante estudado no tópico anterior.

21. DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 245-263.

22. “Nessas três decisões, o STF reputou inadmissível prova obtida com violação da intimidade. Nelas o Tribunal, é bom esclarecer, repudiou interceptações telefônicas e não gravações telefônicas, como erroneamente aparece em duas dessas ementas.” (SANTOS, Paulo Ivan da Silva. **As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal**. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/provas-obtidas-com-violacao-C3%A7%C3%A3o-da-intimidade-e-sua-utilizacao-C3%A7%C3%A3o-no-processo-penal>. Acesso em 16 dez. 2023).

3.3 DADOS PESSOAIS E DADOS NÃO PESSOAIS: A “QUEBRA” DE SIGILO DE DADOS DE EMPRESAS PÚBLICAS E DE ENTES DO ESTADO

Não há que se confundir dados de empresas públicas e de entes do Estado com dados pessoais. Dados pessoais gozam de proteção especial e se submetem ao regime jurídico da LGPD. Dados que digam respeito apenas a pessoas jurídicas de direito público não são dados pessoais e não estão abrangidos pela LGPD – senão quando esses mesmos dados puderem ser relacionados a uma “pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5º, I, da LGPD).

Também é necessário compreender a diferença entre dados *de* entes públicos, que são dados concernentes a sua realidade e a seus interesses, e dados *controlados* por entes públicos, que são todos os dados sob sua custódia, competindo a este as decisões referentes a seu tratamento (art. 5º, VI, da LGPD). Os dados sob custódia de entes públicos ou privados podem ser dados (a) que *só* digam respeito ao ente jurídico e (b) dados *pessoais*.

A rigor, valem as mesmas considerações com relação a dados de quaisquer pessoas jurídicas, sejam de direito público, sejam de direito privado: se não puderem ser associados a uma pessoa natural identificada ou identificável, não são dados pessoais.

Quanto a dados de empresas públicas e de entes do Estado para fins de persecução penal, calham ainda algumas considerações.

De acordo com o art. 26 da Lei nº 8.625/1993, os membros do Ministério Público, no exercício de suas funções, poderão *requisitar* informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Podem também requisitar informações e documentos a entidades privadas (art. 26, incisos I e II). Em qualquer caso, o membro do MP será pessoalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo (art. 26, §2º). Para os membros do Ministério Público da União, as regras são semelhantes (art. 8º da LC nº 75/1993), inclusive quanto ao uso indevido das informações e documentos que requisitarem (art. 8º, §1º). Nenhuma autoridade poderá negar ao Ministério Público o encaminhamento de uma

informação, registro, dado ou documento sob alegação de sigilo, que preservarão esse atributo mesmo ao ser fornecido ao MP (art. 8º, §2º).

Apesar dessas previsões legais, o STF declarou ser inconstitucional o acesso a dados bancários pelo Ministério Público sem prévia autorização judicial, conforme decidido em 1999 no RE 215.301/CE²³.

A restrição ao acesso direto a dados bancários pelo Ministério Público, entretanto, não alcança os dados concernentes à utilização de recursos públicos. Quando se tratar de dados bancários de instituições e públicas, não é necessária prévia autorização judicial, como decidido pelo STF em 1999 no MS 21.729/DF²⁴.

O acesso a dados fiscais e a dados de inteligência financeira, conforme estudado em tópico próprio, submete-se ao que foi decidido pelo STF no RE 1.055.94/SP (Tema 990 de Repercussão Geral²⁵): é desnecessária autorização judicial. O STJ, como estudado, distinguiu, em acórdãos posteriores (RHC 83.233 e RHC 83.447, Terceira Seção, julgados em 09.02.2022, e RHC 147.707/PA, Sexta Turma, julgado em 15.08.2023), o compartilhamento *espontâneo* de dados pela Receita e pela UIF, que é plenamente válido e não demanda prévia autorização judicial, do compartilhamento de dados por *provocação* ou por *requisição* do MP, que seriam inválidos se não forem precedidos de autorização judicial. Essa distinção não foi feita pelo STF no acórdão do RE 1.055.94/SP, que considerou válidas ambas as situações de compartilhamento (espontâneo ou provocado), independentemente de autorização judicial. A ausência de reserva jurisdicional para o compartilhamento de relatórios de inteligência financeira em ambas as

23. “A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da C.F., não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a C.F. consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 215.301/CE**, Segunda Turma, rel. Carlos Velloso, julgado em 13.04.1999, DJ de 28.05.1999).

24. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 21.729/DF**, Pleno, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/acórdão min. Néri da Silveira, julgado em 05.10.1995, DJ de 19.10.2001.

25. Tema 990: “I – É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional; II – O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.”

situações foi reafirmada pelo STF na Reclamação nº 61.944/PA, sob a relatoria do min. Cristiano Zanin, cassando decisão do STJ no RHC 147.707/PA (de 15.08.2023), que, inadvertidamente, dava interpretação restritiva às teses fixadas pelo STF no RE 1.055.94/SP.

Quanto às autoridades policiais, o regime é sensivelmente distinto.

De acordo com o art. 2º, §2º, da Lei nº 12.830/2013, “Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos”. Pode-se defender que essa requisição também não estaria sujeita a reserva jurisdicional. Seria, contudo, uma interpretação controversa, considerando que, (a) diversamente do que ocorre em relação ao Ministério Público, a lei não deixou expressa a impossibilidade de recusa ao fornecimento de dados sob a alegação de sigilo, e (b) mesmo ao Ministério Público, como discorrido linhas acima, o STF tem sido bastante restritivo quanto ao acesso a dados sigilosos, exceção feita a dados de entes públicos²⁶.

Feitas essas observações, tenha-se que é perfeitamente possível que um dado qualquer seja, ao mesmo tempo, de (interesse de) um ente público e um dado pessoal. Um dado que seja, a princípio, de um ente público – como registros de pagamentos feitos por determinada secretaria de uma prefeitura – será um dado pessoal a partir do momento em que puder ser associado a uma pessoa – como quando a despesa em verdade corresponde a uma transferência de recursos feita para uma conta bancária pessoal de alguém. Se, de algum modo, o dado pode ser associado a uma pessoa natural, o regime que se lhe é aplicável é o regime jurídico (protetivo) dos dados pessoais, não importando que seja seu controlador um ente público ou privado.

Desta forma, caso os dados de pessoas jurídicas de direito público sejam, ao mesmo tempo, dados pessoais, todas as eventuais restrições ao seu acesso e tratamento devem ser lidas em conjunto com as regras do direito processual penal, com os princípios da LGPD e com os direitos da pessoa natural titular dos dados. Mas em se tratando de dados bancários de empresas públicas ou entes do Estado – ou seja, caso se esteja tratando de contas públicas –, é dispensável prévia autorização judicial para seu acesso pelo Ministério Público, conforme decidido pelo STF no RE 215.301/CE, ainda que

26. A requisição de dados pessoais por delegados de polícia é versada em diversos dispositivos legais: art. 17-B da Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), art. 10, §3º, da Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet) e art. 13-A do CPP.