

## Critérios de validade para vasculhar o celular (WhatsApp) do preso



O acesso a aparelho celular de detido somente com

autorização judicial foi o tema da coluna anterior ([aqui](#)), em que sublinhamos o Habeas Corpus 89.981, de Minas Gerais, cuja ementa aponta:

“1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas – WhatsApp ).

2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante dos aparelhos dos investigados, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ.

3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico dos investigados, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos”.

Recebemos e-mail de uma leitora — que assina também com singelo pseudônimo — indagando se o investigado poderia franquear o acesso ao celular pessoalmente, dispensando a autorização judicial.

A pergunta deve ser decomposta em pelo menos *duas* situações (investigado solto e preso):



**a) Solto:** o investigado solto que se dirige ao estabelecimento policial e autoriza, juntamente e na presença de seu advogado, o acesso às mensagens, realiza ato cooperativo e desprovido de pressões das mais variadas formas. Nessa hipótese, o investigado pode franquear, devendo adiligência ficar registrada, bem assim o material extraído (eficácia da cadeia de custódia).

**b) Preso ou detido:** hipótese diversa é quando o investigado é objeto de busca e apreensão (por mandado ou pessoal), de prisão em flagrante, preventiva, temporária (condução coercitiva disfarçada: como o STF proibiu novas conduções coercitivas, muitos prendem temporariamente — Lei 7.960/89 — e soltam em seguida; a mentalidade autoritária prevalece).

Isso porque, enquanto na hipótese “a” o investigado não está pressionado por qualquer forma, no caso “b” inexistem condições de validar o assentimento dado o contexto fático manifestamente hostil. A condição de desvantagem física e psicológica faz com que se configure o denominado constrangimento ambiental. Com isso, qualquer manifestação de renúncia de direitos não pode ser acolhida como válida.

Nesse sentido cabe invocar, em simetria, o julgamento da Corte Suprema Espanhola do Recurso 11277/2012 (STS 4761/2013), relatado pelo ministro Juan Gomez de La Torre, em que restou consignado que a proteção constitucional ao domicílio se dá no âmbito da privacidade, pela qual o sujeito é isento e imune a qualquer tipo de invasão na sua esfera privada de outras pessoas ou autoridades públicas. A exceção ocorre no caso de flagrância, concordância expressa do titular ou decisão judicial (STC 22/1984), as quais possuem caráter taxativo (SSTC 136/2000).

Assim, a Suprema Corte Espanhola emitiu diversos julgados (SSTS 1803/2002, 261/2006, 951/2007) reafirmando a necessidade do preenchimento de requisitos para que a autorização do ingresso de autoridades na residência do investigado seja considerada válida. *Evita-se pressão psicológica que o impeça de exercer seus direitos constitucionais*. Nesse viés, em decorrência dos diversos julgados (SSTS 1803/2002, 261/2006 e 922/2010), os requisitos, tendo em vista a normativa brasileira aplicada aos aparelhos de celular, são os seguintes:

- 1) outorga por pessoa capaz, maior de idade e no exercício de seus direitos;
- 2) outorga consciente e livre, a qual requer:
  - a) que não esteja invalidada por erro, violência ou intimidação de qualquer modo;
  - b) que não seja condicionada a alguma circunstância periférica, como promessas de qualquer atuação policial;



c) que se o consentimento for de pessoa que estiver presa/conduzida, não pode validamente prestar o consentimento se não tiver antes a assistência de um defensor, do que constará da diligência policial (STS 2-12-1998). Isso porque, se a assistência de defensor é necessária para que o conduzido preste declarações, dado o prejuízo aos seus direitos, o consentimento também o será, dada a “intimidação ambiental” ou “a coação que a presença dos agentes da atividade representa” (STS. 831/2000).

3) pode ser prestada oral ou por escrito, porém sempre vertida documentalmente;

4) deve ser outorgada expressamente, não servindo o silêncio como consentimento tácito, em face do princípio *in dubio pro liberdade* (SS. 7.3 y 18.12.97 e S. 23.1.98).

5) o consentimento deve ser outorgado para um caso concreto, sem que seja usado para fins distintos, ou seja, vigora a especialidade da busca (STS, sentença de 6 de junho de 2001).

Desta feita, ainda que se considere a existência de anuência pelo investigado para vasculhar seu celular, tem-se que, com a intimidação ambiental e constrangimento que a prisão proporciona, não é possível validar tal manifestação da vontade, salvo se acompanhado por defensor e advertido formal e documentalmente dos direitos renunciados, nas forma dos critérios acima. Sem isso, o que for obtido é nulo, contaminando as provas decorrentes (frutos da árvore envenenada).

#### **Date Created**

25/05/2018