Buscas em celulares sem ordem judicial: atalhos e nulidades

A questão atinente à possibilidade (ou não) de acesso legal ao conteúdo de aparelho celular pertencente ao suspeito da prática de uma infração penal, independentemente de autorização judicial específica, constitui ainda um tema polêmico no direito processual penal brasileiro.

A posição inicial da jurisprudência, alguns anos atrás, quando as discussões giravam em torno da verificação dos registros das últimas chamadas (efetuadas e recebidas) pelo imputado através de mero aparelho de telefonia, era no sentido da licitude dessa medida investigativa, sem autorização judicial, uma vez que não submetida à cláusula constitucional da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, da CF), mas, pelo contrário, inscrita no poder/dever da autoridade policial de apreensão dos objetos relacionados à prática criminosa e sua consequente análise (art. 6º, II, III e VII, do CPP).[1]

As situações, contudo, se alteraram em uma sociedade cada vez mais dominada pelos avanços tecnológicos e, acima de tudo, pelo uso massivo dos aparelhos celulares como principal instrumento de acesso à internet.[2] De fato, a popularização da chamada "telefonia móvel inteligente", com os seus modelos de *smartphones*, transformou os celulares (*mobiles*) em grandes depositários de informações privilegiadas e, por consequência, os acessos não autorizados pelo titular em atos tipicamente invasivos, ou melhor, violadores da privacidade. O que, por óbvio, gerou uma revisão quanto aos limites jurídicos dessa prática investigativa.

É inegável que os novos celulares não funcionam mais apenas como instrumentos de comunicação telefônica; serventia, aliás, que tem diminuído ao longo dos últimos anos.[3] As suas múltiplas funcionalidades, desde mensagens de texto a compartilhamento de áudios e vídeos, acesso a redes sociais, confecção de registros fotográficos, agendamento de eventos profissionais e pessoais, controle de dados financeiros etc., cada vez mais populares no meio social, estabelecem um conjunto de evidências consideráveis ou pelo menos rastros bastante significativos da vida íntima de seu usuário.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Segundo Lopes Jr. e Morais da Rosa, o tema da busca de dados em aparelhos celulares não recebia da jurisprudência nacional a atenção devida, partindo-se tradicionalmente de uma premissa jurídica equivocada, qual seja, a "de que o conteúdo digital estava no aparelho e, assim, tal qual outro objeto apreendido poderia ser analisado pela autoridade policial". O equívoco, segundo os autores, decorre do fato de que a intimidade e a privacidade armazenadas no dispositivo transcendem "os limites analógicos de bens materiais", abarcando aspectos da necessária tutela de direitos fundamentais.[4]

Não à toa, em que pese controvérsias, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido como "ilícita a prova oriunda do acesso aos dados armazenados no aparelho celular, relativos a mensagens de texto, SMS, conversas por meio de aplicativos (WhatsApp), obtidos diretamente pela polícia no momento da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial".[5] Conforme assentado em outro julgado, "por se encontrar em situação similar às conversas mantidas por e-mail, a cujo acesso é exigida prévia ordem judicial, a obtenção de conversas mantidas pelo programa whatsapp, sem a devida autorização judicial, revela-se ilegal".[6] Assim também considerado o exame pericial efetuado no telefone celular, mediante requisição da autoridade policial, se desacompanhada de ordem judicial específica.[7]

Sublinhe-se que esse tipo de ilegalidade na fase pré-processual pode gerar a rejeição liminar da inicial acusatória quando não subsistam outros elementos informativos autônomos e suficientes à formação da justa causa processual penal.[8] Se já instaurada a relação processual, essas informações ilícitas deverão ser desentranhadas dos autos, bem como os demais elementos probatórios delas diretamente derivados[9], podendo, assim, ocasionar o trancamento do processo penal[10] se não houver outra base informativa válida para o seu regular desenvolvimento. Por óbvio, esse tipo de ilegalidade pode também afetar eventuais medidas cautelares reais ou pessoais (ex.: prisão preventiva) decretadas na espécie.

Nessa linha, portanto, tem-se que o acesso ao conteúdo de aparelho celular depende atualmente de ordem judicial expressa para o afastamento de direitos fundamentais do imputado,[11] em respeito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, inc. X, da CF),[12] o que apenas se justifica quando presentes os requisitos próprios de cautelaridade processual penal no sentido da imprescindibilidade desse meio investigativo criminal.

Não custa lembrar que a Lei n. 12.965/14, responsável pela disciplina normativa do uso da internet no país, estabelece textualmente, em seu art. 7º, inc. III, que são assegurados aos seus usuários a "inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial".[13] O que, sem dúvida, reforça a tese majoritária quanto à reserva constitucional de jurisdição inclusive no campo da investigação criminal.

Post scriptum. O STJ reputou ilegal, mesmo em face de ordem judicial específica, o uso da técnica de espelhamento, via "whatsapp web", para o acesso das conversas (pretéritas, atuais e futuras) do investigado no referido aplicativo. O Tribunal assentou que esse tipo de medida, que não se confunde com a interceptação das comunicações telefônicas tampouco com o acesso às conversas já realizadas e armazenadas no celular através do aplicativo whatsapp, não encontra respaldo na ordem jurídica brasileira, motivo pelo qual não poderia ser autorizada pelo Poder Judiciário. [14]

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[1] STF – Segunda Turma – Rel. Min. Gilmar Mendes – HC n. 91.867/PA – j em 24.04.2012 – DJe 185 de 24.04.2012.

[2] Conforme pesquisa divulgada no ano de 2018 pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, tem-se, pela primeira vez na série histórica, que "a proporção de usuários que acessaram a rede apenas pelo celular superou a daqueles que combinaram celular e computador". Nesse sentido, quanto aos meios de acesso à internet, nota-se uma clara preferência pelo uso do celular (mobile), empregado por 90% dos internautas. Na verdade, desde a edição de 2015 da pesquisa, o telefone celular tem sido o dispositivo mais utilizado para acesso à rede. Em 2017, estimou-se que mais de 115 milhões de brasileiros acessaram a internet por meio do telefone celular. (CGI. *Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros: TIC Domicílios 2017*. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – São Paulo : Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2018, pp. 24, 33 e 121).

[3] "Em 2017, 156,8 milhões de brasileiros eram usuários de telefone celular", sendo que a sua utilização para chamadas telefônicas vem sofrendo uma variação negativa desde 2014 (CGI. *Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros*…, p. 125).

[4] LOPES JÚNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Vasculhar aparelho celular só é possível com autorização judicial. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 23 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/limite-penal-vasculhar-aparelho-celular-somente-autorizacao-judicial>. Acesso em: 15.03.2019

[5] STJ – Quinta Turma – Rel. Min. Felix Fischer – RHC n. 92.009/RS – j em 10.04.2018 – DJe de 16.04.2018.

[6] STJ – Quinta Turma – Rel. Min. Ribeiro Dantas – RHC n. 90.276/MG – j em 13.03.2018 – DJe de 21.03.2018

[7] STJ – Quinta Turma – Rel. Min. Jorge Mussi – REsp 1.727.266 / SC – j em 05.06.2018 – DJe de 15.06.2018.

[8] STJ – Quinta Turma – Rel. Min. Jorge Mussi – AgRg no REsp 1.748.161/AC – j em 13.11.2018 – DJe de 22.11.2018

[9] STJ – Quinta Turma – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – RHC 73.998/SC – j em 06.02.2018 – DJe de 19.02.2018.

[10] STJ – Sexta Turma – Rel. Min. Nefi Cordeiro – RHC 98.250/RS – j em 12.02.2019 – DJe de 07.03.2019.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[11] Diferente é a situação de telefone de propriedade da vítima de um crime, já falecida, cujo aparelho celular tenha sido entregue à polícia pela esposa, interessada no esclarecimento dos fatos. Nessa situação, o acesso às conversas de whatsapp armazenadas no telefone, sem autorização judicial, não se reveste de ilicitude, conforme julgado do Supremo Tribunal Federal (STF – Segunda Turma – Rel. Min. Gilmar Mendes – HC 152836 AgR/MT – j. em 22.06.2018 – DJe 153 de 31.07.2018).

[12] STJ – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – RHC 89.981/MG – j em 05.12.2017 – DJe de 13.12.2017.

[13] A citada previsão é bastante semelhante ao que já consta no art. 3º, inc. V, da Lei n. 9.472/97, a qual, no entanto, se refere ao campo dos serviços de telecomunicações. Conforme esse dispositivo legal, todo usuário de telecomunicações tem direito "à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas".

[14] STJ – Sexta Turma – Rel. Min. Laurita Vaz – RHC 99.735/SC – j em 27.11.2018 – DJe de 12.12.2018.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.