Não se pode prender para se obter a senha do celular

Em recentíssima decisão monocrática, o ministro Dias Toffoli concedeu uma liminar no Habeas Corpus nº 192.380/DF *revogando a prisão temporária do paciente*, entre outros motivos, pelo fato de ele ter se recusado a fornecer a senha dos seus aparelhos eletrônicos que haviam sido apreendidos pela Polícia Federal. A prisão temporária foi decretada (e prorrogada) pelo ministro Francisco Falcão, do Superior

Segundo consta da decisão do ministro do Supremo Tribunal Federal,

"a negativa por parte do paciente de fornecer a senha dos seus aparelhos eletrônicos apreendidos não caracteriza justificativa idônea a justificar a temporária (sic), pois, diante do princípio nemo tenetur se detegere*, não pode o investigado ser compelido a fornecer suposta prova capaz de levar à caracterização de sua culpa".*

Corretíssima a liminar concedida e, oxalá!, seja confirmada pelo colegiado, afinal, como se sabe, o p rocesso penal é, sobretudo, *"um sistema de garantias face ao uso do poder do Estado, por meio do qual se procura evitar que o uso deste poder converta-se em um fato arbitrário, sendo seu objetivo, essencialmente, proteger a liberdade e a dignidade da pessoa"* [1].

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

Image not found or type unknown

No caso desse Habeas Corpus, como se vê, a questão passa pela análise do princípio *nemo tenetur se detegere* ("ninguém é obrigado a se descobrir" ou "nada a temer por se deter"). É, no Direito anglo-americano, o chamado *privilege against self-incrimination*, do qual decorre, aliás, o direito ao silêncio, afirmado por Carrara ao reconhecer que o acusado tem o "*direito de calar e que não lhe poderia advir qualquer prejuízo na recusa a responder, e muito menos constituir isso uma nova circunstância agravante"* [2].

No Direito comparado, podemos ainda referir o artigo 24, 2, da Constituição Espanhola, em que se afirma que *"todas as pessoas têm direito a não declarar contra si mesmas, a não se confessarem culpadas e à presunção de inocência"*. Comentando esse dispositivo, Díaz-Palacios observa que as três expressões *"designam idêntica garantia jurídica, que inclui o direito a não se confessar culpado e, como uma modalidade qualificada da mesma, o direito ao silêncio"*. Ademais, apoiando-se nas lições de Díez-Picazo Giménez, explica que *"o direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado não somente se exercita negando-se a responder total ou parcialmente às requisições dos poderes públicos, mas também faltando à verdade"*.

Este autor espanhol, a propósito, cita precedentes do próprio Tribunal Constitucional espanhol, em que foi expressamente decidido que ninguém *"pode ser forçado, constrangido, induzido ou compelido, por qualquer meio, a declarar contra si mesmo ou a se confessar culpado"*. Em outra decisão referida na mesma obra, firmou-se o entendimento de que não se pode fazer recair sobre *"o imputado a obrigação de fornecer elementos de prova que representem uma autoincriminação"* [3].

Aliás, a temática da obtenção de dados contidos no celular já foi abordada pelo Judiciário, valendo invocar o caso paradigmático dessa tensão [4] que foi o de Syed Rizwan Farook e Tashfeen Malik, casal responsável por matar 14 pessoas e ferir outras 17 em um atentado no *Inland Regional Center*, na cidade de San Bernardino, Estado da Califórnia, nos Estados Unidos da América, no dia 2 de dezembro de 2015. O casal foi morto durante a perseguição policial. No local foi encontrado um celular iPhone. Depois de apreender o *smartphone*, o FBI fracassou ao tentar quebrar a senha do aparelho, razão pela qual requereu determinação judicial para que o acesso fosse liberado pela Apple. A empresa descumpriu a determinação judicial sob a alegação de que armazenar as senhas dos usuários e dispor de uma forma de acesso irrestrito aos aparelhos violaria o direito à privacidade de todos os consumidores de produtos da marca, porquanto implicaria em uma reengenharia e em uma mudança na política de privacidade de todos os produtos, bem como se recusou a criar uma senha mestra para acesso em todos os dispositivos. Em decorrência, foi instaurada a batalha judicial entre o FBI e a Apple. A batalha

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

— e, no Brasil, também ao sigilo das comunicações — não seria somente restringido, mas violado, já que afetaria indistintamente milhões de usuários de produtos da empresa. É evidente que esses direitos não são absolutos, todavia os direitos fundamentais não podem ser restringidos para além dos limites constitucionais [5].

No Brasil, como se sabe, assegura-se constitucionalmente o direito ao silêncio, e também o direito de não autoincriminação (Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos).

Nesse aspecto, o jurista crítico precisa refletir a partir de uma leitura em que se garanta aos dispositivos constitucionais e "supralegais" a máxima proteção aos acusados em geral e a máxima efetividade, mesmo porque, *"a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê"* [6]. Obviamente não estamos entre aqueles que fazem de uma cláusula constitucional (ou convencional) sobre direitos e garantias fundamentais uma leitura restritiva, fazendo *tabula rasa* de verdadeiros princípios jurídico. [7].

Sendo assim, entendemos que o direito ao silêncio, declarado em nossa Constituição, e o de não se declarar culpado, previsto nos pactos internacionais citados, desobrigam o indiciado ou o acusado a colaborar com a polícia ou com o Ministério Público na tarefa de investigação ou da acusação criminal, não se olvidando que a norma processual, ao lado de sua função de aplicação do Direito Penal (que é indiscutível), tem a tarefa de tutelar aqueles direitos e garantias previstos nas constituições e nos documentos internacionais. Exatamente por isso, o processo penal de um país identifica o seu sistema político como democrático ou como autoritário [8].

Afinal, conforme escreveu Bobbio, os *"direitos do homem, a democracia e a paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais. Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas"* [9].

Como ensina Alberto Binder, *"ninguém pode ficar indiferente em face da efetiva vigência destes direitos e garantias. Eles são o primeiro — e principal — escudo protetor da pessoa humana e o respeito a estas salvaguardas é o que diferencia o Direito — como direito protetor dos homens livres — das ordens próprias dos governos despóticos, por mais que estas sejam redigidas na linguagem das leis"* [10].

Nunca se deve esquecer e, portanto, deve-se sempre repetir (à exautão!), que no processo penal o ônus de provar o fato delituoso é sempre do Estado, afinal de contas, de quem se presume a inocência nada se pode exigir em termos de ônus probatório. Repita-se: goste-se ou não, é a regra do devido processo legal imposta a todos que estão submetidos a uma investigação criminal ou a um processo. É um ônus a cargo do Estado que não pode ser imposto ao réu que tem, repita-se, o direito de não autoincriminação e o direito ao silêncio.

Nesse sentido, observa-se que todo o conjunto de garantias penais reconhecidas, defendidas e buscadas pelos

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

penalistas *"ficaria incompleto se não fosse acompanhado do conjunto correlativo ou, antes, subsidiário das garantias processuais, expressas pelos princípios que respondem às nossas duas últimas questões, 'quando' e 'como julgar': a presunção de inocência até prova em contrário, a separação entre a acusação e o juiz, o ônus da prova e o direito do arguido à defesa"* [11].

É preciso, portanto, estarmos atentos aos dribles investigatórios e acusatórios que podem ser realizados pelos representantes do Estado, ainda mais quando se trata de uma prisão provisória, quando o investigado/acusado estará, mesmo que por certo tempo, sob a tutela estatal, dentro de uma repartição pública, momento em que eventuais constrangimentos físicos e morais poderão ser impostos, fraudando-se a própria investigação/acusação criminal [12]. Ademais, seria modalidade de *fishing expedition* [13], consistente em verdadeira devassa em dados pessoais do celular do investigado, para além do objeto pretendido, modalidade incompatível com as garantias constitucionais.

Encerremos, bem a propósito, com um clássico da literatura russa: "*Durante o julgamento, concluiu que os juízes não tinham o direito de julgá-lo e declarou isso. Quando os juízes discordaram dele e continuaram a julgá-lo, Simonson resolveu que não ia responder e calou-se diante de todas as suas perguntas"* [14]. Mais uma vez: não vale tudo no processo penal [15], já que a prisão não pode ser coerção para obtenção de senha de celular.

P.S.: Cuidado: se a senha do seu dispositivo for seu rosto, não há senha, porque basta o policial apontá-lo para você.

[1] BINDER, Alberto. Introdução ao Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 25.

[2] CARRARA, Francesco. Programa do Curso de Direito Criminal, Parte Geral, Volume II. Campinas: LZN Editora, 2002, p. 413.

[3] DÍAZ-PALACIOS, J.Alberto Sanz. Derecho a no autoinculparse y delitos contra la hacienda pública. Madrid: Editorial Colex: 2004, pp. 53 e 54.

[4] TJSC (3ª Turma Recursal, Recurso Inominado n. 0003994-79.2018.8.24.0125, de Itapema Relator: Juiz Alexandre Morais da Rosa, decorrente da troca de ideia com Luiz Eduardo Cani. Ver também: SASLOW, Eli; MCCRUMMEN, Stephanie. 'Where's Syed?': How the San Bernardino shooting unfolded. The Washington Post, 03 dez. 2015. Disponi?vel em: https://www.washingtonpost.com/national/wheres-syed-how-the-san-bernardino-shooting-unfolded/2015/12/03/2ee90128-9a15-11e5-8917-653b65c809eb_story.html; CHESNEY, Robert. Apple vs FBI: The going dark dispute moves from Congress to the Courtroom. Lawfare, 17 fev. 2017. Disponi?vel em: https://www.lawfareblog.com/apple-vs-fbi- going-dark-dispute-moves-congress-courtroom; YADRON, Danny. San Bernardino iPhone: US ends Apple case after accessing data without assistance. The Guardian, 29 mar. 2016. Disponi?vel em: https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/28/apple-fbi-case-dropped-san-bernardino- iphone

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

; ARCOURT, Bernard E.. Exposed: desire and disobedience in the digital age. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 217-233

[5] MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Floriano?polis: EMais, 2020, p. 326-327.

[6] CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.210.

[7] "*Há um princípio de direito natural que se sobrepõe a todos os métodos e sistemas de repressão penal: é o do domínio, pelo homem, do sagrado e indevassável recinto da consciência. A violação desse direito, seja a que pretexto for, é sempre atentado repugnante*." (NEVES, Serrano, O Direito de Calar, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 11). Segundo ele, o livro era "*uma calorosa mensagem de esperança dirigida aos mártires da truculência policial e do exagerado arbítrio judicial*." (p. 11). Para ele, tem o indiciado "*irrecusável direito ao silêncio. Sua sujeição, portanto, pelas autoridades, a pesquisas de laboratório, à fadiga, à arapuca das cartas fraudadas, ao instrumental e à farmacopeia policialesca ad eruendam veritatem é comportamento dos mais condenáveis, até mesmo fora dos domínios do direito penal*." (p. 41).

[8] Utilizamos aqui o substantivo autoritarismo em dois dos seus possíveis contextos: como uma disposição psicológica a respeito do poder e como uma manifestação de uma ideologia política. No sentido psicológico, e num certo aspecto, pode ser identificada uma personalidade autoritária quando há uma “disposição em tratar com arrogância e desprezo os inferiores hierárquicos e em geral todos aqueles que não têm poder e autoridade.” Numa terceira acepção, autoritarismo serviria para designar a própria estrutura do sistema político (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política, Volume 1. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 94).

[9] BOBBIO, Norberto. Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 1-5.

[10] BINDER, Alberto. Introdução ao Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 43.

[11] FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 537.

[12] MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos. Florianópolis: EMais, 2020.

[13] SILVA, Viviani GHIZONI; MELO E SILVA, Philipe Benoni; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e Apreensão. Florianópolis: EMais, 2019.

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

[14] TOLSTÓI, Liev. Ressurreição. São Paulo: Cosac Naify, 2015, p. 358.

[15] MORAIS DA ROSA, Alexandre: MOREIRA, Rômulo de Andrade. Não vale tudo no processo penal: escritos marginais de dois outsiders. Florianópolis: EMais, 2020.

Date Created
16/10/2020

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