

Opinião: Não ao fornecimento de senhas em busca e apreensão

As cenas de diligências de busca e apreensão conduzidas pela polícia povoam o imaginário nacional, de tão repetidas e alardeadas nos jornais da manhã à noite. Já há alguns anos, especialmente com a sensação televisiva conhecida como operação "lava jato", a prisão e apreensão de bens de investigado despertando a nação é ponto alto da audiência, trazendo um momento em que a imagem é mais importante do que o



Muitas questões complexas a respeito do Direito Penal e

Processual Penal orbitam a realização da diligência de busca e apreensão, sendo bastante relevante recordar que o alvo, o investigado, é pela própria natureza do ato surpreendido e se vê abalado pelas circunstâncias de receber a "visita" dos agentes do Estado. Embora devesse ser razoável crer que aqueles responsáveis por exercer o poder do Estado se comportem estritamente no exercício e cumprimento das normas do Estado democrático de Direito, é bastante conhecida a ocorrência de situações em que afrontas aos direitos do investigado são cometidas aproveitando-se da sua surpresa e do desconhecimento de suas garantias.

É nesse cenário de busca e apreensão que transcorre o cumprimento de mandados de prisão e a apreensão de objetos de interesse à investigação, quando é comum a apreensão de equipamentos eletrônicos — entre os quais telefones e computadores de uso do alvo da operação.

Esses equipamentos eletrônicos se tornaram a mais importante fonte de elementos probatórios atualmente. Entretanto, a apreensão do celular é apenas um primeiro passo, pois que normalmente protegidos por senhas e códigos, nem sempre a investigação obtém de pronto o acesso aos dados armazenados.

Bem por isso, durante a busca e apreensão o investigado é por vezes confrontado com uma certa dose de coação para fornecer suas senhas. Ora, o investigado é facilmente acuado sob afirmações de que sua situação jurídica pode piorar se não cooperar entregando senhas, ainda mais sob o receio de ser preso ao fim da diligência de busca. É, com efeito, fácil verificar a capacidade de ludibriar o alvo da busca a renunciar a garantias que lhe são inerentes como cidadão — como o direito de não produzir prova contra si.



Situação referente a esse contexto foi enfrentada recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça em votos divergentes proferidos no Habeas Corpus nº 580.664. Caso em que o alvo da busca e apreensão resistiu e decidiu não fornecer senhas de seus equipamentos, porém o juízo determinou a intimação do investigado com o fim de obrigá-lo a entregar senha de seu dispositivo móvel. Coube aos ministros, portanto, decidir se tal intimação corresponde a violação ao direito ao silêncio como decorrência da garantia de não produzir prova contra si mesmo.

Instaurou-se debate no STJ em razão de raciocínio do relator, ministro Nefi Cordeiro, que entendeu possível impor o acesso da autoridade policial à senha de desbloqueio de aparelhos como "decorrência lógica" da validade da ordem de busca e apreensão. Tendo se oposto a esse entendimento, o ministro Sebastião Reis, que concluiu pela ilegalidade da decisão da autoridade que impõe ao investigado fornecer a senha, justamente sob o fundamento de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo, a declarar contra si mesmo, ou seja, a autoincriminar-se. Nesse precedente a divergência surtiu efeitos positivos, tendo o ministro relator revisitado seu voto para consignar retificação no seguinte sentido: *"Retifico o voto, pois o tribunal de origem pode solicitar alguém à realização de provas, mas ninguém é obrigado a produzir provas contra si, conforme postulado constitucional (...) é válida a ordem judicial de entrega das senhas dos dispositivos eletrônicos apreendidos, mas o réu não é obrigado a fornecer essas senhas, e nem deve sofrer sanções"* (STJ, Habeas Corpus nº 580.664, rel. min. Nefi Cordeiro, j. 20/10/20).

O conflito a respeito da entrega ou não de senha de dispositivo se resolve, portanto, pela aplicação do direito fundamental contemplado na garantia judicial da vedação à autoincriminação. O investigado não pode ser obrigado a tomar um comportamento ativo que auxilie a investigação, e da negativa em conceder senha de celular ou de equipamento não pode advir qualquer prejuízo ao acusado.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, não apreciou questão que deveria ser central à discussão. Concluir que a garantia processual deve ser respeitada é o mínimo que se espera do judiciário, sendo necessário avançar para enfrentar se o investigado em casos dessa espécie foi informado do direito a não fornecer a senha, como corolário da garantia à não autoincriminação. Ou poderia o agente do Estado forçar o investigado a entrega da senha de dispositivos eletrônicos ludibriando-o a partir da omissão de seus direitos?

Essa celeuma evoca mais uma cena icônica, agora dos filmes policiais americanos, quando um policial recita mecanicamente enquanto apreende um suspeito, *"you have the right to remain silent. Anything you say can be used against you in court"*, com isso afirmando a garantia ao silêncio e fazendo esse direito ser comunicado ao cidadão. Trata-se da realização do *Miranda warning*, fórmula falada que serve para garantir a admissibilidade de depoimentos colhidos pelos oficiais da polícia nos Estados Unidos, isso porque no caso de não ser informado ao acusado seus direitos o depoimento pode ser suprimido do procedimento por afronta ao devido processo legal.



No Brasil é igualmente assegurado o direito ao silêncio, estando consagrado no artigo 5º, LXIII, da CF/88 e no Pacto de San José (artigo 8.2.g.). Sobre o tema o Código de Processo Penal é preciso, impondo ao juiz o dever informar ao acusado, quando do seu interrogatório, sobre o direito a permanecer calado e de não responder às perguntas que forem formuladas. É esse o texto do artigo 186 da Lei Processual Penal, que, assim como faz fórmula do *Miranda warning*, denota a obrigação do Estado de informar o direito referente à vedação à autoincriminação e o decorrente direito ao silêncio para o cidadão submetido ao processo.

Corroborando com essa lógica o texto do artigo 289-A, §4º, do CPP, que traz a regra pela qual *"o preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal"*.

Ao oferecer ao acusado o conhecimento do seu direito a não se autoincriminar e de que seu silêncio não importará em prejuízo, o Estado assegura a comentada garantia judicial.

É interessante ressaltar que foi extirpado do Código de Processo Penal a antiga redação do artigo 186 que asseverava a possibilidade do silêncio do réu ser interpretado em prejuízo de sua defesa. Com a retirada da interpretação negativa do texto legal não há dúvidas sobre a impossibilidade do silêncio do investigado ser levada em consideração pelo judiciário para lhe prejudicar. E o mesmo deve ser dito quanto a seu silêncio durante uma diligência de busca e apreensão, não é razoável que sofra ameaças pelos agentes do Estado se decidir não cooperar com a investigação no momento da busca.

A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de salvaguardar o direito ao silêncio durante a busca e apreensão, ao que ilustra precedente que denota a necessária certificação no auto da diligência do alerta sobre o direito do investigado: *"Há a violação do direito ao silêncio e a não autoincriminação, estabelecidos nas decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444, com a realização de interrogatório forçado, travestido de "entrevista", formalmente documentado durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão, no qual não se oportunizou ao sujeito da diligência o direito a prévia consulta a seu advogado e nem se certificou, no referido auto, o direito ao silêncio e a não produzir provas contra si mesmo"* (STF, Rcl 33.711, rel. min. Gilmar Mendes, j. 11/6/19).

No mesmo sentido, o ministro Sepúlveda Pertence, ao fundamentar julgado sobre a questão, asseverou que *"o direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a autoincriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade"*, concluindo que *"a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas"* (STF, HC 78.708, rel. min. Sepúlveda Pertence, h. 9/3/99).

A partir do mesmo raciocínio, importa chamar atenção a esse imprescindível pressuposto da garantia judicial do acusado: eis que não basta a legislação conferir o direito ao silêncio ao investigado e o Judiciário o reconhecer, mas é salutar que esse direito seja comunicado ao cidadão, bem por isso a legislação a respeito expressamente afirme a necessidade de *informar* ao preso (e, conseqüentemente ao acusado) no que é corroborado pela jurisprudência da Corte Constitucional.



É o fato concreto que os esforços para a realização do devido processo legal devem, no ponto sobre o fornecimento de senhas de equipamentos eletrônicos apreendidos em busca e apreensão, atentar ao que tem passado despercebido: as autoridades policiais deveriam advertir o sujeito do seu direito de não produzir prova contra si mesmo, que inclui a não entrega de senhas, desde o primeiro contato nas famigeradas diligências de busca, e tal alerta dos direitos do investigado precisa ser devidamente registradas nos autos. De modo que a autoridade pública, antes de pedir senhas de equipamento eletrônicos, tem o dever de cientificar o investigado de suas garantias individuais, entre as quais o direito de não fazer prova contra si mesmo que é a extensão do direito de permanecer calado.

Embora seja razoável a conclusão que reconhece ao Judiciário a opção de requerer ao investigado ou acusado que forneça a senha de seus dispositivos apreendidos, é pressuposto que o Estado informe ao cidadão do seu direito ao silêncio e cientifique-o da inexistência de qualquer prejuízo no caso de decidir não fornecer elementos que possam ser utilizados pela acusação. É imprescindível que o investigado que decida fornecer senhas de equipamento, ou realizar qualquer comportamento que possa ser utilizado contra si, o faça a partir de uma decisão devidamente informada do seu direito ao silêncio; sem tal conhecimento não há cooperação, mas, sim, uma afronta ao direito à não autoincriminação que resulta na nulidade de provas obtidas sem observância às circunstâncias que concretizam o direito ao silêncio.

Date Created

27/01/2021