

Do lar ao celular: (in)validade do consentimento que autoincrimina

Em março de 2021, foi proferida uma decisão paradigmática pelo STJ, no HC nº 598.051/SP, de relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz, sobre os limites da busca domiciliar em caso de consentimento do morador. Invocando a exortação de Conde de Chatham, recordou o ministro: *"O homem mais pobre pode em sua cabana desafiar todas as forças da Coroa. Pode ser frágil, seu telhado pode tremer, o vento pode soprar por ele, a tempestade pode entrar, a chuva pode entrar, mas o Rei da Inglaterra não pode entrar!"* [1]. Ou seja, curva-se o vulnerável humano às devassas das forças naturais, mas jamais às devassas do poder estatal. As questões subjacentes enfrentadas no voto tocaram na (in)validade do consentimento dado para o ingresso da polícia na residência, por afronta a dois princípios: a inviolabilidade do domicílio e o *nemo tenetur se detegere*. Demonstrando algo: o consentimento é viciado e inválido.



Mas o tema de hoje não é a análise dessa decisão, mas, sim, tomar como

ponto de partida as premissas ali demarcadas para proteção da inviolabilidade do domicílio e os limites de validade do consentimento, trazendo-as para a necessária proteção da intimidade e da privacidade contidas em um aparelho celular (*smartphone*). Um celular atualmente contém tantas informações, imagens, vídeos, áudios, trajetos, leituras, redes sociais etc., que constitui uma verdadeira extensão da personalidade do agente e, de certa forma, um asilo inviolável do indivíduo, um lar do ser, que exige proteção.

Sob o manto do "virtual", reais são as informações pessoalíssimas, quase ilimitadas, ali contidas e que, se violadas, sacrificarão não só o seu detentor, mas também terceiros que com ele compartilham parcela relevante da sua privacidade. Não há dúvidas de que o celular hoje é portador de uma expectativa e uma carga de privacidade até mesmo superior ao de uma "casa". Para algumas pessoas, o celular é um abrigo maior da sua personalidade, dados e privacidade, do que o próprio domicílio, muitas vezes reduzido a um simples lugar de passagem e dormitório do corpo.



Retomando o voto do ministro Schietti, trazemos dois questionamentos e as respectivas respostas dadas pela própria decisão:

"1. O consentimento do morador, para validar o ingresso no domicílio e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, sujeita-se a quais condicionantes de validade? O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação.

2. A prova dos requisitos de validade do livre consentimento do morador, para ingresso em seu domicílio sem mandado, incumbe a quem, e de que forma pode ser feita? A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo" [2].

Assim, nessa perspectiva, o que vem a ser um consentimento? Literalmente, é sinônimo de permissão e licença; uma favorável concordância quanto a uma possível solicitação ou pedido; uma unanimidade de opiniões ou acordo entre as envolvidas partes [3]. Mas, processualmente, não basta essa definição, pois para o indivíduo externar um consentimento juridicamente válido, indispensável é a voluntariedade, liberdade e autonomia.

Nesse terreno, o processo penal cobra um preço muito mais alto do que nos demais ramos do Direito, pois estamos tratando de "consentimento válido" para fins de limitação de direitos fundamentais, algo como uma porta que o sujeito abre para que o Estado invada sua privacidade e busque elementos contra ele (verdadeira autoincriminação), para puni-lo. Portanto, se urge a superação do reducionismo até então vigente em torno da validade do consentimento do indivíduo para a entrada de agentes do Estado em sua casa (e a decisão do STJ é um passo importante para essa superação), também o é no que se refere à validade desse mesmo consentimento para que o Estado tenha acesso ao seu aparelho celular. Estamos diante de uma situação sempre sensível. Onde a "voluntariedade" do consentimento é espremida por três substantivos que a deturpam: liberdade, dignidade e medo.

Esses são fenômenos que se imbricam quando a busca é pelo consentimento imaculado, à vista que, para o externar sem vícios, imperiosa é a autonomia. Não obstante que, se limitada for a liberdade ao coadunar-se em um ambiente inóspito, o medo passa a ser uma possibilidade de maculação da vontade, o que não raro resultará renúncia de fundamentais garantias, tais como a própria dignidade do submetido, que fadada estará à adaptação ambiental.

Dignidade em solo democrático, porém, é ser livre para além do corpo e do recorte geográfico. É deter o poder de expressar-se com autodeterminação, sendo livre apenas por humano ser. No entanto, os pressupostos básicos da autonomia sem vícios, são estes [4]: 1) capacidade de discernimento; 2) condições de agir conforme sua consciência; e 3) liberdade de agir restringida pela preservação do interesse alheio.



O primeiro pressuposto reside na capacidade do sujeito de lançar um juízo sobre algo, sendo, portanto, capaz de discernir sobre o objeto de sua autonomia, do seu querer. No segundo pressuposto, o indivíduo age racionalmente e é capaz de impor os próprios desejos, a fim de fazer o que anseia de forma orientada e segura. Já no terceiro pressuposto, age com consciência aquele que além de imprimir sua vontade, a baliza pela preservação do direito de outrem.

Por conseguinte, o direito à liberdade não deve turbar a liberdade do outro, sendo um freio, um limite para a autonomia [5]. Significa dizer que o direito à autonomia, à liberdade e à privacidade não são absolutos, o que justifica as exceções, como o ingresso no domicílio mediante mandado judicial ou em caso de flagrante delito, prestação de socorro ou na iminência de desastre, independentemente do horário. Nesse giro, John Stuart Mill [6], em sua época já defendia as garantias individuais em detrimento dos limites que asseguram os direitos coletivos, precisando que a única justificativa da interferência na liberdade de ação dos homens é a autoproteção. O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem.

Portanto, o medo sacrifica a liberdade e a dignidade, fazendo com que os três conspiram contra a autonomia e voluntariedade do consentimento e, por consequência, contra sua própria validade. Existe um evidente constrangimento situacional [7], em que o medo macula a vontade e acaba por sacrificar a liberdade e a dignidade do indivíduo submetido ao poder estatal. É sempre uma relação do débil [8] frente ao poder estatal, recordando que essa hipossuficiência é estrutural e estruturante da própria relação indivíduo-Estado, superando em muito os argumentos contrários, de poder econômico, político etc., que eventualmente tenha o imputado.

Por essência, o homem é um ser que tem medo [9]. E todos os homens o têm. Todos. Aquele que não tem medo não é normal, e isso nada tem a ver com a coragem [10], à medida que a insegurança é símbolo de morte. Já a segurança, de vida [11]. E onde há incerteza, onde o interesse está constantemente em jogo, o medo é contínuo [12]. Assim, posto que os efeitos desse sentimento independem da voluntariedade humana, questionamos: por que uma pessoa consentiria que o Estado/polícia invadisse sua vida privada, sem mandado judicial e sem situação de flagrante delito? Consentimento válido para fazer uma devassa no seu aparelho celular? Para violentar sua privacidade? Jamais em sã consciência — e com honestidade intelectual — poder-se-ia considerar válido esse consentimento. E, por favor, não se recorra ao cínico argumento de que "quem não deve, não teme". Nem vale a pena debater... Não é lícito almejar a justiça através de ilícitos legitimados pela fé pública. É elementar que os meios maculados jamais justificam os supostos bons fins. O consentimento do indivíduo, nestas situações, não passa de argumento legitimador para o Estado punir.

Dessarte, é preciso pensar a tutela do aparelho de celular nessa linha de evolução da leitura do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Da mesma forma que não nos cabe ser anfitriões (forçados) do Estado-farda em nossas casas, e muito menos é sustentável a presunção de validade desse "convite" à devassa, também não é válido o "consentimento" para fornecimento de senhas e acesso aos aparelhos celulares.



A devassa pode existir? Sim, através da apreensão do aparelho via mandado judicial ou mesmo em situação de flagrante delito, mas entrega física do aparelho e/ou o fornecimento de senhas, mediante o cínico argumento estatal de que houve "consentimento" do indivíduo, nem pensar. Óbvio que essa argumentação também se aplica à simples abordagem policial em via pública.

Em suma, o caminho previsto para sacrificar a privacidade é o legalmente previsto: o ingresso em domicílio pela polícia ou o acesso ao aparelho celular, somente quando munidos de um mandado judicial fundamentado ou diante de flagrante delito, demarcando, sobretudo, a justa causa prévia neste último caso. Sempre lembrando que o imputado jamais poderá ser compelido, nem mesmo por ordem judicial, a fornecer senhas, na medida em que, protegido pelo direito de não autoincriminação.

O aparelho celular é uma extensão da personalidade do indivíduo, sendo portador de uma dose muitas vezes maior, da sua privacidade, dignidade e imagem, do que a própria casa. É o momento de repensarmos o tratamento dado a essa matéria, não mais cabendo a visão ingênua e/ou reducionista dessa complexidade. Não se pode mais continuar considerando como válido o consentimento dado pelo sujeito abordado pela autoridade policial em via pública, para que se tenha acesso ao aparelho celular (via entrega de senhas, por exemplo) e faça uma devassa incriminatória na sua vida. Sem falar que, não raras vezes, o volume de informações ali contidas acaba por virar uma verdadeira devassa inquisitória, uma *fishing expedition*, já tantas vezes por nós tratada aqui e também em obras específicas [13].

Nada disso, por óbvio, se confunde com tutela da impunidade, senão que se trata de buscar uma racional e democrática coexistência entre direitos fundamentais e o poder punitivo estatal, verdadeiras regras do jogo, que obrigatoriamente devem ser observadas nessa complexa relação. Do contrário, para além de continuar imerso na cultura autoritária e inquisitória, o que se faz é confiar o cordeiro ao lobo, crendo ainda, na tal estória, que tivera ele boas intenções ao devorar a Chapeuzinho...

[1] "The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the Crown. It may be frail, its roof may shake, the wind may blow through it, the storm may enter, the rain may enter, but the King of England cannot enter!" (William Pitt, Earl of Chatham. Speech, March 1763, in Lord Brougham Historical Sketches of Statesmen in the Time of George III First Series [1845] vol. 1).

[2] HC nº 598.051/SP. Rel. min. Rogerio Schietti Cruz. Acesso disponível em: <https://www.conjur.com.br/https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/policiais-gravar-autorizacao-morador.pdf>. PP. 12; 56.

[3] CONSENTIMENTO. Dicionário Michaelis. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/consentimento>. Acesso em: 16/1/2022.

[4] MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal. 2010, 297 f. Tese (Doutorado em Direito).

– Departamento de Pós-Graduação da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, SP, 2010,



p.173.

[5] MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal. 2010, 297 f. Tese (doutorado em Direito)

– Departamento de Pós-Graduação da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, SP, 2010, p. 174.

[6] MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Tradução e prefácio de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 35-36.

[7] Esse tema é tratado com mais profundidade na obra de Aury Lopes Jr, "Direito Processual Penal", publicada pela Editora Saraiva Educação, para onde remetemos o leitor.

[8] Remetendo aqui à clássica obra "Derechos y garantías: la ley del más débil", de Luigi Ferrajoli, publicada pelo editorial Trotta, 1999.

[9] ORAISON, M. "Peur et religion", em Problèmes, abr.-maio 1961, p.36. Cf. também do mesmo autor, Dépasser la peur, Paris, 1972.

[10] SARTRE, Jean Paul. Le sursis, Paris, 1945, p. 56

[11] ODIER, Charles. L'angoisse et la pensée magique, Neuchâtel-Paris, 1947, p. 236.

[12] BAUMAN, Zygmunt. Medo líquido. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 17.

[13] Entre outros: "Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: um dilema oculto do Processo Penal", de [Viviani Ghizoni da Silva](#), [Philippe Benoni Melo e Silva](#), e [Alexandre Moraes da Rosa](#), publicado pela editora EMais. Ainda, em diversas colunas, por exemplo:
<https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>
<https://www.conjur.com.br/2017-fev-24/limite-penal-fishing-expedition-via-mandados-genericos-favelas>.

Meta Fields