

Soubhia e Muniz: Poder investigatório e o direito à intimidade

Recentemente, o STF (Supremo Tribunal Federal) divulgou o calendário de julgamentos para o primeiro semestre de 2023. Infelizmente, e mais uma vez, nada de juiz de garantias. Contudo, há previsão de que o Tema de Repercussão Geral 977 — inviolabilidade do sigilo de dados e de comunicações telefônicas no acesso, pela autoridade policial, em caso de telefone celular encontrado no local do crime — seja julgado em 2/3/2023 [1]. A discussão da matéria coloca em xeque um aparente conflito entre a



ditos fundamentais do indivíduo.

Por que aparente? Bom, sem dúvidas, a busca pela verdade

pressupõe ferramentas eficazes de investigação. E não negamos que a persecução penal deva ser pautada pela busca da verdade. Inclusive, fazemos coro a Janaína Matida, Rachel Herdy e Marcella Mascarenhas quando elas afirmam que *a verdade dos fatos funciona como ancoragem à decisão judicial; é limite ao arbítrio; antídoto contra a enfermidade do convencimento íntimo* [2]. No entanto, e ainda de acordo com as autoras, isto não significa a admissão de um anseio de flexibilização e relativização das regras do devido processo. Em outras palavras, não acreditamos na existência de um jogo de soma zero, em um cobertor curto onde, para garantir a efetividade das investigações é necessário deixar de lado algumas garantias individuais e vice e versa.

Bom, voltando ao Tema 977. Até as pedras sabem que as autoridades encarregadas da persecução penal enxergam o celular da pessoa presa como uma fonte para obtenção de provas extremamente valiosa. E não sem motivo. Nosso telefone celular, hoje, serve para satisfação de praticamente todas as necessidades de nossa vida. O que menos fazemos com ele é efetuar ligações. De máquina fotográfica a agência bancária, de jogos a televisão, de mensagens instantâneas a produções bibliográficas — segundo consta, a série "50 Shades of Grey" foi escrita, em grande parte, no Blackberry da autora —, é perfeitamente possível extrapolar muito sobre a vida de uma pessoa apenas olhando quais aplicativos ela tem instalados em seu celular.

Assim, quando um policial encontra alguém em "atitude suspeita", uma das primeiras coisas que ele fará, precedido apenas de um bom (e ilegal) baculejo, será tentar checar o conteúdo das conversas daquela pessoa no *whatsapp*, *telegram*, *SMS*, etc. Não raro, ali estarão conversas sobre compra e venda de entorpecentes. Pronto. Flagrante garantido. Mais um jovem preto, pobre e periférico para acrescentar às centenas de milhares que estão em nossas prisões.



Por muito tempo essa prática foi considerada absolutamente normal, sob a questionável premissa de que o que a Constituição protege as comunicações telefônicas, ao passo que as conversas instantâneas configurariam meros dados. Porque, aparentemente, o que a Carta Magna protege é o som da sua voz e não o conteúdo da comunicação. Felizmente, de 2016 para cá, os tribunais superiores têm reforçado a noção de que com a evolução das comunicações, as conversas travadas por meio de aplicativos desfrutam de proteção constitucional (v.g. STJ, RHC 51.531/RO).

Outrossim, não bastasse o art. 5º, X e XII, da CF, o artigo 3º da Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, assegura ao usuário desse serviço *a inviolabilidade ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas*, e o artigo 7º, inc. III da Lei nº 12.965/14 (conhecida como Marco Civil da Internet), que regulamenta o uso da internet no Brasil, assegura aos seus usuários o direito *a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial*.

Assim, existe previsão normativa que garanta o direito à inviolabilidade dos dados, tal como as conversas. O que falta é perspectiva. Isso porque, ao que parece, o problema não é de proteção legal mesmo, mas de maus (ou ausência de) hábitos investigativos.

De acordo com pesquisa promovida pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo após analisar os dados sobre prisões em flagrante por tráfico de drogas na capital paulista, 85,63% das prisões em flagrante por tráfico de drogas foram realizadas pela Polícia Militar, sendo 85% dessas fundadas em denúncias, anônimas ou identificadas, e em atitude suspeita" [3]. Esses dados deixam absolutamente claro algo que nem sequer as polícias refutam: a atividade policial brasileira não é fundada em investigações. Seja por falta de pessoal, investimento ou vontade, o fato é que a imensa maioria das prisões realizadas dependem do reconhecimento do estado de flagrância. Caso contrário, mais um caso para a cifra oculta ...

Diante desses dados empíricos, é compreensível por que a polícia não desiste de vasculhar o celular do preso no momento da prisão em flagrante? Porque sem esse elemento de informação, muito provavelmente não haverá nada para justificar a prisão! Não interessa que o juiz tenha 24 horas para decidir sobre o acesso aos dados (analogia ao artigo 4, §2, da Lei 9.296/96). Não importa que a chance do juiz indeferir o acesso a esses dados seja mínima, apesar da jurisprudência dos tribunais superiores exigir elementos concretos para fundamentação da decisão. O policial precisa desses dados ali, no momento do flagrante para justificar, retroativamente, a abordagem, o baculejo e a própria prisão.

Destarte, para além de um conflito de interesses entre a necessidade de se apurar a verdade e resguardar o direito à intimidade, existe aqui uma verdadeira decisão sobre a qualidade epistemológica dos elementos que são produzidos na fase pré-processual.



Não se trata de inviabilizar o artigo 6º, incs. II e III do CPP, que autoriza a autoridade policial a apreender objetos, inclusive aparelhos celulares, caso entenda que deles se possa extrair elementos de informação sobre o suposto delito apurado. Aliás, havendo fundada suspeita de que o aparelho celular era utilizado para o cometimento de crimes, entendemos ser verdadeiro dever da autoridade policial a sua apreensão. O que não se admite é a devassa do conteúdo do celular sem a devida autorização judicial.

O legislador já traçou as diretrizes gerais e demonstrou a relevância de se ter uma investigação efetiva, bem como de se preservar o direito à intimidade das pessoas. Mas, diante do caso concreto, quando há conflito entre os interesses legalmente resguardados, cabe ao juiz concretizar as normas de forma equânime.

Nos moldes da jurisprudência atualmente consolidada do STJ, é ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (WhatsApp), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel (REsp 1.782.386) [4].

No STF, por enquanto, o ministro Dias Toffoli defendeu a fixação de tese nos seguintes termos: *"É lícita a prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou agenda de contatos de celular apreendido ato contínuo no local do crime atribuído ao acusado, não configurando esse acesso ofensa ao sigilo das comunicações, à intimidade ou à privacidade do indivíduo (CF, art. 5º, incisos X e XII)"*.

Em contraposição, os ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin sustentam a tese de que *"o acesso a registro telefônico, agenda de contatos e demais dados contidos em aparelhos celulares apreendidos no local do crime atribuído ao acusado depende de prévia decisão judicial que justifique, com base em elementos concretos, a necessidade e a adequação da medida e delimite a sua abrangência à luz dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e ao sigilo das comunicações e dados dos indivíduos (CF, art. 5º, X e XX)"*. Os demais ministros e ministras ainda não votaram.

Sempre que se defende o respeito de um direito ou garantia fundamental, os incautos entendem que se está soerguendo a bandeira da impunidade. No entanto, e vale bater na tecla novamente, é necessária uma ponderação entre essa necessidade investigativa e o direito à intimidade não só do autuado, mas de todos — afinal, garantias são coletivas —, o que deverá ser feito pelo juiz competente diante das peculiaridades do caso concreto.

Demais disso, vale lembrar que o reconhecimento da ilicitude da prova obtida pela polícia mediante devassa dos dados celulares implica tão somente o desentranhamento dessa prova e das que lhe forem derivadas. Mas isso não significa que o acusado será obrigatoriamente absolvido! Ou pelo menos não deveria. Bastaria que existissem outras provas de autoria e materialidade produzidas por fonte independente ou outra exceção à teoria da árvore envenenada.



O que se espera do STF é um posicionamento que, além de dar maior efetividade aos direitos fundamentais, sinalize para as forças policiais que a facilidade do acesso ao celular do preso não substitui a importância do trabalho investigativo. Em outras palavras, torcemos para que seja reconhecida pelo STF, assim como já é pelo STJ, que o acesso ao celular das pessoas presas pelos policiais seja submetido à cláusula de reserva de jurisdição.

[1] Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=501250&ori=1>, acesso em: 17/2/2023.

[2] MATIDA, Janaína; NARDELLI, Marcella; HERDY, Rachel. *No processo penal, a verdade dos fatos é garantia*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-19/limite-penal-processo-penal-verdade-fatos-garantia>, acesso em 19/02/2023

[3] Acrescenta-se, por curiosidade, essa mesma pesquisa do NEV/USP aponta que em 74% das prisões por tráfico de drogas analisadas, as únicas testemunhas eram os próprios policiais que realizaram a prisão e, mesmo assim, houve condenação em 91% dos casos.

[4] Ressalta-se que não estão em debate os seguintes entendimentos: O preso não pode ser obrigado a desbloquear o celular ou fornecer a senha de acesso (RHC 101.119/SP); Havendo autorização expressa do proprietário do celular, os dados obtidos em seu vasculhamento constituem provas lícitas (AgRg no HC 521.228/SP, DJe 16/12/2019); Em se tratando de celular abandonado em via pública cuja propriedade não seja identificada ou seja negada pelo preso, não há que se falar em ilicitude no acesso aos dados constantes no aparelho pela polícia (AgRg no Resp 1573424 /SP; Policiais, desde que se identifiquem como tal, podem atender ao celular do autuado durante a prisão (HC 446.102/SC); dados constantes exclusivamente da agenda de contatos ou registros telefônicos dispensam autorização judicial (AgRg no Resp 1.853.702/RS)

Date Created

28/02/2023