

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

ANTONIO CARLOS DA PONTE

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Antonio Carlos da Ponte; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-332-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) de Artigos denominado “DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II” do III Encontro Virtual do CONPEDI (III EVC), com a temática “Saúde e segurança humana para a sustentabilidade e cidadania”, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Sociedade Científica do Direito no Brasil, e apoio da UNICURITIBA - Centro Universitário Curitiba, em evento realizado entre os dias 23 e 28 de junho de 2021, de forma telepresencial, com a utilização da Plataforma ConferênciaWeb RNP, tendo em vista o momento mundial de pandemia e isolamento social imposto pelo COVID19.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao Direito material e processual penal, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de textos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação e graduação, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne uma gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea, todos com olhos e vinculados ao Estado Democrático de Direito.

O primeiro artigo teve como título a “TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE: A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL”, do autor André Eduardo Detzel.

O segundo artigo “SANÇÃO POLÍTICA NA DEFINIÇÃO DE DEVEDOR CONTUMAZ E SUA REPERCUSSÃO NO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: O CASO DA LEI Nº 17.354/2020 DO ESTADO DO CEARÁ” da lavra dos autores Fernando Augusto de Melo Falcão e Leticia Vasconcelos Paraíso.

“RESPONSABILIDADE CARCERÁRIA: O DEVER DE AÇÃO ESTATAL DIANTE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO”, terceiro da coletânea, é o trabalho dos autores Nathan Castelo Branco de Carvalho, Adriel Adrian Gomes e Júlia Santos Alves Prata.

O quarto texto, com o verbete “O PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM FACE DAS ESPECIFICIDADES DO GÊNERO: UMA ANÁLISE DOS HABEAS CORPUS COLETIVOS 165.704 E 143.641”, de autoria de Amanda Castro Machado e Gabriel Salazar Curty.

O quinto texto, da lavra do autor Thales Dyego De Andrade Coelho, é intitulado “O “PACOTE ANTICRIME” (LEI Nº 13.964/2019) E AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS: OXIGENAÇÃO ACUSATÓRIA?”.

No sexto artigo intitulado “O ESPELHAMENTO VIA WHATSAPP WEB E DIREITOS CONSTITUCIONAIS EM RISCO: COMO A LICITUDE DA PROVA É JUSTIFICADA NOS TRIBUNAIS”, de autoria de Bianca Kaini Lazzaretti e Eleonora Jotz Pacheco Fortin.

O sétimo texto da coletânea, da autora Lisiane Junges, aprovado com o verbete “REGISTRO AUDIOVISUAL DO DEPOIMENTO ESPECIAL E PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES”.

“O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO PEÇAS DO MACROSSISTEMA PUNITIVO E A REJEIÇÃO AO BIS IN IDEM” é o título do oitavo texto da coletânea, com autoria de Jean Colbert Dias, Anderson Ferreira e Alexandre Magno Augusto Moreira.

O nono artigo foi denominado “NEGOCIAÇÃO CRIMINAL AMBIENTAL COM VISTAS À SUSTENTABILIDADE” pelos autores Cassio Marocco, Andréa de Almeida Leite Marocco e Duliana de Sousa Lopes Kerber.

No décimo artigo intitulado “MARCOS JURISPRUDENCIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE ESTADO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DE JULGADOS NO CONTEXTO DE (NÃO) AFIRMAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS”, os autores foram Thiago Allisson Cardoso De Jesus e Amanda Passos Ferreira.

O décimo primeiro artigo com o título “DO CRIME DE MAUS-TRATOS CONTRA OS ANIMAIS E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO: ANÁLISE DO SIMBOLISMO PENAL NA CRIAÇÃO DA LEI Nº 14.064 DE 2020”, dos autores Maria Luísa Brasil Gonçalves Ferreira e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro.

O décimo segundo artigo “DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E O SISTEMA CARCERÁRIO: REINCIDÊNCIA CRIMINAL E A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO E DEMAIS AÇÕES DO ESTADO PARA O PROCESSO DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO” da lavra dos autores Eloy Pereira Lemos Junior, Joanes Otávio Gomes e Ronan Angelo De Oliveira Pereira.

“CRIPTOEVASÃO DE DIVISAS: OPERAÇÕES COM CRIPTOATIVOS E O DELITO DO ART. 22 DA LEI Nº 7.492/1986”, décimo terceiro da coletânea, é o trabalho do autor Bruno Felipe de Oliveira e Miranda.

O décimo quarto texto, com o verbete “A SONEGAÇÃO FISCAL COMO CRIME ANTECEDENTE DA LAVAGEM DE DINHEIRO”, de autoria de Manoel Augusto Rocha Rodrigues Elache Coelho e Bruna Azevedo de Castro.

O décimo quinto texto, da lavra do autor Fabiano Justin Cerveira, é intitulado “ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA”.

No décimo sexto artigo intitulado “A UTILIZAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS COMO FORMA DE EVITAR A APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E GARANTIR OS DIREITOS HUMANOS”, de autoria de Priscila Reis Kuhnen, Lenice Kelner e Nicole Tereza Weber.

O décimo sétimo texto da coletânea, dos autores Eduardo Ritt, Caroline Fockink Ritt e Eduardo Fleck de Souza, aprovado com o verbete “A (IN)APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AOS CRIMES CULPOSOS DE TRÂNSITO COM RESULTADO VIOLENTO”.

“A RELATIVIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NOS CASOS QUE ENVOLVEM PEQUENA DIFERENÇA DE IDADE ENTRE VÍTIMA E ACUSADO(A)” é o título do décimo oitavo texto da coletânea, com autoria de Bruna Vidal da Rocha e Dani Rudnicki.

O décimo nono artigo foi denominado “A INTERVENIÊNCIA DO DIREITO PENAL NO CRIME DE TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES E A VULTUOSIDADE DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO FUNDAMENTO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL” pelos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Camila Gomes De Queiroz.

E o vigésimo texto, intitulado “A NORMA PENAL EM BRANCO HETEROGÊNEA: A IMPORTÂNCIA DA COMPLEMENTAÇÃO POR FONTES ESTADUAIS E MUNICIPAIS NA SOCIEDADE DE RISCO”, dos autores Aurora de Alexandre Magno Augusto Moreira e Jean Colbert Dias.

O vigésimo primeiro artigo com o título “A LEI 14.133/2021 E OS CRIMES DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, do autor José Antonio Remedio.

O vigésimo segundo artigo “A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS PELO DIREITO PENAL NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO” da lavra do autor David Kerber De Aguiar.

“A CRIAÇÃO DE NOVOS TIPOS PENAIIS VIA INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS”, vigésimo terceiro da coletânea, é o trabalho da autora Ana Paula Quadros Guedes Albuquerque.

O vigésimo quarto texto, com o verbete “ANÁLISE DA CULPABILIDADE NO HOMICÍDIO QUALIFICADO”, de autoria de Ronaldo David Guimaraes.

O vigésimo quinto texto, da lavra das autoras Kátia Alessandra Pastori Terrin e Janaina Braga Norte, é intitulado “AS SANÇÕES E A DOSIMETRIA DA PENA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA”.

No vigésimo sexto artigo, e último, intitulado “DIREITO COMPARADO: AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA BRASILEIRA E PRIMEIRO INTERROGATÓRIO PORTUGUÊS”, de autoria de Catarini Vezetiv Cupolillo, Sandra Negri e Carlos Eduardo Freitas de Souza.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade na busca por direitos e garantias fundamentais na esfera criminal. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito material e processual penal contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema brasileiro e internacional.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca

da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

02 de julho de 2021.

Professor Dr. Antônio Carlos da Ponte

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade Nove de Julho

acdaponte@uol.com.br

Professor Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Escola Superior Dom Helder Câmara

lgribeirobh@gmail.com

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador e Docente Permanente do PPGD e do PPGMCult da Universidade FUMEC e do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

sergiohzhf@fumec.br

O ESPELHAMENTO VIA WHATSAPP WEB E DIREITOS CONSTITUCIONAIS EM RISCO: COMO A LICITUDE DA PROVA É JUSTIFICADA NOS TRIBUNAIS

MIRRORING WHATSAPP WEB AND CONSTITUTIONAL RIGHTS AT RISK: HOW THE PROOF'S LAWFULNESS IS JUSTIFIED IN COURTS

Bianca Kaini Lazzaretti ¹
Eleonora Jotz Pacheco Fortin ²

Resumo

O monitoramento via WhatsApp Web traz novas implicações à quebra de sigilo de dados no processo penal, pois permite que o agente público participe das conversas efetuadas em conta privada sem deixar vestígios. Considerando seus possíveis impactos sobre garantias constitucionais, pretende-se avaliar a existência de argumentos jurídicos que justificam sua utilização mesmo após o julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 99.735 pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Parte-se dos resultados obtidos em pesquisa jurisprudencial. Constata-se que a decisão proferida pelo STJ não impediu a relativização de direitos por decisões que, sob argumentos vagos, viabilizam a formação probatória indiscriminada.

Palavras-chave: Direitos constitucionais, Whatsapp web, Persecução penal, Prova ilícita, Quebra de sigilo

Abstract/Resumen/Résumé

WhatsApp Web monitoring, as a new source of the breach of data confidentiality in criminal proceedings, allows public agents to participate in conversations conducted in a private account without leaving any traces. Taking the possible impacts on constitutional guarantees into consideration, we intend to investigate the existence of juridical arguments that justifies its use even after the judgment of Habeas Corpus Appeal No. 99,735 by the Superior Court of Justice (STJ). The research relies on juridical precedents. The precedent of STJ did not prevent the relativization of rights by decisions that, under vague arguments, make indiscriminate evidential formation feasible.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional rights, Whatsapp web, Criminal prosecution, Illegal proof, Breach of secrecy

¹ Advogada. Mestranda em Direito Público (bolsista CAPES/PROEX) e Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com período de mobilidade acadêmica na Universidade do Porto.

² Mestranda em Sociologia pela Pontifícia Universidade Católica de Chile (PUC-Chile) e Bacharel em Direito pela UNISINOS. Atua como estagiária no Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

1. INTRODUÇÃO

As profundas mudanças tecnológicas, seu avanço desenfreado e impacto global, que marcam a chamada quarta revolução industrial (SCHWAB, 2016), tornam ainda mais complexa e necessária a atuação do magistrado na resolução de novos problemas jurídicos. A insuficiência normativa para regular todas as hipóteses que exsurtem desse ineditismo tecnológico favorece o uso indiscriminado de mecanismos eletrônicos, sobretudo nas investigações criminais.

Com a popularização dos telefones móveis e inteligentes (*smartphones*), difundem-se os aplicativos de comunicação virtual – a exemplo do *WhatsApp*, criado em 2009 (GOMES, 2014) – que viabilizam o registro das conversas de seus interlocutores, inclusive daquelas que apontam para o cometimento de um delito. Apesar de haver norma legal específica que regula a chamada interceptação telefônica (BRASIL, 1996), esta não se assemelha e tampouco engloba o acesso a sobreditas plataformas de comunicação, projetadas uma década após a promulgação da lei.

A despeito da ausência de regulação, já se tem notícia de casos em que a polícia, ao abordar um suspeito, coleta o celular do investigado e realiza o espelhamento do *WhatsApp* na versão *Web*. Com isso, habilita um computador a realizar todas as operações de comunicação do aplicativo, em tempo real e muitas vezes sem que o usuário tenha conhecimento ou concorde com o monitoramento. Por meio do acesso *Web*, o investigador consegue visualizar, apagar ou enviar mensagens como se fosse o investigado, não havendo qualquer tipo de registro acerca do responsável pela atividade.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reafirmou o seu posicionamento a respeito da ilicitude da utilização deste meio de prova (SEXTA..., 2021). Considerando os possíveis impactos dessa prática sobre a flexibilização de garantias constitucionais, o presente trabalho possui como problema de pesquisa a seguinte questão: quais argumentos jurídicos são utilizados para justificar o espelhamento de mensagens pelo *WhatsApp Web* após a decisão do Recurso em Habeas Corpus (RHC) nº 99.735 pelo STJ?

Nesse sentido, o objetivo geral da pesquisa reside em averiguar a argumentação fornecida pelo Judiciário para sustentar a autorização desse tipo de espelhamento, mesmo após o julgamento da matéria pelo STJ. Mais especificamente, pretende-se: 1) compreender o que é o uso de espelhamento nas investigações criminais; 2) identificar as garantias e direitos constitucionais ameaçados pela prática; 3) verificar a incidência de julgamentos sobre o uso de espelhamento de conversas pelo *WhatsApp* nos tribunais recursais do país; e 4) identificar os

argumentos jurídicos que destoam do posicionamento firmado pelo STJ acerca da licitude desta prática.

Como método de pesquisa, realizou-se uma investigação bibliográfica, com acesso a fontes primárias e secundárias. Além disso, foi realizada pesquisa jurisprudencial analítica, fazendo uso da técnica de análise de conteúdo.

2. WHATSAPP WEB COMO PROVA ILÍCITA E SUAS IMPLICAÇÕES: ANÁLISE DO RHC Nº 99.735/SC DO STJ

Recentemente, a Sexta Turma do STJ reafirmou seu entendimento, já estabelecido em 2018, de que “não podem ser usadas como provas as mensagens obtidas por meio do *print screen* da tela da ferramenta *WhatsApp Web*” no âmbito do processo penal (SEXTA..., 2021). A decisão proferida no RHC nº 99.735/SC torna ilegal uma forma específica de “espelhamento” de mensagens, que ocorre pela plataforma *WhatsApp Web*, assim descrita:

[...] 2. O espelhamento das mensagens do WhatsApp ocorre em sítio eletrônico disponibilizado pela própria empresa, denominado WhatsApp Web. Na referida plataforma, é gerado um tipo específico de código de barras, conhecido como Código QR (Quick Response), o qual só pode ser lido pelo celular do usuário que pretende usufruir do serviço. Daí a necessidade de apreensão, ainda que por breve período de tempo, do aparelho telefônico que se pretende monitorar. 3. **Para além de permitir o acesso ilimitado a todas as conversas passadas, presentes e futuras, a ferramenta WhatsApp Web foi desenvolvida com o objetivo de possibilitar ao usuário a realização de todos os atos de comunicação a que teria acesso no próprio celular [...]** (BRASIL, 2018, p. 1, grifo nosso).

Não se discute, aqui, o simples acesso pelas autoridades policiais aos dados de *WhatsApp* em celulares de investigados: trata-se de hipótese em que, após a coleta de dados do aplicativo *WhatsApp* por agentes públicos, mediante apreensão de aparelho telefônico judicialmente autorizada, tem-se acesso ao código QR (*quick response*) que autoriza o investigador de polícia a utilizar essa plataforma privada em um computador (com ou sem a ciência do acusado). O acesso ao *WhatsApp Web* permite o acompanhamento simultâneo, no computador, das trocas de mensagens realizadas pelo usuário em seu celular, mas não só isso:

[...] 4. Tanto no aplicativo, quanto no navegador, **é possível, com total liberdade, o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas (registradas antes do emparelhamento) ou recentes (registradas após),** tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato. **Eventual exclusão de mensagem enviada (na opção "Apagar somente para Mim") ou de mensagem recebida (em qualquer caso) não deixa absolutamente nenhum vestígio,** seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser recuperada para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa

disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários (BRASIL, 2018, p. 1, grifo nosso).

O espelhamento via *WhatsApp Web* permite que o agente de polícia opere como protagonista das conversas que são realizadas em nome do acusado, sendo-lhe facultada a gestão das mensagens enviadas e recebidas, incluso sua remoção, sem deixar quaisquer rastros desta ação. Frente à inexistência de previsão legislativa sobre a legalidade deste tipo de intervenção penal e, considerando a extensão de seus efeitos – dada sua potencialidade de condenar ou absolver uma pessoa de um crime –, a finalidade deste ensaio é analisar os argumentos jurídicos que autorizam sua utilização, mesmo após o STJ firmar-se em sentido contrário.

Para o aprofundamento desta análise, far-se-á uma breve exposição sobre os possíveis impactos no que concerne ao comprometimento das informações provenientes desse monitoramento, o que poderá acarretar a quebra da cadeia de custódia e a contaminação dos elementos de prova que desta ação derivem (“frutos da árvore envenenada”); e à flexibilização de direitos constitucionais em prol, sobretudo, da intimidade e privacidade, de não produzir prova contra si mesmo, da presunção de inocência, da ampla defesa e contraditório e da inviolabilidade das comunicações.

2.1. Possíveis Implicações sobre a Cadeia de Custódia e Licitude da Prova

A impossibilidade de identificar possíveis adulterações nas provas advindas do espelhamento via *WhatsApp Web* gera implicações, por exemplo, à cadeia de custódia regulamentada em 2019, definida como “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para **manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado** em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte” (BRASIL, 2019, grifo nosso).

A inclusão legislativa da cadeia de custódia das provas pela Lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2019), embora não tenha eliminado o caráter inquisitorial ainda vigente no sistema processual penal brasileiro,¹ avança ao dispor sobre a documentação cronológica relativa ao trajeto percorrido para a obtenção, manipulação, condicionamento e transporte de vestígios, garantindo a obtenção de um elemento probatório íntegro e livre de vícios. A imaterialidade

¹ Remete-se à crítica realizada por Barbosa (2020, p. 17). Em suas palavras, “a criação de estruturas e mecanismos que apontam para a acusatoriedade processual penal acabam sendo mitigadas pela cultura jurídica envolta na lógica inquisitória do trâmite e da escrituração”.

dos vestígios, o momento adequado ao exame da cadeia de custódia e as consequências de sua ruptura são, contudo, questões não resolvidas pela norma em referência (MATILDA, 2020).

Depreende-se da leitura do artigo 158-A ao 158-E, inseridos ao Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), uma clara preocupação do legislador em deter um maior controle sobre o vestígio a ser coletado, de modo a garantir que as evidências sejam exatamente as mesmas encontradas na cena do crime e que não tenham sofrido qualquer espécie de adulteração como resultado de seu inadequado manuseio por agentes públicos (MATILDA, 2020).

A decisão do Tribunal Estadual de Santa Catarina (TJSC), em contrapartida, entendeu viável a utilização de material obtido a partir do espelhamento do *WhatsApp Web* como prova, sob o argumento de que não haveria “quebra” da cadeia de custódia posto que “nenhum elemento probatório demonstrou adulteração das conversas espelhadas pelo *WhatsApp Web* ou alteração na ordem cronológica dos diálogos” (SEXTA..., 2021).

A quebra de sigilo telefônico, ainda que judicialmente autorizada, possibilita o acesso, pela autoridade de polícia, (1) à conta de *WhatsApp* do usuário a partir de um sítio de *Web* e (2) a todos os recursos de comunicação que são permitidos ao usuário (criar e apagar conversas, envio de anexos e gravações de áudios) em nome e como se *usuário* fosse. Pergunta-se, então: como distinguir as ações efetivamente praticadas pelo usuário ou aquelas objeto de interferência policial, dada a impossibilidade de distinção entre as ações do agente público “observador” e o usuário efetivo da conta de *WhatsApp* monitorada?

A inexistência de uma resposta segura a esta indagação dá ensejo à ruptura ou “quebra” da cadeia de custódia pela inviabilidade de registro de eventual interferência da autoridade policial durante o monitoramento de mensagens. Nesses termos, exigir da *defesa* a comprovação de adulteração dos meios de prova não somente inverte o ônus probatório que caberia à acusação, dada a máxima norteadas pelo princípio da presunção de inocência, como também viola a efetiva e concreta paridade de armas entre as partes processuais. Estar-se-ia diante de uma presunção absoluta dos atos probos do servidor público e imputar-se-ia, à defesa, produção de “prova diabólica”, como sustentado pela Sexta Turma do STJ:

Nesse ponto específico, insta registrar que, por mais que os atos praticados por servidores públicos gozem de presunção de legitimidade, doutrina e jurisprudência reconhecem que se trata de **presunção relativa**, que pode ser ilidida por contra-prova apresentada pelo particular. Não é o caso, todavia, do espelhamento: o fato de eventual exclusão de mensagens enviadas (na modalidade “Apagar para mim”) ou recebidas (em qualquer caso) **não deixar absolutamente nenhum vestígio nem para o usuário nem para o destinatário**, e o fato de tais mensagens excluídas, em razão da criptografia *end-to-end*, não ficarem armazenadas em nenhum servidor, constituem fundamentos suficientes para a conclusão de que **a admissão de tal meio de**

obtenção de prova implicaria indevida presunção absoluta da legitimidade dos atos dos investigadores, dado que exigir contraposição idônea por parte do investigado seria equivalente a demandar-lhe produção de prova diabólica (o que não ocorre em caso de interceptação telefônica, na qual se oportuniza a realização de perícia) (BRASIL, 2018, p. 14).

Com a ruptura da cadeia de custódia das provas, o STJ firmou o entendimento de que a integralidade das informações obtidas a partir do espelhamento via *WhatsApp Web*, bem como evidências probatórias que delas possam derivar, são provas ilícitas, em respeito ao enunciado constitucional expresso “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI) (BRASIL, 1988). A inadmissão dos “frutos” da prova inválida é contemplada pelo artigo 157 do Código de Processo Penal: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas” (BRASIL, 1941), salvo se tiverem sido obtidas por uma fonte independente, considerada como “aquela que, por si só [...] seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova” (BRASIL, 1941).

Pela leitura da decisão proferida, a justificativa para a não admissão desse meio de prova residiria, essencialmente, na impossibilidade de registro e armazenamento das mensagens removidas da plataforma de *WhatsApp*. Apesar dos argumentos trazidos pela defesa, o STJ não pautou seu posicionamento sobre os direitos constitucionais que seriam violados. Cumpre, assim, refletir sobre os direitos postos em risco nesta atuação para, posteriormente, a partir da análise de precedentes judiciais, analisar os argumentos que justificam a dúvida licitude deste meio de prova.

2.2. A Ameaça do Monitoramento via *WhatsApp Web* sobre Direitos Constitucionais

A proteção de garantias consagradas na Constituição Federal de 1988 é uma das tarefas do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988). No caso do espelhamento de mensagens via *WhatsApp Web*, a discussão ainda não chegou à Suprema Corte Constitucional, embora a prática já possua impacto em diversos direitos constitucionais. É o caso da intimidade e privacidade (artigo 5º, X); da inviolabilidade das comunicações (artigo 5º, XII); do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV); da presunção de inocência (artigo 5º, LVII); e do direito de não produzir prova contra si mesmo (artigo 5º, LXIII). Talvez por não desempenhar papel de guardião da Constituição, ou mesmo por ter encontrado outros meios para reprimir a prática, o STJ deixou de se pronunciar acerca da flexibilização desses direitos.

A questão da privacidade na Internet está em ascendente debate no âmbito jurídico brasileiro nos últimos anos. Há quem diga que não existe mais privacidade a partir do momento

em que se popularizaram os meios de comunicação online e as redes sociais (SILVA NETO, 2001; COELHO, 2015). Também existem aqueles que entendem que, se não há mais *privacidade*, o *direito à privacidade* só servirá para o acobertamento de ilícitos (COELHO, 2015). Entretanto, não é possível concordar com esses posicionamentos.

Consagrado internacionalmente por meio de tratados de direitos humanos, incorporados ao ordenamento brasileiro, e pela inclusão expressa no texto constitucional, o direito à privacidade vem tendo sua compreensão alterada em razão das novidades tecnológicas cada vez mais imbricadas à realidade social. Antes, a privacidade era vista como o “direito de ser deixado em paz”, colocando a esfera privada em uma posição apartada da vida em sociedade e excluindo do conceito a noção de que esse direito compreende, também, em certa medida, o desenvolvimento das relações entre os seres humanos (LEONARDI, 2012). Atualmente, como esclarece Leonardi (2012, p. 90):

[...] parece haver um consenso doutrinário e jurisprudencial a respeito da necessidade de sua tutela do modo mais amplo possível, ante a caracterização da privacidade como direito de personalidade e como direito fundamental, cuja base é o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado pela Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República [...].

Com base em uma compreensão de privacidade que não mais pode ser aplicada ao âmbito da Internet, alguns autores entendem que a privacidade (enquanto espaço reservado do indivíduo, mas considerado em suas relações com outras pessoas) pode ser mitigada a fim de que se permita a investigação de um delito, enquanto a intimidade seria o âmbito reservado da pessoa, sem repercussão social – portanto, inviolável (ÁVILA; WOLOSZYN, 2017). Mesmo que se adote esse posicionamento, o espelhamento do *WhatsApp Web* violaria a proporcionalidade, visto que invade não apenas as comunicações da pessoa, mas toda sua vida online, colocando o indivíduo em perpétuo temor de vigilância.

Esse estado de vigilância, tão característico da modernidade líquida (BAUMAN, 2013), ameaça também direitos constitucionais como a presunção de inocência, o direito de não autoincriminação e o contraditório e a ampla defesa. Com o monitoramento, em tempo real, das conversas de *WhatsApp*, abre-se caminho para a constante observação das interações entre as pessoas, não importando se há indícios de cometimento de ilícitos ou não, bem como permitindo um registro contínuo de provas acerca de um crime que pode ainda nem ter acontecido.

Além disso, o ato de coleta do aparelho para espelhamento por meio de código QR não é acompanhado da informação, ao suspeito, de que possui o direito de não produzir prova contra si mesmo. O investigado não sabe que suas conversas estão sendo acompanhadas, não sabe que elas podem ser usadas contra ele, não participa da produção da prova de maneira adequada (ou

seja, de maneira que se pudesse afirmar que foram respeitados o contraditório e a ampla defesa). Aliás, apesar de o espelhamento não ser o mesmo que interceptação telefônica, ou mesmo telemática, as considerações acerca do contraditório na produção desta prova podem ser aplicadas também à formação daquela.²

Diante da ameaça que o espelhamento parece representar a direitos constitucionais, importa compreender os argumentos que, mediante a fundamentação de licitude deste meio de prova, acabam por flexibilizar garantias em prol de uma investigação criminal mais eficiente. Por isso o interesse em compreender o posicionamento do Judiciário nesses casos, o que será tratado a seguir.

3. MAPEAMENTO DAS DECISÕES RECURSAIS SOBRE O ESPELHAMENTO VIA WHATSAPP WEB

Diante da recente discussão acerca do espelhamento do conteúdo do *WhatsApp* em sua versão *Web*, que indica a necessidade de reafirmação de jurisprudência pelo STJ (SEXTA..., 2021), verifica-se uma possível recorrência dessa prática a despeito do posicionamento no RHC nº 99.735 (BRASIL, 2018). Nesse sentido, tornou-se relevante averiguar a incidência de casos como esses nos tribunais de segunda instância, bem como os argumentos apresentados nesses julgados.

Para isso, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial analítica, de natureza quantitativa e qualitativa, que adapta os conceitos traçados por Bardin (2011) a respeito da análise de conteúdo à pesquisa de decisões judiciais.³ Trata-se de pesquisa empírica, que difere da mera utilização instrumental de jurisprudência, quando os julgados são buscados sem rigor científico e citados como mais uma forma de comprovação de um argumento (em petições processuais, por exemplo). Por este motivo, considera-se relevante realizar uma breve exposição do percurso metodológico, que precede a apresentação dos resultados quantitativos do estudo (item 3.1) e a posterior análise do conteúdo das decisões encontradas à luz do caso paradigma (item 3.2).

² Para maior aprofundamento acerca dos problemas relacionados ao contraditório nas interceptações telefônicas, sugere-se a leitura de Santoro e Farias (2016).

³ Um estudo nesses moldes já foi realizado em outras oportunidades (SCHIOCCHET; LAZZARETTI, 2015; LAZZARETTI; SCHIOCCHET, 2018), com foco na análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca do direito de não autoincriminação. Tal metodologia também foi replicada em outras pesquisas na área do Direito, como se vê em Novaes (2017).

3.1. Delimitação e Percorso Metodológico da Pesquisa Jurisprudencial

A pesquisa se desenvolveu em três fases. A primeira corresponde a uma pré-análise, seguida de uma exploração do material e, por fim, pelo tratamento dos resultados e interpretações (BARDIN, 2011, p. 132).

Na pré-análise, realiza-se uma “leitura flutuante”, ou seja, um primeiro contato com os documentos que se pretende analisar. A partir dessa primeira leitura, é possível escolher os documentos, constituir o *corpus*, que é o conjunto de documentos que será objeto de análise, e preparar o material. É nesse momento que se delimitam o tempo e o espaço da busca, os termos utilizados, quais tribunais serão pesquisados, além da coleta, sistematização e codificação dos documentos.

Nesta primeira fase da pesquisa, decidiu-se por uma análise abrangente, que incluísse todos os tribunais recursais dos âmbitos da Justiça Federal e da Justiça Estadual. Assim, foram consultados julgados de cinco Tribunais Regionais Federais e 26 Tribunais de Justiça, por meio dos seus sistemas oficiais de pesquisa de jurisprudência na Internet. A intenção com uma pesquisa tão ampla era localizar casos de espelhamento do *WhatsApp* na versão *Web* no Brasil, possibilitando uma compreensão da dimensão do problema e da ocorrência dessa prática em todos os Estados da Federação.

Quanto ao recorte temporal, também se optou por uma pesquisa ampla, de natureza exploratória.⁴ Assim, o único limite nesse aspecto foi a data de realização da pesquisa, que ocorreu em março de 2021. Buscou-se, neste ponto, identificar se os casos de espelhamento chegaram aos tribunais antes ou depois da publicação do acórdão do RHC nº 99.735, do STJ (BRASIL, 2018).

Ainda na fase de pré-análise, foram estabelecidas regras de exclusão de resultados. Decidiu-se pela eliminação, de plano, de julgados que: 1) não tivessem no campo “ementa” nenhum indício de relação com o aplicativo *WhatsApp* e seu espelhamento; 2) fossem classificados como de natureza cível, consumerista ou outra área do Direito diversa da criminal; 3) não apresentassem nenhum texto na “ementa”; 4) se referissem ao mesmo número de processo.

Inicialmente, foram utilizados os seguintes termos de busca: espelhamento *WhatsApp*; *WhatsApp Web*; espelhamento; *WhatsApp*. Dependendo do sistema de busca de cada tribunal,

⁴ Mencionada por Laurence Bardin como uma análise “para ver o que há” (BARDIN, 2011, p. 133).

verificou-se, em alguns casos, a necessidade de uso de aspas ou dos Operadores Booleanos.⁵ Com estes termos, foram localizados 255 julgados. Com a aplicação das regras de exclusão, restaram 28 acórdãos.

Depois desta busca, passou-se à segunda fase da pesquisa, com a exploração do material encontrado e filtrado, visando verificar a aderência dos julgados localizados ao tema da pesquisa e a possibilidade de análise de seu conteúdo de maneira mais aprofundada. Percebeu-se, com a leitura dos acórdãos localizados, que, dos 28 julgados selecionados, apenas 5 tinham correspondência com o objeto da pesquisa.⁶

Desta primeira leitura, também se vislumbrou a possibilidade de mais um termo de busca: monitoramento *WhatsApp*. Foi realizada uma nova busca, em todos os tribunais, nos mesmos moldes da pesquisa anterior. No total, a pesquisa com o novo termo resultou em 385 acórdãos.⁷ Aplicados os critérios de exclusão, restou 1 julgado compatível com a temática estudada neste artigo.

Considerando-se todos os termos de busca e a filtragem dos resultados na segunda fase da pesquisa, tem-se um total de 6 acórdãos que focam na temática do espelhamento do aplicativo *WhatsApp* na *Web* pela polícia. Destes, 5 foram localizados no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) e 1 foi encontrado no TJSC.

A terceira fase do estudo realizado consiste na análise dos argumentos das decisões localizadas e filtradas, em cotejo com o caso paradigma selecionado (o RHC nº 99.735 do STJ) (BRASIL, 2018). Deste modo, a sintetização, seleção e discussão dos achados da pesquisa jurisprudencial analítica será feita no ponto a seguir.

⁵ São operadores lógicos que definem a relação entre termos de busca em uma pesquisa (PESQUISA..., 2018). Os mais utilizados nos mecanismos dos tribunais são: e (por meio do qual os resultados devem conter todos os termos pesquisados); ou (que apresenta julgados contendo pelo menos um dos termos); não (que exclui determinada palavra da pesquisa) (OPERADORES..., [2021?]).

⁶ Importante mencionar que, dentro dos 28 acórdãos encontrados com essa busca, foram localizados 2 julgados potencialmente relacionados ao tema no TJSC. Havia especial interesse na análise desses julgados, porquanto é do TJSC que se originou o RHC nº 99.735/SC, julgado pelo STJ. Entretanto, não foi possível acessar o inteiro teor de ambas as decisões, por problemas com o sistema do Tribunal.

⁷ Neste caso, teve-se a seguinte peculiaridade: o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRT4) apresentaram resultados de 376 e 474 julgados com essa busca, respectivamente. Com uma análise superficial já se pôde constatar a ausência dos termos de busca na maioria dos julgados encontrados. Por isso, nestes dois tribunais, a pesquisa foi refeita utilizando o campo de busca “ementa”. Somente este resultado foi considerado para a contabilização de achados com o termo.

4. A LEGITIMAÇÃO JUDICIAL DO MONITORAMENTO DE MENSAGENS VIA WHATSAPP WEB

A partir da análise do conteúdo dos seis acórdãos localizados na busca de jurisprudência, foi possível identificar alguns argumentos utilizados para defender o espelhamento do *WhatsApp Web* pela polícia nas investigações. Alguns juízes afirmam que essa ação é possível porque é equiparável ao instituto da interceptação telefônica, outros posicionam-se pela validade desse meio de obtenção de prova por estar inclusa no que se chama de ação controlada. Também foi localizado um caso em que se entendeu pela possibilidade de ilicitude da prática, mas somente se o réu comprovar o acesso indevido por parte da polícia.

4.1. A Equiparação do Espelhamento do *WhatsApp Web* à Interceptação Telefônica ou Telemática

A argumentação mais utilizada para justificar a autorização do espelhamento do *WhatsApp* em computadores pela polícia é a de que essa ação é equivalente à interceptação telemática. Dos 6 julgados analisados, 4 consistem em apelações criminais que visavam reformar sentenças em que a prova colhida por esse meio fora considerada lícita por ser considerada quebra legítima de sigilo das comunicações. Todos os acórdãos são originários do TJMG e provenientes de fatos ocorridos em uma mesma comarca, a de Ponte Nova, e foram no sentido de que não é possível tal equiparação.

Nas apelações criminais nº 1.0521.18.010180-5/001, julgada em 17 de setembro de 2020 (MINAS GERAIS, 2020b), e nº 1.0521.18.008825-9/001, julgada em 25 de fevereiro de 2021 (MINAS GERAIS, 2021a), o desembargador Matheus Chaves Jardim relata que foram autorizadas, em sede de primeiro grau, uma série de operações de inteligência para investigar suposta associação criminosa para o tráfico de drogas, dentre elas: ação controlada, interceptação telefônica e quebra de sigilo das comunicações. Em conjunto com as medidas adotadas em conformidade com a Lei nº 9.296/96 (Lei de Interceptação Telefônica) (BRASIL, 1996), também foi permitido o espelhamento do *WhatsApp* para monitoramento das conversas realizadas por esse meio.

O mesmo procedimento se vê nas apelações criminais nº 1.0521.18.008827-5/001 (MINAS GERAIS, 2020a) e nº 1.0521.18.010189-6/001 (MINAS GERAIS, 2020c), ambas julgadas em 26 de novembro de 2020, de relatoria da desembargadora Valéria Rodrigues Queiroz. Nesses dois acórdãos, é possível vislumbrar a determinação do primeiro grau para realização do espelhamento, como apresentado no trecho abaixo:

O Magistrado de primeiro grau, depois de deferir a ação controlada, a interceptação telefônica e a quebra de sigilo telemático, deferiu ‘a quebra de sigilo telemático por meio de espelhamento de aplicativo de comunicação’ (fls.131/132), sob o fundamento de que ‘as investigações demonstram a existência de sérias suspeitas sobre os investigados integrarem organização criminosa, que atuam no tráfico de drogas e comércio de armas de fogo’ (MINAS GERAIS, 2020a, p. 5).

Verifica-se que todos estes casos foram julgados depois da data do julgamento do RHC nº 99.735/SC do STJ (BRASIL, 2018) e possuem citações desse precedente em seus votos. Além disso, todos eles utilizam o mesmo fundamento apresentado pelo STJ para determinar o desentranhamento de todas as provas obtidas por meio do espelhamento do *WhatsApp*: a impossibilidade de analogia com o instituto da interceptação telefônica ou telemática.

De acordo com o STJ (BRASIL, 2018), há três pontos fundamentais de diferenciação entre o espelhamento e a interceptação. Primeiro, na interceptação o investigador atua meramente como observador, ao passo que, ao realizar o espelhamento, ele passa a ter a possibilidade de agir em nome do acusado, enviando ou apagando mensagens sem qualquer vestígio ou possibilidade de identificação do responsável. Segundo, a interceptação só pode ter efeitos *ex nunc*, enquanto o espelhamento de um aplicativo de mensagens fornece acesso a conversas realizadas no passado, antes da autorização judicial para o afastamento do sigilo das comunicações (efeitos *ex tunc*). E, terceiro, enquanto a interceptação permite o acompanhamento da comunicação do suspeito sem necessidade de contato ou autorização do indivíduo, o espelhamento do *WhatsApp* requer uma abordagem e a concordância do investigado em fornecer o aparelho celular e o QR Code.

Toda essa argumentação é utilizada pelos julgados do TJMG. A diferença entre eles está na decisão acerca da consequência da constatação da ilicitude da prova obtida por meio do espelhamento. O desembargador Matheus Chaves Jardim, nos dois casos analisados, determinou o desentranhamento da prova ilícita e decretou a nulidade da sentença, deixando de se pronunciar sobre o mérito do processo, ou seja, sem condenar ou absolver os réus (MINAS GERAIS, 2020b; 2021a).

A desembargadora Valéria Rodrigues Queiroz, por sua vez, entende que é necessário reconhecer a nulidade da prova, mas que isso não implica em nulidade da sentença. No caso em que havia outras provas no processo, colhidas de maneira lícita, ela se posicionou pela manutenção da condenação (MINAS GERAIS, 2020a). Por outro lado, não sendo a condenação sustentada em nenhuma outra prova adequadamente produzida, o entendimento da desembargadora foi no sentido de absolver o réu em grau recursal (MINAS GERAIS, 2020c).

4.2. A Legitimação do Espelhamento do *WhatsApp Web* no Combate ao Crime Organizado

Vencidas as divergências a respeito da equiparação do espelhamento via *Whatsapp Web* e interceptação telefônica, foi identificada uma única decisão que justifica a licitude da prova assentando-se, essencialmente, no seguinte argumento: “não se trata de aplicação analógica dos institutos da Lei de Interceptação Telefônica (Lei n. 9.296/96), mas de incidência de regramento próprio, **destinado a otimizar o combate à criminalidade**” (MINAS GERAIS, 2021b, grifo nosso).

O TJMG, em apelação nº 1.0521.18.009416-6/001 (MINAS GERAIS, 2021b), acolheu a preliminar de nulidade das provas obtidas mediante o espelhamento de *WhatsApp Web*, contra sentença que julgou procedente a pretensão punitiva para condenar o apelante e o corréu por associação criminosa (artigo 35 da Lei nº 11.343/06) e reincidência delitiva (artigo 61, I, do Código Penal). O regulamento próprio, a que se refere o juízo de primeiro grau, teria relação com a “ação controlada”, concedida judicialmente, prevista na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), no Decreto nº 5.015/04 (Convenção de Palermo contra o Crime Organizado) e na Lei nº 12.850/13 (Lei de Crime Organizado) (BRASIL, 2006; 2004; 2013). Alega-se que, neste fundamento legal, o monitoramento de mensagens via *WhatsApp Web* encontraria sua legitimidade.

A ação controlada consiste em uma relativização do artigo 301 do Código de Processo Penal, que prevê que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (BRASIL, 1941). Trata-se da possibilidade de um flagrante diferido no tempo, isto é, retarda-se a intervenção policial frente ao crime configurado para, a partir de seu acompanhamento, avançar nas investigações e efetuar o flagrante em momento mais adequado para a formação do conjunto probatório (ANSELMO, 2017). É utilizada, sobretudo, na investigação de tráfico internacional de drogas ou na distribuição ou passagem transnacional de substâncias ilícitas (BRÁS, 2016).

A legislação pátria prevê a possibilidade de ação controlada no artigo 8º da Lei nº 12.850/13, que revogou a Lei nº 9.034/95, para o combate de organizações criminosas ou a ela vinculada, devendo ser “previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério” (artigo 8º, §1º), mantendo os autos em regime de sigilo (BRASIL, 2013). Também a Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) prevê que, para a persecução dos crimes nela previstos, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, seja autorizada a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituídas por órgãos especializados (artigo 53, I) e a não atuação policial sobre portadores

de drogas (ou componentes utilizados na sua produção), que se encontrem no Brasil, para responsabilizar o maior número possível de integrantes de tráfico e distribuição de entorpecentes (artigo 53, II) (BRASIL, 2006).

A motivação da sentença reformada pelo TJMG residia nos seguintes pressupostos: “[...] se a legislação autoriza até mesmo a infiltração de agentes (atuação maior) não há vedação legal à técnica de espelhamento de aplicativos de mensagens (atuação menor)” (MINAS GERAIS, 2021b) e “a autorização de espelhamento de aplicativo de mensagens no bojo de ação controlada judicialmente deferida, constitui técnica válida de investigação criminal, porquanto fundada nos meios extraordinários de investigação de organizações criminosas” (MINAS GERAIS, 2021b).

A sentença refutada também legitimou o espelhamento via *WhatsApp Web* pelo artigo 20 do Decreto nº 5.015/04 (Convenção de Palermo contra o Crime Organizado),⁸ que faculta aos Estados-parte a utilização técnicas especiais de investigação para o exercício da ação controlada (ou “entrega vigiada”), que inclui a “vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância”, bem como operações de infiltração, tudo para combater as organizações criminosas de forma eficaz (BRASIL, 2004).

A tese da licitude da prova obtida por espelhamento do aplicativo *WhatsApp* com respaldo na “efetividade do combate ao crime organizado”, mediante ação controlada, não foi reconhecida pelo TJMG. Os seguintes argumentos foram utilizados para refutar a legalidade desse procedimento: a violação de direitos constitucionais, tais como a intimidade, a vida privada (artigo 5º, X, CF/88) e o sigilo das comunicações (artigo 5º, XII, CF/88) (BRASIL, 1988); a atividade probatória excessiva e indiscriminada, à qual atribui-se o caráter de *fishing expeditions* (por ser especulativa e randômica); e a impossibilidade de se tratar analogicamente o espelhamento a interceptação telefônica, como já retratado no subcapítulo 4.1. (MINAS GERAIS, 2021b). Ao constatar a ilicitude da prova, e todas as informações que dela derivam, a desembargadora absolveu o apelante e estendeu seus efeitos ao corréu.

⁸ Artigo 20. Técnicas especiais de investigação 1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, **adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.** (...) 4. As entregas vigiadas a que se tenha decidido recorrer a nível internacional poderão incluir, com o consentimento dos Estados Partes envolvidos, métodos como a interceptação de mercadorias e a autorização de prosseguir o seu encaminhamento, sem alteração ou após subtração ou substituição da totalidade ou de parte dessas mercadorias (BRASIL, 2004, grifo nosso).

4.3 A Comprovação do Acesso Ilícito ao WhatsApp Web e a Produção de Prova Diabólica

Por fim, o único julgado ao qual se pôde acessar na íntegra pelo sistema do TJSC foi o Habeas Corpus nº 0002496-66.2017.8.24.0000. Este acórdão, de 15 de fevereiro de 2018, apresenta posicionamento contrário ao firmado pelo STJ no RHC nº 99.735/SC, embora seja relevante notar que foi publicado antes da decisão da Sexta Turma do STJ, datada de 27 de novembro de 2018. No caso do tribunal catarinense, houve acesso remoto ao *WhatsApp* da paciente por parte da Polícia Militar, como se vê no seguinte trecho:

De outra parte, vê-se que o impetrante busca ver reconhecida ilicitude na atuação da Polícia Militar. Segundo ele, dias antes da prisão, os milicianos clonaram a senha de whatsapp do celular da paciente. Conforme o impetrante, eles utilizaram essa senha para acionar remotamente mencionado aplicativo e, com isso, monitorar indevidamente a paciente, até o momento do flagrante. [...] De mesma forma, o impetrante ressalta teor do interrogatório judicial da paciente. Nele, essa relatou que, dias antes dos fatos, foi abordada pela Polícia Militar. Disse, ainda, que, em uma dessas abordagens, dois Policiais Militares à paisana exigiram que entregasse seu telefone celular. Mencionou, enfim, que os Policiais mexeram no aparelho, o devolveram e foram embora (fl. 219, gravação audiovisual, autos principais) (SANTA CATARINA, 2018, p. 5-6).

Entretanto, diferentemente dos casos acima analisados (mais recentes e julgados pelo TJMG), o desembargador Jorge Schaefer Martins decidiu por não reconhecer a ilegalidade da prova produzida por meio do acesso às conversas da ré via espelhamento do *WhatsApp*. Citando diversas decisões da juíza de primeira instância, que autorizaram a expedição de ofícios ao *Facebook* e ao *WhatsApp*, visando obtenção de registro de acesso ao aplicativo de mensagens (todos malsucedidos, visto que as empresas não armazenam esses dados em seus servidores), o desembargador entende que não há como provar que os policiais acessaram o sistema de comunicação da paciente.

Em outras palavras, não foi reconhecida a ilicitude da prova colhida por meio do acesso sorrateiro ao WhatsApp Web da paciente, sob afirmação de que ela não teria provado (e nem o poderia fazer em sede de habeas corpus) que houve efetivamente espelhamento das suas mensagens no aplicativo (SANTA CATARINA, 2018). É o que a decisão do STJ chama de “prova diabólica”, como já visto no item 2.1 deste artigo, eis que não é possível realizar perícia nas informações coletadas por meio do espelhamento (BRASIL, 2018).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O espelhamento via *WhatsApp Web* diferencia-se essencialmente da interceptação telefônica porque, nesta, o agente policial atua como mero observador e, naquela, o

emparelhamento do celular do acusado com um computador possibilita que a autoridade pública atue *em nome* do acusado e sem deixar quaisquer rastros de sua atuação. Embora o STJ se posicione de maneira contrária à utilização deste meio de prova, qualificando-a como “diabólica” dada a impossibilidade de se comprovar eventual adulteração de vestígios, observa-se decisões de primeira instância que legitimam esse meio probatório.

A prova obtida pelo monitoramento de *WhatsApp Web* restou autorizada, sob o fundamento de que (I) equipara-se à quebra de sigilo telemático (onde já há a flexibilização dos direitos constitucionais à privacidade e intimidade, e a inviolabilidade de comunicações); (II) a vigilância eletrônica é permitida no bojo da ação controlada, para enfrentar o crime organizado; (III) ausente comprovação da defesa de que houve efetiva adulteração da prova. Nota-se uma desmedida relativização de garantias constitucionais e a arbitrariedade na disposição de aparatos tecnológicos para a vigilância do indivíduo, ressalvada no anseio de combate à criminalidade e na inversão do ônus probatório (a defesa é quem deve provar sua inocência).

Os resultados deste exame evidenciam a não observância de direitos constitucionais, notadamente o (I) da presunção de inocência, segundo a qual a prova da culpa do indivíduo incumbe à acusação; (II) o de não produzir prova contra si mesmo, que implica na ciência de situação de vigilância; (III) de privacidade e intimidade, que protege o indivíduo de não ser submetido ao monitoramento indiscriminado de suas ações; e (IV) de inviolabilidade das comunicações, à exceção de interceptação autorizada, caso em que o agente público atua como mero observador. Alerta-se aos perigos da discricionariedade na relativização destes direitos, considerando as possibilidades de controle e vigília ampliadas pela expansão tecnológica.

Por fim, um aspecto a considerar, a partir da análise dos acórdãos encontrados na pesquisa quantitativa, é o número surpreendentemente pequeno e concentrado de casos que chegam ao segundo grau de jurisdição envolvendo o espelhamento de conversas do *WhatsApp*. Pode-se traçar algumas especulações relacionadas ao motivo, como a não ocorrência dessa prática em todo o país ou o desconhecimento, pelos sujeitos processuais, acerca dos métodos tecnológicos envolvidos. Nesse último ponto, inclui-se a ausência de alegação, pela defesa, da nulidade da prova obtida por esses meios – o que levaria a crer em um certo enraizamento e normalização por parte da comunidade jurídica – e a dificuldade dos magistrados em descrever o espelhamento em uma decisão colegiada. Entretanto, os reais motivos para uma expressividade tão baixa de julgados sobre o tema carecem de maior investigação, o que se deixa como sugestão para análises futuras.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. A ação controlada e a intervenção da polícia judiciária. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 maio 2017. Disponível em: <https://cutt.ly/xcmYoNs>. Acesso em: 03 abr. 2021.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; WOLOSZYN, André Luis. A tutela jurídica da privacidade e do sigilo na era digital: doutrina, legislação e jurisprudência. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 3, p. 167-200, set./dez. 2017.

BARBOSA, Letícia Gouveia de Oliveira. A imprescindível separação entre as fases judiciais: seriam as varas de inquérito policial o juízo de garantias “à brasileira”? *In*: CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA). **Desafiando a inquisição**: Ideias e propostas para a reforma processual penal no brasil. Santiago de Chile: CEJA, 2020. v. 4. p. 11-22.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Almedina Brasil, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BRÁS, José. **Investigação criminal**: a organização, o método e a prova: os desafios da nova criminalidade. 3. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016.

BRASIL. **[Constituição (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 5.014, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: <https://cutt.ly/hcmYz1M>. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: <https://cutt.ly/FcmTZKD>. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. **Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <https://cutt.ly/4cmTNf9>. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: <https://cutt.ly/7cmYMbo>. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 12 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF:

Presidência da República, 2013. Disponível em: <https://cutt.ly/qcmYSyr>. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: <https://cutt.ly/KcmJVSW>. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso em Habeas Corpus nº 99.735 Santa Catarina**. Recurso ordinário em habeas corpus. Penal e processo penal. Tráfico de drogas e associação ao tráfico. Autorização judicial de espelhamento, via whatsapp web, das conversas realizadas pelo investigado com terceiros. Analogia com o instituto da interceptação telefônica. Impossibilidade. Presença de disparidades relevantes. Ilegalidade da medida. Reconhecimento da nulidade da decisão judicial e dos atos e provas dependentes. Presença de outras ilegalidades. [...]. Recorrentes: A C DA C, D C DA C. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 27 de novembro de 2018. Disponível em: <https://cutt.ly/YcmT6m3>. Acesso em: 03 abr. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. O direito à privacidade no Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). **Direito & Internet III**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. 1: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).

GOMES, Helton Simões. Criado em 2009, WhatsApp cresceu mais rápido que Facebook em 4 anos. In: G1. São Paulo, 20 fev. 2014. Disponível em: <https://cutt.ly/5cmHgKK>. Acesso em: 1 abr. 2021.

LAZZARETTI, Bianca Kaini; SCHIOCCHET, Taysa. Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: uma análise do direito de não autoincriminação a partir da jurisprudência do STF. In: SCHIOCCHET, Taysa; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. **Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal**: ensaios a partir do Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018. p. 87-118.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATILDA, Janaína. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. **IBCCRIM**, São Paulo, 29 maio 2020. Disponível em: <https://cutt.ly/ycmYuV1>. Acesso em: 03 abr. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 1.0521.18.008825-9/001**. Apelação criminal. Tráfico de drogas. Autorização judicial de espelhamento do aplicativo WhatsApp Web. Analogia com o instituto da interceptação telefônica. Impossibilidade [...]. 2ª Câmara Criminal. Comarca de Ponte Nova. Apelantes: Andreza Marina Ferreira; Gabriel Gomes Junior; Ericksson Bergamini Ribeiro; Rômulo Willer Lopes Flausino. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Matheus Chaves Jardim, 25 de fevereiro de 2021a. Disponível em: <https://cutt.ly/ecmTiVE>. Acesso em: 4 abr. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 1.0521.18.008827-5/001**. Apelação criminal. Tráfico de drogas. Espelhamento via “WhatsApp Web”. Meio de prova ilegal. Desrespeito a princípios constitucionais. Ocorrência [...]. 2ª Câmara Criminal. Comarca de Ponte Nova. Apelante: Peterson Rodrigues Salgueiro. Apelado: Ministério Público do

Estado de Minas Gerais. Relatora: Des. Valéria Rodrigues Queiroz, 26 de novembro de 2020a. Disponível em: <https://cutt.ly/kcmTaSV>. Acesso em: 4 abr. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 1.0521.18.009416-6/001**. Apelação criminal - associação para o tráfico - espelhamento via "whatsapp web" - meio de prova ilegal - desrespeito a princípios constitucionais - ocorrência - nulidade das provas obtidas pelo espelhamento e em decorrência dele - necessidade - absolvição [...]. 2ª Câmara Criminal. Comarca de Ponte Nova. Apelante: Gabriel Gomes Junior. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relatora: Des. Valéria Rodrigues Queiroz, 19 de fevereiro de 2021b. Disponível em: <https://cutt.ly/vcmYdSi>. Acesso em: 4 abr. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 1.0521.18.010180-5/001**. Apelação criminal. Tráfico de drogas. Autorização judicial de espelhamento do aplicativo WhatsApp Web. Analogia com o instituto da interceptação telefônica. Impossibilidade [...]. 2ª Câmara Criminal. Comarca de Ponte Nova. Apelante: Rômulo Willer Lopes Flausino. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Matheus Chaves Jardim, 17 de setembro de 2020b. Disponível em: <https://cutt.ly/pcmTtH6>. Acesso em: 4 abr. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 1.0521.18.010189-6/001**. Apelação criminal. Tráfico de drogas. Espelhamento via “WhatsApp Web”. Meio de prova ilegal. Desrespeito a princípios constitucionais. Ocorrência [...]. 2ª Câmara Criminal. Comarca de Ponte Nova. Apelante: Gabriel Gomes Junior. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relatora: Des. Valéria Rodrigues Queiroz, 26 de novembro de 2020c. Disponível em: <https://cutt.ly/2cmTf9i>. Acesso em: 4 abr. 2021.

NOVAES, Maria Eduarda Skroski de. **A despatologização das pessoas trans: uma análise de decisões do direito à identidade de gênero**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <https://cutt.ly/fcmRT2S>. Acesso em: 1 abr. 2021.

OPERADORES lógicos, operadores de proximidade e símbolos auxiliares. In: STJ. Brasília, DF, [2021?]. Disponível em: <https://cutt.ly/KcmRDxX>. Acesso em: 1 abr. 2021.

PESQUISA com Operadores Booleanos. In: EBSCO Connect. [S. l.], 28 nov. 2018. Disponível em: <https://cutt.ly/3cmROfN>. Acesso em: 1 abr. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus (criminal) n. 0002496-66.2017.8.24.0000**. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006. Prisão em flagrante. Conversão em preventiva [...]. 5ª Câmara Criminal. Comarca de Palhoça. Impetrante: Fabio Venicio Vieira. Paciente: Fernanda Pedroso Baida. Relator: Des. Jorge Schaefer Martins, 15 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://cutt.ly/4cmTjYg>. Acesso em: 4 abr. 2021.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; FARIAS, Francisco Ramalho Ortigão. Os “hermeneutas dos grampos”: uma disfuncionalidade epistêmica. **Conpedi Law Review**, Oñati, v. 2, n. 1, p. 163-180, jan./jun. 2016.

SCHIOCCHET, Taysa; LAZZARETTI, Bianca Kaini. DNA databases for criminal prosecution purposes: an analysis of the privilege against self-incrimination from jurisprudence of the brazilian higher courts. In: CONGRESSO DO MESTRADO EM

DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASSALLE, 1., 2015, Canoas. **Anais eletrônicos [...]**. Canoas: Unilassalle, 2016. p. 3494-3508. Disponível em: <https://cutt.ly/ecmRNAB>. Acesso em: 1 abr. 2021.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SEXTA Turma reafirma invalidade de prova obtida pelo espelhamento de conversas via WhatsApp Web. *In*: STJ Notícias. Brasília, DF, 9 mar. 2021. Disponível em: <https://cutt.ly/AcmRmQa>. Acesso em: 1 abr. 2021.

SILVA NETO, Amaro Moraes e. **Privacidade na internet**: um enfoque jurídico. Bauru: EDIPRO, 2001.