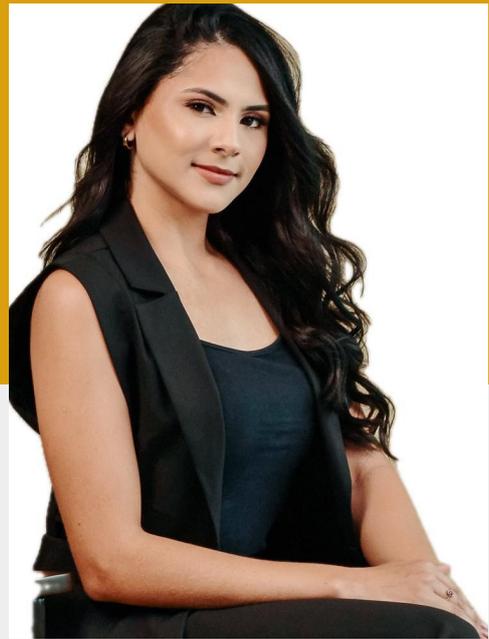


# DESAFIOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL FRENTE ÀS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO: Análise do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 99.735/SC

Gláucia Cristina Oliveira Gomes<sup>1</sup>



**RESUMO:** A expansão da internet e a popularização dos smartphones tornou mais vulnerável a intimidade dos indivíduos no meio digital, e isso inspira a criação de ferramentas tecnológicas aptas a conferir maior confidencialidade aos usuários nesse meio. Como consequência, os responsáveis pelas investigações criminais são desafiados a inovar nas técnicas investigativas, em prol da eficiência das investigações, uma vez que, não raro, as comunicações pessoais no meio eletrônico possuem relação com a prática de infrações penais. Na mesma medida, o Poder Judiciário assume a incumbência de impor limites à legitimidade de tais atos, a fim de evitar máculas à eventual persecução em juízo. O presente artigo avaliou a relação entre direitos fundamentais e efetividade das investigações criminais na era digital. Para tanto, em um primeiro momento, discutiu-se a proteção conferida à vida privada e ao sigilo das comunicações frente aos avanços tecnológicos, assim como a influência das inovações tecnológicas na tarefa investigativa. Posteriormente, examinou-se a investigação criminal sob a ótica constitucional e analisou-se a decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 99.735/SC. Realizou-se pesquisa exploratória, com o emprego dos procedimentos bibliográfico e de análise de caso, a fim de contemplar os elementos fáticos e normativos que permearam a decisão analisada neste trabalho. Ao final, apresentaram-se as considerações finais, abordando a relevância do controle judicial das inovações na atividade investigativa, o qual deve adotar a observância dos direitos fundamentais do indivíduo investigado como parâmetro para aferição da legitimidade dos atos da investigação.

**Palavras-chave:** Avanços tecnológicos. Sigilo das comunicações. Efetividade das investigações.

## CHALLENGES OF CRIMINAL INVESTIGATION AGAINST TECHNOLOGICAL INNOVATIONS IN THE MEDIA: Analysis of the Ordinary Appeal in Habeas Corpus n.º 99.735/SC

**ABSTRACT:** The expansion of the Internet and the popularization of smartphones has made the intimacy of individuals in the digital environment more vulnerable, and this inspires the creation of technological tools capable of giving greater confidentiality to users in this environment. As a consequence, those responsible for criminal investigations are challenged to innovate in investigative techniques, in favor of the efficiency of investigations, because, not infrequently, personal communications in the electronic environment are related to the practice of criminal offenses. To the same extent, the judiciary assumes the task of imposing limits on the legitimacy of such acts, in order to avoid stains

<sup>1</sup> Graduada em Direito pelo Centro Universitário UniFG, pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Brasileira de Direito, pós-graduanda em Direito do Estado pela Faculdade Supremo, Escrivã da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais.

to the possible prosecution in court. This article evaluated the relationship between fundamental rights and effectiveness of criminal investigations in the digital age. To do so, at first, we discussed the protection given to private life and the secrecy of communications in the face of technological advances, as well as the influence of technological innovations in the investigative task. Subsequently, the criminal investigation was examined from the constitutional point of view and the decision issued by the Superior Court of Justice was analyzed in the trial of the Ordinary Appeal in Habeas Corpus n.º 99.735/SC. Exploratory research was carried out, with the use of bibliographic procedures and case analysis, in order to contemplate the factual and normative elements that permeated the decision analyzed in this work. At the end, the final considerations were presented, addressing the relevance of judicial control of innovations in investigative activity, which must adopt the observance of the fundamental rights of the investigated individual as a parameter for measuring the legitimacy of the acts of the investigation.

**Key words:** Technological advances. Confidentiality of communications. Effectiveness of investigations.

## Introdução

A Constituição Federal estabelece como regra a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, somente admitindo o afastamento de tal direito fundamental para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, mediante expressa ordem judicial. A Lei n.º 9.296/1996, denominada Lei de Interceptações Telefônicas, foi editada para regulamentar a referida norma constitucional, sobretudo a ressalva nela contida.

As ferramentas empregadas nas comunicações pessoais passam por constantes evoluções, que as tornam mais velozes e multifuncionais. Nesse contexto, após a expansão do uso da internet, diversas aplicações surgem com a finalidade de dinamizar o processo comunicativo. Atento a isso, o legislador ordinário consagrou que o âmbito de aplicação da Lei n.º 9.296/1996 inclui as comunicações mantidas tanto por meio telefônico quanto por meio de sistemas de informática e telemática, realidade não vislumbrada à época da elaboração da Lei Maior.

Por certo, as novas ferramentas de comunicação disponíveis acrescentam complexidade à proteção da esfera de intimidade dos indivíduos, uma vez que é comum que dados e informações pessoais sejam inseridos nos dispositivos eletrônicos de comunicação pessoal. Por essa razão, a busca pelo sigilo e pela integridade

das comunicações travadas no meio eletrônico conferiu bases ao desenvolvimento de ferramentas tecnológicas voltadas a essa finalidade, a exemplo da criptografia de ponta a ponta recentemente disponibilizada no *Whatsapp*, aplicativo de conversações amplamente utilizado pelos indivíduos em suas comunicações pessoais na atualidade.

Entretanto, não se pode olvidar que tais ferramentas tecnológicas são também utilizadas para práticas espúrias, considerando que, não raro, comunicações travadas por meio de sistemas de informática e telemática, acessíveis por meio de *smartphones*, possuem relação com o cometimento de infrações penais. Nessa toada, é inegável que os aparelhos celulares passam a ser de especial interesse para a atividade investigativa.

Com efeito, à medida que surgem inovações tecnológicas no campo comunicativo, novos desafios são lançados à tarefa investigativa, uma vez que o sistema de *civil law*, sobre o qual se funda a tradição jurídica brasileira, exige a pormenorizada normatização dos procedimentos relacionados aos meios de obtenção de prova na seara criminal. Todavia, a velocidade com que tais avanços surgem não é acompanhada pelo legislador pátrio, o que demanda maior controle judicial sobre as alternativas adotadas na atividade investigativa em nome da preservação da eficiência das investigações.

Nesse ponto, por meio do Recurso em *Habeas Corpus* n.º 99.735/SC, em 2018, o Superior Tribunal de Justiça foi instado a analisar a legitimidade da utilização da ferramenta disponível no aplicativo *Whatsapp* para o espelhamento de conversas mantidas pelo indivíduo investigado, via *QR code*, durante investigação criminal.

Diante de tais aspectos, indaga-se sobre os limites jurídicos impostos à tarefa investigativa diante dos constantes avanços tecnológicos surgidos no âmbito das comunicações pessoais.

O presente artigo intenta avaliar a relação entre direitos fundamentais e efetividade das investigações criminais na era digital. Para tanto, em um primeiro momento, objetiva-se discutir a proteção conferida à vida privada e ao sigilo das comunicações frente aos avanços tecnológicos, assim como a influência das inovações tecnológicas na tarefa investigativa. Posteriormente, busca-se examinar a investigação criminal sob a ótica constitucional e analisar a decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 99.735/SC. Ao final, teceram-se as considerações finais do estudo, havendo sido abordada a relevância do controle judicial das inovações na atividade investigativa, o qual deve adotar a observância dos direitos fundamentais do indivíduo investigado como parâmetro para aferição da legitimidade dos atos da investigação.

O método científico indutivo foi empregado para o desenvolvimento desta pesquisa, uma vez que se parte da observação de questões particulares atinentes ao objeto do estudo, tendendo à generalização. Quanto à abordagem, a pesquisa assumiu caráter qualitativo. Para alcançar os objetivos propostos, realizou-se pesquisa exploratória, empregando-se os procedimentos bibliográfico e análise de caso, a fim de explorar os elementos fáticos e normativos enfrentados pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 99.735/SC.

A legitimidade de toda a persecução penal é condicionada à irrestrita preservação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Lado outro, a

fase investigativa da persecução, inevitavelmente, implica restrições a tais direitos. Desse modo, torna-se relevante analisar em que medida é possível assegurar a existência de uma investigação criminal eficiente e, ao mesmo tempo, respeitadora dos direitos fundamentais do investigado, sobretudo no contexto dos constantes avanços tecnológicos no meio comunicativo.

## 1 Vida privada e sigilo das comunicações na era tecnológica

A sociedade contemporânea experimentou profundas modificações a partir da expansão da Internet nos anos 1990. Observa Pinheiro (2016) que a força revolucionária dessa ferramenta deve-se, em grande medida, à multicomunicação, compreendida como a transmissão de texto, voz e imagem, aliada à crescente velocidade de obtenção de respostas. Na visão da autora, tais aspectos contribuem sobremaneira para a transformação do modo de relacionamento interpessoal.

Por certo, o efeito transformador promovido pela Internet torna-se ainda mais evidente quando se compara a dinâmica do processo de comunicação em diferentes meios: analógico e digital. Sobre o tema, leciona Hoch (2017, p.20) que, ao passo que, na forma analógica de comunicação, as informações são transmitidas unilateralmente entre emissor e receptor, o meio digital possibilita maior interatividade e, como consequência, aumentam-se “[...] a forma, as possibilidades e a dimensão do processo comunicativo, muitas vezes sem que o indivíduo perceba”.

Ao lado da expansão da Internet, a popularização dos telefones móveis contribuiu para a evolução dos meios de comunicação, que passam a ser cada vez mais dinâmicos, velozes e multifuncionais, em razão da facilidade do acesso à rede por intermédio desses aparelhos. Observa-se que os *smartphones* – compreendidos como dispositivos eletrônicos que agregam as funcionalidades de um telefone celular e de um computador – são largamente utilizados pelos indivíduos para a execução de tarefas cotidianas, de

forma que neles são inseridos dados e informações atinentes à intimidade e à vida privada de seus utilizadores.

Nesse contexto, alerta Hoch (2017, p.22) que a crescente utilização de ferramentas tecnológicas no âmbito das comunicações pessoais torna “[...] mais complexa a proteção da intimidade dos indivíduos, já que essa fica vulnerável também nesses dispositivos”.

Com efeito, a relação existente entre inovações tecnológicas e direitos fundamentais afigura-se potencialmente conflituosa, na medida em que aquelas tendem a sofrer sucessivas mudanças, enquanto estes se caracterizam pela perenidade e estabilidade. Nada obstante essa intrincada correlação, é certo que os avanços tecnológicos devem ser empregados como meios para a consecução dos direitos fundamentais, de modo que a legitimidade de sua utilização está condicionada à observância de tais direitos (SOARES, 2015).

Nesse cenário, é relevante compreender que a privacidade do indivíduo comporta diferentes níveis. Tendo isso em vista, Guardia (2012) discorre sobre a denominada teoria das três esferas, a qual considera que a vida particular é composta por três círculos concêntricos, cujas dimensões variam de acordo com a maior ou a menor necessidade de proteção da intimidade. Na esfera mais ampla, situa-se a vida social, em cujo âmbito inserem-se fatos acessíveis a pessoas além das que compõem o círculo mais íntimo do indivíduo. Na esfera imediatamente menor, localiza-se a vida privada, restrita a pessoas em quem o indivíduo deposita confiança e compartilha de sua intimidade, tais como familiares e amigos próximos. Por fim, na esfera mais reduzida, encontram-se as informações mantidas em segredo pelo titular, ou, no máximo, as compartilhadas unicamente com seletivo grupo, de sua extrema confiança.

Diante de tais aspectos, Guardia (2012, p.143) leciona que o direito ao segredo das comunicações relaciona-se com a tutela da vida privada de seu titular, e vai além ao elencar como sujeitos ativos desse direito tanto o emissor quanto o destinatário das comunicações exercidas

nessa esfera da intimidade. Com efeito, destaca o autor que “o segredo das comunicações tutela justamente a razoável expectativa de intimidade que seu titular deseja resguardar da ingerência arbitrária de terceiros”.

Atento a isso, o Legislador Constituinte de 1988 atribuiu ao sigilo das comunicações o status de direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 5º [...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 1988, não paginado).

Com a finalidade de regulamentar a referida norma constitucional, sobretudo a ressalva nela contida, em 1996 foi editada a Lei n.º 9.296, a Lei de Interceptação das Comunicações Telefônicas. No interstício de aproximadamente uma década entre a promulgação da Lei Maior e a edição da lei acima mencionada, o universo das telecomunicações passou por inovações, com destaque para o surgimento da telemática no campo comunicativo. Nesse contexto, adota-se, neste trabalho, a conceituação jurídica de telemática, construída por Silva (2014, p.46), para quem o termo exprime “[...] a comunicação que se realize de forma digital, ou seja, que se utilize da conversão em séries binárias, seja qual for a infraestrutura de que se utilize, desde que não se enquadre nas modalidades específicas *telefônica* e *telegráfica*”.

Prosseguindo, é evidente que o Legislador Constituinte não poderia prever os avanços tecnológicos por vir àquela época. Nada obstante, o legislador ordinário não descurou do contexto tecnológico então vivenciado, de modo que, ao regulamentar a disposição constitucional que trata sobre a admissão do afastamento do sigilo das comunicações em situações excepcionais, abarcou, além das comunicações telefônicas, aquelas realizadas em sistemas de informática e telemática.

Nesse cenário, a incompletude do texto do art. 5º, inciso XII, da Constituição, somente percebida no contexto atual, elucida a dinamicidade da vida social em cotejo ao Direito Processual Penal. Em contrapartida, observa-se a utilização das novéis tecnologias agregadas aos meios de comunicação para a prática de ilícitos penais, o que coloca a tarefa investigativa em incômoda posição de desvantagem na prevenção ou repressão de tais condutas (SILVA, 2014).

Adiante, investiga-se a influência dos avanços tecnológicos sobre a persecução penal e a proteção aos direitos fundamentais do indivíduo.

## 2 Persecução penal e avanços tecnológicos

O Direito Processual Penal atende, primordialmente, a uma finalidade prospectiva, na medida em que a disciplina de grande parte dos seus institutos objetiva direcionar a atuação dos sujeitos processuais para alcançar validamente, no futuro, os efeitos esperados a partir da aplicação de determinada norma. Nesse cenário, exige-se que as normas processuais penais – sobretudo as relativas à investigação criminal – disponham de dinamicidade, para que seja possível acompanhar a rápida e constante evolução social (SOARES, 2015).

Lado outro, o sistema de *civil law*, sobre o qual se funda a tradição jurídica brasileira, demanda a existência de previsão normativa expressa e detalhada a respeito dos diversos meios de obtenção de prova empregados no desempenho da tarefa investigativa. Na lição de Wanderley (2019, p.118):

A tradição jurídica brasileira, vinculada ao sistema de *civil law*, tem por característica a regulamentação dos meios de obtenção de prova por meio de normativos específicos, que tipificam um meio de obtenção de prova e, sucessivamente, contornam-lhe as hipóteses de cabimento, os requisitos de validade e os procedimentos e limites de execução.

Entretanto, pondera a autora que, na seara investigativa, a efetividade desse modelo é preju-

dicada pelos avanços tecnológicos, tendo em vista que a velocidade com que estes surgem inviabiliza a pormenorizada normatização de todos os meios de obtenção de prova correlatos.

Nesse ponto, observa Soares (2015, p.253) que a morosidade da produção legislativa cria óbices à dinamicidade esperada das normas processuais penais e, por consequência, tornas as “[...] inadequadas para reger fenômenos sociais relevantes”. Na visão do autor, esse é o motivo pelo qual o ordenamento jurídico dispõe de mecanismos de integração, tais como a interpretação extensiva e a aplicação analógica, aplicáveis ao Direito Processual Penal, consoante disposição expressa do art. 3º do Código de Processo Penal.

Para além de tais mecanismos, o autor inclui, como meio apto a preservar a dinamicidade das normas processuais penais, a construção de soluções judiciais que contemplem as circunstâncias do caso concreto, desde que devidamente fundamentadas e produzidas a partir do efetivo exercício do contraditório.

Nota-se que Wanderley (2019) compartilha desse entendimento ao ressaltar que, ante a ausência de normativa específica para determinado meio de obtenção de prova, incumbe ao Poder Judiciário, sem excluir os demais envolvidos na persecução criminal, a missão de delinear os requisitos de validade aplicáveis à espécie. Com efeito, é certo que os direitos fundamentais do indivíduo devem servir de norte interpretativo no desempenho de tarefa de tamanha relevância.

Em verdade, conforme ressalta Lima Filho (2016), na ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988, preza-se pela irrestrita preservação dos direitos fundamentais do indivíduo, de modo que passa a ser imperiosa a releitura do processo penal em sua totalidade sob esse enfoque, em razão das potenciais limitações à liberdade, ao patrimônio e a outros direitos fundamentais, decorrentes de sua aplicação. Assim, analisam-se a seguir as implicações da releitura constitucional conferida aos institutos processuais penais atinentes à investigação criminal.

### 3 Investigação criminal sob a ótica constitucional

Sob a perspectiva do paradigma constitucional, a validade dos atos que compõem a persecução criminal pressupõe a irrestrita preservação dos direitos fundamentais do sujeito. Dada a relevância desse preceito, para além do princípio-síntese do devido processo legal, cunhou-se a ideia de “devida investigação legal”, com referência à necessária observância, desde o âmbito investigativo, dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo abrangidos pelo devido processo legal, a fim de evitar máculas à fase judicial da persecução penal (MORAES, 2019).

Em verdade, a respeito do inquérito policial, sob a ótica constitucional, enquanto procedimento de natureza processual penal, destaca-se sua função filtro da Justiça Criminal, na medida em que ele viabiliza a aplicação do *jus puniendi* do Estado nos limites delineados pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, de modo a salvaguardar o cidadão de acusações infundadas e conseqüente desrespeito a seus direitos fundamentais. Em virtude da constitucionalização do processo penal, compreende-se que o inquérito policial tornou-se “verdadeiro instrumento jurídico de garantias” (COELHO, 2016, p.109).

No contexto da releitura constitucional conferida ao inquérito policial, Soares (2015) defende que a eficiência da investigação criminal deve ser avaliada sob duplo aspecto: por um lado, eficiente é a investigação apta a reunir elementos de autoria e materialidade delitivas, necessários ao esclarecimento de condutas possivelmente criminosas. Por outro, somente pode ser considerado eficiente o procedimento investigatório que respeite os direitos fundamentais dos indivíduos, inspiradores do garantismo penal.

Atualmente, por obra da visão constitucionalizada do processo penal, defende-se que o conceito tradicional de *lide* – compreendida como a contraposição de interesses de sujeitos parciais, levados à apreciação judicial – é inadequado para esse ramo do conhecimento jurídico. Em

lugar desse termo, apresenta-se mais adequada a noção de *controvérsia penal*, em torno da qual os atores da persecução penal e o indivíduo a ela submetido, ainda que pelo emprego de meios diversos, buscam a finalidade única de efetivar um justo processo (COELHO, 2016).

Com efeito, em razão da relevância dos interesses jurídicos envolvidos, sobretudo a liberdade, a condução da persecução criminal deve pautar-se pela busca da verdade, sendo esta uma exigência do justo processo. Contudo, é certo que a busca pela verdade não pode se dar a qualquer custo, porquanto “nem a persecução penal, nem a punição do culpado, são valores absolutos do processo penal que não possam ceder ante um limite legal e de respeito da dignidade da pessoa humana” (BADARÓ, 2017, p.9).

Desse modo, as limitações impostas à produção probatória e às providências adotadas no âmbito investigativo permitem que seja alcançada uma verdade aproximada, contraposta à abstrata e inatingível ideia de verdade real, isto porque, conforme a lição de Duclerc (2015, p.5) “[...] todas as demais garantias ficam completamente esvaziadas e assumem um papel puramente ideológico se, no sistema penal, o cidadão não tiver qualquer proteção contra o arbítrio judicial na identificação dos pressupostos fáticos da sanção penal”.

De qualquer modo, é inegável que a busca da verdade, ainda que aproximativa, constitui a finalidade principal do processo e o pressuposto fundamental de uma decisão justa (BADARÓ, 2017).

Entretanto, não se pode olvidar que a utilização dos avanços tecnológicos telecomunicativos para práticas criminosas desafia o Direito a lançar mão de mecanismos aptos a preservar a segurança, sem descuidar da proteção aos direitos fundamentais no processo penal, de modo que é imperioso “[...] reconhecer o equilíbrio entre eficiência e garantismo na persecução penal, como medida para o tratamento do sigilo” (GUARDIA, 2012, p.95). Nessa toada, passa-se a analisar o peculiar entrave surgido durante as investigações criminais por ocasião de recente inovação tecnológica da seara comunicativa.

## 4 Dificuldades investigativas atinentes às novas tecnologias no âmbito das comunicações pessoais

A investigação criminal, para que seja considerada exitosa, deve ser apta a promover a descoberta de fontes de provas que servirão, em momento posterior, à construção da verdade aproximativa ao final do processo penal. No cenário atual de desenvolvimento tecnológico, sobretudo a partir da popularização do uso dos *smartphones*, esses objetos passaram a ter relevância para a tarefa investigativa, porquanto neles são armazenadas informações e comunicações pessoais que, não raro, possuem ligação com a prática de infrações penais.

Apesar do interesse investigativo no acesso às informações contidas nos aparelhos telefônicos, esse ato suscita problemáticas atinentes à proteção da intimidade e do sigilo das comunicações. Isto porque a estrutura tecnológica desenvolvida para otimizar as comunicações digitais, com destaque para aplicativos de trocas de mensagens instantâneas, como o *Whatsapp*, preza pela garantia da privacidade de seus usuários, sem distinções, e, por consequência, desconsidera-se a realidade de que o meio tecnológico também é utilizado para práticas espúrias, valendo-se os infratores da confidencialidade assegurada neste espaço.

Nesse contexto, Antonialli (2017) destaca que a ferramenta de criptografia de ponta a ponta, disponibilizada pelo *Whatsapp* em 2016, criou entraves à medida de interceptação telemática, autorizada pela Lei n.º 9.296/90, ainda que determinada judicialmente. Pontua o autor que essa ferramenta impede tanto a captação das comunicações em tempo real, quanto a posterior obtenção das conversas mantidas, mediante requisição dirigida à empresa, porque as comunicações pretéritas não são armazenadas nos seus servidores.

Desse modo, dado que as novéis tecnologias não são acompanhadas pelo legislador na mesma velocidade com que surgem, os atores da fase extrajudicial da persecução penal são

desafiados a inovar nas técnicas investigativas para superar as dificuldades encontradas, em prol da efetividade das investigações. Na mesma medida, o Poder Judiciário é instado a se manifestar sobre os limites a serem observados para assegurar a licitude dos meios de obtenção de prova empregados na atividade investigativa, que será parâmetro para sua admissibilidade no processo, em momento futuro.

Nessa toada, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a temática no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 99.735/SC (BRASIL, 2018), relatado pela Ministra Laurita Vaz, o qual versava sobre a (i)legalidade da técnica de “espelhamento”, via *QR code*, de conversas do aplicativo *Whatsapp* no âmbito das investigações policiais. Passa-se à análise da referida decisão.

### 4.1 Análise do julgamento do recurso ordinário em Habeas Corpus n.º 99.735/sc

O recurso em epígrafe foi interposto no Superior Tribunal de Justiça em face da decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que autorizou o acesso a conversas mantidas pelo investigado por meio do aplicativo *Whatsapp*. No caso levado à apreciação da Corte, para a efetivação da medida, a Autoridade Policial procedeu à abordagem do alvo e efetuou a apreensão de seu telefone celular. De posse do objeto, utilizou-se o recurso de espelhamento de conversas, via *QR code*, do telefone celular do investigado para o computador da Autoridade Policial, para a obtenção do pretendido acesso às comunicações – passadas, correntes e futuras – travadas por meio do referido aplicativo de mensagens instantâneas. Ao final de tal diligência, o aparelho foi restituído ao proprietário, sem que fosse feita qualquer referência ao emparelhamento entre seu celular e o computador da Delegacia.

Diante de tais aspectos, a Sexta Turma do STJ decidiu, por unanimidade, pela ilegalidade da medida implementada. Transcreve-se a ementa do julgado:

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. LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PRIVACIDADE DETERMINADA SEM INDÍCIOS RAZOÁVEIS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DETERMINAÇÃO ANTERIOR DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. FIXAÇÃO DIRETA DE PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS, COM PRORROGAÇÃO POR IGUAL PERÍODO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO.

1. Hipótese em que, após coleta de dados do aplicativo WhatsApp, realizada pela Autoridade Policial mediante apreensão judicialmente autorizada de celular e subsequente espelhamento das mensagens recebidas e enviadas, os Recorrentes tiveram decretadas contra si prisão preventiva, em razão da suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006.

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. O emparelhamento entre celular e computador autoriza o usuário, se por algum motivo assim desejar, a conversar dentro do aplicativo do celular e, simultaneamente, no navegador da internet, ocasião em que as conversas são automaticamente atualizadas na plataforma que não esteja sendo utilizada.

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.

5. Cumpre assinalar, portanto, que o caso dos autos difere da situação, com legalidade amplamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, em que, a exemplo de conversas mantidas por e-mail, ocorre autorização judicial para a obtenção, sem espelhamento, de conversas já registradas no aplicativo WhatsApp, com o propósito de periciar seu conteúdo.

6. É impossível, tal como sugerido no acórdão impugnado, proceder a uma analogia entre o instituto da interceptação telefônica (art.

1.º, da Lei n.º 9.296/1996) e a medida que foi tomada no presente caso.

7. Primeiro: ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como mero observador de conversas empreendidas por terceiros, no espelhamento via WhatsApp Web o investigador de polícia tem a concreta possibilidade de atuar como participante tanto das conversas que vêm a ser realizadas quanto das conversas que já estão registradas no aparelho celular, haja vista ter o poder, conferido pela própria plataforma online, de interagir nos diálogos mediante envio de novas mensagens a qualquer contato presente no celular e exclusão, com total liberdade, e sem deixar vestígios, de qualquer mensagem passada, presente ou, se for o caso, futura.

8. 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. 9. Segundo: ao contrário da interceptação telefônica, que tem como objeto a escuta de conversas realizadas apenas depois da autorização judicial (ex nunc), o espelhamento via Código QR viabiliza ao investigador de polícia acesso amplo e irrestrito a toda e qualquer comunicação realizada antes da mencionada autorização, operando efeitos retroativos (ex tunc).

10. Terceiro: ao contrário da interceptação telefônica, que é operacionalizada sem a necessidade simultânea de busca pessoal ou domiciliar para apreensão de aparelho telefônico, o espelhamento via Código QR depende da abordagem do indivíduo ou do vasculhamento de sua residência, com apreensão de seu aparelho telefônico por breve período de tempo e posterior devolução desacompanhada de qualquer menção, por parte da Autoridade Policial, à realização da medida constritiva, ou mesmo, porventura - embora não haja nos autos notícia de que isso tenha ocorrido no caso concreto -, acompanhada de afirmação falsa de que nada foi feito.

11. Hipótese concreta dos autos que revela, ainda, outras três ilegalidades: (a) sem que se apontasse nenhum fato novo na decisão, a medida foi autorizada quatro meses após ter sido determinado o arquivamento dos autos; (b) ausência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal a respaldar a limitação do direito de privacidade; e (c) ilegalidade na fixação direta do prazo de 60 (sessenta) dias, com prorrogação por igual período.

12. Recurso provido, a fim de declarar a nulidade da decisão judicial que autorizou o espelhamento do WhatsApp via Código QR, bem como das provas e dos atos que dela diretamente dependam ou sejam consequência, ressalvadas eventuais fontes independentes, revogando, por conseguinte, a prisão preventiva dos Recorrentes, se por outro motivo não estiverem presos.

(RHC 99.735/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 12/12/2018) (BRASIL, 2018, p.1-2).

A Ministra Laurita Vaz, relatora para o acórdão acima transcrito, reconheceu a relação existente entre a medida impugnada e os recentes avanços tecnológicos, pelo que, inicialmente, esmiuçou em seu voto as características da ferramenta de espelhamento de conversas do

*Whatsapp*, via *QR code*, como forma de aclarar as possibilidades abertas ao executor do ato de investigação, bem como de elencar as dificuldades probatórias dele decorrentes.

Fixadas essas premissas, a Ministra afastou a tese sustentada pelo Ministério Público sobre a existência de pontos comuns que, no modo de pensar do Parquet, permitiriam a aplicação da analogia entre a interceptação telefônica e o espelhamento de conversas de *Whatsapp*.

Contrariamente, conforme pontuou a Relatora, inexistem similitudes entre os dois meios de obtenção de prova, de modo que foram identificados três principais inconvenientes à aplicação da analogia à hipótese.

Em primeiro lugar, diversamente do que ocorre por meio da interceptação telefônica, no bojo da qual somente é possível a observação passiva das comunicações, destacou-se a possibilidade concreta de o investigador de polícia deixar a posição de mero expectador sobre as comunicações do alvo e adotar postura ativa nas conversas passadas, presentes e futuras. Isso porque as funcionalidades do aplicativo incluem tanto enviar quanto apagar mensagens, sem que tais ações sejam registradas pelos servidores da empresa, em razão da tecnologia de encriptação de ponta a ponta que caracteriza a aplicação. Um desdobramento relevante disso consiste na dificuldade de controle da ação policial e, via de consequência, em atribuição de valor absoluto aos atos do agente público envolvido na execução da medida. Isso se traduziria em flagrante prejuízo à defesa, a quem seria exigida a produção de prova diabólica acaso pretendesse demonstrar eventuais irregularidades na ação policial.

Em segundo lugar, observou-se que a ferramenta de espelhamento de conversas implicaria o surgimento de meio híbrido de obtenção de prova, sem correspondente em lei, em razão da possibilidade de acesso, a um só tempo, tanto às comunicações efetivadas antes da autorização judicial respectiva, nos moldes de uma quebra de sigilo, quanto às comunicações travadas após a autorização judicial, à semelhança das interceptações telefônicas.

Em última análise, verificou-se que o ato de busca pessoal ou domiciliar para a apreensão do celular, necessário para a efetivação do espelhamento de conversas, não encontra correspondência com a interceptação telefônica, cuja operacionalização dispensa qualquer ato desse gênero.

Ao final, foi dado provimento ao recurso interposto, para declarar a nulidade da decisão que autorizou o espelhamento do *Whatsapp*, via *QR code*, assim como das provas dela decorrentes.

### Considerações finais

Demonstrou-se, ao longo deste trabalho, que a rápida evolução dos meios de comunicação pessoal, motivada pela crescente preocupação com o sigilo das comunicações veiculadas no meio eletrônico, desafia os atores da persecução penal, sobretudo os responsáveis pela investigação criminal, a inovarem nas técnicas investigativas, com a finalidade de evitar prejuízos à eficiência da fase extrajudicial da persecução criminal. Para tanto, os mecanismos de integração previstos na legislação processual penal, a exemplo da aplicação analógica, apresentam-se como soluções viáveis, uma vez que aguardar pela morosa produção legislativa relativa aos meios de obtenção de prova adequados às sucessivas inovações tecnológicas dos meios de comunicação pessoal causaria prejuízos irremediáveis às investigações.

Nesse passo, o Poder Judiciário assume o papel de impor limites à legitimidade da atuação inovadora dos órgãos incumbidos da investigação criminal, adotando-se, como norte interpretativo, a observância dos direitos fundamentais do cidadão investigado. Isto porque a ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988 impôs a releitura do sistema processual penal, em razão das potenciais restrições a relevantes direitos fundamentais, notadamente a liberdade, como decorrência de sua aplicação.

A decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 99.735/SC ilustra a tensão existente entre a busca pela eficiência das

investigações e as inovações tecnológicas no campo das comunicações pessoais. Defende-se que outra solução não poderia ser dada ao caso, sem o sacrifício do direito fundamental ao contraditório e da possibilidade de controle da atuação policial em situações análogas. Nada obstante, reconhecem-se as dificuldades criadas à investigação pelas novas tecnologias de comunicação eletrônica, peculiares à era digital. ■

### Referências

ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys. **Vigilância sobre as comunicações no Brasil: interceptações, quebras de sigilo, infiltrações e seus limites constitucionais.** São Paulo: InternetLab, 2017. Disponível em: <[https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/05/Vigilancia\\_sobre\\_as\\_comunicacoes\\_no\\_Brasil\\_2017\\_InternetLab.pdf](https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/05/Vigilancia_sobre_as_comunicacoes_no_Brasil_2017_InternetLab.pdf)> Acesso em: 5 mar. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **A busca da verdade no processo penal e os seus limites: ainda e sempre o problema do prazo de duração da interceptação telefônica.** Disponível em: <<http://www.badaroadogados.com.br/download.php?f=b32aa84597780fc73dbdb7b8630270e1>> Acesso em: 5 mar. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 5 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 99.734/SC.** 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. Limitação ao direito de privacidade determinada sem indícios razoáveis de

autoria e materialidade. Determinação anterior de arquivamento do inquérito policial. Fixação direta de prazo de 60 (sessenta) dias, com prorrogação por igual período. Constrangimento ilegal evidenciado. Recurso provido. Recorrentes: A. C. da C. e D. C. da C. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Min. Laurita Vaz, 27 de novembro de 2018. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201801533498&dt\\_publicacao=12/12/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801533498&dt_publicacao=12/12/2018)> Acesso em: 19 abr. 2021.

COELHO, Emerson Ghirardelli. **Investigação criminal constitucional**. 2016. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7042>> Acesso em: 7 mar. 2021.

DUCLERC, Elmir. Sigilos constitucionais, prova ilícita e proporcionalidade. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 185-201, 2015. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/10/24>> Acesso em: 5 mar. 2021.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. **Comunicações eletrônicas e dados digitais no processo penal**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/D.2.2012.tde-02042013-102504. Disponível em: <[https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02042013-102504/publico/Dissert\\_Gregorio\\_Edoardo\\_Raphael\\_Selingardi\\_Guardia.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02042013-102504/publico/Dissert_Gregorio_Edoardo_Raphael_Selingardi_Guardia.pdf)> Acesso em: 5 mar. 2021.

HOCH, Patrícia Adriani. **Levando o direito à intimidade a sério no contexto da sociedade em rede**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsm.br/handle/1/18497>> Acesso em: 7 mar. 2021.

LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. Releitura constitucional do sigilo da investigação criminal. **Canal Ciências Criminais**. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/sigilo-da-investigacao-criminal/>> Acesso em: 15 abr. 2021.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. Acesso a dispositivos eletrônicos e a devida investigação legal. In: **Direitos fundamentais e processo penal na era digital**: doutrina e prática em debate. Vol. II. São Paulo: InternetLab, 2019. Disponível em: <[https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2019/08/InternetLabCongressoll\\_dupla.pdf](https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2019/08/InternetLabCongressoll_dupla.pdf)> Acesso em: 5 mar. 2021.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Ricardo Sidi Machado da. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-04032015-082717. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-04032015-082717/pt-br.php>> Acesso em: 1º mar. 2021.

SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas**: perspectivas e limites. 2015. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/T.2.2015.tde-30112015-165420. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-30112015-165420/pt-br.php>> Acesso em: 1º mar. 2021.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. Privacidade e cidadania: os limites jurídicos da atividade investigativa e a legalidade do acesso policial a aparelhos celulares. In: **Direitos fundamentais e processo penal na era digital**: doutrina e prática em debate. Vol. II. São Paulo: InternetLab, 2019. Disponível em: <[https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2019/08/InternetLabCongressoll\\_dupla.pdf](https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2019/08/InternetLabCongressoll_dupla.pdf)> Acesso em: 5 mar. 2021