



MATHEUS OLIVEIRA FERNANDES

**INVALIDIDADE DA PROVA OBTIDA POR MEIO DO ESPELHAMENTO
DO WHATSAPP WEB**
Análise do RHC N° 99.735/SC

São Lourenço/MG

2022



MATHEUS OLIVEIRA FERNANDES

**INVALIDIDADE DA PROVA OBTIDA POR MEIO DO ESPELHAMENTO
DO WHATSAPP WEB**

Análise do RHC N° 99.735/SC

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado pelo aluno Matheus Oliveira Fernandes como requisito para obtenção do título de Bacharel, do Curso de Direito, da Faculdade de São Lourenço.

Orientador: Professor Me. Renato Augusto de Alcântara Philippini.

São Lourenço/MG

2022

340.0285

F363i Fernandes, Matheus Oliveira

Invalidade da prova obtida por meio do espelhamento do whatsapp web: análise do RHC nº 99.735/SC / Matheus Oliveira Fernandes. - - São Lourenço: Faculdade de São Lourenço, 2022.

17 f.

Orientador: Renato Augusto de Alcântara Philippini

Artigo científico (Graduação) – UNISEPE / Faculdade de São Lourenço / Bacharel em Direito.

1. Direito - processamento de dados. 2. Crimes 3. Internet I. Philippini, Augusto de Alcântara Philippini, orient. II. Título.

Catálogo na fonte

Bibliotecária responsável: Fernanda Pereira de Castro - CRB-6/2175

INVALIDIDADE DA PROVA OBTIDA POR MEIO DO ESPELHAMENTO DO WHATSAPP WEB

Análise do RHC N° 99.735/SC

Matheus Oliveira Fernandes¹

Renato Augusto de Alcântara Philippini²

RESUMO

O presente estudo teve por objetivo analisar o Recurso de Habeas Corpus N° 99.735 de Santa Catarina que tramitou no Superior Tribunal de Justiça, discutindo a licitude da prova obtida através do aplicativo WhatsApp Web. O estudo abordou os temas de interceptação telefônica; princípios constitucionais; espelhamento do WhatsApp Web; e pôr fim a decisão que levou a ministra do STJ a declarar nulo a prova obtida pelo espelhamento. De modo mais específico o projeto tem como foco a análise acerca da legislação referente a utilização do WhatsApp como meio de prova, e por fim trazer a tecnologia como auxílio aos operadores do direito bem como para os policiais e a toda sociedade. A metodologia do presente artigo utilizou o método dedutivo e fez uso de pesquisa bibliográfica e documental utilizando textos, doutrinas, livros, periódicos e artigos de diversos autores que já se desafiaram a opinar sobre um assunto tão polêmico.

Palavras-chave: Quebra de sigilo telefônico. Princípios Constitucionais. Espelhamento do WhatsApp Web. Prova Ilícita.

ABSTRACT

This paper aimed to analyze the Habeas Corpus Appeal N° 99.735 of Santa Catarina that was processed in the Superior Court of Justice, discussing the legality of the evidence obtained through the WhatsApp Web application. The study addressed the topics of telephone interception; constitutional principles; WhatsApp Web mirroring; and put an end to the decision that led the STJ minister to declare null the evidence obtained by mirroring. More specifically, the project focuses on the analysis of the legislation regarding the use of WhatsApp as a means of proof, and finally, bringing technology as an aid to legal operators, as well as to police officers and society as a whole. The methodology of this article used the deductive method and made use of bibliographical and documentary research using texts, doctrines, books, periodicals and articles by several authors who have already challenged themselves to give their opinion on such a controversial subject.

Keywords: Breaking telephone secrecy. Constitutional principles. WhatsApp Web Mirroring. Illicit Evidence.

¹ Bacharelado em Direito pela Faculdade São Lourenço/UNISEPE. E-mail: matheusfernandes181@outlook.com

² Mestre em Relações Internacionais e Ciência Política pela Universidade da Força Aérea (UNIFA). Docente e Coordenador do curso de Direito da Faculdade São Lourenço/UNISEPE. E-mail: rphi@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo foi abordar a importância do meio utilizado para coletar a prova pelo aplicativo WhatsApp Web, se foi lícita ou não, feitas pelas autoridades policiais na busca e apreensão e em seguida utilizando-se da interceptação telefônica sem o consentimento do investigado.

Neste sentido, no ano de 2018, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) publicou o primeiro acórdão trazendo um grande impacto no caso concreto sobre a suposta prova obtida pelo aplicativo (BRASIL, 2018).

Para tanto se utilizou de pesquisa bibliográfica, coleta de dados e documental para o levantamento de informações acerca dos assuntos e utilizando-se leis, sentenças, acórdãos e procedimentos jurídicos, para melhor aprofundamento do assunto e a inovação da nova tecnologia para o processo penal.

Para dar conta do objetivo assinalado, primeiramente foram enunciadas as bases teóricas para a discussão realizada ao longo do artigo, no que diz respeito à Interceptação Telefônica. No segundo momento foi apontado as explicações do WhatsApp Web, seu contexto histórico e como o aplicativo pode ajudar os usuários. Na sequência foi esclarecido o acórdão do STJ e as questões levantadas pela Ministra para julgar o caso.

Trata-se, pois de um tema de grande relevância para o ordenamento jurídico, no que diz respeito a utilização das novas tecnologias e aplicativos como o WhatsApp Web para obtenção de provas e os meios como ela foi utilizada para efetivar um justo procedimento para o processo penal.

2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COM BASE NA LEI Nº 9.296/96

No processo penal é permitida como prova a interceptação telefônica, sendo procedimento bastante utilizado nas fases de investigação e/ou durante a fase de instrução penal.

A interceptação é a observação de um terceiro em um diálogo entre dois ou mais interlocutores, sem que eles saibam que estão sendo observados.

Nesse sentido, Capez traz uma definição sucinta sobre a interceptação:

Interceptação telefônica provém de interceptar – intrometer, interromper, interferir, colocar-se entre duas pessoas, alcançando a conduta de terceiro

que, estranho à conversa, se intromete e toma conhecimento do assunto tratado entre os interlocutores. (CAPEZ, 2011, p. 112)

Apesar do conceito supra, a Lei nº 9.296 de 1996 não limitou a interceptação ao entendimento de intromissão em um diálogo telefônico sem que as partes saibam. Em seu artigo 1º, trouxe a possibilidade de interceptação de qualquer natureza, com ou sem a ciência de um dos interlocutores. Todas as hipóteses consistem em processos de captação alheia. Nesse sentido, afirma a Lei:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça (BRASIL, 1996).

Vale mencionar que há a diferença entre escuta e interceptação:

Na interceptação telefônica, um terceiro realiza a gravação sem que os interlocutores dela tenham conhecimento. Já na escuta telefônica, um terceiro realiza a gravação, mas com o conhecimento de um dos interlocutores. Por sua vez, na gravação clandestina, um dos interlocutores grava a conversa, sem o conhecimento do outro. (GRECO FILHO, 2012, p. 162).

Com o surgimento de novas tecnologias, principalmente na áreas da telefonia vem se tornando mais comuns e difundido (AVOLIO, 2003). Segundo o autor:

O emprego de meios eletrônicos para conhecer ou documentar o conteúdo de conversações telefônicas é, atualmente, bastante comum e difundido. Devido aos progressos da tecnologia, são, na prática, acessíveis não apenas às autoridades públicas, mas também ao homem comum. (AVOLIO, 2003, p.90).

Não obstante tal possibilidade, quando se trata de interceptações telefônicas para fins de investigação criminal e para provas obtidas para o processo, não se pode ultrapassar os princípios constitucionais a respeito da violação de sigilo. Nesse sentido, Filho indica que

Por outro lado, a garantia constitucional do sigilo é a regra e a interceptação a exceção, de forma que a interceptação deve ser restritiva quanto a esta (*exceptiora non sunt amplianda*), com esse entendimento, a conclusão é a de que a Constituição autoriza, nos casos nela previstos, somente a interceptação de comunicações telefônicas e não a de dados e muito menos as telegráficas (aliás, seria absurdo pensar na interceptação destas, considerando-se serem os interlocutores entidades públicas e análogas à correspondência), (FILHO 2005, p. 17).

Na Constituição Federal de 1988, o legislador primário assegurou a inviolabilidade ao sigilo das comunicações, porém, inseriu ao dispositivo, condicionando a possibilidade de quebra de sigilo como exceção, desde que respaldada por determinação judicial, e apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, postergando sua regulamentação para o legislador infraconstitucional.

Nesse contexto, assim dispõe o art. 5º, XII, da Constituição Federal:

É inviolável o sigilo da correspondência telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (BRASIL, 1988, Art. 5º, XII).

Apesar da Lei de Interceptação ter surgido após oito anos da promulgação da Constituição Federal de 88, o assunto não foi pacificado quanto à sua validade, pois manteve-se uma discussão acerca da defesa dos direitos individuais constitucionais. Muitos estudiosos questionam até hoje se a interceptação telefônica fere as garantias do art. 5º, da CF/88, como por exemplo, o resguardo à intimidade pessoal, e ao direito de não autoincriminação (GOMES, 2010). Isto porque, dispõe o art. 5º, X, da CF que “[...] São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (BRASIL, 1988).

Quanto ao direito de não incriminação, Gomes leciona que:

O privilégio ou princípio (a garantia) da não autoincriminação (*Nemo tenetur se detegere ou Nemo tenetur se ipsum accusare ou Nemo tenetur se ipsum prodere*) significa que ninguém é obrigado a se autoincriminar ou a produzir prova contra si mesmo (nem o suspeito ou indiciado, nem o acusado, nem a testemunha etc.). Nenhum indivíduo pode ser obrigado, por qualquer autoridade ou mesmo por um particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração ou dado ou objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente. (GOMES, 2010, <http://www.lfg.com.br>).

Por outro lado, não existem direitos absolutos, de forma que, garantias individuais não podem servir de esteio à proteção de um só indivíduo em detrimento de toda a coletividade e da efetividade de um Direito Penal. Esse é o entendimento de Moraes:

Apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitado certos parâmetros, a interceptação das

correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. (MORAES, 2005, p.340.)

Assim, é certo que, sendo cumpridos os ditames constitucionais e respeitados os direitos e garantias inseridos no texto constitucional, é indiscutível a eficácia da interceptação telefônica para cessar práticas criminosas, constituindo instrumento importantíssimo para a manutenção da segurança pública.

No entanto, como não são apenas as comunicações telefônicas que podem ser interceptadas, mas comunicações telegráficas e também telemáticas, por intermédio de correio eletrônico (*e-mail*) ou aplicativos de troca de mensagens, tais como o *WhatsApp* e o *Telegram*, diante das novas tecnologias é sempre necessário se analisar as formas como a interceptação é realizada, sob pena de atingir direitos e garantias constitucionalmente protegidas e, como consequência, gerar nulidade no processo criminal.

Dentro deste contexto, a técnica de espelhamento do aplicativo *Whatsapp* foi a primeira a ser questionada e gerou manifestação de tribunal superior, conforme se verá adiante.

3 TÉCNICA DE ESPELHAMENTO DO APLICATIVO WHATSAPP WEB

O WhatsApp é um aplicativo de troca de mensagens e comunicação de áudio e vídeo pela internet e está disponível para uso tanto em smartphones quanto em computadores.

Segundo Purz (2022) e Tontine (2022) desde 2020 o WhatsApp é o aplicativo de comunicação mais usado no mundo todo, com cerca de 2 bilhões de usuários, sendo 127 milhões destes no Brasil.

O *WhatsApp* começou como uma alternativa ao Sistema de Mensagens Curtas, conhecido pela sigla SMS, e agora oferece suporte ao envio e recebimento de uma variedade de arquivos de mídia”, diz a empresa, conforme está em seu site oficial. “Por trás de cada decisão, encontra-se o nosso desejo em possibilitar que as pessoas se comuniquem sem barreiras em qualquer lugar do mundo”. (WHATSAPP, 2018)

O aplicativo, desenvolvido por Brian Acton e Jan Koum e lançado em 2009, possibilita às pessoas o envio de mensagens de texto, áudios, imagens, contatos,

links e documentos para os contatos salvos ou até mesmo criar grupos com perfis similares. Ele também

[...] possibilita discussão de temas, compartilhamento de conhecimento, atitudes, anseios e dúvidas, tanto em conversas privadas, quanto em grupos de até duzentos e cinquenta e seis participantes. Estas possibilidades dinamizam a comunicação entre os usuários e ainda permite armazenar toda a interação para consulta futura. (BARBOSA, 2016, p. 41).

O aplicativo disponibilizou uma nova forma de ferramenta pela empresa chamada *WhatsApp Web*, na qual ocorre em sítio eletrônico, possibilitando um espelhamento do smartphone para a tela dos computadores. Para se utilizar tal recurso é gerado um código de barras conhecido como Código QR (Quick Response), e a leitura é feita pelo celular e no computador. (WHATSAPP, 2015).

Nossa versão para web é uma extensão do seu telefone: o navegador simplesmente reflete suas conversas e mensagens conforme estão no seu aparelho de telefone (...) Seu WhatsApp do telefone deverá estar agora conectado ao WhatsApp Web. O seu telefone precisa estar conectado à internet para que o seu WhatsApp Web funcione e, além disso, certifique-se de que você possui a versão mais recente do WhatsApp disponível para o seu aparelho. (WHATSAPP, 2015)

Essa ferramenta criada possibilita o acesso ilimitado de todas as conversas passadas e também das futuras, com o objetivo de facilitar ao usuário a realização de todas as atividades de comunicação igual à do celular. O espelhamento do WhatsApp Web atualiza as mensagens automaticamente na plataforma do navegador da internet e no aplicativo do celular.

Com a utilização do aplicativo no computador, o usuário tem a total liberdade de enviar mensagens e de excluir as mensagens antigas (registradas antes do emparelhamento) ou recentes (registradas após).

Quando o usuário apaga uma mensagem enviada ou apaga uma mensagem recebida, o aplicativo e no computador emparelhado não deixa nenhum vestígio, não podendo jamais ser recuperada, tendo em vista que a própria empresa disponibilizou uma tecnologia de encriptação de ponta a ponta, não armazenado em nenhum servidor o conteúdo das conversas. (WHATSAPP, 2016).

Alguns dos seus momentos mais importantes são compartilhados no WhatsApp. Por isso, implementamos a proteção com a criptografia de ponta a ponta nas últimas versões do nosso app. Com a criptografia de ponta a ponta, suas conversas e chamadas permanecem seguras e ficam somente

entre você e as pessoas com quem você está conversando. Nem mesmo o WhatsApp pode ler ou ouvi-las. (WHATSAPP, 2016),

Portanto, ressalta-se a vulnerabilidade dos dados referentes as conversações, já que a empresa não armazena no servidor, ou em alguma nuvem sendo essa a opção do usuário. Essa vulnerabilidade se potencializa ainda mais com a possibilidade do acesso do dispositivo para outro meio de comunicação, distinto fisicamente excluir os dados e as conversas do dispositivo. Tais ferramentas são alheias ao *WhatsApp*, mas são facilmente obtidas na internet (WHATSAPP, 2018).

4 A ILEGALIDADE DO ESPELHAMENTO DO WHATSAPP WEB: ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DA 6ª TURMA DO STJ

Com a nova tecnologia de espelhamento do *WhatsApp Web* abriram-se novas portas para futuras interceptações telefônicas para fins investigativos, contudo no ano de 2018, o Supremo Tribunal de Justiça, publicou o primeiro acórdão trazendo um grande impacto sobre a suposta prova obtida pelo aplicativo (BRASIL, 2018).

Nesse sentido, entendeu-se a 6ª Turma do STJ:

EMENTA 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 à 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.(STJ - RHC: 99735 SC XXXXX/XXXXX-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 27/11/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/12/2018 RSTJ vol. 253 p. 883) (BRASIL, 2018).

O processo em questão tratou de uma situação na qual a autoridade policial apreendeu o celular do investigado para periciá-lo quanto e ao seu conteúdo e nos limites autorizados judicialmente mas, no entanto, aproveitou para utilizar o aplicativo de comunicação WhatsApp Web e gerando um QR Code para ter acesso ao espelhamento das conversas, de modo que a polícia passou a monitorar (e não interceptar) a comunicação temática do investigado (SYDOW, 2021).

No caso apresentado, a Ministra apreciou diversas questões acerca da equiparação da interceptação telefônica da Lei 9.296/96 referentes à interceptação de conversas telemáticas por espelhamento, produção de provas inadvertidas contra si, e perguntas penais acerca da validade da composição do indício de autoria e materialidade, bem como da presunção de inocência.

Nesse sentido as autoridades policiais obtiveram apenas a autorização para apreender o dispositivo e, com a competência técnica, superar seu mecanismo de segurança de modo a ter acesso às mensagens ali recebidas e armazenadas (contudo apenas mensagens já armazenadas). Porém as autoridades policiais optaram por acessar as mensagens e espelhar no WhatsApp Web, excedendo à autorização judicial de busca e apreensão e evoluindo-a para um monitoramento.

Conforme diz a Ministra Laurita Vaz no seu voto a:

[...] ausência de autorização, por parte da decisão do Juízo de primeira instância, de interceptação de comunicações telefônicas, de fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, por ter sido utilizada a expressa “quebra dos dados do celular” e por não terem sido indicados meios de operacionalização e execução das medidas: autorizar Busca e Apreensão é diferente de autorizar Interceptação (BRASIL, 2018)

Entretanto, três questões se puseram no julgado: a primeira foi o fato que as autoridades não informaram ao investigado de que o dispositivo apreendido tinha sido utilizado do Código QR do espelhamento WhatsApp Web de suas conversas para um computador externo, deixando assim o investigado em uma situação de total desconhecimento do fato ocorrido. (SYDOW, 2021).

Assim aponta a Ministra Laurita Vaz que

[...] do direito constitucional de ficar calado e não produzir prova contra si mesmo e muito menos do direito de não permitir que os policiais acessem seu aparelho celular para espelhamento (para a própria operacionalização já há violação da privacidade e intimidade) e [...] a Autoridade Policial procedeu em sigilo – isto é, sem comunicar ao Recorrente – ao emparelhamento das plataformas, tendo, logo após, devolvido a ele a posse do aparelho.(BRASIL, 2018).

A segunda questão, se refere a possibilidade de qualquer pessoa que possua o acesso ao espelhamento tem a faculdade de modificar as conversas entres aqueles interlocutores em comunicação, seja participando ativamente produzindo mensagens e também apagando mensagens. Nesse sentido a Ministra:

[...] 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 registras no aparelho celular, haja vista ter o poder, conferido pela própria plataforma online, de interagir diretamente com conversas que estão sendo travadas, de enviar novas mensagens a qualquer contato presente no celular, e de excluir, com total liberdade, e sem deixar vestígios, qualquer mensagem passada, presente ou futura (BRASIL, 2018).

E na terceira e última questão levantada pela Ministra, as interceptações são autorizadas para que haja acesso às mensagens futuras e não às passadas. No espelhamento o investigador tem acesso total das mensagens já trocadas e também de todas que estão por vim. Nesse sentido, apontou a Ministra que:

Isso permitiu aos investigadores não apenas o acesso a todas as conversas - conteúdo das mensagens e dados anexados – que já estavam registradas no WhatsApp do Recorrente (ex tunc), independentemente da antiguidade ou do destinatário, como também o acompanhamento, dali para frente (ex nunc), de todas as conversas que fossem iniciadas pelo Recorrente ou por algum de seus contatos (BRASIL, 2018).

Como a possibilidade de editar, alterar, enviar e excluir mensagens através do aplicativo WhatsApp Web, acaba reconhecendo a necessidade de se relativizar os elementos informáticos, já que em sede criminal, sempre terá a dúvida razoável acerca da manipulação daquilo que é trazido de modo imaterial, e mesmo que as provas coletadas por uma ferramenta de autenticação, deve-se reconhecer uma natureza *iuris tantum* na presunção de veracidade. (SYDOW, 2021).

Desse modo, aponta Sydow a respeito do Princípio da Manipulação:

[...] seria possível dizer que o princípio da manipulação seria aquele a partir do qual se deve sempre considerar que os elementos informáticos admitem modificações de ordem ideológica ou formal, de modo a comprometer a veracidade direta ou indireta se deu conteúdo; sendo assim, é necessário que sigam protocolos de verificação de integridade e autenticidade elementos informáticos para que se possa considerá-los (juridicamente falando) como capazes de demonstrar um fato. (SYDOW, 2021),

No caso concreto, o investigado tendo o celular espelhado sem o seu consentimento, acabou gerando uma situação de violação de segurança jurídica e, por conseguinte, de expectativa razoável do processo investigativo.

Nesse entendimento, Valim traz uma definição sobre a Segurança Jurídica:

O princípio da segurança jurídica ou da estabilidade das relações jurídicas impede a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas, mesmo que tenha ocorrido alguma inconformidade com o texto legal durante sua constituição. (VALIM, 2010, p 28).

Após essas análises feitas pela 6ª Turma do STJ, a Ministra Laurita Vaz decidiu que seria impossível uma analogia com o instituto da interceptação telefônica, pois no presente momento seria feito apenas uma busca e apreensão e não uma interceptação para monitorar mensagens futuras

[...] acerca de como funciona o espelhamento do WhatsApp, demonstra ser **impossível**, tal como pretendido 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 (BRASIL, 2018).

E, por fim, para concluir seu voto, com base nas três questões levantadas pela Ministra, foi declarado a nulidade da prova obtida pelo espelhamento do WhatsApp Web via QR CODE, por exceder os limites impostos pelo Judiciário.

Assim a Ministra Laurita Vaz, concluiu seu voto:

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso ordinário, a fim de declarar a nulidade da decisão judicial que autorizou o espelhamento do *WhatsApp* via QR Code, 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 (BRASIL, 2018).

Importante ressaltar que o cerne da discussão havida no RHC 99.735/SC, apesar de tratar do espelhamento do *Whatsapp*, não se restringiu a uma técnica específica utilizada indevidamente pela autoridade policial, mas sim sobre a proteção a direitos individuais constitucionalmente e processualmente protegidos. As técnicas podem se alterar, mas os procedimentos serão sempre ilegais se não se respeitarem os ditames constitucionais, sobretudo os previstos no inciso XII, parte final, do art. 5.º da Constituição Federal, que trata da interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, inclusive do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, disciplinando os limites dessa ingerência estatal na esfera de direitos fundamentais dos indivíduos.

Nesse sentido, vale mencionar decisão recente do STJ, também julgado pela Sexta Turma, tendo como relatora a Ministra Laurita Vaz, nos autos do REsp 1.806.792-SP que, por unanimidade, julgou ilegal a quebra de sigilo telefônico mediante habilitação de *chip* da autoridade policial em substituição ao do investigado titular da linha (BRASIL, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo teve como principal objetivo analisar o posicionamento do STJ, a respeito do RHC 99.735/SC, um caso isolado de um indivíduo que teve seu celular apreendido pela autoridade policial, e que teve seus direitos extrapolados na investigação após a utilização da nova tecnologia do aplicativo WhatsApp Web, onde o policial passou a monitorar suas conversas e tendo a total liberdade de

modificar qualquer mensagem do WhatsApp, declarando assim o STJ nula a prova obtida através do espelhamento do aplicativo.

Desse modo, o segundo capítulo é dedicado a tratar sobre a interceptação telefônica - Lei 9.296/96, e os princípios constitucionais, ficando posicionado estrategicamente no início para que haja uma compreensão correta do tema central, expandindo o entendimento abordado a respeito do que é interceptar e dos direitos de intimidade e a privacidade.

No terceiro capítulo traz explicações a respeito do aplicativo WhatsApp e a importância que essa plataforma auxilia na vida dos usuários, e principalmente como o aplicativo mantém os dados e as informações trocadas entre seus integrantes são sigilosas.

E no último capítulo trouxe a explicação do julgado do STJ, com o teor do acórdão da Ministra Laurita Vaz, levantando questões sobre interceptação telefônicas e o funcionamento do espelhamento do WhatsApp Web para concluir sua decisão final.

Conforme bem observado pela Ministra Laurita Vaz, andou muito bem no assunto, demonstrando compreender as características novas e especiais da informática e como isso pode impactar no direito penal, julgando com pleno respeito e consolidando para novas bases do direito penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Torquato. Provas ilícitas – **Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARBOSA, Eline Araújo dos Santos. **Linguagem e interação no WhatsApp**. 2016. 94 f. Dissertação (Mestrado em Letras) - Fundação Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, 2016. Disponível em: Acesso em: . Acesso em: 3 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus n. 735 – SC. A.C. da C. et al versus Ministério Público do Estado de Santa Catarina. 6ª Turma Criminal**. Relatora: Laurita Vaz. Brasília, 28 de novembro de 2018. Disponível em <https://processo.stj.jus.br> . Acesso em: 3 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.806.792-SP**. Relatora: Laurita Vaz. Brasília, 17 de maio de 2021. Disponível em

<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=018152>. Acesso em: 3 out. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação especial**, volume 4., ed. Saraiva, 2011.

FILHO, Dickson Cirilo Andrade Netto. **Crime virtual: crime contra o patrimônio no âmbito da internet, suas peculiaridades e controvérsias à luz do Código Penal de 2005**,

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência**. Disponível em http://www.lfg.com.br_26 janeiro. 2010. . Acesso em: 3 out. 2022.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 358.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17.^a Edição. São Paulo, Editora Atlas, 2005.

SYDOW, Spencer **Curso de Direito Penal Informático**. 2a ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

VALIM, Rafael Ramires Araújo. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros. 2010.

WHATSAPP. **Sobre o WhatsApp**. 2015. Disponível em: <https://blog.whatsapp.com/whats-app-web> . Acesso em: 5 set. 2022.

WHATSAPP. **Sobre o WhatsApp**. 2016. Disponível em : <https://blog.whatsapp.com/end-to-end-encryption> . Acesso em: 5 set. 2022.

WHATSAPP. **Sobre o WhatsApp**. 2018. Disponível em: <https://www.whatsapp.com/features> . . Acesso em: 5 set. 2022.