



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

**A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO NO WHATSAPP COMO MEIO DE
PROVA JUDICIAL NO PROCESSO PENAL**

REFLEXÕES ACERCA DA ILICITUDE E DA CONSTITUCIONALIDADE

ORIENTANDO (A): JÉSSICA GOMES DA SILVA
ORIENTADOR : PROF. JOSE QUERINO TAVARES NETO

GOIÂNIA-GO
2021

JÉSSICA GOMES DA SILVA

**A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO NO WHATSAPP COMO MEIO DE
PROVA JUDICIAL NO PROCESSO PENAL**

REFLEXÕES ACERCA DA ILICITUDE E DA CONSTITUCIONALIDADE

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof. (a) Orientador (a): Jose Querino Tavares Neto

GOIÂNIA-GO

2021

JÉSSICA GOMES DA SILVA

**A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO NO WHATSAPP COMO MEIO DE
PROVA JUDICIAL NO PROCESSO PENAL**

REFLEXÕES ACERCA DA ILICITUDE E DA CONSTITUCIONALIDADE

Data da Defesa: 07 de Junho de 2021

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Jose Querino Tavares Neto

Nota

Examinador Convidado: Prof. Eurípedes Clementino R. Junior

Nota

Dedico este estudo à Lilian Cesário Gomes, que muito mais que uma mãe sublime, e meu sustento de todas as horas. Minhas vitórias também são as suas, sendo tal dedicatória, um modo singelo de agradecer todo amor, dedicação, empenho e carinho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que é minha força e meu guia nos caminhos da vida.

De modo muito especial, estendo meus agradecimentos à Lucia Cesário Tomaz e José Preto Gomes, meus avós, a quem devo tudo que sou. Que sempre me apóia em todos os meus planos e sonhos, e que me deu suporte para manter foco e determinação nos meus objetivos.

Agradeço com especial carinho a Vinicius Batista Ribeiro, meu namorado, cuja presença foi essencial para a conclusão deste trabalho. Grata pela sua compreensão com as minhas horas de ausência.

Agradeço também à minha Banca Examinadora, obrigado por ceder de seu tempo para estar presente neste momento, na conclusão de mais uma etapa da minha vida acadêmica.

De igual modo, Agradeço ao meu orientador, Jose Querino Tavares Neto, por ter aceitado me ajudar na conclusão do presente trabalho. Obrigada pela atenção e prontidão sempre.

EPIGRAFE

Multiplicarei a tua prosperidade como as estrelas do céu. Gênesis
C.26, V4.

RESUMO

O presente projeto de pesquisa tem por objetivo abordar a importância da prova para o Processo Penal, mais especificamente na utilização de conversas através do aplicativo Whatsapp, para caracterização de crimes. Tanta importância se dá a lacuna existente quando se trata da exploração acadêmica ao assunto, que ao menos se dá a capacidade de demonstração da verdade real tão almejada na área processual criminal. Buscando a convicção do magistrado para a absolvição ou condenação do réu, o mecanismo a ser estudado traz a produção de provas com diálogos, localizações, fotos e até mesmo arquivos, sendo possível o sucesso no pleito frente ao Ministério Público e a celeridade processual devido a maior capacidade probatória do recurso em questão. 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.

Palavras-chave: Whatsapp. Processo Penal. Capacidade probatória

ABSTRACT

This research project aims to address the importance of evidence for the Criminal Procedure, more specifically in the use of conversations through the Whatsapp application, to characterize crimes. So much importance is given to the existing gap when it comes to academic exploration of the subject, that at least there is the ability to demonstrate the real truth so desired in the criminal procedural area. Seeking the conviction of the magistrate for the acquittal or conviction of the defendant, the mechanism to be studied brings the production of evidence with dialogues, locations, photos and even files, being possible the success in the lawsuit before the Public Ministry and the procedural speed due to greater probative capacity of the appeal in question. More specifically, the project focuses on analyzing the legislation regarding the use of WhatsApp as a means of proof, and finally bringing technology as an aid to law enforcement operators as well as to police officers and the whole of society.

Keywords: Whatsapp. Criminal proceedings. Evidence capacity

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS (opcional)

Art. - Artigo

CF - Constituição Federal

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

WEB- World Wide Web

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPITULO I - ANÁLISE DA PROVA NO PROCESSO PENAL E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	13
1.1 ANÁLISE DA PROVA	13
1.2 DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE	15
1.3 DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS PROTEGIDAS PELO INCISO XII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	16
CAPITULO II - WHATSAPP MESSENGER	19
2.1 CONCEITO E FUNDAMENTOS	19
2.2 WHATSAPP MESSENGER X LEI DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.	23
2.3 WHATSAPP MESSENGER X MARCO CIVIL DA INTERNET.....	26
CAPITULO III - ANÁLISE SOBRE A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES E SEU USO COMO MEIO DE PROBATORIO NO PROCESSO	28
3.1 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS	28
3.2 A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES NA INVESTIGAÇÃO	30
3.3 O USO DA INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL	34
CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS.....	40

INTRODUÇÃO

O presente projeto de pesquisa tem por objetivo abordar a importância da prova para o Processo Penal, mais especificamente na utilização de conversas através do aplicativo Whatsapp, para caracterização de crimes.

Tamãha importância se dá a lacuna existente quando se trata da exploração acadêmica ao assunto, que ao menos se dá a capacidade de demonstração da verdade real tão almejada na área processual criminal.

Buscando a convicção do magistrado para a absolvição ou condenação do réu, o mecanismo a ser estudado traz a produção de provas com diálogos, localizações, fotos e até mesmo arquivos, sendo possível o sucesso no pleito frente ao Ministério Público e a celeridade processual devido a maior capacidade probatória do recurso em questão.

O delineamento da pesquisa classifica-se no presente momento ao nível de exploração, uma vez que se trata de uma realidade pouco conhecida em um objetivo ainda pouco apreciado.

Sendo assim não há esgotamento do assunto, se tratando mais de um primeiro contato, ou uma compreensão dos fatos, referente a abordagem frente a utilização do aplicativo WhatsApp, será quantitativa, uma vez que o objetivo da análise dos conteúdos, dos tribunais decisões, procedimentos, motivação, argumentação, dentre outros.

No que diz respeito a coleta de dados, será bibliográfica, destinada ao levantamento de informações em investigações estudo acerca do assunto, se tornando Portanto fontes secundárias. Já como fonte primária se dará a documentação atual acerca do assunto analisando leis, sentenças, acórdãos e procedimentos jurídicos já sedimentados, para melhor aprofundamento do conhecimento e inovação a cerca da tecnologia do sistema judicial penal.

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.

CAPITULO I - ANÁLISE DA PROVA NO PROCESSO PENAL E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O presente capítulo tem por objetivo apresentar a temática da prova no âmbito do processo penal. Assim sendo, serão abordados os seguintes assuntos: Análise da prova, direito à intimidade e à privacidade e as comunicações telefônicas protegidas pelo inciso xii do artigo 5º da Constituição Federal.

1.1 ANÁLISE DA PROVA

Prova é todo elemento pelo qual se procura mostrar a existência e a veracidade de um fato. Sua finalidade, no processo, é influenciar no convencimento do julgador. Doutrinadores conceituam prova como sendo um conjunto de atividades de verificação e demonstração que visa à verdade relativa às alegações de fatos relevantes para o julgamento (ARENHART, 2015, p 376).

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. “Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade e comprovar a verdade de uma alegação.” (CAPEZ, 2011, p. 344).

Pode ser entendida como tudo aquilo que auxilia para a formação do convencimento do juiz, ou seja, é tudo aquilo que levamos ao conhecimento do magistrado na expectativa de convencê-lo da realidade dos fatos ou de um ato do processo. Ela é inerente ao desempenho do direito de defesa e de ação (NUCCI, 2014, p.338).

De outro modo, “prova é o elemento que autoriza a conclusão acerca da veracidade de um fato ou circunstância” (GONÇALVES, 2013, p. 238).

Complementando o exposto, evidencia-se o magistério:

Há, fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último sentido, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “Fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo (NUCCI, 2014, p. 421).

A prova permite a manifestação das partes, respeitando assim o princípio do contraditório e da ampla defesa, exercendo direito de ser julgado de acordo com as provas encontradas, normalmente é produzida na fase judicial, em contraditório e diante de um juiz competente, com todas as garantias (LOPES JR. 2017, p. 344).

Conforme art. 155, do Código de Processo Penal, ordena no mesmo sentido, o juiz formará sua convicção pelas provas produzidas em contraditório judicial, não podendo fundamentar exclusivamente nos elementos da investigação, isso porque as provas produzidas nessa fase não possibilitaram o contraditório da outra parte, assim, poderão ser utilizadas aquelas provas cautelares as que não são repetíveis e as antecipadas.

Quanto à forma, pode ser testemunhal, documental e material. Referente à primeira, diz respeito à narrativa dos fatos, por pessoa estranha ao processo, sendo espécie de gênero da prova oral; no tocante a segunda, são as produzidas por meio de documentos; com relação a terceira, são as obtidas por meio químico, físico ou biológico (LIMA, 2017, p. 465).

A prova material é aquela que resulta da verificação existencial de determinado fato, que demonstra a sua materialização, tal como ocorre com o corpo de delito, instrumentos do crime, etc. (CAPEZ, 2017, p. 405).

Sob o aspecto quanto ao conteúdo, a prova pode ser robusta, aquela que não resta dúvidas quanto ao seu objeto, de forma que indica alta

probabilidade do fato; ou precária, sendo a prova incompleta, insuficiente, frágil, não sendo capaz de demonstrar o pretendido (MARCÃO, 2016, p. 443).

1.2 DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE

Entende-se que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, razão pela qual se faz a necessidade de garantia e proteção dos direitos fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988 (ALONSO, 2004, p. 457).

O direito à intimidade e à privacidade, esta previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

X - 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; (...)

Consoante ao entendimento, o direito à privacidade e à intimidade são direitos subjetivos fundamentais. O fim principal destes direitos é estabelecer uma esfera de defesa contra as arbitrariedades do Estado e contra os sujeitos particulares, ainda que sejam conceitos com ampla interpretação. Neste sentido, somente o próprio indivíduo terá acesso a conteúdos e informações pessoais, bem como a características particulares e econômicas. Logo, estes não podem sofrer de atos abusivos (FERRAZ, 1993, p 42).

Tal Intimidade diz respeito a vida privada do indivíduo, que deve ser protegida pelo Estado, e se necessário violada por entes autorizados, no caso somente em *ultima ratio*, pois atingir a vida privada se equipara atingir a dignidade da pessoa.

Em síntese, o direito à intimidade possui elementos particulares, por exemplo, o direito ao sigilo, o qual se alia a concepção de que há fatos e

informações específicos que os indivíduos não desejam ser divulgados a terceiros, sem o seu consentimento.

E importante fixar acerca do fracionamento do direito à intimidade, que se divide em direito à privacidade e em direito à intimidade *lato sensu*. O primeiro se refere ao relacionamento do indivíduo com outros, mas que, ainda assim, deve ser resguardada e não exposta publicamente. Já o segundo corresponde à vida da própria pessoa, reservada para si, seja por questões filosóficas, seja por questões religiosas, não havendo repercussão social (SILVA 1992, p 17).

1.3 DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS PROTEGIDAS PELO INCISO XII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal traz em seu texto uma garantia a proteção constitucional da vida privada, regulando então quatro tipos de comunicação, sendo elas, correspondência, telegráfica, dados, telefônica.

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; (Vide Lei nº 9.296, de 1996).

Sobre os progressos tecnológicos, especialmente na área de telefonia;

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).

Destaca-se por menciona em seu texto que será respeitado “comunicações de qualquer natureza” abrangendo então uma vasta diversidade de meios de comunicações telefônicas.

A imagem, escritos, desenhos, dados, pode ser transmitida com o uso das linhas telefônicas, de modo que o legislador neste ponto foi sábio ao utilizar a expressão ‘comunicações de qualquer natureza’. Indicou sua atualidade, pois se concebesse a comunicação telefônica como um conceito unívoco, invariável, taxativamente estabelecido como a transmissão da voz via aparelho de telefone, desnecessária seria tal expressão. Por que dizer “de qualquer natureza” se a comunicação telefônica só teria uma única natureza? Haveria então na lei palavra inúteis, em franca contradição a princípio básico de hermenêutica. (CABETTE, 2011, p. 45).

Apesar da garantia de inviolabilidade desses quatro tipos de comunicação mencionados no texto da lei ser bem claro, porém, há uma ressalva para os casos de interceptação das comunicações para fins de investigação criminal e instrução processual penal, de tal modo que restringe tal exceção a inviolabilidade apenas das comunicações telefônicas. A respeito dessa restrição entende;

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).

Entretanto a lei que regula a possibilidade de interceptação das Comunicações, Lei nº 9.296 de 24 de Julho de 1996, abrange o objeto da Interceptação. Já em seu artigo 1^a, parágrafo único a Lei estabelecendo que;

O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações sem sistema de informática e telemática.

O mencionado dispositivo traz discussão a respeito de sua constitucionalidade, já que abrange o objeto da interceptação além do que o texto literal da Constituição estabelece mérito que será abordado mais a frente.

CAPITULO II - WHATSAPP MESSENGER

Partindo do pressuposto que o Whatsapp é destinado ao meio de comunicação entre seus usuários, tornando a interação entre eles um registro, acredita-se na capacidade infinita de demonstração de fatos, através do registro da plataforma.

Trazendo para o âmbito Jurídico a capacidade de armazenamento de multimídia, como fotos, vídeos, áudios, arquivos, localizações, entre outros, evidencia uma conquista para o Direito Penal, possivelmente obtendo a tão almejada verdade real.

Analisar os procedimentos jurisprudenciais e os entendimentos dos magistrados, frente a utilização do aplicativo WhatsApp, como meio probatório para configuração de crime no processo penal.

2.1 CONCEITO E FUNDAMENTOS

O WhatsApp pode ser definido como um aplicativo multiplataforma devido a possibilidade de se utilizar nos mais diversos ambientes, como Android, IOS, Windows Phone, referentes aos dispositivos móveis; bem como, Windows e Mac, no tocando à computadores; e ainda, podendo ser utilizado via Web (onde neste caso não há necessidade de instalação do aplicativo com o objetivo básico de troca de mensagens entre usuários (DAMÁSIO, 2017, p. 2).

O aplicativo WhatsApp se tornou o principal meio de comunicação da era tecnológica, através do estabelecimento de conversas por mensagens, áudios, vídeos e fotos, envolvendo relações sociais, pessoais e profissionais. De fato, houve intensa interligação entre os indivíduos, independentemente da distância em que estejam ou do país em que se encontram. Além disso, a troca de informações e de conteúdos também restou acentuada, principalmente para a preparação de crimes que abarcam concurso de agentes.

Conforme foi mencionado, o aplicativo possui como função primordial, e, portanto, seu principal objetivo, a comunicação entre os usuários. Tais serviços podem ser utilizados entre duas ou mais pessoas sendo possível a criação de grupos, de modo a facilitar a transmissão da mensagem à várias pessoas ao mesmo tempo. Contudo, para tal permuta, é necessário que o dispositivo esteja conectado à internet, caso do contrário, as mensagens, apesar de salvas, não serão encaminhadas ao(s) destinatário(s), ficando pendente de envio até o estabelecimento da conexão com a rede mundial de computadores (DAMÁSIO, 2017, p. 4).

Também é preciso destacar que as mensagens trocadas entre os usuários não são públicas, ou seja, apenas os interlocutores ali envolvidos têm este acesso. Desta forma, deve ser feita uma interpretação progressiva do art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988, na medida em que estes usuários também tenham os seus direitos resguardados pela Lei Maior.

Dispõe o art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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;

(...).

Neste sentido, iguala-se as conversas de WhatsApp ao correio eletrônico, ainda que tenham finalidades diversas, mas que se consubstancia na mesma proteção constitucional. Por conseguinte, o dispositivo legal deve ser submetido a uma ampliação de sentido, visto que ocorreram diversas mudanças sociais desde a década de 80, a fim de abranger a realidade fática atual. Logo, faz-se necessária autorização judicial prévia para o acesso às informações contidas no aplicativo, a qual deverá ocorrer de forma subsidiária, com o fim de investigação criminal e processual penal. A não observação

destes requisitos poderá acarretar a ilicitude da prova (COSCARELLI 2016, p. 153).

Dados do primeiro semestre de 2017 revelam que 120 milhões de brasileiros se utilizam desta ferramenta, onde a partir disso, denota-se grande popularidade entre os usuários. O que facilita este uso em larga escala é o fato da utilização deste aplicativo ser gratuita, além, é claro, da praticidade e rol de funcionalidades acima exposto (DAMÁSIO, 2017, p. 7).

Adentrando ao modo de funcionamento do aplicativo, destaca-se não haver necessidade, para nova conta, da criação de usuário e senha, como normalmente acontece. O WhatsApp utiliza como conta o número de linha telefônica vinculado a determinado smartphone. (WHATSAPP, 2021).

A partir disso, constata-se uma garantia de identidade, em relação ao usuário, diga-se maior que a utilização convencional, quando do login por usuário e senha, onde é necessária a utilização do aparelho celular, direta quando acesso direto pelo dispositivo móvel ou indiretamente quando feito o acesso remoto, por exemplo, a modalidade web, mas que necessita igualmente do smartphone, para a interação com o aplicativo, posto que, nos casos convencionais, descobrindo-se o usuário e senha, pode-se efetuar o login no serviço e se fazer passar pelo usuário, ao passo que, no tocante ao WhatsApp, necessária é a obtenção da posse do celular, dificultando ainda mais as fraudes. (WHATSAPP, 2018).

Já os conteúdos das mensagens trocadas ficam armazenados somente nos dispositivos dos interlocutores, havendo a possibilidade de backup em nuvem, a exemplo do Google Drive, se assim preferirem. Assim sendo, o WhatsApp é somente ferramenta que transmite mensagens, por meio da internet, não havendo registro das comunicações em servidores do aplicativo. (WHATSAPP, 2018).

Alias, foi justamente este o motivo que ensejou a ordem de suspensão do serviço, determinada pelo Poder Judiciário. A questão abrangia o fornecimento dos dados, momentâneos e passados.

A empresa sustentou a impossibilidade de cumprir a ordem, arguindo dois impedimentos: primeiramente, quanto a negativa ao fornecimento dos dados referentes as conversações passadas, relatou que os servidores da empresa somente armazenam os dados temporariamente, sendo excluídos quando entregues ao destinatário; e referente à interceptação conversação momentânea diz ser impossível, devido à criptografia utilizada ponta a ponta. (WHATSAPP, 2019).

A partir disto, ressalta-se a precariedade dos dados referentes as conversações, uma vez que não armazenados no servidor da empresa, ou em alguma nuvem sendo esta uma opção do usuário.

Tal vulnerabilidade se potencializa, ainda mais, com a possibilidade de, através de acesso remoto sendo o acesso a um dispositivo por meio de outro, portanto, distintos fisicamente, excluir-se todos os dados contidos no dispositivo. Tais ferramentas são alheias ao WhatsApp, mas colocadas à disposição dos usuários pelo Google e PSafe, por exemplo. (WHATSAPP, 2018).

Por fim, o texto constitucional tem a incumbência de se ajustar com a modernidade advinda do aplicativo, ora em questão, para garantir o amparo estatal adequado, tendo em vista que até o presente momento, não há previsão legal expressa a respeito. Cabendo ao Estado, portanto, fazer uso de meios investigativos criminais compatíveis e eficientes ao desenvolvimento tecnológico da sociedade.

O direito deve ser interpretado de forma inteligente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá a ter conclusões inconsistentes ou impossíveis". (MAXIMILIANO, 2005, p. 136).

Nesse sentido;

Coloca-se, então, como necessária, face ao perigo do crime organizado, a adoção de novas bases no processo penal, que contemplem a adoção de técnicas especiais de investigação, a possibilidade da utilização de meios de inteligência na fase da investigação criminal, a proteção de testemunhas, vítimas e réus colaboradores, a adoção de soluções negociadas, a busca da prevenção. Acredito que essa modificação nas bases do processo penal não significará erosão dos direitos individuais, mas que será possível a adoção de tais medidas dentro do marco constitucional e com obediência ao princípio da ampla defesa (BALTAZAR, 2010, p. 28).

2.2 WHATSAPP MESSENGER X LEI DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A Lei de Interceptação Telefônica 9.296 de 1996, veio dar aplicabilidade ao preceito constitucional contido no art. 5º, XII da Carta Magna, regulando, assim, a violabilidade do direito ao sigilo das comunicações telefônicas. Os mecanismos das interceptações telefônicas empregados adquiriram maior grau de utilização, em decorrência dos avanços tecnológicos. Na atual conjuntura, têm o propósito de colaborar nas investigações e processos criminais, com elementos probatórios. (CAPEZ, 2017, p. 461).

Ademais, corrobora-se ao entendimento constitucional o previsto no art. 1º e 2º, da Lei 9.296/1996:

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.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza

a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Conforme a legislação supracitada, a interceptação telefônica apenas poderá ser implementada em ocasiões excepcionais, de forma subsidiária e, principalmente, quando houver prévia autorização judicial.

No campo de ação da referida Lei, a interceptação telefônica deve ser compreendida como o ato de captar, clandestinamente, comunicação alheia no momento de sua ocorrência, de modo a obter todo o seu conteúdo. Frisa-se a elementar da clandestinidade, de modo que os interlocutores não tenham ciência da captação (ANDREUCCI, 2017, p. 518).

Devemos também ressaltar, que como base o sistema de segurança utilizado pelo aplicativo, uma vez que as mensagens são criptografadas de ponta a ponta, conforme já exposto, verifica-se grande dificuldade, para não dizer impossibilidade, de interceptar tais comunicações, posto que tal matéria já foi objeto de discussão judicial, igualmente explanado. (WHATSAPP, 2019).

No entanto, há de se frisar que o próprio aplicativo disponibiliza uma versão web, onde as mensagens são sincronizadas em tempo real, tratando-se de um verdadeiro espelhamento do aplicativo do celular para a página web. Contudo, para que seja possível necessário procedimento de segurança para permitir o pareamento, onde sem o aparelho em mãos, não se conseguirá tal permissão. (WHATSAPP, 2017).

Entretanto, este procedimento reveste-se de extrema fragilidade, pois além da necessidade de utilizar o dispositivo móvel para liberação de tal acesso, conforme acima exposto, o espelhamento poderá ser restringido a qualquer momento pelo usuário do aparelho celular, bastando acessar as configurações do aplicativo. Em tempo, frisa-se, também, a notificação de tal acesso web, onde o aplicativo possui a função de alertar o usuário do acesso

remoto que está sendo realizado no momento, o que afasta o caráter clandestino já mencionado.

A gravação clandestina de telefonemas ou conversas diretas próprias, embora estranha à disciplina das interceptações telefônicas, pode caracterizar outra modalidade de violação da intimidade: qual seja, a violação de segredo.

No entanto, a doutrina não tem considerado ilícita a gravação sub-reptícia de conversa própria, quando se trate, por exemplo, de comprovar a prática de extorsão, equiparando-se, nesse caso, a situação à de quem age em estado de legítima defesa, o que exclui a antijuridicidade.

Aparece, entretanto, que também nesse caso a prova só será admissível para comprovar a inocência do extorquido, não deixando de configurar prova ilícita quanto ao sujeito ativo da tentativa de extorsão. (GRINOVER, 1990, p. 66).

A conclusão que a Lei em comento, *lato sensu*, não abrange as comunicações entre interlocutores por meio do WhatsApp, pois a disposição legislativa abrange tão somente a interceptação, *real time*, da comunicação, o que, por conta da segurança implementada no aplicativo, é inviabilizada. No contexto, expõe-se a disposição legislativa:

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.
Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Por fim, como se constata da redação do dispositivo, a Lei se aplica ao fluxo das comunicações, portanto, não há que se falar na sua aplicação quanto ao acesso dos dados já armazenados no aparelho móvel, pois se trata

de mera consulta, ao invés de interceptação de seu fluxo, fato este protegido pela Lei 9.296/96.

2.3 WHATSAPP MESSENGER X MARCO CIVIL DA INTERNET

A partir da ascensão da internet até a criação da Lei 12.965/14, foi o Direito Penal que ocupou o centro das discussões deste meio de comunicação, ao tipificar condutas como crimes. Assim sendo, o Marco Civil da Internet surgiu em consequência da necessidade de tratar esta temática no âmbito civil, regulando as relações no ambiente virtual, prevendo direitos, garantias e deveres, sendo este, seu objetivo (MARCACINI, 2016, p. 30).

Para efeitos desta Lei, importantes definições trazem o art. 5º, assim dispostos:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei considera-se:

I - internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes;

II - terminal: o computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet;

[...]

V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

[...]

VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet;

O Marco Civil da Internet, muito além de mencionar princípios gerais, criou garantias reais de proteção à privacidade, sendo elencado rol de direitos a inviolabilidade em seu art. 7º, bem como no Capítulo III, Seção II prevê proteção ao registro, dados e comunicações pessoais (MARCACINI, 2016, p. 58).

O art. 7º, inciso III, assim dispõe: “inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial”. Assim sendo, o Legislador ordinário previu proteção não contida expressamente na Carta Magna, mas de possível dedução, a partir da análise conjunta de suas disposições (MARCACINI, 2016, p. 59).

De modo a ratificar a proteção acima, traz-se à baila a previsão legislativa do art. 10, §2º da Lei em voga, nestes termos:

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

[...]

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

Deduz-se que a referida Lei está a proteger a troca de mensagens via aplicativo WhatsApp, bem como o histórico de conversas, uma vez que o smartphone considera-se um terminal, pois é um dispositivo conectado à internet, o aplicativo supra é uma aplicação de internet, uma vez que se trata de funcionalidade acessada por meio de um terminal conectado à internet, inteligência do art. 5º acima evidenciado, com ressalva de poder ser relativizada tal proteção por meio de mandado judicial, conforme art. 7º, III, in fine do mesmo diploma em voga.

CAPITULO III - ANÁLISE SOBRE A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES E SEU USO COMO MEIO DE PROBATORIO NO PROCESSO

Neste capítulo serão apresentados os principais aspectos que justificaram e nortearam a presente pesquisa, por meio da descrição da interceptação telefônica, como isso ocorre em uma investigação e o uso da interceptação das comunicações como meio de prova no processo penal.

3.1 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Interceptar, em sentido estrito, significa intervir, interromper no transcurso. Logo, o termo interceptação telefônica compreende a interferência de um terceiro na comunicação mantida entre duas ou mais pessoas, com a intenção de colher informações.

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 2006, p. 209).

A vida privada e a intimidade são assuntos corriqueiramente presentes quando se trata de direitos da pessoa e proteções que o Estado deve oferecer a todos os cidadãos. A própria constituição protege a vida privada de todos de tal modo que em seu artigo 5º, inciso X traz o seguinte texto:

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.

Mais à frente em seu inciso XII ela vem proteger, dentro da grande área abrangida pela vida privada, as comunicações telefônicas, chegando

assim ao marco inicial do objeto do presente trabalho. Essa proteção dada as comunicações deriva do seguinte texto legal:

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.

Nesse sentido, amplia-se o conceito demonstrando o objetivo das interceptações telefônicas ao dizer:

Considerando que o bem jurídico tutelado, desde a Constituição, é o sigilo das comunicações, o “interceptar” expressa, sobretudo “tomar conhecimento”, saber, descobrir, ter ciência do conteúdo de uma comunicação telefônica. De outro lado, é da essência da interceptação, no sentido legal, a participação de um terceiro. Interceptar comunicação telefônica, assim, é ter conhecimento de uma comunicação “alheia”. Ter ciência de algo que pertence a terceiros (aos comunicadores). Na interceptação existe sempre uma ingerência alheia, externa, no conteúdo da comunicação, captando se o que está sendo comunicado (GOMES, 1997. p. 95).

As interceptações das comunicações telefônicas são utilizadas diariamente pelas agências de controle, tais como autoridade policial, judicial e Ministério Público, como fonte de prova no processo penal. A doutrina classifica as modalidades de captação telefônica da prova em interceptação telefônica em sentido estrito, escuta telefônica e gravação clandestina. (AVÓLIO, 2004. p. 90).

Ainda, os dados telefônicos (nome, qualificação e endereço do titular da linha telefônica) não são acobertados pelo sigilo, podendo a eles ter acesso o representante do Ministério Público e a autoridade policial, sem necessidade de autorização judicial. (AVÓLIO, 2004. p. 90).

Protegido pela Lei Maior do Estado, as comunicações não só telefônicas, mas também telegráficas, de dados e a correspondência devem então ser tratadas com muito cuidado, pois violando-as viola-se diretamente direitos e garantias constitucionais do indivíduo. Assim sendo quando o

assunto é Interceptação Telefônica todo o cuidado deve ser tangenciado pela lei, para que não haja violação constitucional.

3.2 A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES NA INVESTIGAÇÃO

O tema sobre a Interceptação das Comunicações é corriqueiramente tratado pela doutrina e jurisprudência, mesmo antes da promulgação da atual Constituição Federal, tal assunto já era discutido por conta do polêmico Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27 de Agosto de 1962) trazendo em seu corpo previsões que tornavam viáveis as Interceptações Telefônica na Investigação Criminal.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a introdução da autorização de interceptação das comunicações mediante o, já mencionado, inciso XII do Artigo 5º da Lei Maior. Porém tal inciso se prendia apenas na previsão de tal instrumento para fins de Investigação Criminal e Instrução Processual Penal, sem que houvesse devida regulamentação, sendo necessária lei que estabelecesse a forma e os limites legais deste instrumento probatório. Desse modo, a Interceptação das Comunicações é então um procedimento que tem finalidade de suprir a falta de meios hábeis de provas, e não ser o principal. A respeito disso:

Nesse prisma, dispõe o art. 2º, inciso II da Lei nº 9.296/96, que a Interceptação das comunicações não será admitida quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis. Dentre as medidas restritivas de direitos fundamentais, deve o Poder Público escolher a menos gravosa, sobretudo quando diante de insidiosa ingerência na intimidade e não só do suspeito, mas também de terceiros que com ele se comunicam. Por isso, a interceptação telefônica deve ser utilizada como medida de ultima ratio, sob pena de ilicitude da prova. Destarte, entre diversas medidas investigatórias idôneas a atingir o fim proposto, deve o magistrado buscar aquela que produza menores restrições à esfera de liberdade individual do agente. Considerando-se, então a grave violação ao direito à intimidade decorrente da interceptação das comunicações telefônicas, antes de decretar a medida, deve o magistrado verificar se não há outro meio de prova ou de obtenção de prova menos invasivo (v.g prova testemunhal, pericial, etc.). Não havendo outro meio disponível, ou nos termos da

lei, demonstrada a indispensabilidade do meio de prova (Lei nº 9.296/96, art. 5º), deve o magistrado deixar patente em sua fundamentação a referência à necessidade da medida cautelar, seja para a legitimação de sua atuação, seja para eventual impugnação a posterior. (LIMA 2014, p. 151)

Logo em 1996 foi promulgada a lei nº 9.296, regulamentando o uso das interceptações e disciplinando seu procedimento formal em seus 12 artigos, observando assim o limite constitucional previsto no inciso XII. Recentemente a Interceptação telefônica também foi instrumento previsto como meio de obtenção de prova na Lei de Crime Organizado (Lei nº 12.850 de 2 de Agosto de 2013):

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Entende-se então, que a Interceptação Telefônica tem forte amparo legal, de tal modo que sua utilização deve seguir estritamente os limites legais e formais da lei, para que não haja consequências negativas na Investigação Criminal ou na própria Instrução processual Penal quanto a ilegalidades e anulabilidade.

Uma das formas de se garantir essa proteção constitucional a Intimidade, mesmo num contexto de utilização de interceptação das comunicações, é a sua natureza de correr ela em segredo de justiça. Essa

natureza fica evidente quando analisamos a previsão de crime para quem não a respeita como dispõe o artigo 10 da lei nº 9.296/96:

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

A requisição para que seja realizada obtenção de dados telefônicos para fins de investigação criminal é realizada pela Autoridade Policial que conduz determinada investigação, ainda que em fase preliminar.

O delegado de Polícia é o responsável pela colheita de provas necessárias a instrução criminal mediante o Poder Geral de Polícia a ele conferido, pelo ordenamento jurídico. No enunciado 19 aprovado no 1ª e 2º Congresso Jurídico dos Delegados de Polícia podemos conferir a abrangência do poder de requisição da Autoridade Policial na colheita de provas:

ENUNCIADO Nº 19: Os dados cadastrais de clientes de instituições financeiras, operadoras de telefonia fixa e móvel, dentre outras, não têm seu sigilo condicionado à reserva de jurisdição, podendo ser requisitados diretamente pelo delegado de polícia, que deverá estabelecer prazo razoável para a sua resposta, cujo descumprimento ensejará a ocorrência do crime previsto no art. 21 da lei nº 12.850/13, ou subsidiariamente, o do art. 330 do Código Penal.

Observa-se que a extração de dados telefônicos diferencia-se da Interceptação das Comunicações, sendo esta, um pouco mais complexa quanto a requisição, que deve ser feita através do Magistrado, como regulamenta o artigo 3º da Lei de Interceptação (Lei 9.296 de 24 de Julho de 1996):

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

É então por meio do Magistrado que, quando autor do requerimento de interceptação, a Autoridade Policial completa seu Poder Geral de Polícia em

relação a necessidade de utilização de Interceptação Telefônica para a Investigação Criminal.

De acordo com a Lei, a Interceptação das Comunicações deve ser utilizada como *ultima ratio* na Investigação Criminal ou na instrução do processo penal em andamento. Devem-se seguir os critérios de:

- Existir indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal;
- Se a prova não puder ser obtida por outros meios disponíveis;
- O fato a ser investigado deve ser punido com pena de reclusão;

Portanto, a Interceptação de Comunicações não pode ser usada sem que obedeça tais limites legais, pois estaria afetando direitos individuais de vida privada e intimidade da pessoa sem respaldo legal, dando ensejo a anulabilidade das provas obtidas por tal Interceptação.

Outra maneira de se visualizar a garantia ao direito de Intimidade mesmo no contexto de utilização de interceptação de comunicações é no tocante a inutilização das gravações que são desnecessárias a instrução processual.

Num procedimento de Interceptação das Comunicações, quando uma parte das gravações não tem utilidade processual, e a parte interessada solicita sua destruição, com fundamentos, autorizado pelo juiz, ocorrerá a destruição deste material para fazer valer a proteção ao direito de Intimidade da pessoa que teve sua conversa violada. A respeito desse tipo de situação pontua:

A gravação, ou parte dela, que não interessar ao processo deverá ser destruída, em qualquer fase da persecução penal, ou após ela, por ordem judicial, a requerimento do Ministério Público ou da parte interessada na manutenção do segredo (art. 9º, caput). Nesse incidente deverá estar presente um Membro do Ministério Público, que atuará como Fiscal da Lei, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal (art. 9º, parágrafo único). Como a parte interessada na destruição da gravação poderá não ser o acusado, mas terceira pessoa que teve a conversa interceptada,

certamente ela também poderá presenciar a destruição do material, já que é a maior interessada no incidente. Embora a norma se refira a acusado, o termo foi impropriamente empregado, uma vez que o incidente de inutilização da gravação que não interessar como prova pode advir tanto no decorrer do processo quanto do inquérito policial, sendo que, neste último caso, o sujeito alvo de investigações recebe o nome de investigado ou de indiciado (dependendo do caso concreto), que também são partes interessadas na destruição das gravações. Salientamos, porém, que é aconselhável que se aguarde o término das investigações, ou mesmo da instrução processual, para que o Juiz possa decidir sobre a inutilização do conteúdo das gravações ou de parte dela, exceto se evidente a desnecessidade do material (SILVA 2010, p.35).

É essencial também que haja a conceituação de dois termos em especial, para que uma abordagem mais clara seja feita a respeito do tema em questão, sejam eles: Vestígio, Evidência e Indício.

Evidente é que não há como falar em Interceptação das comunicações sem falar em direito de Intimidade. Deve haver uma ponderação a respeito da necessidade de violação deste direito para utilização da Interceptação na Persecução Penal, de modo a deixar sempre a balança equilibrada para ambos os lados.

3.3 O USO DA INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

O debate a respeito da legalidade das provas no processo penal é antiga e ao mesmo tempo muito atual, tendo em vista a modernização dos mecanismos tecnológicos, a disposição da sociedade, e, sobretudo do Estado como parte investigadora.

Sendo assim como todos os procedimentos realizados tanto em sede de Inquérito Policial quanto na fase processual, deve-se respeitar a finco a Lei e os procedimentos indicados para a realização de cada ato. Na realização de interceptações telefônicas não é diferente, existe Lei que limita corretamente sua realização, e esta deve ser seguida para que não haja

nenhuma ilegalidade em seu material quando usado no processo (MENDES 1999, p.81).

O avanço da tecnologia, sobretudo nas comunicações telefônicas, envolvendo a infinidade de aparelhos de telefonia móvel que surgem a cada ano, traz a discussão a respeito da interceptação das comunicações para fins de investigação criminal.

Assim sendo, o procedimento para a sindicância da inviolabilidade de comunicação da pessoa, a Interceptação Telefônica, deve seguir os parâmetros do Devido Processo Legal, dentro de um contexto onde haja meios de defesa para que mesmo que após ser interceptado, o investigado possa ter acesso ao material colhido para contraprova do modo a fazer valer de forma concreta seu direito constitucional a um Devido Processo Legal, previsto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal:

Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Nesse contexto, a investigação criminal e o processo penal devem ser norteados pelos princípios constitucionais de modo a não afetar ou cercear os direitos e garantias estabelecidos pela constituição. Deste modo, é necessário um cuidado especial no uso das interceptações de comunicação na fase investigatória para que na fase processual elas sejam um meio de auxiliar o juiz na aplicação correta da lei penal, ao invés de causar nulidades, como ocorrem em casos de provas ilegais ou contaminadas (MENDES 1999, p.81).

E importante também destacar, que para que o Processo siga com tranqüilidade e Legalidade, todo o caminho percorrido desde a investigação criminal, devendo seguir os mesmos pilares de Legalidade estando sempre atento aos Direitos e Garantias Fundamentais, para que não haja cerceamento destes em momento algum. Portanto, qualquer meio de prova deve seguir os princípios e regras estabelecidas no Código de Processo Penal e em Leis especiais que ditam a respeito de determinado meio de prova, como é no caso

da Interceptação das Comunicações a Lei 9.296/96 que traz em seu texto o procedimento a ser seguido:

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.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

(...)

O Princípio do Devido Processo Legal se desmembra em outros dois subprincípios, que servem na verdade como garantias para o indivíduo, são eles: o Contraditório e a Ampla Defesa, que na verdade tem a finalidade de igualar as partes:

O Contraditório garante às partes ciência dos atos, termos processuais e o direito de impugná-los, concedendo, assim, aos litigantes ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes, conforme determina a Constituição Federal no art. 5º LV: 'Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes'. Pelo princípio constitucional do contraditório, já as partes vão- se preparando para acatar a legitimidade das decisões, de vez que o deslinde do pleito atende a um outro princípio maior – o princípio do devido processo legal –, o único caminho que as partes têm para, através dele (do devido processo legal), provar o que alegam em juízo. (MENDES 1999, p.84).

Mediante o contraditório e a ampla defesa o sujeito tem a liberdade de acessar o conteúdo produzido contra ele mediante Interceptação das Comunicações e contestá-lo em juízo, exercendo seu direito constitucional de ter frente a ele um justo processo legal.

CONCLUSÃO

Primeiramente, necessário se faz analisar que diante da imersão da sociedade na fase tecnológica, torna-se essencial a tutela dos direitos constitucionais passíveis de vulnerabilidade dos sujeitos, quando da utilização dos meios de comunicação, em especial, do Whatsapp, foco do estudo. Nesse sentido, ao mesmo tempo em que este aplicativo facilita a comunicação entre os indivíduos, também pode causar a violação da privacidade, da intimidade e das comunicações privadas destes, necessitando então de amparo legislativo para a sua real proteção.

Desse modo, o primeiro capítulo é dedicado a tratar sobre a análise da prova no processo penal e princípios constitucionais, ficando posicionado propositalmente no início dos tópicos aqui discutidos, para que haja uma correta linha de raciocínio a respeito do tema central, sendo necessário expandir o entendimento que fora abordado a respeito da Prova, a intimidade e a privacidade, e o que a legislação traz para amparar esses direitos.

Cumprido ressaltar a importância adquirida pelo WhatsApp na vida dos seus usuários, tema do nosso segundo capítulo, que traz explicações a respeito do funcionamento da plataforma, e principalmente de como o Whatsapp mantém os dados e as informações trocadas entre seus integrantes sigilosa.

Diante de tal consideração a respeito do posicionamento dos capítulos destaca-se que em um primeiro momento, a análise sobre a Interceptação das Comunicações no capítulo III foi possível abordar que no ordenamento jurídico brasileiro o procedimento de interceptação, o popular “grampo”, é autorizado a ser utilizado como medida de *última ratio*, de modo que se a prova não puder ser obtida por outros meios, recorre-se então para a Interceptação das Comunicações, desde que preenchidos os requisitos legais.

Conclui-se que, a priori por sua natureza garantista a Constituição prioriza direitos individuais da pessoa como o direito a Intimidade exposto no artigo 5º, inciso X. Ocorre que de certo modo a Constituição continua sendo garantista ao trazer em seu texto procedimentos como a Interceptação Telefônica, que violam direitos como o direito a Intimidade, mas em *ultima ratio* auxilia na persecução penal.

Nessa mesma linha de raciocínio, o trabalho faz uma menção a respeito da interceptação das comunicações, discutimos também a respeito da extração de dados em celular apreendido na investigação criminal, que se trata de um tipo de interceptação, pois os dados telefônicos se encontram nos aparelhos celulares são protegidos também pela inviolabilidade de comunicação, e sendo assim, só podem ser processados com autorização judicial e mediante a presença dos requisitos legais.

Dessa forma a extração de dados em celular apreendido na investigação criminal, fica evidente que tal situação reprime direitos e garantias fundamentais previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque não respeita o Devido processo Legal, deixando de dar as partes acesso ao contraditório e ampla defesa; viola também o princípio da Intimidade que só é permitido violar tal direito se preenchido os requisitos legais e mediante prévia autorização judicial.

O celular nos dias atuais representa muito mais que apenas um meio de comunicação telefônica, ele guarda muito da vida privada da pessoa e para tal deve haver o correto procedimento para a devassa, visto que quando ocorrem casos em que juízes pedem bloqueio deste tipo de serviço para fins de investigação, gera-se grande polêmica a respeito da inviolabilidade.

Para que cada vez menos se percam provas por nulidades decorrentes de ilicitudes durante o caminho que a prova faz, deve-se investir na preservação da Cadeia de Custódia da Prova, para que a persecução penal não seja prejudicada pelo avanço da tecnologia.

Outra medida que se deve tomar, é em uma modernização e um avanço nos meios de investigação. Na mesma medida com que os crimes crescem, e as formas de comunicação e meios de cometer os ilícitos aumentam os meios de investigação não podem ficar estagnados, devem avançar também, e isto depende de total apoio do Estado.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Felix Ruiz. **Direito à privacidade**. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 457.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p, 518.

ARENHART, S. C.; OSNA, G. **Os acordos processuais no Novo CPC: aproximações preliminares**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 4, n. 39, abr. 2015.

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 90.

AVOLIO, Luiz Torquato. **Provas ilícitas – Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.90.

BALTAZAR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 28.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **WhatsApp e investigação criminal: reserva de jurisdição e entendimento do STJ**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis, 2011, p. 45.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 14 ed. São Paulo, SARAIVA, 2011, p, 344.

CAPEZ, Fernando 2017, p 405. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-124/as-provas-no-processo-penal/> Acesso em: 21 de março de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev.. e atual. São Paulo: Saraiva: 2006. p. 290.

DÂMASO, Livia. **Baixe o WhatsApp Messenger, aplicativo para celular que se tornou um fenômeno no Brasil**. Techtudo. Online. 02 jun. 2017. Disponível em: < <https://www.techtudo.com.br/tudo-sobre/whatsapp-messenger.html> >. Acesso em: 15 de mar. de 2021.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 1993, p. 42.

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, p. 17.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.1996**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 95.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdade Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas. 2a Edição**, Revista dos Tribunais, 1990, p. 66.

LIMA, Rogério; **Sigilo Bancário**. 1 Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2017, p.344.

LOPES JR., Aury, **LIMITE PENAL: A Importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal**, 2017.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Aspectos Fundamentais do Marco Civil da Internet: Lei nº 12.965/2014**. São Paulo: Edição do autor, 2016.

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª edição. São Paulo, Ed. Forense, 2005, p. 136.

MENDES, Maria Gilmaíse de Oliveira. **Direito à intimidade e interceptações telefônicas**. Belo Horizonte: Livraria Mandamentos, 1999, p. 81 e 84.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13 Ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p.17.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito (CPI) e sigilo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35

WHATSAPP, **configurações**. Disponível em;https://faq.whatsapp.com/general/account-and-profile/about-changing-phones/?lang=pt_br 2021. Acesso em: 08 de maio de 2021.

WHATSAPP, **configurações**. Disponível em <https://www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/2018/03/como-ter-acesso-remoto-a-um-pc-com-windows-10.ghtml> 2018. Acesso em: 08 de maio de 2021.

WHATSAPP, **configurações.** Disponível em
https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/end-to-end-encryption/?lang=pt_br 2019. Acesso em: 08 de maio de 2021.

WHATSAPP, **configurações.** Disponível em
<https://www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/2017/11/como-espelhar-a-tela-do-android-no-pc-sem-usar-cabo.ghtml> 2017. Acesso em: 08 de maio de 2021.