

O ESPELHAMENTO VIA QR CODE COMO MEIO HÍBRIDO DE OBTENÇÃO DE PROVA E A SUA (I)LICITUDE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

MIRRORING VIA QR CODE AS A HYBRID MEASUREMENT TO GET PROOF AND ITS (I)LAWFULNESS IN THE LIGHT OF THE FEDERAL CONSTITUTION

*Muriel Amaral Jacob**
*Sander Silva Ferreira***

RESUMO

O presente estudo tem em seu âmago a discussão sobre o espelhamento via *QR Code* do *whatsapp web* como meio de obtenção de prova, perquirindo sobre a sua (i) licitude à luz das disposições constitucionais. Objetiva-se, assim, trazer algumas ponderações acerca de tal celeuma, buscando perquirir se tal instituto encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, mormente à luz dos direitos e garantias fundamentais individuais erigidas pela Magna Carta e postas a salvaguarda do indivíduo diante da atividade persecutória do Estado. Nesse viés, verificou-se a natureza híbrida do instituto ao traçar um paralelo com as diretrizes da interceptação telefônica e a quebra de sigilo dos dados telefônicos, inferindo-se, à luz das gerações do direito probatório, sobre a necessidade de prévia outorga judicial para devassa dos dados constantes de aparelhos telefônicos apreendidos pela autoridade policial, notadamente por conta do incrível avanço tecnológico nos dias hodiernos, o que exige uma interpretação progressiva da legislação de regência a fim de salvaguardar as garantias

* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pesquisadora do *Centro Didattico Euroamericano sulle Politiche Costituzionali* (CEDEUAM) da *Università del Salento*. Professora Adjunta da Universidade de Rio Verde (UniRv)-GO. Advogada. E-mail: murieljacob@hotmail.com. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/9420157848302360>>.

** Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Pós-Graduando em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário pela Estácio. Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Estácio. Estagiário de Pós-Graduação no Ministério Público de Mato Grosso do Sul. E-mail: sandersf_94@hotmail.com.

constitucionais de intimidade e/ou privacidade. A metodologia utilizada nesta pesquisa é de caráter bibliográfico, por meio da análise descritiva e método dedutivo.

Palavras-chave: Espelhamento via QR Code. Comunicação telefônica. Prova ilícita.

ABSTRACT

The present study has at its core the discussion about mirroring via QR Code of whatsapp web as a means of obtaining evidence, investigating its (i) legality in the light of constitutional provisions. Thus, the objective is to bring some considerations about such a stir, seeking to find out if such an institute finds shelter in the national legal system, especially in the light of the individual fundamental rights and guarantees established by the Magna Carta and put the safeguard of the individual in the face of the persecutory activity of the State. In this bias, the hybrid nature of the institute was verified by drawing a parallel with the guidelines of telephone interception and the breach of confidentiality of telephone data, inferring, in the light of generations of probative law, about the need for prior judicial grant for search of the data contained in telephone sets seized by the police authority, notably due to the incredible technological advancement in today's days, which requires a progressive interpretation of the governing legislation in order to safeguard constitutional guarantees of intimacy and/or privacy. The methodology used in this research is bibliographic in character, through descriptive analysis and deductive method.

Keywords: Mirroring via QR Code. Telephone communication. Illegal proof.

INTRODUÇÃO

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido, qual seja, a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando chegar-se numa maior fidelidade possível com a realidade histórica do fato criminoso, tal como efetivamente ocorrera. No entanto, à luz de um Estado Democrático de Direito, tem-se que tal reconstrução não pode dar-se a todo e qualquer custo, estando balizada pela exigência de um processo justo, ético e democrático, sendo inconcebível que a relação processual desenvolvida possa estar em dissonância com os ditames e princípios velados pelo legislador constituinte.

Nesse compasso, a ação persecutória do Estado não pode apoiar-se em elementos probatórios obtidos de maneira ilícita, sob pena de malferir à garantia do devido processo legal e, por conseguinte, tornar-se írrita toda a atividade processual. De fato, na medida em que a prova ganha singular importância no direito processual penal como meio apto para reconstrução dos fatos pretéritos

objurgados, cujo resultado poderá lastrear eventual decreto condenatório, privando indivíduos de sua liberdade, tal reconstrução deve ser processualmente válida, não inquinando pela eiva da ilicitude.

Sem embargo, é preciso ter em mente que o Direito como ciência jamais pode ser concebido em termos abstratos e estanques, sendo, ao contrário, uma ciência dinâmica que não pode ficar à margem da evolução social, notadamente em tempos que a globalização e o avanço da tecnologia vêm, a cada dia, tomando proporções antes inimagináveis. Com efeito, a evolução tecnológica traz, inevitavelmente, problemas que o legislador não poderia ter antecipado, incumbindo ao exegeta solucioná-los, ao menos enquanto não haja legislação penal que abranja tais vicissitudes.

Nessa senda, dilema dos mais interessantes cinge-se a despeito do aplicativo de celular “WhatsApp”, que, em sua função “WhatsApp Web”, permite que o usuário troque mensagens com seus contatos telefônicos por meio do computador. Diante disso, sem ter a veledade de esgotar o tema, o presente opúsculo visa perquirir sobre a (des)necessidade de autorização judicial prévia para a extração de dados e conversas registradas em aparelhos celulares apreendidos, com enfoque ao indigitado espelhamento via *QR Code* como meio de obtenção de prova e a sua (i) licitude à luz da Constituição Federal.

Dessarte, em um primeiro momento, buscou-se fomentar a despeito da relevância da atividade probatória como meio idôneo para a reconstrução dos fatos pretéritos e, em última análise, para obtenção da verdade que se busca atingir pela atividade processual. Em seguida, ante a importância ímpar da prova no processo penal, fez-se no tópico subsequente, uma abordagem sobre as provas ilícitas e ilegítimas, buscando fomentar algumas de suas nuances, dentre as quais a teoria da ilicitude por derivação e as casuísticas de mitigação ao famigerado princípio da contaminação.

Adiante, ante a relevância do tema, trouxe-se a lume algumas ponderações sobre o princípio da proporcionalidade e a sua aplicação em matéria probatória, mormente nos casos de conflitos entre princípios de mesma dignidade constitucional a exigir uma ponderação dos valores colidentes.

Ao final, discorrendo de forma enfática sobre a temática ora proposta, atento aos avanços tecnológicos nos dias hodiernos, buscou perquirir, à luz das denominadas gerações do direito probatório, a (in)compatibilidade do espelhamento via *QR Code* do aplicativo *whatsapp web* com o ordenamento jurídico pátrio e a (im)prescindibilidade de prévia autorização judicial para devassa dos dados constantes em aplicativos de celulares apreendidos pela autoridade policial. Ademais, fomentou sobre a (im)possibilidade de aplicação analógica das disposições atinentes a interceptação telefônica, máxime à luz da natureza jurídica e principais características inerentes aos referidos institutos.

Trata-se de estudo justificável, tendo em vista tratar-se de tema incipiente e despido de normatização mais acurada, sendo a legislação existente nitidamente obsoleta e que se apresenta à margem do atual avanço tecnológico, sendo necessário uma interpretação progressiva no que tangencia a quebra do sigilo de dados telefônicos, sem que reste, contudo, malferida a proteção constitucional de inviolabilidade à intimidade e privacidade posta a salvaguarda pela Carta Magna (art. 5º, incisos X e XII, CF).

A metodologia empregada nesta pesquisa é de caráter bibliográfico, por meio da análise descritiva e método dedutivo.

A prova como meio de obtenção da verdade

A doutrina tradicional, como se sabe, sempre inclinou a crer que a verdade como princípio processual caracterizava-se pela maior ou menor conveniência da investigação empregada na busca pela verdade, subdividindo-a em verdade formal e verdade material, estando esta (verdade material) afeta ao processo penal, ao passo que aquela (verdade formal) estaria relacionada aos escopos do processo civil.

Pode-se afirmar, em síntese, que pelo dogma da verdade formal tem-se por primazia, como nítida opção legislativa, encerrar os litígios ou abreviar o restabelecimento da paz social, sem, contudo, exigir que o juiz diligencie *ex officio* na obtenção da verdade plena dos fatos, contentando-se com a verdade projetada pelas partes no seio processual através das provas coligidas ao processo.

De outro lado, considerando os bens tutelados na seara penal, geralmente indisponíveis, pelo famigerado princípio da verdade material exige-se do julgador uma postura ativa na busca pela verdade, não podendo o magistrado se aquiescer com as provas trazidas pelas partes ao processo. Outorga-lhe, assim, a possibilidade, sempre que necessário, de determinar *ex officio* a produção de provas que reputar convenientes e imprescindíveis para formação de sua convicção a fim de se chegar à “verdade real” dos fatos subjacentes, o que lhe dará subsídios para prolação de sentença condenatória ou absolutória.

No Processo Penal, portanto, a prova ganha importância ímpar na medida em que há, de um lado, o interesse social na correta e justa punição do agente criminoso, além de ser preocupação constante que a reprimenda estatal não chancela injustiças ao privar indivíduo inocente de sua liberdade, de outro lado.

Todavia, sobreleva pontuar que essa requisição de provas pelo juiz não deve ser feita de modo discriminado, passando da figura do “julgador imparcial” e equidistante aos interesses das partes, a acusador ou defensor. Aliás, tal constatação sobrepuja em maior evidência com as modificações insertas pela Lei n. 13.964/19 (denominado Pacote Anticrime) no bojo do Código de Processo Penal, modificando-o substancialmente a fim de reafirmar a estrutura acusatória

encampada pelo processo penal brasileiro (CF, art. 129, inciso I), consoante dicção do art. 3-A da Lei Adjetiva¹.

De fato, à luz da diretriz escoimada pelo *novel* diploma legal, parece-nos que aqueles dispositivos de inegável ranço inquisitório, *v.g.*, do art. 156, inciso I, do Código de Processo Penal, doravante encontra-se tacitamente revogados ante a sua incompatibilidade com a norma plasmada no artigo em tela, pelo qual é defeso ao magistrado a iniciativa na fase de investigação e substituir-se ao órgão de acusação na atuação probatória.

Nesse diapasão, aliás, denota-se de grande valia trazer a colação o escólio doutrinário do célebre Renato Brasileiro de Lima² que, ao comentar sobre as disposições do art. 3-A do CPP, aduz:

Louvável, nesse sentido, o disposto na primeira parte do art. 3-A do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/19, que, após dispor que o processo penal terá estrutura acusatória, veda a iniciativa do juiz das garantias na fase de investigação. Operou-se, pois, a revogação tácita do art. 156, inciso I, do CPP, nos exatos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (“A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”).

Daí dizer, conforme ponderação feita por Cecarelli³, o julgador, resguardados “os limites de sua imparcialidade e da própria estrutura acusatória vigente no processo penal brasileiro, deve atuar de forma excepcional e dentro dos parâmetros das atividades probatórias desenvolvidas pelas partes, buscando elucidar o caso e fazer Justiça”.

Nada obstante, impende pontuar que “o escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do cidadão, mediante a garantia da verdade – uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante prova e debatida – contra o abuso e o erro”⁴. Destarte, tal busca somente será legítima e, por conseguinte, justa (seja na seara cível ou penal) quando pautada nas provas coligidas ao processo, assegurando-se as partes a possibilidade de comprovarem o quanto alegado, a partir de todos os meios de prova em direito admitidos.

¹ De acordo com a dicção do art. 3-A do CPP, *in verbis*: “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (destacamos).

² LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote anticrime*: comentários à Lei n. 13.964/19 artigo por artigo. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 94-95.

³ CECARELLI, Camila Franchitto. *Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro*. 2011. 174 f. Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 17.

⁴ SAMPAIO, Denis. *A verdade no processo penal*: perspectiva do sistema inquisitória através do discurso sobre a verdade real. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 159.

Entrementes, insta pontuar que “a verdade só é considerada válida no processo quando construída sobre uma base sólida de legalidade. Isto significa que a verdade deve ser moldada sob critérios de um juízo racional, previamente balizado pelo ordenamento jurídico”⁵.

Nem as condições de uso do termo “verdadeiro”, nem as condições para asseverar que uma tese judicial é verdadeira são independentes do modo como está formado o sistema legal – com referência ao qual a verdade processual é predicável – mas estão estreitamente ligadas às técnicas legislativas e jurisdicionais normativamente admitidas e praticadas. Estas técnicas [...] são as garantias penais e processuais na ausência das quais não se pode falar de *verdade* no processo nem sequer em sentido *aproximado*⁶.

Dessarte, o direito à prova (juntamente com outras garantias constitucionais e processuais penais, tais como o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas entre acusação e defesa, a imparcialidade do juiz, a celeridade processual, a motivação das decisões judiciais, vedação da prova ilícita etc.) denota-se crucial para efetivação do devido processo legal, notadamente em sua faceta substancial – *substantive procedure of law*.

Assim, conforme destacou Ferrajoli⁷, a inobservância de tais garantias, indubitavelmente, desvirtuaria a verdade alcançada no processo, não podendo, aliás, sustentá-la sequer em sentido aproximado.

Isso porque, diante de um Estado Democrático de Direito, a observância das garantias processuais posta a salvaguarda do indivíduo realça que já não mais se admite no processo penal moderno a arcaica noção de que o acusado seria apenas objeto do processo. Ao contrário, doravante o indivíduo passa a ser visto como sujeito de direitos e garantias fundamentais, ainda que diante de uma investigação criminal, tendo por presumida sua inocência, devendo, até o advento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ser tratado como tal.

Nessa perspectiva, Taruffo⁸ refuta categoricamente os vetustos meios de obtenção da verdade baseada nos meios probatórios de outrora. Veja:

(...) nos sistemas processuais não se espera encontrar a <<verdade>> adivinhando, lançando a sorte, interpretando folhas de chá, duelando

⁵ BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 26.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 53-54.

⁷ *Op. cit.*, 2010.

⁸ TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 15.

judicialmente ou por qualquer outro meio irracional e incontrolável (como os juízos de Deus ou outro tipo de ordálio medieval), mas com base nos meios de prova, que devem ser apropriadamente oferecidos, admitidos e produzidos.

Dessume-se, assim, que a busca pela verdade, entendida como meio apto a fomentar a boa, correta e justa aplicação do direito, conjuntamente com o respeito e observância dos direitos individuais e garantias processuais postas a salvaguarda pela Carta Magna, deve funcionar como um ideal a ser perquirido no processo penal. Contudo, à luz do sistema acusatório é inconcebível que o magistrado se utilize do discurso pela busca da “verdade real” a fim de legitimar atitudes irracionais, desenfreada e sem limites nessa busca incessante pela verdade que – bem ou mal – possui inúmeros entraves ao seu alcance.

Nessa senda, deflui-se que a verdade que deve orientar o magistrado em matéria penal é aquela verdade processualmente atingível, alcançável, aproximada e reconstituída sobre a dialética processual consubstanciada pelo manto inafastável do contraditório.

É cediço que os fatos, em geral, não são diretamente percebidos pelo juiz, e mesmo que fossem, por conveniência legislativa não estaria o magistrado apto a julgá-los, sob pena de ter sua imparcialidade maculada. Nesse sentido, aliás, é que sua decisão deve ter por base as provas disponíveis nos autos e amealhadas no transcorrer da instrução probatória, porquanto fruto de uma reconstituição fática no seio processual com observância do devido processo legal com todos os seus consectários.

No entanto, esta não é tarefa fácil porquanto incumbirá ao magistrado decidir sobre os fatos postos a seu crivo, embora não tenha os presenciados, estando adstrito as afirmações feitas pelas partes, o que será objeto da prova no transcorrer do processo, sendo certo que a reconstrução fidedigna de tais fatos não passa de mero devaneio. Logo, o juiz utilizar-se-á de um raciocínio dedutivo cujo silogismo terá por lastro enunciados supostamente verdadeiros, vertendo-se, assim, ao campo da probabilidade. Nesse sentido:

A verdade é um problema unitário – inexistente a possibilidade de separação entre verdade dentro e fora do processo – e pode ser satisfatoriamente definida a partir da ideia de correspondência. Como a verdade é ao mesmo tempo relativa e objetiva, só pode ser compreendida – dentro e fora do processo – partindo-se da ideia de maior probabilidade lógica possível⁹.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1095.

Ademais, não devemos olvidar que a reconstituição fática-processual dar-se-á mediante a observância de princípios e normas estatuídas pela Constituição Federal e pela legislação processual de regência, produzindo inúmeros entraves na reconstrução da denominada “verdade real” em prol de um processo justo e democrático. Nessa senda, não pode o julgador descurar-se da falibilidade humana (testemunhos, perícias etc.) que poderá, eventualmente, ocorrer na reconstrução processual dos fatos, bem como dos entraves processuais concernentes à matéria probatória, a exemplo da vedação da utilização das provas obtidas por meios ilícitos.

Sublinhe-se, ainda, que o magistrado afastar-se-á da verdade de acordo com a metodologia empregada em sua busca, além da quantidade e qualidade das informações que lhe são trazidas pelas partes ao processo, o que, não obstante, influenciará no seu convencimento, que necessariamente deve se dar de maneira equânime e racionalmente justificável com arrimo nas provas carreadas aos autos processuais.

Exsurge, assim, a árdua tarefa que é atribuída ao magistrado de responder com a prestação jurisdicional justa e adequada às provas dos autos, porquanto, no processo, somente será verdadeiro o que restar provado. Nesse sentido, aliás, é o que propugna o velho brocardo romano: “*Quod non est in actis non est in mundo*”, ou seja, o que não está nos autos não está no mundo.

Com efeito, na seara criminal não deve haver margem para aplicação de um juízo de probabilidade, mormente, para lastrear um decreto condenatório, não podendo a decisão penal ser resultante de um convencimento superficial, aparentemente verdadeiro, eis que em matéria penal vige o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme preconizado pelo art. 5º, LVII, da Magna Carta.

Sendo assim, embora no processo civil possa o magistrado decidir através de juízos de verossimilhanças e probabilidades, a exemplo das tutelas de urgência (art. 300, CPC), no processo penal, todavia, é salutar que haja provas cabais e robustas, longe de qualquer dúvida razoável sobre os fatos alegados na peça acusatória, capazes de ilidir a presunção constitucional de inocência que milita em favor do acusado.

Ademais, cabe repisar que as partes e o juiz, embora engajados na obtenção da verdade fática, não poderão buscá-la a todo e qualquer custo, valendo-se de qualquer meio possível para obtê-la, sem, contudo, se submeter à necessária observância das diversas regras de admissibilidade e produção da prova.

Em razão de tal exigência, podemos enfatizar, conforme os ensinamentos de Taruffo (2014, p. 24), que as “normas jurídicas acerca do uso dos meios de prova e da busca da verdade no processo judicial estabelecem diversos limites em relação ao tempo, aos meios e aos procedimentos que podem ser utilizados para a busca dessa verdade”.

No mesmo diapasão, é curial trazer a colação os ensinamentos da insigne jurista Ada Pellegrini Grinover¹⁰, a qual aduz:

(...) o juiz, tanto quanto as partes, encontra outro limite à atividade instrutória na licitude e legitimidade das provas. Há uma regra moral intransponível que rege toda a atividade processual (...). Trata-se do tema das provas ilícitas e ilegítimas, que não podem ingressar no processo nem, evidentemente, ser determinadas de ofício pelo juiz. A certeza buscada em juízo deve ser ética, constitucional e processualmente válida.

Pode ocorrer, outrossim, que por conveniência legislativa as partes devam olvidar-se da busca pela verdade fática quando exsurgir a necessidade de solucionar de forma definitiva certos conflitos judiciais, sendo despiciendo que haja maior ingerência estatal na escorreita elucidação dos fatos. Em geral, essa necessidade dar-se-á em virtude dos direitos que se discutem em juízo, não se exigindo a coleta adicional de provas em prol do abreviamento dos litígios em detrimento das discussões estritamente de interesses privados e de somenos gravidade ou ofensividade penal, concernentes aos direitos disponíveis e, na seara criminal, passíveis de transação ou composição dos danos.

À evidência de tal digressão, não devemos descurar que na seara cível a parte que tenha conseguido com maior precisão refutar a pretensão ou resistência da parte adversa, desincumbindo-se com maior satisfação do ônus probatório que lhe é atribuído, consoante determinação do art. 373, incisos I e II, do Código de Processo Civil, embora não seja regra absoluta e estanque, produzirá um maior grau de certeza no ânimo do julgador a despeito da verdade dos fatos por ela alegados em juízo. Desta sorte, é tendência de que, ao menos em tese, desincumbindo-se do ônus que lhe é atribuído, obtenha a parte uma decisão favorável aos seus escopos.

No Processo Penal, todavia, o ônus probatório ficará em maior parcela sob o encargo da acusação – Ministério Público ou querelante – que deverá ilidir, quando finda a persecução penal, a presunção constitucional de inocência que milita a favor do acusado; bastando a este, por sua vez, que as suas alegações tenham o condão de gerar no espírito do julgador uma dúvida razoável quanto à existência do crime e sua autoria.

Feita tais digressões, tem-se que a atividade probatória ganha singular importância na reconstituição do fato criminoso, servindo a prova, finda a instrução processual, como baluarte a ser sopesado na sentença judicial, não podendo

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Verdade real e verdade formal? Um falso problema*. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo/Ada Pellegrini Grinover...* [et al.] Flávio Cardoso Pereira (coord.). Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 07.

o magistrado dela se afastar, sob pena de tornar-se arbitrária a decisão. Contudo, repise-se que tal atividade encontra-se balizada pela necessidade de um processo justo, ético e em conformidade com as diretrizes constitucionais, não podendo ser buscada a verdade a todo custo.

Depreende-se, portanto, que o processo deve buscar uma verdade judicial e processualmente válida, pelo que a vedação da utilização das provas obtidas por meios ilícitos ganha inquestionável relevo na reconstrução de tal verdade. Por tais razões, far-se-á no tópico subsequente algumas ponderações mais acuradas a despeito das provas ilícitas e ilegítimas, bem como de suas nuances e/ou desdobramentos para, ao final, discorrer de forma enfática e mais acurada sobre a temática ora proposta.

Provas ilícitas e ilegítimas

Conforme exposto alhures, um dos objetivos primordiais da atividade probatória desenvolvida no processo é, sem dúvidas, a tentativa de se chegar o mais próximo possível e com maior fidelidade a verdade histórica dos fatos pretéritos objetos da demanda judicial. No entanto, conforme restou consignado no tópico precedente, tal busca não pode ser utilizada como pretexto para a produção probatória a todo e qualquer custo, vale dizer, em detrimento de todos os outros direitos fundamentais postos a salvaguarda do acusado pela Constituição Republicana de 1988.

A discussão em torno da (in)admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos ou ilegítimos em determinado ordenamento jurídico está diretamente relacionada à opção entre a busca ilimitada da verdade, dando-se preponderância ao interesse público na persecução penal, e o respeito aos direitos e garantias fundamentais, dentro de uma visão ética do processo, ainda que em prejuízo à apuração da verdade¹¹.

Dessarte, pode-se afirmar que “os limites à atividade probatória surgem como decorrência do nível de evolução do processo penal que conduz à valoração da forma dos atos processuais enquanto ‘garantia’ a ser respeitada”¹². Logo, tal garantia deverá ser compatibilizada com outros direitos igualmente assegurados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Nessa toada, infere-se que o legislador constituinte, ao assegurar a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, acaba dando primazia a um processo justo em detrimento da busca pela verdade como finalidade precípua a ser perseguida no seio processual.

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 687-688.

¹² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, 628.

Assim é “indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, ainda que em prejuízo da apuração da verdade” e continua: “É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados [...]”¹³.

Além disso, segundo elucidação feita por Pacelli¹⁴, tem-se que “a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção”. Com efeito, a eficiência processual não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo.

Nessa senda, a Constituição Federal de 1988 apregoa, em seu art. 5º, inciso LVI, que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, disposição esta que é corroborada pelo art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.690/2008, segundo a qual: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Sem embargo da imprecisão legislativa, a doutrina tradicionalmente, baseada na clássica lição do processualista italiano Pietro Nuvolone, sempre distinguiu as provas ilícitas das provas ilegítimas, sendo ambas espécies da prova ilegal¹⁵. Nesse compasso, tem-se que as provas ilegítimas violariam normas processuais, ao passo que provas ilícitas são adquiridas com abuso ou desrespeito ao direito material, cuja inobservância poderá se dar de forma concomitante, ou seja, com ofensa as normas de direito material e processual.

Ademais, pode-se dizer que a prova ilícita comumente “pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, geralmente em momento anterior ou concomitante ao processo, mas sempre externamente a este”¹⁶. De outro lado, a captação das provas obtidas por meios ilegítimos trata-se violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, vale dizer, no seio processual, sendo, em regra, intraprocessual ou endoprocessual.

Tal distinção, no entanto, ganha pertinência apenas no plano didático, visto que facilita a compreensão dos momentos de *obtenção, introdução, produção e, ainda, de valoração da prova*. Quanto às consequências jurídicas, porém, não tem qualquer utilidade¹⁷. De fato, seja como for, em ambos os casos a prova será

¹³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018, 157.

¹⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 437.

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de, *op. cit.*, 2020.

¹⁶ *Ibidem*, p. 876.

¹⁷ PACELLI, Eugênio, *op. cit.*, 2020.

inadmissível no processo, devendo ser desentranhada dos autos se já materializada (art. 157, § 3º, do CPP).

Além disso, segundo Pacelli¹⁸, “a norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo”. Daí dizer, que tal vedação cumpre função eminentemente *pedagógica*, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica pátria.

É pertinente lembrar, ademais, que “a vedação da prova não ocorre unicamente em relação ao meio escolhido, mas também em relação aos resultados que podem ser obtidos com a utilização de determinado meio de prova”¹⁹. Logo, no ordenamento jurídico pátrio, por mais relevantes que sejam os fatos apurados por meio de provas obtidas por meios ilícitos, estas não podem ser admitidas no processo. Se, todavia, mesmo assim uma prova obtida por meios ilícitos for juntada ao seio processual, a teor do art. 157, *caput* e § 3º, do CPP, surgirá o direito de exclusão²⁰, a ser materializado através do desentranhamento da referida prova dos autos, facultado às partes acompanhar o incidente processual.

Superada a dicotomia entre prova ilícita e ilegítima, já adentrando na teoria da prova ilícita por derivação (*fruits of the poisonous tree*), cabe destacar que a finalidade precípua que se atribui à prova é o convencimento do julgador acerca da (in)veracidade dos fatos objetos do conflito judicial. Até por isso, aliás, a Lei n. 13.964/2019 introduziu o § 5º ao art. 157 do Código de Processo Penal, pelo qual foi inserta na Codificação Processual uma causa objetiva de impedimento do juiz que reconhecer a prova ilícita²¹.

¹⁸ *Ibidem*, p. 437.

¹⁹ PACELLI, Eugênio, *op. cit.*, p. 433.

²⁰ A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “due process of law”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. (...). A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum” (STF – HC 72788/RJ, Rel. Min. Celso de Melo, DJe: 02/06/2006).

²¹ Importante pontuar que referido dispositivo teve a sua eficácia suspensa em virtude de decisão do Min. Luiz Fux, proferida em cautelar pleiteada na ADI 6.299, na qual determinou a suspensão da sua eficácia *sine die*, ad referendum do Plenário.

Daí dizer, sob a ótica da teoria em comento, que a despeito da licitude da prova adquirida, não haverá eficácia ou aptidão a prova secundária ou derivada, sendo imprópria a sua utilização ou manutenção no processo, porquanto estaria evitada pela ilicitude originária sem a qual não teria sido obtida.

Com efeito, o Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.690/2008, adotou a teoria da prova ilícita por derivação²² em seu art. 157, § 1º, segundo o qual: “*são também inadmissíveis, as provas derivadas das ilícitas [...]*”. Doravante, portanto, são inadmissíveis no processo, além das provas originariamente obtidas de forma ilícita, também aquelas provas que delas sejam oriundas ou derivadas.

Todavia, advirta-se que tal teoria tem várias mitigações. A primeira delas, a denominada doutrina da *fonte independente* apregoa que um elemento de prova não será considerado ilícito, portanto, admissível no processo, se for obtida de uma fonte independente, sem nexos causal ou que não esteja na linha de desdobramento daquela originariamente obtida de forma ilícita. Contudo, para que tal teoria seja aplicada, “impõe-se demonstração fática inequívoca de que a prova avaliada pelo juiz efetivamente é oriunda de uma fonte autônoma, ou seja, não se encontra na mesma linha de desdobramento das informações obtidas com a prova ilícita”²³.

No Brasil, com a reforma legislativa de 2008, o art. 157 do Código de Processo Penal, em seu § 1º *in fine*, incluído pela Lei n. 11.690/08²⁴, reconheceu a limitação à teoria da prova ilícita por derivação, mitigando o denominado princípio da contaminação, ao consignar como exceção a tal inadmissibilidade as provas provenientes de uma “fonte independente”.

Nesse compasso, segundo Lopes Junior²⁵, predomina o entendimento sufragado pela jurisprudência dos tribunais superiores de que:

²² Advirta-se, de antemão, que a diretriz jurisprudencial dos tribunais pátrios ao aplicar a teoria norte americana ao sistema jurídico brasileiro foi, de certa forma, providencial para que o legislador ordinário adotasse expressamente a referida teoria no ordenamento jurídico pátrio, consoante se vê nos julgados adiante consignados, a exemplo dos HC 73351/SP, (DJU 09/05/1996); HC n. 74.116/SP, (DJU 14/03/1997); HC n. 76.641/SP, (DJU 5/2/1999); RHC 90376 – RJ, (DJe 18/05/2007); HC 93050 – RJ, (DJe 01/08/2008); Inq. 3732 – DF (DJe 08/03/2016), entre outros.

²³ LIMA, Renato Brasileiro de, *op. cit.*, p. 692.

²⁴ Art. 157 – (...), § 1º: São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, **salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.** (Incluído pela Lei n. 11.690, de 2008) – grifo nosso.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

²⁵ LOPES JR, Aury, *op. cit.*, p. 644.

não se anula a condenação se a sentença não estiver fundada exclusivamente na prova ilícita. Tampouco se anula a decisão condenatória, em que pese existir uma prova ilícita, se existirem outras provas, lícitas, aptas a fundamentar a condenação.

Isso porque, de acordo com as lições de Rangel²⁶, a lei menciona que “se não houver um nexos de causalidade entre a prova ilícita e a outra prova obtida, não haverá contaminação, ou seja, a relação de causalidade é o liame que deve existir entre uma prova ilícita e outra (lícita) para que possamos falar em contaminação”. Depreende-se, assim, que esta teoria se baseia precipuamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal, posto que a sua produção será necessariamente posterior a daquela considerada ilícita.

Noutra ótica, de acordo com a teoria da *descoberta inevitável*, também conhecida como exceção da fonte hipotética independente, “caso se demonstre que a prova derivada da ilícita seria produzida de qualquer modo, independentemente da prova ilícita originária, tal prova deve ser considerada válida”²⁷. Com efeito, a referida teoria foi albergada no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei n. 11.690/2008, que incluiu o § 2º ao art. 157 do Código de Processo Penal, malgrado tenha o legislador inquinado em equívoco ao defini-la conceituando como *fonte independente*.

Dessarte, tem-se que pela teoria da *descoberta inevitável*, em que pese a mácula da prova derivada ou secundária, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria a prova obtida capaz *de per se* conduzir ao fato objeto da prova. Nada obstante, o STJ adotou tal teoria no julgamento do HC 52.995/AL, DJe aos 4.10.2010. Com efeito, na dicção do Relator Min. Og Fernandes:

(...) no caso concreto, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta seria inevitável, não havendo, portanto, razoabilidade alguma em anular todo o processo e demais provas colhidas, não só durante a instrução criminal, mas também aquelas colhidas na fase pré-processual investigativa.

Tem-se, ainda, como limitação hipotética da ilicitude probatória, a *teoria da limitação da contaminação expurgada* pela qual não se aplicará a teoria da prova ilícita por derivação quando:

²⁶ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 485-486.

²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de, *op. cit.*, p. 693.

o nexa causal entre a prova primária e a secundária for atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal²⁸.

Nesse compasso, apesar de já ter havida a contaminação de um referido meio de prova em face da ilegalidade da situação que o gerou, “um acontecimento futuro expurga, afasta, elide esse vício, permitindo-se, assim, o aproveitamento da prova inicialmente contaminada”²⁹. Tal teoria, conforme entendimento doutrinário, encontraria guarida nas disposições do art. 157 e § 1º, do Código de Processo Penal.

O Superior Tribunal de Justiça adotou expressamente tal teoria no julgamento da APn 856, de Relatoria da Min. Nanci Andriighi (DJe 06/02/2018), para fins de reconhecimento da legalidade de prova penal obtida mediante cooperação internacional, conforme dicção da Min. Nanci Andriighi, segundo a qual:

(...) Na presente hipótese, as provas encaminhadas ao MP brasileiro são legítimas, segundo o parâmetro de legalidade suíço, e o meio de sua obtenção não ofende a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, até porque decorreu de circunstância autônoma interveniente na cadeia causal, a qual afastaria a mancha da ilegalidade existente no indício primário. Não há, portanto, razões para a declaração de sua inadmissibilidade no presente processo.

Por derradeiro, impende ressaltar que apesar de guardar certas semelhanças com a limitação da *fonte independente*, a *teoria da mancha expurgada* com ela não se confunde. De fato, enquanto na teoria da *fonte independente* a prova secundária seria oriunda de fonte inteiramente independente da prova ilícita originária, pela teoria da *mancha expurgada*, malgrado haja relação com a prova originariamente contaminada, a prova secundária terá a sua ilicitude mitigada, expurgada por conta do decurso de tempo, de eventual circunstância superveniente e, quiçá, pela vontade dos envolvidos em colaborar com a investigação ou persecução penal.

A questão que se põe é se a prova ilícita pode ser de alguma maneira admitida no processo penal. Para isso se deve adotar o critério da proporcionalidade e ponderação. Como se sabe, em âmbito de tutela constitucional, pode eventualmente ocorrer que dois ou mais valores constitucionalmente assegurados dentre os direitos e garantias fundamentais apresentem conflitantes entre si, exigindo-se a prevalência daquele valor ou princípio, que após a ponderação no caso

²⁸ *Ibidem*, p. 695.

²⁹ *Idem*.

concreto, sobrepujar em maior proeminência para solução da colisão, sem que haja, no entanto, a exclusão do ordenamento jurídico daquele princípio que, eventualmente, restou preterido.

Em outras palavras, considerando que da Constituição Federal erige-se um complexo de regras e princípios, sendo ambos espécie da norma jurídica, caso haja princípios constitucionais colidentes, torna-se necessária a utilização da hermenêutica jurídico-constitucional, notadamente da técnica de ponderação à luz da proporcionalidade a fim de perquirir qual dos princípios aplicar-se-á naquele determinado caso.

Nessa senda, partindo-se da ideia de que a norma constitucional de inadmissibilidade da utilização das provas obtidas ilicitamente seria uma limitação ao *jus puniendi* estatal, consoante norma plasmada no art. 5º, inciso LVI, CF/88, depreende-se que tal vedação, assim como a maioria dos direitos constitucionais, não se reveste de caráter absoluto, devendo ceder a prevalência de outros princípios que, à luz do caso concreto, denotar-se proeminente para a solução do conflito.

Nesse viés, a doutrina e jurisprudência são uníssonas em assegurar que, no processo, seria possível utilizar-se de prova ilicitamente obtida quando produzida em favor do réu, notadamente quando seja este o único meio de provar a sua inocência, haja vista não ser de interesse estatal a condenação de um inocente, atribuindo-lhe a pecha da condenação por conta da prova apta a demonstrar a sua inocência ter sido captada de forma contrária aos ditames legais.

Há, pois, nesse caso, uma nítida antinomia entre direitos fundamentais igualmente protegidos pelo legislador constituinte (liberdade do acusado e a ilicitude da prova por ele obtida). Logo, em juízo de ponderação de tais valores, indubitavelmente deverá prevalecer o *jus libertatis* do indivíduo em detrimento da lisura probatória, evitando, assim, a condenação de indivíduo sabidamente inocente.

Dessarte, em sede doutrinária e jurisprudencial não se vislumbram maiores dificuldades na aplicação da prova ilícita *pro reo*, pois, neste caso, serviria para absolver ou minimizar a culpa do acusado, evitando a condenação de indivíduo sabidamente inocente que, para provar a sua inocência, tenha se valido de provas obtidas por meios ilícitos.

Nesse viés, conforme aponta Pacelli³⁰, “a prova da *inocência* do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser *inocente*”. Aliás, o seu aproveitamento constituiria um critério *objetivo* do princípio da proporcionalidade.

³⁰ PACELLI, Eugênio de, *op. cit.*, p. 473.

Desse modo, prevalece o entendimento de que em situações desse jaez, a atuação do acusado na obtenção de provas por meios ilícitos a fim de demonstrar sua inocência, estaria acobertada, conforme o caso, pelo manto das excludentes da legítima defesa ou do estado de necessidade. À evidência, tais excludentes afastariam a ilicitude da conduta e da própria prova e, por conseguinte, seria perfeitamente possível utilizá-la no processo.

Comunicação telefônicas de qualquer natureza: o espelhamento via QR Code é válido como meio de obtenção de prova?

Feita uma breve incursão sobre temas correlatos a temática ora proposta, buscar-se-á, doravante, lançar luzes as disposições da Lei n. 9.296/96 que, a despeito da evolução tecnológica – sobretudo neste último século –, urge uma interpretação progressiva no que tangencia a quebra do sigilo de dados telefônicos, sem que reste, contudo, malferida a proteção constitucional de inviolabilidade à intimidade e/ou privacidade que são postas a salvaguarda pela Carta Magna (art. 5º, incisos X e XII, CF).

Isso porque, hodiernamente, ressoa obsoleta a definição de telefonia dada pelo Código Brasileiro de Telecomunicações, restringindo-a a *transmissão de palavras e sons* (Lei n. 4.117/62, art. 4º), o que, sem dúvidas, encontra-se à margem do atual avanço tecnológico quando se refere a comunicação telefônica nos dias hodiernos.

Nada obstante, a despeito do espectro de abrangência da norma plasmada no art. 5º, inciso XII, da Constituição Republicana, em especial no que tange ao sigilo das comunicações de dados, não podemos olvidar, consoante ponderação feita por Silva Júnior³¹, que ao tempo da elaboração da atual Constituição Federal “(...) não havia tanta disseminação de uso de aplicativos que realizam a troca de mensagens ou até mesmo chamadas entre usuários”.

Com efeito, a evolução tecnológica traz, inevitavelmente, problemas que o legislador não poderia ter antecipado, incumbindo ao exegeta solucioná-los, ao menos enquanto não haja legislação penal que abranja tais vicissitudes. Sem dúvidas, dilema dos mais interessantes cinge-se a despeito do aplicativo de celular “WhatsApp”, que, em sua função “WhatsApp Web”, permite que o usuário troque mensagens com seus contatos telefônicos por meio do computador.

Exsurge daí uma celeuma: será possível que a autoridade policial faça o espelhamento dessas conversas, fazendo uma analogia entre a *interceptação telefônica*? A prova daí obtida, à luz do Texto Constitucional, será considerada válida para substanciar uma investigação criminal?

³¹ SILVA JÚNIOR, Rogério Faustino. *A quebra do sigilo do whatsapp como meio de prova aceito no direito pátrio*. Publicado em 19 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 04 out. 2020, n.p.

Antes, porém, de responder a tais indagações, pertinente se faz uma breve abordagem acerca das gerações do direito probatório, cuja origem remete-se a três precedentes paradigmáticos da Suprema Corte Norte Americana, a trilogia *Olmstead-Katz-Killo*. Com efeito, os referidos arquétipos jurisprudenciais encontram-se diretamente relacionados à necessidade (ou não) de prévia autorização judicial para a execução de procedimentos investigatórios invasivos, notadamente no que tange à vida privada e a intimidade, cuja devassa invariavelmente encontra-se circunscrita a observância de cláusula de reserva de jurisdição.

Nesse norte, consigne-se que no caso *Olmstead* (1928), que remete ao direito probatório de primeira geração, agentes policiais, sem a devida autorização judicial, instalaram equipamento de interceptação telefônica em via pública, ou seja, na fiação da empresa telefônica, obtendo provas de determinado crime. Instada a manifestar sobre a (i)licitude das provas angariadas, concluiu a Suprema Corte Norte Americana pela lisura da atividade policial, eis que não houve qualquer tipo de busca no interior da casa de *Olmstead*.

Deflui-se, assim, que num primeiro momento, restringiu-se a análise constitucional a ideia de propriedade, pois, na dicção de Danilo Knijnik³², a proteção constitucional “estender-se-ia apenas para áreas tangíveis e demarcáveis, exigindo a entrada, o ingresso e a violação de um espaço privado ou particular (...). Neste primeiro momento da trilogia, surge, pois, uma interpretação constitucional protetiva de coisas, objetos e lugares”.

Posteriormente, no precedente *Katz v. United States* (1967), houve uma abrangência de tal proteção de modo a salvaguardar não apenas a busca de itens tangíveis, mas também a gravação de declarações orais proferidas pelo indivíduo sob a legítima expectativa de proteção do direito de privacidade e/ou intimidade.

No caso vertente, agentes da polícia estadunidense obtiveram provas da prática de um crime a partir da instalação de dispositivo de gravação ao lado externo de cabine de telefone público, que foi posteriormente utilizada pelo investigado. Pondere-se que tal postura, a despeito da instalação dar-se em local externo e público, não encontrou guarida na Suprema Corte Norte Americana que reconheceu a ilicitude das provas ali obtidas.

Com efeito, averbou-se que, *in casu*, haveria ofensa ao direito à intimidade do indivíduo consubstanciado na legítima expectativa de proteção no que tange a salvaguarda do seu direito à privacidade, eis que ao adentrar na cabine de

³² KIJINIK, Danilo. *A trilogia Olmstead-Katz-Kilo: o art. 5º da Constituição do século XXI*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha [et al.]. *Temas de direito penal, criminologia e processo penal*. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2015, p. 180.

telefone teria direito a proteção a intimidade e preservação de sua comunicação telefônica tão logo tenha fechado a porta, não prescindindo de autorização judicial a sua devassa.

Há, portanto, no que se convencionou chamar de direito probatório de segunda geração, uma ampliação no entendimento anteriormente esposado, donde migrou-se “da teoria proprietária (*Olmstead*) para a teoria da proteção constitucional integral (Katz), que amplia o âmbito de proteção constitucional de coisas, lugares e pertences para pessoas e suas expectativas de privacidade”³³.

Em um terceiro momento, denominado de direito probatório de terceira geração, “a Suprema Corte dos Estados Unidos fixou o entendimento de que o avanço da tecnologia sobre a materialidade das coisas não pode limitar o escopo e a abrangência da proteção constitucional outorgada à intimidade das pessoas”³⁴. Trata-se da análise do caso *Kyllo* (2001), no qual:

O caso concreto dizia respeito a um agente de polícia que desconfiava que *Danny Kyllo* cultivava maconha no interior de sua residência. Apesar da desconfiança, os elementos de informação até então existentes eram frágeis para que se pudesse obter um mandado judicial. Sabedores de que o cultivo de maconha demanda a utilização de lâmpadas de alta intensidade, surgiu, então, a ideia, por parte dos policiais, de utilizar um equipamento de captação térmica para que se pudesse monitorar, da via pública, emanações de calor do interior da residência de *Kyllo*. Com base na utilização desse equipamento, as autoridades policiais conseguiram, então, obter as evidências necessárias para a expedição de um mandado de busca, do qual resultou em apreensão de inúmeras plantas de *cannabis sativa L*³⁵.

No caso em tela, malgrado não tenha havido a invasão no interior da residência e tampouco tenha *Killo* demonstrado qualquer pretensão de privacidade, tendo em vista que nada fizera a fim de evitar a emissão de calor, não se deve olvidar que a utilização de equipamento tecnológico singular fora providencial para que a autoridade policial corroborasse as suspeitas incipientes, sem o qual não seria possível a descoberta em diligências ordinárias.

Logo, diante de tal conjuntura, concluiu a Suprema Corte que na eventualidade de a autoridade policial pretender utilizar-se de tecnologia até então não disseminada ao uso geral do público, mister se faz a obtenção de prévia autorização judicial, sem a qual tornar-se-á írrita as provas assim angariadas em diligência policial.

³³ *Ibidem*, p. 182.

³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *op. cit.*, p. 820.

³⁵ *Ibidem*, p. 821.

Dessarte, insere-se nesse cenário as chamadas provas de terceira geração, também denominadas de direito probatório de terceira geração, que engloba as “provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais”³⁶.

Superada tais digressões, considerando o avanço da tecnologia especialmente no último século, e a luz do direito probatório de terceira geração, diante da necessidade de reinterpretar certas garantias constitucionais – que jamais são absolutas, frisa-se –, torna-se imperativa a análise da discussão acerca da possibilidade (ou não) de se franquear o acesso da autoridade policial a dados e conversas em celulares apreendidos pela autoridade policial, perquirindo se a observância da cláusula de reserva jurisdicional estender-se-ia também as hipóteses em comento.

Referindo-se expressamente sobre o direito probatório de terceira geração, em virtude do avanço tecnológico nos meios de comunicação, o Min. Rogério Schietti Cruz, em voto vista prolatado no RHC 51531/RO³⁷, reconheceu o *distinguishing* em relação ao precedente do Pretório Excelso no 91867/PA (Rel. Min. Gilmar Mendes), consignando que seria ilícita as conversas extraídas de aplicativo *whatsapp*, sem prévia autorização judicial.

Nos dias hodiernos, sabe-se que os telefones celulares, em sua maioria, encontram-se conectados à internet de banda larga e não raro possuem uma variada gama de aplicativos de comunicação em tempo real, tais como *WhatsApp*, *Messenger*, *Telegram*, *Viber*, *Line*, *Wechat*, *BBN*, *Snapchat* etc., todos com funcionalidades similares na medida em que possibilitam o envio e recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real.

Logo, conforme ponderação feita por Lima³⁸, “se há necessidade de prévia autorização judicial para a quebra do sigilo do correio eletrônico, idêntico raciocínio deve ser aplicado para fins de devassa das conversas mantidas por meio de *whatsapp*”, nos termos preconizados pelo do art. 5º, XII, da Constituição Federal, e art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.296/96.

Nesse viés, obtempera Leandro de Paula Carlos³⁹ que: “como o tema é atual, não há legislação expressa tratando claramente sobre o acesso, mas sob um filtro

³⁶ KIJINIK, *op. cit.*, p. 179.

³⁷ Com efeito, na dicção do Eminentíssimo Ministro: “os fatos narrados nesse writ são de 2004, período em que os telefones celulares sabidamente não eram conectados à internet de banda larga como o são já há algum tempo – os chamados smartphones, dotados de aplicativos de comunicação em tempo real –, motivo pelo qual o acesso que os policiais teriam àquela época seria necessariamente menos intrusivo que o seria hoje”.

³⁸ LIMA, Renato Brasileiro de, *op. cit.*, p. 822.

³⁹ CARLOS, Leandro de Paula. *O acesso ao whatsapp do cidadão pela polícia*. Publicado em: 27 set. 2018. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em: 04 out. 2020, n.p.

constitucional a intervenção deve obedecer aos direitos e garantias individuais, pois estes não devem sofrer intervenções sem a devida autorização”.

Nada obstante, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça concluiu, no julgamento do RHC 51.531 (Rel. Min. Neifi Cordeiro, DJe 09/05/2016), que é ilícita a devassa de dados, bem como das conversas de *whatsapp*, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.

Pois bem, a luz do referido julgado e do entendimento nele sufragado, não podemos descurar que, diante do avanço tecnológico, o celular possibilita “o acesso a múltiplas funções, incluindo a verificação de correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional”⁴⁰.

Desse modo, imperativo se faz a prévia autorização judicial, sem a qual será considerada eivada de ilicitude a prova aí obtida. Aliás, a jurisprudência perfiada pela Corte Cidadã é conducente em apontar pela necessidade de autorização não apenas para leitura das mensagens constantes de aparelho celular apreendido, mas também é exigível a autorização do proprietário para, no transcorrer de uma diligência, possa o agente policial atender o telefone e travar conversa com o interlocutor como se fosse o titular da linha⁴¹.

Averbe-se, no entanto, que apesar da similitude em que há na extração de dados e conversas registradas no *wathsapp* do celular do investigado e aquelas conversas mantidas por e-mail mediante prévia autorização judicial, não se deve, contudo, confundi-la com o espelhamento via *QR Code* do *wathsapp web*, notadamente pela natureza híbrida proeminente neste último caso. Logo, dessume-se que seria incabível o uso da analogia entre o instituto da interceptação telefônica e o espelhamento, via *whatsapp web*, das conversas realizadas no indigitado aplicativo.

A resposta dada pelo Superior Tribunal de Justiça foi negativa (RHC n. 99.735/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, por unanimidade, julgado em 27.11.2018). Na interceptação telefônica o investigador possui um papel exclusivamente passivo, restrito a acompanhar o diálogo desenvolvido entre os interlocutores. No WhatsApp Web, por outro lado, é possível que ele influencie diretamente a conversa, seja enviando mensagens se passando pelo investigado, seja deletando partes do diálogo. Como a

⁴⁰ LIMA, Renato Brasileiro de, *op. cit.*, p. 822.

⁴¹ A propósito, o STJ já consignou que, embora tal conduta não se encaixa perfeitamente no conceito de interceptação telefônica, revela verdadeira invasão de privacidade e quebra do sigilo das comunicações telefônicas, haja vista a ausência de autorização judicial e do titular da linha, do que deriva a ilicitude da prova assim obtida (HC 511.484/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, DJe 29/08/2019).

tecnologia do aplicativo não permite um registro de atividades, pois o servidor não armazena dados dessa natureza, não há como garantir a autenticidade da comunicação espelhada. Portanto, a analogia seria incabível⁴².

De fato, conforme restou consignado no RHC 99.735/SC, ao contrário da interceptação telefônica, na qual o investigador de polícia age como mero observador das conversas empreendidas por terceiros, no espelhamento via *whatsapp web* tal passividade poderá restar comprometida. Com efeito, *in casu* será possível a atuação do agente policial como participante dos diálogos empreendidos, seja no que atina as conversas já realizadas e registradas no aparelho celular, seja nas conversas que vierem a ser travadas, podendo o investigador interferir concretamente em tais diálogos.

Assim, poderá o agente responsável pelo espelhamento interagir diretamente nos diálogos atuais que estão sendo travados, podendo enviar mensagens aos contatos registrados no aparelho celular, bem como excluí-las sem deixar vestígios, independente se se trata de mensagem pretérita, presente ou futura.

Por mais que os atos praticados por servidores públicos gozem de presunção de legitimidade, doutrina e jurisprudência reconhecem que se trata de presunção relativa, que pode ser ilidida por contraprova apresentada por particular. Não é o caso, todavia, do espelhamento: o fato de eventual exclusão de mensagens enviadas (na modalidade “Apagar para mim”) ou recebidas (em qualquer caso) não deixar absolutamente nenhum vestígio nem para o usuário nem para o destinatário, e o fato de tais mensagens excluídas, em razão da criptografia *end-to-end*, não ficarem armazenadas em nenhum servidor, constituem fundamentos suficientes para a conclusão de que a admissão de tal meio de obtenção de prova implicaria indevida presunção absoluta da legitimidade dos atos dos investigadores, dado que exigir contraposição idônea por parte do investigado seria equivalente a demandar-lhe produção de prova diabólica (o que não ocorre em caso de interceptação telefônica, na qual se oportunizou a realização de perícia)⁴³.

Dessarte, depreende-se que tal meio de obtenção de prova apresenta relevante disparidade com o instituto da interceptação telefônica. De fato, considerando que nesta última o seu objeto restringe-se a captação das conversas realizadas tão somente após a autorização e, portanto, de efeito prospectivo ou *ex nunc*, no espelhamento *whatsapp web*, todavia, resta viabilizado ao investigador de polícia acesso amplo e irrestrito a toda e qualquer comunicação realizada

⁴² PACELLI, Eugênio de, *op. cit.*, p. 450-451.

⁴³ LIMA, Renato Brasileiro de, *op. cit.*, p. 823-824.

antes da mencionada autorização, operando, por conseguinte, efeitos retroativos ou *ex tunc*.

À toda evidência, far-se-á exigível a prévia autorização judicial, sem a qual restará eivada a prova ali obtida, até porque dependerá 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 acompanhada de afirmação falsa de que nada foi feito⁴⁴.

Logo, à guisa de arremate dessume-se que o espelhamento via *QR Code* do aplicativo *whatsapp web* qualificar-se-á como inarredável meio híbrido de obtenção de prova que consiste, a um só tempo, em interceptação telefônica (quanto as conversas futuras) e em quebra de sigilo de dados, *v.g.* do e-mail (conversas pretéritas já registradas no aparelho).

Nesse compasso, dessume-se que o tema em voga “(...) demanda a análise da ponderação do conflito entre os direitos à privacidade, à inviolabilidade da comunicação privada, o direito à proteção e a necessidade da Administração da Justiça⁴⁵”, a engendrar o acesso aos dados e os conteúdos das comunicações para fins de investigação policial ou para subsidiar ulterior persecução penal em juízo.

Portanto, à luz do direito probatório de terceira geração e o extraordinário avanço da tecnologia nos tempos hodiernos, o que urge uma interpretação progressiva no que tange a salvaguarda da quebra do sigilo das comunicações de dados telefônicos, é preciso, pois, abrir espaço para a plena efetividade dos princípios constitucionais, de modo a assegurar a força normativa da Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante abordado no transcorrer deste opúsculo, a busca da verdade encontra-se intimamente relacionada com a atividade probatória, uma vez que por meio desta será possível a reconstituição de fato pretérito na tentativa de se chegar, de forma mais próxima possível, a realidade fática do fato criminoso. No entanto, tal reconstituição não pode se dar a todo e qualquer custo, estando balizada por inúmeros fatores cujo resultado será senão uma verdade processual, contingente, aproximada e jamais absoluta e fidedigna.

⁴⁴ STJ – RHC 99735/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 12/12/2018.

⁴⁵ SCORSIM, Ericson Meister. *A questão da criptografia do whatsapp*: julgamento do caso pelo Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva da segurança das comunicações. Publicado em: jun. 2017. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/artigos/a-questão...>>. Acesso em: 03 out. 2020, n.p.

Nesse contexto, a prova ganha singular importância no processo penal, sendo imperioso que sua captação se dê em observância aos ditames legais, sob pena de lhe ser atribuída a pecha da ilegalidade, podendo ser considerada ilícita ou ilegítima a depender da ofensa perpetrada. Muito embora, a depender das circunstâncias do caso, a prova oriunda de outra que fora obtida de forma ilícita possa ser utilizada no seio processual, sendo mitigado o princípio da contaminação, a regra continua sendo, porém, pela sua inadmissibilidade.

O Direito, entretanto, não deve ser visto em termos abstratos e estanques, mormente por se tratar de uma ciência dinâmica que não pode ficar à margem da evolução social, notadamente em tempos que a globalização e o avanço tecnológico trazem, inevitavelmente, problemas que o legislador não poderia ter antecipado, a exemplo da temática ora proposta.

Nada obstante o seu descompasso com a legislação atinente a quebra do sigilo de dados e interceptação telefônica, cujo espectro passa ao largo das novas tecnologias de comunicação em tempo real, incumbirá ao exegeta solucionar eventuais celeumas, ao menos enquanto não haja legislação penal que abranja tais vicissitudes. Nessa senda, aliás, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça sufragou entendimento pela impossibilidade de se aplicar, por analogia, as disposições da lei de interceptação telefônica ao espelhamento via *QR Code* do aplicativo *whatsapp web* ante as disparidades dos institutos.

De fato, pelo espelhamento via *QR Code*, a autoridade policial terá acesso irrestrito as mensagens constantes do aparelho apreendido, sejam elas pretéritas, presentes ou futuras, podendo apagá-las e quiçá travar novos diálogos. Vislumbra-se, destarte, a natureza híbrida de tal meio de obtenção de prova, uma vez que os agentes terão acesso tanto aos dados armazenados – retroativos, portanto – quanto as conservas a serem travadas, de modo prospectivo.

Logo, para que haja a devassa de tais dados imprescindível se faz a prévia autorização judicial, até porque em geral os aparelhos celulares atualmente possuem acesso a múltiplas funções e uma gama de aplicativos de conversas em tempo real, sendo altamente invasiva a devassa de tais dados, malferindo em demasia a privacidade/intimidade do indivíduo, cuja tutela encontra-se circunscrita a cláusula de reserva de jurisdição.

Portanto, dessume-se que à luz do direito probatório de terceira geração, exigir-se-á uma interpretação progressiva no que tange as disposições legais atinentes a quebra do sigilo de dados telefônicos a fim de albergar no seu âmbito de proteção o rechaço daquelas provas altamente invasivas obtidas à mingua de decisão judicial para tanto, sem que reste, contudo, malferida a proteção constitucional de inviolabilidade à intimidade e/ou privacidade que são postas a salvaguarda pela Carta Magna (art. 5º, incisos X e XII, CF).

REFERÊNCIAS

- BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jun. 2020.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Código de processo penal*. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 jun. de 2020.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 05 jun. 2020.
- CARLOS, Leandro de Paula. *O acesso ao whatsapp do cidadão pela polícia*. Publicado em 27/09/2018. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em: 04 out. 2020.
- CECARELLI, Camila Franchitto. *Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro*. 2011. 174 f. Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Verdade real e verdade formal? Um falso problema*. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo/Ada Pellegrini Grinover... [et al.]*. Flávio Cardoso Pereira (coord.). Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.
- KIJINIK, Danilo. *A trilogia Olmstead-Katz-Kilo: o art. 5º da Constituição do século XXI*. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha [et al.]. *Temas de direito penal, criminologia e processo penal*. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2015.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote anticrime: comentários à Lei n. 13.964/19 artigo por artigo*. Salvador: JusPODIVM, 2020.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SAMPAIO, Denis. *A verdade no processo penal: perspectiva do sistema inquisitória através do discurso sobre a verdade real*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 159
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA JÚNIOR, Rogério Faustino. *A quebra do sigilo do whatsapp como meio de prova aceito no direito pátrio*. Publicado em: 19 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 04 out. 2020.

SCORSIM, Ericson Meister. *A questão da criptografia do whatsapp: julgamento do caso pelo Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva da segurança das comunicações*. Publicado em: jun. 2017. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/artigos/a-questão...>>. Acesso em: 03 out. 2020.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

Data de recebimento: 26/06/2020

Data de aprovação: 01/10/2020