

A OBTENÇÃO DE PROVAS POR MEIO DO APARELHO CELULAR: A PRIVACIDADE EM RELAÇÃO AO *WHATSAPP*

*Rony Marcos Silva Vilela*¹

*Priscila Rodrigues Branquinho*²

RESUMO

O estudo buscou demonstrar a necessidade de legislação sobre a obtenção de provas através do aplicativo *WhatsApp*, uma vez que é importante se considerar a abrangência e a sensibilidade do tema o qual envolve a intimidade da pessoa. Perante a omissão legislativa, resta o princípio da proporcionalidade para dar legalidade ao ato. O estudo foi desenvolvido a partir de revisão de literatura e por meio da abordagem hipotético-dedutiva e pesquisa bibliográfica. Verificou-se que a busca nas mensagens de *WhatsApp* deve ser adotada após tomadas todas as outras medidas possíveis. Para tal há necessidade de Mandado Judicial. A busca, caso seja necessária, deve ser feita por um perito oficial. O Mandado Judicial é a única medida estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça e diante da necessidade de estabelecer outras medidas para garantir a segurança jurídica. Neste sentido, o estudo propõe a criação de uma legislação que aborda este tipo de procedimento investigativo.

Palavras-chave: Intimidade. *WhatsApp*. Prova.

¹ Acadêmico do nono período de Direito, pela Universidade de Rio Verde, Campus Caiapônia, GO.

² Orientadora, especialista em Direito Processual Penal - Professora da Universidade de Rio Verde Campus Caiapônia, GO.

1 INTRODUÇÃO

No ciberespaço, ambiente virtual no qual acontecem comunicações interpessoais, o Direito, principalmente, o processual penal, carece de normativa específica que regulamente a produção de provas digitais, entretanto, a Constituição Federal (CF/88) resguarda o direito à privacidade do indivíduo. Nesse sentido, a obtenção de prova por meio do aplicativo *WhatsApp* é um tema de pertinência, pois ainda não possui legislação específica sobre o procedimento a ser adotado para a colheita da prova, sendo que é um aspecto delicado porque versa sobre a intimidade da pessoa e a necessidade de o Estado adquirir aquela evidência. Diante disso, delimitou-se o tema: “A obtenção de provas por meio do aparelho celular: a privacidade em relação ao *WhatsApp*”.

Com a globalização os meios de comunicação avançaram, e surgiram aplicativos de mensagens. Também, com a evolução tecnológica começaram a acontecer crimes utilizando esses novos meios, sendo que o direito ainda não disciplinou sobre a produção de provas das mensagens armazenadas no aplicativo *WhatsApp*. Para a utilização desse meio de comunicação como prova se contrapõem direitos fundamentais individuais e o direito da persecução penal. Portanto, indaga-se: quais são os critérios para que o Estado se utilize desse meio de prova invadindo o mínimo possível da intimidade do réu?

Diante do exposto, levantou-se as seguintes hipóteses: **I)** Diante a sensibilidade do tema, envolvendo direitos fundamentais, tal medida deve ser imprescindível para a apuração dos fatos investigados em processo criminal; **II)** A necessidade de Mandado Judicial, sendo este que garantirá a legalidade, devendo ser fundamentado e especificando o que se pretende coletar; **III)** A análise das mensagens, que conterà conteúdo relevante ou não para o processo, deverá ser feita por perito oficial.

Diante dessa situação, a pesquisa problematiza possíveis limites à atuação estatal, por meio de analogias e princípios. Haja vista que aplicativos de mensagens instantâneas se tornaram uma extensão do nosso corpo guardando diversas informações. Essa limitação visa a resguardar a intimidade da pessoa, como também a de terceiros. O presente tema é de grande importância para a sociedade em geral, aos agentes do processo penal, delegados de polícia, à classe acadêmica e ao poder Legislativo ao contribuir com o debate no tocante à elaboração de procedimentos e regras específicas quanto ao tema.

Neste contexto, este texto demonstra primeiramente a evolução da comunicação, em seguida o conceito de prova e os tipos de provas admitidos no processo penal brasileiro; após foi abordado o princípio da privacidade, quando foi apresentada a teoria das esferas de proteção, e por derradeiro, na revisão de literatura, foi tratado do princípio da proporcionalidade. Em sequência foram apresentados os objetivos geral e específicos, a metodologia utilizada, e já finalizando o presente trabalho foram apresentadas as análises e discussão e as considerações finais. Por último foram apresentadas as referências que embasaram o presente estudo.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 COMUNICAÇÃO

Cordeiro e Costa (2017) esclarecem que a comunicação faz parte de nossas vidas desde o aparecimento do homem na Terra, e, ainda, afirmam que ela é uma forma de sair do isolamento, já que o ser humano é sociável. Segundo Cordeiro e Costa (2017) os homens das cavernas já possuíam um método para se comunicarem, que era através de gestos e gritos.

Diante da necessidade de transmissão de informações surgiram as maneiras de comunicação, que sempre estiveram em processo de evolução. Segundo Kist (2019) a palavra falada e a palavra escrita são os principais métodos de comunicação. Nesse sentido, a carta escrita, foi a principal evolução da intercomunicação. Nessa acepção, Cordeiro e Costa (2017), alegam que a evolução da comunicação somente acontecia quando a sociedade tinha necessidades sociais e de sobrevivência.

Com o surgimento dos meios eletrônicos, houve uma evolução da seguinte forma: “telégrafo, passando pelo telefone, inicialmente fixo e depois móvel, pelo rádio e pela televisão, até chegar às modernas formas de comunicação digital assentadas em sistemas telemáticos”. (KIST, 2019, p. 29). Sendo que esses meios mantiveram as principais formas de comunicação citadas anteriormente.

De acordo com o autor supracitado os telefones móveis sofreram aprimoramento, possibilitando acesso à *Internet*, aumentando ainda mais a “geração, gerenciamento e uso da informação” (KIST, 2019, p. 30). Para Cordeiro e Costa (2017) esse período é o da

comunicação em massa, que iniciou quando a imprensa passou a ser aceita pela população, por volta de 1930.

E, Kist (2019), continua seu raciocínio, que a era em que estamos é denominada de era dos computadores, quando há um grande fluxo comunicacional. Nesse sentido, atualmente dentre vários aplicativos (app), existe um muito utilizado, trata-se do *WhatsApp* em que há uma troca de informações em tempo real, por meio de mensagens “e as comunicações pretéritas cujo produto encontra-se armazenado no(s) dispositivo(s) utilizado(s) para a transmissão, como é a conversa havida por meio do *WhatsApp* [...] e, portanto, acessível posteriormente” (KIST, 2019, p. 326).

2.2 CONCEITO DE PROVA

A etimologia da palavra prova, apresentada por Eberhardt (2016), é igual a da palavra “*probo*”, que na tradução livre traz a ideia de verificação, exame, inspeção, aprovação ou derivação. Lopes Junior (2020) explica que a prova no processo penal é um meio de voltar ao fato acontecido (crime) e fazer uma reconstrução, por meio da qual o magistrado tomará conhecimento e formará seu livre convencimento para o julgamento. Alonso (1984 apud LOPES JUNIOR, 2020) diz que a prova é um meio para buscar o convencimento psicológico do magistrado. Para Nucci (2021) a prova busca apurar algo, quando as partes tentam convencer o magistrado da sua tese através da prova. Ele ainda diz que a palavra prova pode ser vista sobre 3 (três) pontos de vista: “a) ação de provar; b) meio ou instrumento para demonstração da verdade; e c) resultado da ação” (NUCCI, 2021, p. 347).

Existe uma diferença entre meios de prova e meios de obtenção de provas. Em que para Lopes Junior (2020) meio de prova é a prova em si a que irá fazer com que o juiz conheça a história do crime; e meios de obtenção de provas são os procedimentos para alcançar a prova.

2.3 PROVAS ADMITIDAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) veda a prova obtida ilicitamente, no seu artigo 5º, LVI que diz “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988). No mesmo sentido o Código de Processo Penal no art. 157 diz que “São

inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais legais” (RIO DE JANEIRO, 1941).

A prova, para Lopes Junior (2020), será sempre admitida quando não houver lei excluindo, tendo que observar se ela possui defeitos em sua produção ou contaminações. Defendendo a possibilidade de admissão de prova ilícita, Capez (2021) discorre que em casos de extrema necessidade é possível, utilizando-se do princípio da proporcionalidade.

As provas podem ser divididas em nominadas e inominadas. Lopes Junior (2020) traz o conceito delas, as nominadas são as provas que estão previstas em algum dispositivo legal, como por exemplo: prova testemunhal, documental, acareações, reconhecimentos, interceptações telefônicas, perícia, exame de corpo de delito, interrogatório, confissão e busca e apreensão; já as inominadas são as provas que não estão previstas em lei. Também Pacelli (2021) preceitua que nenhuma prova pode ser valorada mais do que outra.

Para Lopes Junior (2020) a prova pericial é uma prova técnica, e o perito deve ter utilidade para as partes, respondendo perguntas no laudo por meio de quesitos formulados pelas partes. Ele ainda adverte que a perícia não pode sofrer valoração maior do que outras provas no processo, pois, segundo ele, a utilização de um método não exclui a diferença de resultado quando utilizado outro método.

O exame de corpo de delito definido por Nucci (2021) é a análise direta ou indireta, por perito, dos vestígios resultantes do ato criminoso. Diante da possibilidade de utilização de métodos diferentes, Pacelli (2021) adverte para que seja obedecida a cadeia de custódia da prova, que foi incluída no Código de Processo Penal pelo Pacote Anticrime, em que abre possibilidade para a parte utilizar de outros métodos.

O interrogatório uma conduta, conforme aponta Lopes Junior (2020), natural, na qual o réu não pode sofrer nenhum tipo de ameaça antes ou durante sua oitiva, em sede de delegacia ou judicial, devendo ser respeitado todos os direitos garantidos na Constituição, pois o interrogatório é um meio do sujeito fazer sua defesa. Pacelli (2021, p. 309) sobre o interrogatório judicial diz que “[...] é o último ato da audiência de instrução [...]”. E Nucci (2021) trata o interrogatório como uma maneira do réu apresentar seu lado do fato que lhe acusam.

Nesse sentido Lopes Junior (2020) alega que o interrogado não pode produzir provas contra si próprio, com base no princípio *Nemo Tenetur se Detegere*, sendo que ele poderá ficar em silêncio, sem ter a presunção de culpabilidade ar. 5º, LXIII, CF/88 “Art. 5º, LXIII - o

preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”(BRASIL, 1988).

A conceituação trazida por Nucci (2021) é no sentido de que a confissão deve ser uma conduta voluntária, pessoal, expressa e em plena consciência, o ato deve ser presidido por autoridade competente, quando o indivíduo irá admitir, total ou parcialmente, imputação criminal que lhe é dirigida. E adverte Capez (2021) para que a confissão seja valorada, ela deve estar com concordância com as demais provas.

A palavra do ofendido é quando o sujeito passivo da conduta criminosa presta esclarecimentos sobre o fato e segundo Lopes Junior (2020) esse esclarecimento é livre do compromisso de falar a verdade, entretanto, ela não pode deixar de comparecer em audiência. Capez (2021, p. 175) na mesma linha diz que “Na nossa legislação, ofendido não é testemunha”.

Na visão de Nucci (2021) a prova testemunhal no processo penal acontece quando um indivíduo manifesta saber algo de fato criminoso investigado, ele deverá prestar o compromisso de dizer a verdade, sob pena de incorrer no crime de falso testemunho (Art. 342 do Código Penal)³. Pacelli (2021) discorre no sentido de que a prova testemunhal é a reprodução dos fatos narrados por uma pessoa, e essa reprodução terá alguns empecilhos, conscientes ou inconscientes, em que o depoimento não será fidedigno. E, de acordo com o Código de Processo Penal, “art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha”(RIO DE JANEIRO, 1941).

O reconhecimento é quando uma vítima de um crime é chamada para reconhecer suposto autor ou objeto. Lopes Junior (2020) nesse sentido, diz que é uma situação em que a vítima terá que fazer uma comparação entre o fato vivido e o presente, e isso pode ocasionar falsas memórias. Ele ainda salienta que, no sentido de o procedimento ter o mínimo de erro deve seguir o rito disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal que disciplina o procedimento para o reconhecimento. Nucci (2021) assevera que a vítima deve certificar e confirmar o reconhecimento.

Para que aconteça a acareação, segundo Nucci (2021), deve acontecer alguma divergência entre depoimentos, e o juiz de ofício ou uma das partes requiera. Caso, deferida, as partes são chamadas para uma audiência para chegarem em um consenso. Conforme Lopes

³Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral (RIO DE JANEIRO, 1941).

Junior (2020) todos que participaram do processo poderão ser submetidos a acareação, em sentido diverso, Pacelli (2021) declara que não tem sentido a acareação entre acusado e testemunha, pelo fato do acusado não ter o compromisso de dizer a verdade.

A prova documental deve ser entendida em sentido abrangente, nas palavras de Pacelli (2021) a prova documental deve ser versátil e não ficar apenas com o disposto no artigo 232 do CPP⁴. Para a juntada dos documentos, Lopes Junior (2020), esclarece que pode ser em qualquer momento até o final da audiência de instrução, existe uma exceção que é no caso do Tribunal do Júri em que o documento deve ser juntado com a antecedência de 3 (três) dias úteis do plenário.

A busca e apreensão, conforme assevera Pacelli (2021), é uma medida extrema que somente deve ser utilizada em último caso. Lopes Junior (2020) faz uma análise separada de busca e apreensão, a busca para ele é um meio de obtenção de provas; e quando encontrado algo, na busca, acontece a apreensão para assegurar a prova para o momento de sua utilização e/ou devolver para seu verdadeiro dono. Nesse sentido Capez (2021) diz que essa medida é para evitar o sumiço de provas. E adverte que para a busca domiciliar é necessário autorização judicial.

2.4 PRINCÍPIO DA PRIVACIDADE

Pode-se perceber que o princípio da privacidade tem suas raízes no Antigo Testamento, quando, desde aquela época as pessoas eram ensinadas a não entrar na moradia do devedor para cobrar dívida; em A Bíblia (DEUTERONÔMIO 24:10-11) pode ser observado que: “Quando requereres do teu próximo alguma cousa, que ele te deve, não entrarás em sua casa para dela lewares algum penhor, mas ficará de fora, e ele te trará o que tiver”. Respeitando, assim, a inviolabilidade da casa.

O ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Alexandre de Moraes (2020, p. 58) cita o discurso sobre a inviolabilidade do domicílio do Lord Chatham que foi proferido no Parlamento britânico, na Idade Média, que dizia: “O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra

⁴Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares(RIO DE JANEIRO, 1941).

não pode nela entrar”. Após o princípio foi inserido na Declaração Universal dos Direitos Humanos e foi implementado no artigo 5º, XI, da Constituição de 1988.

Diante disso Mendes (2020, p. 224) diz que “a intromissão em dados informáticos pode representar algo mais pessoal e íntimo do que a tradicionalmente conhecida como invasão de domicílio”, pois ali está armazenado dados sensíveis de muitos anos sobre a personalidade do indivíduo, situação que o autor denominou de “domicílio virtual”.

Princípio constitucionalmente previsto no art. 5º, X, da Carta Maior, dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988). Nesse sentido, Moraes (2020, p. 57) corrobora ao afirmar que: “os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação”. E sobre a intimidade e vida privada o mesmo autor esclarece que “intimidade se relaciona às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc” (MORAES, 2020, p. 57).

Para Mendes (2020, p. 32), “a comunicação, a partir da difusão da *Internet*, adquire a capacidade de enviar inúmeras mensagens para muitos destinatários em tempo real.” Para Kist (2019) essa evolução na comunicação foi um fator decisivo para a globalização, ele ainda diz que “os indivíduos apesar de se comunicarem mais por conta das facilidades para tanto existentes, não abriram mão da privacidade e confidencialidade das mensagens que emitem e transmitem, que pretendem continuem restritas aos destinatários eleitos para o efeito” (KIST, 2019, p. 283).

Porém, para o autor, diante de toda evolução para os indivíduos as formas para o Estado burlar com meios de “intromissão alheia” também crescem e finaliza dizendo que “vários direitos fundamentais ficam expostos com as comunicações eletrônicas” (KIST, 2019, p. 284). Na mesma linha Mendes (2020, p. 35) assevera que:

Sob a óptica securitária se causa detrimento demasiado à privacidade e à intimidade dos cidadãos, direitos estes tão caros a um Estado que se pretende Democrático de Direito. No Brasil, a proteção à privacidade é garantida constitucionalmente (Art. 5, X, CF), todavia há que se parecer que a proteção de dados na nova era das tecnologias de informação e comunicação demanda maior proteção do que a exigida para proteger a simples intimidade. A privacidade como direito fundamental está sob constante ameaça, principalmente a partir da “era do terror”, pois veio a ser considerada como um obstáculo à segurança, sendo golpeada constantemente por legislações abusivas e emergenciais.

Nesse sentido, tem-se a teoria das esferas de proteção que determina os graus da privacidade do indivíduo de acordo com o seu interlocutor.

2.4.1 Teoria das esferas de proteção

Teoria abordada por Kist (2019), diz que a privacidade surgiu como um direito individual, e com a “produção doutrinária, o direito à privacidade foi, paulatinamente, sendo reconhecido em decisões judiciais e em legislações, de nível constitucional e infraconstitucional, e hoje ostenta envergadura de direito fundamental” (KIST, 2019, p. 290). Segundo o autor citado, a teoria das esferas surgiu na doutrina pelo Alemão Heinrich Hubman, na década de 1950, a teoria:

gravita em torno dos direitos da personalidade: cada indivíduo tem o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, fundamentando juridicamente no direito geral de ação, que na Alemanha tem assento Constitucional; e, no contexto, um dos elementos essenciais ligados à personalidade é a individualidade, a que garante a singularidade do indivíduo e que, dada essa relevante função, exige proteção contra a massificação e a curiosidade alheia; essa proteção, segundo o autor em questão, deve ser conferida em três níveis, círculos ou esferas: a esfera individual, a esfera privada e a esfera secreta ou íntima [...] evidenciando a necessidade de maior proteção ao círculo mais interno, o da esfera íntima [...] sendo ela totalmente inviolável (KIST, 2019, p. 291)

Chemim (2018) faz uma abordagem da respectiva teoria tendo como objeto o servidor público. E para ele, o servidor público, quando investigado em razão do cargo, possui menos proteção da intimidade do que o particular, em razão do princípio da publicidade, e ainda afirma que quando o indivíduo adere ao serviço público tem sua liberdade restringida.

Gonçalves e Rodrigues (2018) fazendo uma análise sobre a teoria, dizem que hoje em dia ela é incapaz de proteger a sociedade, por causa da captação de dados de forma indiscriminada pela *Internet*. Mas que, para eles, sua criação foi de grande importância para formular o conceito de privacidade.

E numa perspectiva jurídica, Wagson Filho (2016) diz que pela incapacidade de determinar, conceitualmente, até onde cada círculo protege e considerando a necessidade e finalidade da obtenção da informação, no Direito Alemão, essa teoria foi superada. Nessa linha, Sousa, Santos e Teotônio (2019) afirmam que a incapacidade de conceituar é causada pelo avanço tecnológico.

Finalizada a abordagem sobre o princípio da privacidade, passa-se a análise ao princípio da proporcionalidade.

2.5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Princípio que busca garantir equidade entre direitos individuais e coletivos. Para Mendes e Branco (2020) ele serve para fazer um juízo de ponderação sobre a adequação e a necessidade entre a colisão. Ainda os autores afirmam que o princípio tem utilização nos vínculos entre Estado e cidadãos.

O princípio da proporcionalidade é dividido em subprincípios, como o da adequação e necessidade. Segundo Mendes e Branco (2020) o princípio da adequação é em relação às ações, para que elas produzam o resultado; o princípio da necessidade é no sentido de que o Estado não tenha outros meios menos gravosos para produzir o resultado pretendido. Os autores dizem que o Supremo Tribunal Federal tem feito a utilização do princípio da proporcionalidade como juízo de ponderação, diante um conflito, sendo feita uma restrita avaliação do caso concreto. Sendo que cada caso é único, ainda versando sobre a intimidade do indivíduo.

A inviolabilidade da intimidade, com isso, poderá sofrer limitações. Para Mendes (2020) é possível restrição ao direito da intimidade, desde que seja constitucionalmente previsto. Já Kist (2019) defende que a violação da intimidade é no sentido da proteção da sociedade diante das condutas individuais.

Mendes (2020), sobre um juízo de proporcionalidade, aponta duas possibilidades de autorização: o consentimento do réu e a autorização judicial. Sobre o consentimento, ele aponta que o indivíduo deve estar em liberdade. E para a autorização, ela deve conter alguns elementos e requisitos que, respectivamente, são: a especialidade que veda a medida caso seja em investigação preliminar ou para descobrir possível crime; a idoneidade diz que é necessário um nexo entre a investigação e o fim, para assim possuir legitimidade probatória; e a excepcionalidade é quando a medida não pode ser feita por outro meio menos invasivo à intimidade. Para os requisitos, Quevedo Gonzalez (2017) apud Mendes (2020, p. 217):

a) o fato punível objeto da investigação e sua qualificação jurídica, com expressão dos indícios razoáveis nos quais se funde a medida; b) a identidade dos investigados e de qualquer outro afetado pela medida; c) a extensão da medida, especificando-se o alcance assim como a motivação relativa ao cumprimento dos princípios acima ditados; d) a unidade da polícia investigativa que executará a medida; e) a duração da medida; f) a forma e a periodicidade com a qual o juiz será informado sobre os resultados alcançados; g) finalidade perseguida com a medida; h) o sujeito que executará a medida, com expressa menção de seu dever de colaborar e guardar segredo.

Porém a inviolabilidade da privacidade não pode ser utilizada em qualquer caso; como adverte Mendes (2020) esse meio deve ser específico para cada caso, para que não ocorra a banalização. Ele ainda assevera que o núcleo da vida privada, da teoria das esferas, é intocável. O Estado podendo somente acessar, no máximo, a esfera intermediária. E segue dizendo que se necessita de uma lei que regule a ação do Estado. Kist (2019) concorda no sentido de criação da lei e ainda acrescenta a necessidade de definição do responsável pela perícia e os instrumentos que serão utilizados.

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que para acesso ao conteúdo das mensagens do *WhatsApp*, como no seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PROVAS. OBTENÇÃO. DADOS CONSTANTES DE APARELHO CELULAR. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA. APREENSÃO NO MOMENTO DO FLAGRANTE. ILICITUDE. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. 1. “A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (“WhatsApp”), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel.” (HC 372.762/MG, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017). 2. No caso dos autos, verifica-se que os policiais militares responsáveis pela abordagem e prisão em flagrante do agente acessaram os registros telefônicos e o histórico de conversas via Whatsapp sem que houvesse prévia autorização judicial, o que revela a ilicitude da prova obtida com a medida. 3. Não subsistindo outros elementos de prova autônomos e suficientes para determinar o prosseguimento da ação penal, deve ser mantida a decisão do Juízo de origem que rejeitou a denúncia. 4. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2018).

Perante o julgado percebe-se que as duas turmas do Superior Tribunal de Justiça entendem que para a utilização das mensagens, necessita-se de autorização judicial.

3 OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GERAL

Demonstrar quando o Estado pode invadir a intimidade do réu para obter prova das mensagens de *WhatsApp* contidas no aparelho celular.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Avaliar a necessidade da prova obtida por meio de mensagens, contidas no aparelho celular, do aplicativo *WhatsApp* pelo princípio da proporcionalidade;
- Investigar através de analogias possíveis requisitos para serem empregados no procedimento de obtenção de prova pelo aplicativo *WhatsApp*, pelas autoridades;
- Apontar a importância da criação legislativa de um procedimento específico;
- Salientar até que ponto o Estado pode invadir a privacidade do indivíduo para buscar provas.

4 METODOLOGIA

Para Pereira (2018) perante a investigação central sobre o tema do trabalho acadêmico, o método é todo material utilizado e os procedimentos escolhidos para resolver tal questão. Para que o trabalho tenha boa aceitação no meio científico faz-se necessário que o investigador tenha feito uma pergunta correta e utilizado o método científico adequado para responder. E para uma boa escolha do método, dizem Lozada e Nunes (2018) faz-se necessário que o acadêmico conheça o objeto de estudo.

Dessa forma, o presente estudo adotou como método científico, o hipotético-dedutivo, que para, Prodanov e Freitas (2013) é um método que se inicia de um problema, algo cientificamente não comprovado. Diante o problema foram formuladas hipóteses que passaram por um processo dedutivo e testagem se a (s) hipótese (s) condiziam ou não.

O estudo foi uma pesquisa aplicada, pois, de acordo com Prodanov e Freitas (2013, p. 51) é um tipo de pesquisa que é dirigida para “a solução de problemas específicos”. Quanto

aos procedimentos técnicos, a investigação foi realizada através de pesquisa bibliográfica em livros, artigos e legislação vigente. Como instrumentos para busca de literatura, utilizaram-se Google Acadêmico, com pesquisas entre 2016 e 2021, e palavras chaves como: inviolabilidade da privacidade, *WhatsApp* privacidade, cibercrime e privacidade; e a biblioteca virtual da universidade. Prodanov e Freitas (2013) esclarecem que todas as pesquisas envolvem a pesquisa bibliográfica, que é, segundo eles, aquela que é feita a partir de materiais publicados em algum meio e que estão disponíveis para consulta.

A abordagem foi qualitativa, pois segundo Prodanov e Freitas (2013) trata-se de uma exploração por meio de informações.

5 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Conforme os autores Mendes (2020), Kist (2019) e Mendes e Branco (2020) o princípio da proporcionalidade pode ser aplicado, para avaliar o caso em concreto, sendo, portanto, possível uma supressão do princípio da intimidade. Já Quevedo Gonzalez (2017) apud Mendes (2020) indica quando pode ser cabível a violação da privacidade, e salienta o Mandado Judicial como um instrumento validador da atividade estatal.

Dessa forma observa-se que deve ser uma medida a ser adotada quando não foi possível ou não foram suficientes as provas do processo e há indício da conduta criminosa do réu e tendo as mensagens como provável fonte de prova, sendo que o Mandado Judicial deverá ter justificação nesse sentido.

A lei 12.965 de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, em seu artigo 7º, incisos II e III *in verbis*: “Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...] II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;” (BRASIL, 2014), garante ao indivíduo privacidade com o uso da internet, podendo ser suprimido somente com ordem judicial.

Pelo fato de ser a última medida a ser tomada, a obtenção da prova deve ser feita em processo, excluindo, assim, a fase de inquérito policial. Ainda deve ser feita a cadeia de custódia da prova conforme Art. 158-A CPP: “Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história

cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte” (RIO DE JANEIRO, 1941) documentando todos os passos.

Mendes (2020) diz que diante das lacunas legislativas existentes em como se deve proceder no recolhimento da prova digital, esta deve ser feita por um “especialista forense” - perito, que deverá levar em consideração as legislações existentes para que a recolha não tenha nenhum vício. O professor Evinis Talon (2018) em seu livro “O Criminalista” Vol. III faz menção a um método chamado Análise Cega, que consiste em dois peritos, um saberia o nome dos interlocutores, e colocaria códigos no lugar dos nomes, e o outro perito teria acesso aos conteúdos das mensagens e analisaria o que é de relevância para o caso em questão e assim faria a reidentificação daquele interlocutor.

A Convenção de Budapeste, segundo Kist (2019), que dispõe sobre maneiras gerais de tratamento de questões que versam a respeito da cibercriminalidade para os países signatários, estabelece que no processo de busca dos dados o Estado deve ter um sistema para obter os dados, ter uma cópia, preservar os dados armazenados, e remover os dados do sistema acessado, sendo que deve ter um profissional especializado para tal tarefa.

Kist (2019) diz sobre a Legislação Portuguesa, que estabelece um juízo de ponderação sobre a necessidade, adequação e proporcionalidade quando se tratar de dados íntimos da pessoa, sendo que o Magistrado terá acesso aos dados antes de ser juntado no processo como prova.

O autor Mendes (2020) aduzindo a Teoria das Esferas de Proteção diz que a vida privada, o núcleo da esfera, não pode sofrer limitação, porém, Wagson Filho (2017) diz que não é possível conceituar cada esfera, não sabendo o que cada esfera protege. Portanto, a criação legislativa, conforme diz Kist (2019) e Mendes (2020), é fundamental para estabelecer hipótese e forma da obtenção de prova das mensagens do *WhatsApp*, e assim garantir a segurança jurídica do Estado.

Como dito por Mendes (2020) o núcleo da esfera de proteção é inviolável, que é a esfera secreta ou da vida privada. Entretanto, não existem conceitos concretos, nem lei para definir até onde vai a proteção sobre cada esfera, ficando, assim, para estabelecer o limite do Estado o princípio da proporcionalidade.

A primeira hipótese sobre a busca das mensagens ser feita em processo criminal, não ficou totalmente comprovada, porém, por ser entendido no texto que tal medida deve ser

adotada após todas outras as possíveis, pode ser entendido que necessita já estar em processo criminal.

A segunda hipótese sobre a utilização do Mandado Judicial, ficou totalmente comprovada a sua utilidade durante o texto com os autores e ainda o entendimento do Superior Tribunal de Justiça para a utilização das mensagens como prova.

A terceira hipótese sobre a busca das mensagens ser feita por perito ficou comprovada sua utilidade, e ainda tem a hipótese de ser feita por dois peritos, entretanto, precisa de uma disposição legal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o exposto, percebe-se que existem situações em que o Estado pode-se utilizar das mensagens contidas no aparelho celular, entretanto, essas situações devem ser excepcionais, por envolver a intimidade do réu e também deve respeitar o requisito atual do Superior Tribunal de Justiça, que é o Mandado Judicial. Porém, é importante a criação legislativa para regular todo o procedimento.

O estudo demonstrou que atualmente, sem legislação, as mensagens do *WhatsApp* contidas no aparelho celular não podem ser utilizadas de qualquer forma, devendo obedecer aos requisitos mínimos para que o Estado extraia o conteúdo desejado. Nesse sentido, verifica-se a necessidade da criação de uma lei para proteger o indivíduo de arbitragens e garantir, se necessária, que o Estado produza a prova legalmente.

Observa-se que fica vedada a prática policial de utilizar o celular do indivíduo no momento do flagrante visualizando suas conversas no aplicativo *WhatsApp*, para obter algum indício de possível crime naquele momento, sendo que para acessarem o conteúdo precisa respeitar o requisito mínimo definido pelos tribunais superiores, ou seja, a autorização judicial (BRASIL, 2018) para que seja feita a análise dos dados, para assim, resguardar o sistema acusatório no processo penal.

Ressalta-se que o presente estudo é uma contribuição, que precisa de outras até que seja concretizada legislação sobre o tema. E por se tratar de um tema que tem tido mudanças rapidamente, deve estar em constantes atualizações com pesquisas.

OBTAINING EVIDENCE VIA MOBILE DEVICE: PRIVACY IN RELATION TO WHATSAPP

ABSTRACT

The study sought to demonstrate the need for legislation on obtaining evidence through the *WhatsApp* application, since it is important to consider the scope and sensitivity of the topic which involves the intimacy of the person. In the face of legislative omission, the principle of proportionality remains to give legality to the act. The study was developed from a literature review and through the hypothetical-deductive approach and bibliographic research. It was found that the search in *WhatsApp* messages should be adopted after taking all other possible measures. For this, there is a need for a court order. The search, if necessary, must be carried out by an official expert. The Court Order is the only one established by the Superior Court of Justice and given the need to establish other measures to ensure legal certainty. In this sense, the study proposes the creation of legislation that addresses this type of investigative procedure.

Keywords: Intimacy. *Whatsapp*. Test.

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA. *Acerca de empréstimos*. Tradução de João Ferreira Almeida. Barueri, SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969. Velho Testamento e Novo Testamento.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 abr. 2021.

_____. Presidência da República. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 07 dez. 1940. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 abr. 2021.

_____. Presidência da República. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 03 ago. 1941. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 13 abr. 2021.

_____. Presidência da República. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 abril 2014. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em: 15 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial* n. 2018/0145985-1. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Karlison da Silva Braga. Relator Ministro Jorge Mussi. Brasília/DF, 13 nov.2018. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271748161%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271748161%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271748161%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271748161%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)> Acesso em: 26 ago. 2021.

CAPEZ, F. *Curso de processo penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CHEMIM, R. *Mãos limpas e lava jato: a corrupção se olha no espelho*. 2. ed. Porto Alegre, RS: Citadel, 2018.

CORDEIRO, R. Q. F.; COSTA, M. et al. *Teorias da comunicação*. Porto Alegre, RS: SAGAH, 2017.

EBERHARDT, M. *Provas no processo penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2016.

GONÇALVES, D. M.; RODRIGUES, B. A. Os desafios à preservação da intimidade e da privacidade no ambiente virtual: um debate à luz das teorias dos círculos concêntricos e do mosaico. In: XV SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 2018, Santa Cruz do Sul, RS. *Anais...* Santa Cruz do Sul, RS: Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Disponível em

<<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/18778/1192612051>>
Acesso em: 17 abr. 2021.

JUSTI, J.; VIEIRA, T. P. *Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós-graduação lato sensu e stricto sensu*. Rio Verde: Ed. UniRV, 2016.

KIST, D. J. *Prova digital no processo penal*. Leme, SP: JH Mizuno, 2019.

LOPES JUNIOR, A. *Manual de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOZADA, G; NUNES, K, S. *Metodologia Científica*. Porto Alegre: SAGAH, 2018.

MENDES, C. H. C. F. *Tecnoinvestigação criminal: entre a proteção de dados e a infiltração por software*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NUCCI, G, S. *Manual de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MORAES, A. de. *Direito constitucional*. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PACELLI, E. O. *Curso de processo penal*, 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PEREIRA, M. G. *Artigos Científicos: como redigir, publicar e avaliar*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2018.

PRADANOV, C. C.; FREITAS, E. C. *Metodologia do trabalho científico: Métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2. ed. Novo Hamburgo – RS: Universidade FEEVALE, 2013.

SOUSA, G. V.; SANTOS, M. F.; TEOTÔNIO P. J. F. *Direito a privacidade em meio à sociedade da informação*. Jus.com.br. Novembro de 2019. Não paginado. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/77595/direito-a-privacidade-em-meio-a-sociedade-da-informacao>>
Acesso em: 21 abr. 2021.

TALON, E. *O Criminalista*. v. 3. Gramado – RS: International Center for Criminal Studies, 2018.

WAGSON FILHO, J. L. Teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada. *Magistradotrabalhista.com.br*. 21 mar 2016. Não paginado. Disponível em: <<http://www.magistradotrabalhista.com.br/2016/03/teoria-dos-circulos-concentricos-da.html?m=1>>. Acesso em: 21 abr. 2021.