

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 99.735 - SC (2018/0153349-8)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
RECORRENTE : A C DA C
RECORRENTE : D C DA C
ADVOGADOS : HENRIQUE LABES DA FONTOURA - SC012033
CÉSAR CASTELLUCCI LIMA E OUTRO(S) - SC022369
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DE ESPELHAMENTO, VIA *WHATSAPP WEB*, DAS CONVERSAS REALIZADAS PELO INVESTIGADO COM TERCEIROS. ANALOGIA COM O INSTITUTO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE DISPARIDADES RELEVANTES. ILEGALIDADE DA MEDIDA. RECONHECIMENTO DA NULIDADE DA DECISÃO JUDICIAL E DOS ATOS E PROVAS DEPENDENTES. PRESENÇA DE OUTRAS ILEGALIDADES. LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PRIVACIDADE DETERMINADA SEM INDÍCIOS RAZOÁVEIS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DETERMINAÇÃO ANTERIOR DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. FIXAÇÃO DIRETA DE PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS, COM PRORROGAÇÃO POR IGUAL PERÍODO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO.

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

2. O espelhamento das mensagens do *WhatsApp* ocorre em sítio eletrônico disponibilizado pela própria empresa, denominado *WhatsApp Web*. Na referida plataforma, é gerado um tipo específico de código de barras, conhecido como Código QR (*Quick Response*), o qual só pode ser lido pelo celular do usuário que pretende usufruir do serviço. Daí a necessidade de apreensão, ainda que por breve período de tempo, do aparelho telefônico que se pretende monitorar.

3. Para além de permitir o acesso ilimitado a todas as conversas passadas, presentes e futuras, a ferramenta *WhatsApp Web* foi desenvolvida com o objetivo de possibilitar ao usuário a realização de todos os atos de comunicação a que teria acesso no próprio celular. O emparelhamento entre celular e computador autoriza o usuário, se por algum motivo assim desejar, a conversar dentro do aplicativo do celular e, simultaneamente, no navegador da *internet*, ocasião em que as conversas são automaticamente atualizadas na plataforma que não esteja sendo utilizada.

4. Tanto no aplicativo, quanto no navegador, é possível, com total liberdade, o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas (registradas antes do emparelhamento) ou recentes (registradas após), tenham

Superior Tribunal de Justiça

elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato. Eventual exclusão de mensagem enviada (na opção "Apagar somente para Mim") ou de mensagem recebida (em qualquer caso) não deixa absolutamente nenhum vestígio, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser recuperada para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários.

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

6. É impossível, tal como sugerido no acórdão impugnado, proceder a uma analogia entre o instituto da interceptação telefônica (art. 1.º, da Lei n.º 9.296/1996) e a medida que foi tomada no presente caso.

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

8. O fato de eventual exclusão de mensagens enviadas (na modalidade "Apagar para mim") ou recebidas (em qualquer caso) não deixar absolutamente nenhum vestígio nem para o usuário nem para o destinatário, e o fato de tais mensagens excluídas, em razão da criptografia *end-to-end*, não ficarem armazenadas em nenhum servidor, constituem fundamentos suficientes para a conclusão de que a admissão de tal meio de obtenção de prova implicaria indevida presunção absoluta da legitimidade dos atos dos investigadores, dado que exigir contraposição idônea por parte do investigado seria equivalente a demandar-lhe produção de prova diabólica.

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

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

11. Hipótese concreta dos autos que revela, ainda, outras três

Superior Tribunal de Justiça

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

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2018 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 99.735 - SC (2018/0153349-8)

RECORRENTE : A C DA C

RECORRENTE : D C DA C

ADVOGADOS : HENRIQUE LABES DA FONTOURA - SC012033
CÉSAR CASTELLUCCI LIMA E OUTRO(S) - SC022369

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, sem pedido liminar, interposto por A. C. DA C. e D. C. DA C. contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina no HC n.º 4011613-76.2018.8.24.0000.

Consta dos autos que, após coleta de dados do aplicativo *WhatsApp*, realizada pela Autoridade Policial mediante apreensão do celular de A. C. DA C. e subsequente espelhamento, via QR Code, das mensagens recebidas e enviadas, os Recorrentes tiveram, em 22/02/2018, decretadas contra si prisão preventiva, em razão da suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006.

O *habeas corpus* impetrado perante o Tribunal de origem foi denegado, em acórdão assim ementado (fl. 147):

"HABEAS CORPUS CRIMES CONTRA A SAÚDE E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICAS. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA TAL FINALIDADE E CORRUPÇÃO ATIVA (LEI 11.343/2006. ARTS. 33, CAPUT, E 35. CAPUT. COMBINADO COM ART. 40. III. E CÓDIGO PENAL. ART. 333, PARÁGRAFO ÚNICO). DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA NULIDADE DA DECISÃO QUE DETERMINOU INTERCEPTAÇÃO DE MENSAGENS TRANSMITIDAS E RECEBIDAS POR APARELHO CELULAR DE UM DOS PACIENTES. IMPROCEDÊNCIA. POSSIBILIDADE DE CAPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS DE QUALQUER NATUREZA. REQUISITOS PRESENTES. RAZOÁVEIS INDÍCIOS DA AUTORIA DE INJUSTOS SANCIONADOS COM PENA DE RECLUSÃO E IMPOSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DE PROVAS POR OUTROS MEIOS. ESTIPULAÇÃO DE PRAZO PARA A DILIGÊNCIA SUPERIOR ÀQUELE PREVISTO NA LEI 9.296/1996 QUE, EM PRINCÍPIO, NÃO MACULA O MONITORAMENTO, FACE À POSSIBILIDADE DE SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES. REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL E DECISÃO QUE A DEFERE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS. PEDIDO DE DILATAÇÃO TEMPORAL DA PROVIDÊNCIA NÃO ASSINADO DIGITALMENTE PELO DELEGADO DE POLÍCIA. IRRELEVÂNCIA. UTILIZAÇÃO DE ENDEREÇO DE CORREIO ELETRÔNICO FUNCIONAL. INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA SOBRE A IDENTIDADE DO REMETENTE. ORDEM DENEGADA."

Superior Tribunal de Justiça

No presente recurso, a Defesa reitera integralmente as teses suscitadas no *writ* originário, a saber:

(I) ofensa aos princípios da reserva legal, estrita legalidade, segurança jurídica e moralidade, em razão da **ausência de previsão legal** do espelhamento de mensagens em outro aparelho quando o código QR é originado pelo mecanismo alvo e submetido a leitura, mediante acesso físico do aparelho alvo (fl. 175);

(II) inviabilidade de **analogia** com a interceptação telefônica, por se tratar de acesso remoto a todo o aplicativo do WhatsApp, ou seja, conversas passadas, presentes e futuras, "*podendo, inclusive, serem editadas, alteradas, enviadas, excluídas, enfim*" (fl. 177);

(III) falta de advertência "*do direito constitucional de ficar calado e não produzir prova contra si mesmo e muito menos do direito de não permitir que os policiais acessem seu aparelho celular para espelhamento (para a própria operacionalização já há violação da privacidade e intimidade)*" (fl. 179);

(IV) ausência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, tendo em vista que **já havia sido deferido, pelo Juízo, o pedido ministerial de arquivamento do inquérito policial**;

(V) insuficiência de **denúncia anônima** com o objetivo de implementar, sem qualquer diligência prévia, a medida de espelhamento do *WhatsApp*;

(VI) vedação de **investigação** por prospecção, haja vista "*a medida de penetração da privacidade e vida privada da pessoa, como ultima ratio, somente [ser] possível para fins de investigação criminal; não para prospecção, arapongagem ou bisbilhotagem para saber se a pessoa está ou não cometendo crime*" (fl. 185), mormente quando há **prévio arquivamento** do inquérito policial;

(VII) ausência de demonstração no sentido de que a prova não poderia ter sido obtida por outro meio;

(VIII) ofensa ao art. 244 do Código de Processo Penal, por ter a Autoridade Policial abordado o Recorrente A. C. DA C. sem que este estivesse "*praticando qualquer ilícito e sem indício concreto e contemporâneo da prática de crime*" (fl. 187);

(IX) **ausência de autorização**, por parte da decisão do Juízo de primeira instância, de interceptação de comunicações telefônicas, de fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, por ter sido utilizada a expressa "quebra dos dados do celular" e por não terem sido indicados meios de operacionalização e execução das medidas;

Superior Tribunal de Justiça

(X) **falta de fundamentação** na decisão constritiva, por não terem sido demonstrados indícios de autoria ou participação em infração penal, tampouco de materialidade do delito;

(XI) ausência de pedido de **prorrogação do prazo**, pois formulado via correio eletrônico, sem assinatura digital e sem qualquer arquivo anexo;

(XII) ausência de fundamentação na decisão que determinou a prorrogação da medida, tendo em vista que a Lei da Interceptação Telefônica, por analogia, exige, para a prorrogação, relatório circunstanciado dos elementos colhidos, devidamente instruído, suficientes a justificar a dilação;

(XIII) **excesso de prazo** da medida, por ter a medida sido fixada diretamente pelo período de 60 (sessenta) dias, com prorrogação por mais 60 (sessenta);

(XIV) contaminação das demais provas, por aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

(XV) ofensa ao Pacto de San José da Costa Rica e ao caso *Escher e outros v. Brasil*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a revelar necessidade de controle de convencionalidade.

Requer o provimento de recurso, para que seja declarada a nulidade do meio de obtenção de prova consistente no espelhamento de mensagens via *WhatsApp Web*, da decisão judicial que autorizou a medida, do correio eletrônico utilizado para solicitar a prorrogação da medida, e do prazo do prazo de 60 (sessenta) dias fixado para a execução da medida.

Requer, ainda, seja declarado "*contaminado o ato seguinte, bem como indiciamento, prisão preventiva e busca e apreensão dos recorrentes, contaminando-se todos os elementos informativos colhidos, desentranhando-os dos autos, trancando-se o inquérito policial ou a ação penal, por falta de justa causa*" (fl. 203).

O Ministério Público Federal opinou pelo parcial conhecimento do recurso, e, nessa extensão, pelo seu desprovimento, em parecer assim ementado (fls. 236-237):

"EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS TELEFÔNICOS. WHATSAPP. ACESSO REMOTO. ORIGEM EM DENÚNCIA ANÔNIMA. VEDAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO BASEADA EM PROSPECÇÃO. DESRESPEITO AO ART. 244 DO CPP. DETERMINAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DE OFÍCIO. MATÉRIAS QUE NÃO FORAM OBJETO DE DEBATE NO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. MEDIDA PREVISTA NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DECISÃO FUNDAMENTADA. PRAZO (60 DIAS) E PRORROGAÇÃO DEFERIDOS À MARGEM DA LEGISLAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE LIMITE LEGAL QUANTO À DURAÇÃO

Superior Tribunal de Justiça

DO MONITORAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. *A ausência de exame pelo Tribunal a quo das teses de que a quebra de sigilo de dados telefônicos se deu com base em denúncia anônima, com objetivo de investigação prospectiva, em desrespeito ao art. 244 do CPP, e de que foi determinada indevidamente interceptação telefônica de ofício, em tese, inviabiliza a apreciação dos pleitos pelo Superior Tribunal de Justiça, por implicar supressão de instância.*

2. *Não deve ser declarada nulidade da prova produzida com amparo legal, mediante quebra de sigilo de dados telefônicos, por ausência de fundamentação da decisão, se está motivada no pedido da autoridade policial, que aponta, de forma detalhada e com base em elementos concretos, a necessidade da medida para o desbaratamento de organização criminosa voltada à prática de diversos crimes graves.*

3. *A repetição dos motivos da quebra na decisão de prorrogação não constitui, por si só, inidoneidade na fundamentação. Precedentes do STJ e do STF.*

4. *Diferentemente da interceptação telefônica, não há previsão legal limitando o prazo, bem como a prorrogação, para a quebra de sigilo de dados telefônicos, sendo lícito o lapso de 60 (sessenta) dias, prorrogado pelo mesmo período.*

5. *Ainda que se apliquem todas as regras da Lei nº 9.296/96 à quebra de sigilo de dados telefônicos, eventual nulidade, em razão do prazo superior ao estabelecido na legislação, não atingiria os primeiros 15 (quinze) dias permitidos por lei, razão pela qual é inviável analisar, no âmbito deste writ, a permanência dos motivos que fundamentaram a deflagração da persecução penal dos recorrentes.*

6. *O controle de convencionalidade é aplicável ao ordenamento jurídico interno desde que o precedente guarde similitude com o caso examinado e assim seja demonstrado.*

7. *Parecer pelo parcial conhecimento do recurso e, nessa extensão, pelo seu desprovimento."*

É o relatório.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 99.735 - SC (2018/0153349-8)

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DE ESPELHAMENTO, VIA *WHATSAPP WEB*, DAS CONVERSAS REALIZADAS PELO INVESTIGADO COM TERCEIROS. ANALOGIA COM O INSTITUTO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE DISPARIDADES RELEVANTES. ILEGALIDADE DA MEDIDA. RECONHECIMENTO DA NULIDADE DA DECISÃO JUDICIAL E DOS ATOS E PROVAS DEPENDENTES. PRESENÇA DE OUTRAS ILEGALIDADES. LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PRIVACIDADE DETERMINADA SEM INDÍCIOS RAZOÁVEIS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DETERMINAÇÃO ANTERIOR DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. FIXAÇÃO DIRETA DE PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS, COM PRORROGAÇÃO POR IGUAL PERÍODO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO.

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

2. O espelhamento das mensagens do *WhatsApp* ocorre em sítio eletrônico disponibilizado pela própria empresa, denominado *WhatsApp Web*. Na referida plataforma, é gerado um tipo específico de código de barras, conhecido como Código QR (*Quick Response*), o qual só pode ser lido pelo celular do usuário que pretende usufruir do serviço. Daí a necessidade de apreensão, ainda que por breve período de tempo, do aparelho telefônico que se pretende monitorar.

3. Para além de permitir o acesso ilimitado a todas as conversas passadas, presentes e futuras, a ferramenta *WhatsApp Web* foi desenvolvida com o objetivo de possibilitar ao usuário a realização de todos os atos de comunicação a que teria acesso no próprio celular. O emparelhamento entre celular e computador autoriza o usuário, se por algum motivo assim desejar, a conversar dentro do aplicativo do celular e, simultaneamente, no navegador da *internet*, ocasião em que as conversas são automaticamente atualizadas na plataforma que não esteja sendo utilizada.

4. Tanto no aplicativo, quanto no navegador, é possível, com total liberdade, o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas (registradas antes do emparelhamento) ou recentes (registradas após), tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato. Eventual exclusão de mensagem enviada (na opção "Apagar somente para Mim") ou de mensagem recebida (em qualquer caso) não deixa absolutamente nenhum vestígio, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser recuperada para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, não armazena em nenhum servidor o

Superior Tribunal de Justiça

conteúdo das conversas dos usuários.

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

6. É impossível, tal como sugerido no acórdão impugnado, proceder a uma analogia entre o instituto da interceptação telefônica (art. 1.º, da Lei n.º 9.296/1996) e a medida que foi tomada no presente caso.

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

8. O fato de eventual exclusão de mensagens enviadas (na modalidade "Apagar para mim") ou recebidas (em qualquer caso) não deixar absolutamente nenhum vestígio nem para o usuário nem para o destinatário, e o fato de tais mensagens excluídas, em razão da criptografia *end-to-end*, não ficarem armazenadas em nenhum servidor, constituem fundamentos suficientes para a conclusão de que a admissão de tal meio de obtenção de prova implicaria indevida presunção absoluta da legitimidade dos atos dos investigadores, dado que exigir contraposição idônea por parte do investigado seria equivalente a demandar-lhe produção de prova diabólica.

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

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

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

12. Recurso provido, a fim de declarar a nulidade da decisão judicial que autorizou o espelhamento do *WhatsApp* via Código QR, bem como das provas e

dos atos que dela diretamente dependam ou sejam consequência, ressalvadas eventuais fontes independentes, revogando, por conseguinte, a prisão preventiva dos Recorrentes, se por outro motivo não estiverem presos.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Conforme relatado, o presente recurso dirige-se à desconstituição da decisão judicial que autorizou a Autoridade Policial a apreender o celular do Recorrente A. C. DA C. com o propósito de efetuar o espelhamento das mensagens enviadas e recebidas dentro do aplicativo *WhatsApp*.

A decisão do Juízo de primeiro grau de jurisdição tem o seguinte teor (fl. 72):

"Trata-se de representação formulada pela autoridade policial, visando a quebra do sigilo dos dados telefônicos do aparelho celular alvo, de propriedade do investigado Antônio Carlos da Costa (Caio) e seus interlocutores.

Instado, o Ministério Público opinou pelo deferimento do pedido.

É o relatório. Decido.

In casu, está-se diante de investigação criminal justamente para angariar elementos probatórios acerca da prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, apurados no inquérito policial nº 112.2017.00107.

Dito isso, em um juízo de prelibação, a quebra do sigilo de dados telefônicos é necessária à elucidação dos fatos.

*Ante o exposto, DEFIRO a quebra do sigilo dos dados do celular alvo do investigado Antônio Carlos da Costa (Caio) e seus interlocutores em especial do aplicativo *WhatsApp* da forma como solicitada pela autoridade policial.*

Autorizo ainda, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, o monitoramento e captura de arquivos (mensagens e conseqüente gravação de telas de conversas e áudio, para utilização como meto de prova da prática de delitos de tráfico de drogas e outros."

Aproveito o ensejo para transcrever, igualmente, a decisão que prorrogou a medida (fl. 76):

"Considerando o ofício de fl. 18, considerando ainda o parecer ministerial de fls. 22/23, defiro a prorrogação da interceptação telefônica e telemática e quebra de sigilo de dados telefônicos, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, nos termos da decisão de fl. 16."

Por tratar-se de medida vinculada a recente evolução tecnológica, entendo que a solução jurídica deste caso demanda a compreensão prévia das características do mencionado

espelhamento, de como deve ser operacionalizado na prática, das possibilidades que abre ao investigador criminal e das dificuldades jurídicas e probatórias que enseja.

No caso dos autos, o Poder Judiciário deferiu pedido da Autoridade Policial no sentido de apreender o celular de A. C. DA C. Diante da autorização judicial, o Recorrente foi abordado em 17/11/2017 pelo Delegado de Polícia e por policiais, os quais operacionalizaram a medida (fl. 175, nota de rodapé).

O espelhamento das mensagens do *WhatsApp* ocorre em sítio eletrônico disponibilizado pela própria empresa, denominado *WhatsApp Web* (<https://web.whatsapp.com/>). Na referida plataforma, é gerado um tipo específico de código de barras, conhecido como Código QR (*Quick Response*), o qual **só pode ser lido pelo celular do usuário que pretende usufruir do serviço**. Daí a necessidade, enfatizada pela Autoridade Policial, de apreensão, ainda que por breve período de tempo, do aparelho telefônico de A. C. DA C.

A leitura do Código QR pode ser realizada com a opção "Mantenha-me conectado", hipótese em que o emparelhamento entre o celular e o computador ocorrerá por tempo indeterminado, até que o usuário, via celular ou via *WhatsApp Web*, decida encerrar o mencionado emparelhamento.

Na hipótese dos autos, após a apreensão do celular, a Autoridade Policial procedeu em sigilo – isto é, sem comunicar ao Recorrente – ao emparelhamento das plataformas, tendo, logo após, devolvido a ele a posse do aparelho.

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

Mas não é só.

Para além de permitir o acesso ilimitado a todas as conversas passadas, presentes e futuras, a ferramenta *WhatsApp Web* foi desenvolvida com o objetivo de possibilitar ao usuário a realização de **todos os atos de comunicação** a que teria acesso no próprio celular. O emparelhamento entre celular e computador autoriza o usuário, se por algum motivo assim desejar, a conversar dentro do aplicativo do celular e, **simultaneamente**, no navegador da *internet*, ocasião em que as conversas são **automaticamente atualizadas** na plataforma que não esteja sendo utilizada.

Superior Tribunal de Justiça

Ainda mais relevante para a discussão presente nestes autos é o seguinte detalhe: **tanto no aplicativo, quanto no navegador**, é possível, com **total liberdade**, o **envio** de **novas** mensagens e a **exclusão** de mensagens antigas (registradas **antes** do emparelhamento) ou recentes (registradas **após**), tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato.

Não bastasse, eventual **exclusão** de mensagem enviada (na opção "Apagar somente para Mim") ou de mensagem recebida (em qualquer caso) **não deixa absolutamente nenhum vestígio**, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser **recuperada** para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, **não armazena** em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários.

Sobre esse último aspecto, mostra-se relevante a explicação de Tercio Sampaio Ferraz Junior, Juliano Maranhão e Marcelo Finger, em texto intitulado "WhatsApp mostra a necessidade de regulação da criptografia", publicado em 16/08/2016 na revista *online* Consultor Jurídico:

"A possibilidade de criptografar mensagens existe há milhares de anos. A tecnologia moderna permite que cada usuário do WhatsApp tenha uma chave pública, comunicada a todos que desejem lhe endereçar mensagens. Todos podem codificar e enviar mensagens de acordo com esse recurso, com a privacidade garantida.

Só quem possui a chave de decodificação (armazenada no celular de cada usuário) pode ler as mensagens. O provedor do aplicativo cria a possibilidade de codificação e decodificação, mas não possui nem tem como acessar as chaves.

Portanto, a questão crucial não é se o WhatsApp (ou outro aplicativo do gênero) teria a obrigação de revelar o teor das mensagens, pois isso é impossível, mas se as empresas de tecnologia estão autorizadas a comercializar produtos que proporcionem ao usuário ambientes de informação absolutamente inacessíveis."

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

Exemplificativamente:

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ALEGADA ILICITUDE DA PROVA. PRISÃO EM FLAGRANTE. ELEMENTOS PROBANTES COLHIDOS NO CURSO DA

Superior Tribunal de Justiça

DILIGÊNCIA. PERÍCIA NO CELULAR. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. MANIPULAÇÃO DAS CONVERSAS DO WHATSAPP PELOS POLICIAIS. INOCORRÊNCIA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA NULIDADE ALEGADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...].

3. *A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência. (HC 315.220/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/9/2015, DJe 9/10/2015).*

4. *Com o avanço tecnológico, o aparelho celular deixou de ser apenas um instrumento de comunicação interpessoal. Hoje, é possível ter acesso a suas diversas funções, entre elas, a verificação de mensagens escritas ou audíveis, de correspondência eletrônica, e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.*

5. *Por se encontrar em situação similar às conversas mantidas por e-mail, a cujo acesso é exigida prévia ordem judicial, a obtenção de conversas mantidas pelo programa whatsapp, sem a devida autorização judicial, revela-se ilegal, o que não ocorreu na espécie.*

6. *No caso em exame, é lícita a apreensão do celular, pois efetuada no bojo de prisão em flagrante, bem como o acesso aos dados neles contidos, dada a existência de autorização judicial para perícia do seu conteúdo, de modo que não há falar em ilicitude das provas que suportam o decreto condenatório. [...]" (RHC 90.276/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 21/03/2018 – sem destaque no original.)*

A meu ver, a análise feita acima, acerca de como funciona o espelhamento do *WhatsApp*, demonstra ser **impossível**, tal como pretendido no acórdão impugnado, proceder a uma analogia entre o instituto da interceptação telefônica (art. 1.º, da Lei n.º 9.296/1996) e a medida que foi tomada no presente caso.

O argumento analógico, conforme ensina a teoria, é uma "*representação de uma forma de raciocínio analógico que cita similaridades aceitas entre dois sistemas a fim de dar suporte à conclusão de que alguma outra similaridade existe*" (Tradução livre do verbete "Analogy and Analogical Reasoning", disponível na Enciclopédia de Filosofia de Stanford).

Sendo assim, para que ao caso de espelhamento via *QR Code* fosse aplicável, por analogia, a legislação atinente às interceptações telefônicas, com o propósito de dar suporte à conclusão de que as duas medidas são admitidas pelo direito, seria impensável a demonstração, por parte do intérprete, de similaridades entre os dois sistemas de obtenção de provas, sobretudo no que diz respeito à operacionalização e ao acesso às comunicações pertinentes.

Superior Tribunal de Justiça

Tais similaridades, todavia, **não existem**.

Em primeiro lugar, ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como **mero observador** de conversas empreendidas por terceiros, no espelhamento via *WhatsApp Web* o investigador de polícia tem a concreta possibilidade de atuar como **participante** tanto das conversas que vêm a ser realizadas quanto das conversas que já estão registradas no aparelho celular, haja vista ter o poder, conferido pela própria plataforma *online*, de interagir diretamente com conversas que estão sendo travadas, de enviar novas mensagens a qualquer contato presente no celular, e de excluir, com total liberdade, e sem deixar vestígios, qualquer mensagem passada, presente ou futura.

Nesse ponto específico, insta registrar que, 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 contra-prova apresentada pelo 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 oportuniza a realização de perícia).

Cito, por oportuno, o seguinte precedente:

"[...] 3. Dada a presunção de legitimidade da degravação das escutas telefônicas realizada por órgão público, cabe à defesa requerer, uma vez comprovada dúvidas quanto à veracidade dos áudios, a realização da perícia respectiva com a finalidade de afastar a prova contra os acusados. [...]" (HC 218.742/AM, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 15/04/2014.)

Em segundo lugar, ao contrário da interceptação telefônica, que tem como objeto a escuta de conversas realizadas apenas **depois** da autorização judicial (*ex nunc*), o espelhamento via QR Code viabiliza ao investigador de polícia acesso amplo e irrestrito a toda e qualquer comunicação realizada **antes** da mencionada autorização, operando efeitos retroativos (*ex tunc*). Em termos técnico-jurídicos, o espelhamento seria melhor qualificado como um tipo híbrido de obtenção de prova consistente, a um só tempo, em interceptação telefônica (quanto às

Superior Tribunal de Justiça

conversas *ex nunc*) e em quebra de sigilo de e-mail (quanto às conversas *ex tunc*). Não há, todavia, ao menos por agora, previsão legal de um tal meio de obtenção de prova híbrido.

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

Esses fundamentos são suficientes, por si sós, para o provimento do recurso, a fim de declarar a nulidade da decisão que autorizou a medida.

Devo registrar, todavia, que existem outras três flagrantes ilegalidades que corroboram a solução pretendida no recurso.

Como bem salientou a Defesa, sem que se apontasse nenhum fato novo na decisão, a medida de espelhamento via QR Code foi autorizada seis meses após ter sido determinado o arquivamento dos autos, em razão da inexistência de indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva relativamente a A. C. DA C.

Confira-se a decisão de arquivamento, proferida em 10/07/2017 (fl. 43, sem destaque no original):

"I - Será adotado o procedimento descrito na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06). Notifiquem-se os réus para apresentarem defesa, no prazo de 10 (dez) dias, deprecando-se se necessário.

II - Quanto ao investigado Antônio Carlos da Costa, razão assiste ao Ministério Público, porquanto da leitura do caderno processual não exsurtem elementos bastantes para a deflagração da ação penal.

Assim, acolho integralmente o parecer ministerial, e determino o arquivamento do presente caderno investigativo, ressalvada a hipótese contida no artigo 18 do Código de Processo Penal."

O entendimento das instâncias ordinárias está em desacordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, de que, *"Após o arquivamento do inquérito policial, por ordem da autoridade judiciária e a requerimento do Ministério Público, a retomada da persecução estatal, seja pelo desarquivamento do inquérito policial, seja pelo oferecimento de denúncia, fica condicionada à existência de outras provas"* (RHC 41.933/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2015, DJe

Superior Tribunal de Justiça

19/06/2015 – sem destaque no original).

Considerando que o inquérito policial já estava arquivado e que o espelhamento foi a primeira medida decretada com o objetivo de reabrir a investigação, há violação, igualmente – caso se entenda, como o fez o Tribunal de origem, pela viabilidade de analogia com a interceptação telefônica –, da exigência, prevista no art. 2.º, inciso I, da Lei n.º 9.296/1996, de existência de "*indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal*" a respaldar a limitação do direito de privacidade.

Não bastasse, conforme argumentou a Defesa, foi fixado diretamente o prazo de 60 (sessenta) dias para a execução da medida, bem como a prorrogação por igual período, "*em manifesta contrariedade e negativa de vigência ao artigo 5º da Lei n.º 9.296/1996, que fixa o prazo de 15 (quinze) dias*" (fl. 195).

Esclareço, por fim, que as prisões preventivas dos Recorrentes foram decretadas com base na medida interventiva que agora se declara inválida, inclusive com inserção de captura de tela (*printscreen*) de conversa monitorada mediante o emparelhamento (fl. 104), razão pela qual devem ser revogadas, tal como pleiteado pela Defesa.

Diante da complexidade da investigação, que se dirige a diversas outras pessoas e abrange outros inquéritos, caberá ao Juízo de primeiro grau de jurisdição identificar as demais provas e atos que dependem diretamente ou que são consequência do ato ora declarado nulo (art. 573, § 1.º, do Código de Processo Penal).

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso ordinário, a fim de declarar a nulidade da decisão judicial que autorizou o espelhamento do *WhatsApp* via QR Code, bem como das provas e dos atos que dela diretamente dependam ou sejam consequência, ressalvadas eventuais fontes independentes, revogando, por conseguinte, a prisão preventiva dos Recorrentes, se por outro motivo não estiverem presos.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2018/0153349-8

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 99.735 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00005951220188240135 00014170520178240048 00020479120178240135
00039255120178240135 112201700107 14170520178240048 20479120178240135
39255120178240135 40116137620188240000 4011613762018824000050000
5951220188240135

EM MESA

JULGADO: 27/11/2018
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : A C DA C
RECORRENTE : D C DA C
ADVOGADOS : HENRIQUE LABES DA FONTOURA - SC012033
CÉSAR CASTELLUCCI LIMA E OUTRO(S) - SC022369
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
CORRÉU : A A C
CORRÉU : D D J
CORRÉU : I H B
CORRÉU : P R DOS S
CORRÉU : R A S
CORRÉU : R DE F F

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.