



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

LUCAS JOSÉ ALVES DE FRANÇA

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E DADOS OBTIDOS POR TELEFONES
APREENDIDOS:
PODE A POLICIA TER ACESSO AS MENSAGENS DE WHATSAPP SEM ORDEM
JUDICIAL?**

SOUSA
2022

LUCAS JOSÉ ALVES DE FRANÇA

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E DADOS OBTIDOS POR TELEFONES

APREENDIDOS:

**PODE A POLICIA TER ACESSO AS MENSAGENS DE WHATSAPP SEM ORDEM
JUDICIAL?**

Projeto de pesquisa apresentado a coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Campina Grande como requisito para conclusão do Curso de bacharelado em Direito.

Orientador: Me. Delmiro Gomes da Silva Neto

SOUSA

2022

F814i França, Lucas José Alves de.
Investigação criminal e dados obtidos por telefones apreendidos: pode a polícia ter acesso as mensagens de whatsapp sem ordem judicial? / Lucas José Alves de França. – Sousa, 2022.
37 f.

Mono (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2022.
"Orientação: Prof. Me. Delmiro Gomes da Silva Neto".
Referências.

1. Direitos Fundamentais. 2. Interceptações Telefônicas. 3. Constituição Federal. 4. Whatsapp. 5. Abuso de Autoridade. I. Silva Neto, Delmiro Gomes da. II. Título.

CDU 342(043)

LUCAS JOSÉ ALVES DE FRANÇA

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E DADOS OBTIDOS POR TELEFONES APREENDIDOS: PODE A POLICIA TER ACESSO AS MENSAGENS DE WHATSAPP SEM ORDEM JUDICIAL?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG) – Campus Sousa/PB como requisito à obtenção do título de Bacharelado em Direito.

Orientadora: Prof. Me. Delmiro Gomes da Silva Neto

Data da aprovação: _____ / _____ / _____

Banca Examinadora:

Prof. (a): Delmiro Gomes Da Silva Neto (Orientador)

Universidade Federal de Campina Grande (UFCG)

Prof. (a): Iarley Pereira De Sousa (Examinador)

Universidade Federal de Campina Grande (UFCG)

Prof. (a): Jonica Marques Coura Aragao (Examinadora)

Universidade Federal de Campina Grande (UFCG)

SOUSA

2022

Agradecimentos

Disponho de um espaço neste trabalho para tecer algumas palavras de agradecimento a todos que me deram forças para chegar aqui.

Primeiramente agradecer a Deus, pois ele é aquele que me fortalece, que me abençoa e sou grato a ele por tudo em minha vida.

Agradecer a minha família, pois são minha base, são aqueles que posso recorrer a qualquer momento meu porto seguro, aqueles quem eu amo, minha mãe Erlangea Alves Pereira de França, por sempre me manter diligente, Meu pai Djonierison José Felix de França, além de ser um grande exemplo de advogado em minha vida sempre me apoiou, me deu forças e me motivou, sempre acreditando em minha pessoa, bem como minha irmã por Camile Lanai Alves de França, por ser uma boa ouvinte, bem como minha vó Maria da Conceição Alves, por sempre ter orado em meu nome e acreditado no meu sucesso, bem como minha namorada Dayana dos Santos Lima, por ter me suportado por toda essa dura etapa, sempre me incentivando e cuidando de mim, obrigado a todos por todo amor de vocês.

Agradecer também aos meus colegas denominados “alta corte”, pois foram determinantes para essa caminhada, por me ajudarem em vários momentos difíceis, espero que essa amizade perdure por muitas décadas.

Por fim, gostaria de agradecer imensamente o meu orientador Delmiro Gomes da Silva Neto, por todo o trabalho e por me ajudar a concluir essa etapa, obrigado por todos os ensinamentos.

RESUMO

O trabalho buscou demonstrar a evolução das interceptações no tempo, e demonstrar qual foi o objetivo de sua criação, abordou como alguns países tratam as interceptações e um pouco do que diz em suas legislações, além de como as interceptações são comumente utilizadas no combate aos crimes de tráfico, contra as organizações criminosas e no combate ao terrorismo, como bem demonstrado pelo plano americano "*Patriot Act*". O trabalho tentou demonstrar a importância que a Constituição Federal de 1988 tem com os direitos fundamentais, e como esses devem ser garantidos, e como a nossa constituição busca sempre cumprir tal objetivo, sem que se de espaço para impunidade. Buscou apresentar como a ditadura influenciou no desenvolvimento das constituições federais do Brasil, como esse período em que se havia os abusos contra a dignidade humana dos cidadãos, fez com que se buscasse uma constituição que garantiria esses direitos, além de demonstrar a relação da ditadura com as interceptações. Além disso, tem como objetivo compreender como se deu a evolução histórica das interceptações telefônicas, dos avanços tecnológicos do telefone celular e se é possível através da lei de interceptações telefônicas, obter os dados desses aparelhos celulares e os aplicativos de mensagens, bem como o WhatsApp. Ademais, compreendeu que apesar de legalmente possível a obtenção de dados através da interceptação das mensagens do WhatsApp, na prática é impossível realiza-lo, já que a empresa não possui meios para tanto em razão de sua criptografia ponta-a-ponta. Além disso, o WhatsApp, possui uma ferramenta chamada Web WhatsApp, se era possível através desta a obtenção dos dados como prova, já que é modo diverso da interceptação, pois a ferramenta Web, você tem acesso direto as conversas podendo influenciar nas mesmas, sendo considerado um meio de prova híbrida. Demonstrar a importância de a interceptação ser autorizada por ordem judicial, antes de ser executada, sem buscando usar esse método em último caso, pois se trata de uma medida que fere os direitos fundamentais, a dignidade humana e seu direito à privacidade, intimidade e a inviolabilidade dos dados.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; interceptações telefônicas; Constituição Federal; WhatsApp; abuso de autoridade.

ABSTRACT

The work sought to demonstrate the evolution of interceptions over time, and to demonstrate the purpose of its creation, addressed how some countries treat interceptions and a little of what it says in their legislation, as well as how interceptions are commonly used in the fight against crimes. trafficking, against criminal organizations and in the fight against terrorism, as well demonstrated by the American plan "Patriot Act". The work tried to demonstrate the importance that the Federal Constitution of 1988 has with fundamental rights, and how these must be guaranteed, and how our constitution always seeks to fulfill this objective, without leaving room for impunity. It sought to present how the dictatorship influenced the development of federal constitutions in Brazil, how this period in which there were abuses against the human dignity of citizens, led to a search for a constitution that would guarantee these rights, in addition to demonstrating the relationship of the dictatorship with the intercepts. In addition, it aims to understand how the historical evolution of telephone interceptions took place, the technological advances of the cell phone and if it is possible, through the law of telephone interceptions, to obtain data from these cell phones and messaging applications, as well as WhatsApp. . In addition, he understood that although it is legally possible to obtain data through the interception of WhatsApp messages, in practice it is impossible to do so, since the company does not have the means to do so due to its end-to-end encryption. In addition, WhatsApp has a tool called Web WhatsApp, if it was possible through this to obtain data as evidence, since it is a different way of interception, because the Web tool, you have direct access to conversations and can influence them, being considered a hybrid evidence. Demonstrate the importance of the interception being authorized by court order, before being carried out, without seeking to use this method as a last resort, as it is a measure that violates fundamental rights, human dignity and their right to privacy, intimacy and data inviolability.

Keywords: Fundamental rights; telephone interceptions; Federal Constitution; Whatsapp; abuse of authority.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	8
2. HISTORICIDADE DAS INTERCEPEÇÕES TELEFÔNICAS	10
2.1 SURGIMENTO DAS INTERCEPTAÇÕES NA HISTÓRIA.	10
2.2 LEIS E REGULACOES DE OUTROS ESTADOS.....	11
2.3 A CONSTITUICAO FEDERAL DE 1988 E A PROTECCAO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.	16
2.3.1 Brasil e Argentina, as ditaduras transformadas em constituições cidadãs.	17
2.4 OS PRIMEIROS PASSOS DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO BRASIL... ..	18
3. A LEI DE INTERCEPTAÇÕES, OS NOVOS MEIOS DE COMUNICACAO E O ENTENDIMENTO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL	22
3.1 OS NOVOS MEIOS DE COMUNICACAO.....	22
3.2 LEI Nº 9.296/96 E ALTERAÇÕES DO PACOTE ANTICRIME.....	23
3.2.1 Espécies de interceptações.	23
3.2.2 Disposições da Lei nº 9.269/96.	25
3.2.3 Alterações na lei de interceptações.	28
3.3 A PROVA LÍCITA E ILÍCITA PARA O DIREITO PROCESSUAL PENAL.	32
3.4 AS INTERCEPTAÇÕES NO COMBATE AOS CRIMES DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E TRÁFICO DE DROGAS.....	35
4. OS TELEFONES APREENDIDOS, A NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL E SUA ADMISSIBILIDADE COMO PROVA DAS CONVERSAS DE WHATSAPP	38
4.1 A OBTENÇÃO DE DADOS DOS APARELHOS APREENDIDOS.....	38
4.1.1 O acesso aos dados através da busca e apreensão e a prisão em flagrante.	38
4.2 A OBTENÇÃO DE DADOS ATRAVÉS DO APLICATIVO WHATSAPP.....	41
4.2.1 A admissibilidade das mensagens de WhatsApp, segundo a lei de interceptações.	41
4.2.2 A interceptação através do WhatsApp Web e sua legalidade.	43
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
6. REFERÊNCIAS	46

1. INTRODUÇÃO

A sociedade está sempre mudando, se aprimorando, seja sob aspectos sociais, políticos, tecnológicos e também jurídicos. Uma boa prova disso é a evolução dos meios de comunicação que afetam e muito a sociedade, e trouxeram novidades bastante interessantes como a aproximação da sociedade, se tornou mais fácil se comunicar com um parente distante, principalmente com o surgimento e popularização dos aparelhos celulares e da internet.

Contudo a criminalidade também avança, se aproveitando desses artifícios, e assim, é preciso que a sociedade busque formas de combater esses novos meios utilizados para o mal, sem que se cause uma insegurança jurídica, sem que os direitos fundamentais, sem que o direito à privacidade e a inviolabilidade dos dados seja afetada sem um justo motivo.

Interpretando a Constituição de 1967 e a Constituição de 1988, bem como a lei 41.117/92, a lei de telecomunicações e a lei de interceptações telefônicas, quais os avanços que ocorreram, as divergências e como a legislação mudou, até chegarmos na lei de abuso de autoridade, até o “Pacote Anticrime”.

Extraíndo assim, a importância das interceptações e a seriedade que esse assunto merece, já que o trabalho abordará dos direitos à privacidade, inviolabilidade e intimidade, que são direitos fundamentais, bem como falar da criminalização da realização de interceptações ilegais.

E no decorrer do estudo será abordado as questões das novas comunicações e como será possível a utilização da lei de interceptações telefônicas de 1996, para esses novos meios de comunicação, se há previsão em lei que regule as interceptações dos novos meios de comunicação, bem como se é lícito e viável como meio de prova.

Será demonstrado como a ditadura teve influência na constituição que temos hoje, como sendo garantidora dos direitos fundamentais, assim como a história do Brasil com as interceptações durante esse período muito conturbado em que se houve muita violência e abuso de poder.

O presente estudo será construído por meio de uma pesquisa descritiva, hipotética e dedutiva, de abordagem qualitativa e do tipo bibliográfica, possuindo um método comparativo, tendo em vista que há um problema e uma hipótese fixados para se chegar à conclusão pretendida. Serão utilizadas doutrinas, artigos científicos, textos de lei e julgados provenientes dos Tribunais brasileiros e de outros países para fundamentar a hipótese descrita.

Desse modo se buscar-se-á entender, sob um ponto de vista teórico-jurídico, se é lícita a utilização dos dados obtidos dos telefones celulares apreendidos, através do aplicativo de mensagens WhatsApp, se de fato essa medida é cabível, se a interceptação desses dados é realmente possível, e se o modo como está sendo utilizado não se trata de um abuso das autoridades policiais.

2. HISTORICIDADE DAS INTERCEPEÇÕES TELEFÔNICAS.

Antes de entrar de fato na questão, este capítulo busca abordar algumas questões históricas sobre as interceptações telefônicas e as escutas. Bem como sua presença na história, em quais momentos elas foram úteis e como foram utilizadas.

Bem como apresentar como alguns países, tratam sobre as interceptações, a sua regulação e como as interceptações são consideradas essenciais para o combate ao terrorismo, sem esquecer também de qual é a história do Brasil com essas interceptações, e como foram usadas indo contra os direitos fundamentais do povo brasileiro.

2.1 SURGIMENTO DAS INTERCEPTAÇÕES NA HISTÓRIA.

Com o surgimento do telefone e telégrafos o mundo passou a se encurtar, as informações viajam grandes distancias de maneira mais rápida, algo fundamental para a globalização. Vivia-se um momento, de grandes descobertas e de industrialização, o telegrafo foi criado por volta de 1837 nos Estados Unidos, enquanto o telefone teve sua criação entre o período de 1847-1922, período este que foi marcado pela Primeira Guerra Mundial.

Com todos esses desenvolvimentos e as informações circulando de maneira mais fácil e rápida, se tornou imperioso a sua obtenção, as informações são grande valia, que pode mudar o rumo de qualquer que seja o ramo, independente da época, principalmente durante um período de guerra, que foi algo que aconteceu próximo ao período de sua invenção.

As primeiras interceptações telefônicas surgiram pouco após a criação do telefone e telégrafo, não existe de fato um registro de quando houve a primeira, contudo, se sabe que o lapso de tempo é curto. Ou seja, temos desde sempre uma guerra por informações, contudo se demorou bastante para se falar sobre os direitos a intimidade e a inviolabilidade das comunicações.

Contudo, o período em que a guerra por informações foi mais intensa, foi durante a Guerra-Fria, por ser uma guerra de ideologias e não de confrontos diretos era imperioso as informações, a descobertas de escândalos ou crimes das nações

contrárias, esses períodos foram marcados por um grande número de grampos e escutas telefônicas usadas por espões.

Com a modernização desse tipo de equipamento, e a popularização destes se houve a necessidade de regulamentar essas ferramentas, em razão do dever legal de proteger os direitos a intimidade e a inviolabilidade das comunicações, os direitos fundamentais de todos, o direito a proteção de suas informações.

Ou seja, temos assim uma ideia de que as interceptações foram e são muito utilizadas como ferramentas de guerras, ferramentas de espionagem, são uma afronta direta aos direitos que a privacidade e intimidade, muito utilizadas durante períodos de ditadura, como por exemplo a ditadura aqui no Brasil.

2.2 LEIS E REGULATÓES DE OUTROS ESTADOS.

Com a necessidade de proteção desses direitos humanos, os direitos a privacidade e a inviolabilidade das informações, num âmbito internacional, foi a Convenção Americana de Direitos Humanos que apresentou um primeiro direcionamento de como tratar sobre a vida privada das pessoas seus familiares, seus domicílios e suas correspondências, que é um primeiro passo para a regulação das interceptações telefônicas.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, foi essencial para a temática dos direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos da dignidade humana. Em seu art. 11º diz:

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. " (Pacto de San José de Costa Rica, 1969)

É possível extrair desse artigo que há uma proibição de que se tenha uma interferência excessiva na vida privada das pessoas, seus familiares, seus domicílios e suas correspondências, e que ainda, busca assegurar a toda pessoa o direito a honra, preceituando que o Estado proteja qualquer ataque a sua reputação.

Contudo tal direito não é absoluto, uma vez que ainda na Convenção Americana de Direitos humanos em seus art. 11.2, estabelece que tal direito pode ser limitado pelos Estados que ratificaram a convenção, havendo como requisito para tanto que haja a previsão em lei para a limitação desse direito, devendo haver também um fim legítimo, uma motivação justa, como por exemplo, ser for algo necessário para a manutenção de um Estado democrático, ou se existirem indícios concretos de crimes.

É preciso entender que só pode haver a quebra desse direito com o devido motivo, com uma ordem legal séria, devidamente motivada, não podendo a violação desses direitos fundamentais ser indiscriminada, principalmente os países que são signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos, já que eles acordaram com a proteção desses direitos a privacidade e de suas informações pessoais.

Países ao redor do mundo buscaram regulamentar o uso dessas escutas telefônicas, das interceptações, justamente por ser algo que estava se modernizando, estava se tornando muito popular, e que feria diretamente direitos fundamentais a privacidade do indivíduo.

Os Estados Unidos possuem uma legislação sobre a gravação de chamadas telefônicas, onde se há a permissão da gravação da chamada, em alguns estados para que seja permitida a gravação, se diz que pelo menos uma das partes da chamada deve estar ciente da gravação enquanto em outros 12 estados americanos é preciso que as duas partes estejam cientes sobre a escuta.

É a Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que protege os direitos a privacidade dos cidadãos americanos, é ela que exige que haja um mandado para revistar um indivíduo. Contudo tal Emenda não protege o cidadão se o assunto em questão forem escutas telefônicas.

Existe uma divergência na legislação, parte entende que sim a escuta viola o direito a quarta emenda, contudo em razão do *Patriot act*, seria uma exceção ao uso

das escutas. Por cada Estado possuir suas próprias leis se torna muito difícil saber se há de fato a violação da Quarta emenda.

Outro exemplo de Lei de interceptações telefônicas em outras partes do mundo é a lei americana, a Lei de Vigilância de Inteligência Estrangeira de 1978, essa lei trata de procedimentos de vigilância eletrônica ou física e a coleta de informações de inteligência estrangeira entre potencias estrangeiras e agentes de potencias estrangeiras suspeitos de espionagem ou terrorismo.

A partir dessa lei foi criado o *Foreign intelligence Surveillance Court* (FISC), traduzido como, Tribunal de Vigilância de inteligência estrangeiras para supervisionar os mandados de vigilância pela aplicação desta lei, sendo voltado sempre aos casos relacionados aos estrangeiros.

A lei apresenta dois cenários em que se a essa vigilância de informações, a utilização dessas interceptações, havendo ordem judicial ou não. Sem que haja uma ordem judicial é permitido que o presidente, através do procurador-geral, durante o prazo de um ano permita a interceptações telefônicas sem uma ordem judicial desde que se trate sobre informações de inteligência estrangeira, informações, comunicações ou bens controlados unicamente por poderes estrangeiros, não havendo assim, a possibilidade dessas interceptações ocorrerem em face de nenhum cidadão americano.

O outro método, chamado de coleta de inteligência tradicional se dá através de um pedido ao tribunal da FIS ou a FISC. Esse monitoramento é voltado a um suspeito agente clandestino de uma potência estrangeira, devendo haver uma causa provável para tanto não apenas uma mera suspeita, que essa ordem será para investigar certa potência estrangeira ou um agente dessa, tentando assim manter a privacidade dos que de fato são cidadãos americanos.

Em 2008 nos Estados Unidos foi aprovada a Lei de Emendas da FISA de 2008, que ultrapassava esses direitos fundamentais, nela dispõe não ser necessário ordem judicial para que seja implantada escuta telefônica, ou outras formas de obtenção de dados e informações, essa decisão foi motivada em razão dos ataques terroristas do 11 de setembro de 2001, como dito por George W. Bush, presidente dos EUA na época, “mudou o estilo de vida dos americanos”. Tal medida tinha como

objetivo captar mensagens de grupos terroristas, para combatê-los, além de garantir imunidade para as empresas de telefonia que ajudaram com as escutas telefônicas.

Essa Lei alterou o “*USA PATRIOT act*”, a sua tradução literal é “EUA ato patriota”, contextualizando, um ato patriota dos Estados Unidos, um ato, uma lei, uma medida adotada pelo governo americano, que foi a legislação da época adotada pelo presidente Josh w. Bush, para a proteção do seu país contra os ataques terroristas, e foi a Lei de Emendas da FISA de 2008, que garantiu essa imunidade as empresas de telefonia.

Essa notícia causou muita polemica a época, já que mesmo frente a uma ameaça os direitos individuais e fundamentais devem ser resguardados, sendo necessário sempre buscar uma forma legal de resolver a situação, sem que se ultrapasse os direitos fundamentais, sendo necessário sim, que houvesse uma ordem legal, com motivação suficiente para que tal medida possa ser imposta.

É necessário que a impunidade seja combatida, mas o respeito a preceitos fundamentais deve ser mantido, os direitos fundamentais das pessoas, o direito a dignidade humana, a sua vida privada e a inviolabilidade de seus dados. Tal medida pode ter sido tomada em um momento de emergência, contudo as consequências desse ato se apresentam nos dias atuais, muito se notícia sobre o vazamento de dados e informações pessoas.

Afastada a questão dos atentados terroristas, hoje nos Estados Unidos as interceptações telefônicas são mais utilizadas como meio de prova para condenar os crimes de tráfico de drogas. Essa medida é bem eficaz no combate do tráfico, pois esse tipo está entorno de vários outros tipos, e é mais fácil que duas pessoas desse meio estejam envolvidas em outras atividades ilegais, e por serem criminosos geralmente violentos, se faz necessário ações ágeis para prende-los. (PEÑA, 2008).

As estatísticas norte americanas que apresentam, do total de 2.208 autorizações de escutas telefônicas, 1.792 destas autorizações estão relacionadas ao combate do tráfico de drogas (o equivalente a 81,15%), já numa esfera federal de um total de 457, apenas 30 não estão relacionadas ao tráfico de drogas.

A legislação canadense permite o uso de interceptações telefônicas, contudo, existem dois cenários, as que não necessitam de ordem judicial, são aquelas quando houver um risco de dano iminente, crimes que envolvem terrorismo, sequestros ou ameaça de bomba. Sendo necessário que a interceptação seja realmente necessária para evitar o ato ilícito.

A polícia canadense, para que posso ouvir uma conversa que não faz parte, fora os casos supracitados, se faz necessária a utilização de uma autorização judicial, devendo ter motivos prováveis para que se esteja fazendo a gravação desta. Para a autorização ser válida ela deve conter o crime que se está investigando, qual será o tipo de comunicação, a identidade das pessoas ou dos locais e um período de validade.

No Reino Unido a lei que trata sobre as interceptações telefônicas é a lei de Regulamentação dos Poderes de Investigação de 2000 (RIP). Essa lei é a que regula os poderes dos órgãos públicos quanto as realizações das vigilâncias e investigações e a se estende até as interceptações telefônicas.

Para a realização desse tipo de interceptação, a legislação do Reino Unido diz ser necessário que o motivo seja algo de interesse de segurança nacional, afim de prevenir ou detectar crimes graves, com objetivo de garantir o bem-estar econômico do reino unido. A autorização necessária para sua implementação tem que vir de um Mandado do Ministro do Interior ou Secretário do Gabinete para a Justiça E um Comissário Judicial.

De um ponto de vista mais próximo, na América do Sul, temos a Argentina que possui uma legislação garantista, muito semelhante a brasileira. A ideia de garantista está relacionada a suas constituições nacionais, que possuem princípios de proteção ao sigilo das comunicações, a proteção da intimidade, da sua correspondência e dados privados, como descritos no artigo 18 da Constituição Nacional da Argentina e artigo 5º da constituição Federal do Brasil.

Contudo, o que foi supracitado apenas fala sobre a proteção de um direito, contudo o artigo que fala de forma mais direta sobre a privacidade de telecomunicações é o artigo 19 da constituição nacional da Argentina e nela diz:

Art. 19 - As ações privadas de homens que de modo algum ofendam a ordem e a moral públicas, ou prejudiquem terceiro, só são reservadas a Deus, e isentas da autoridade dos magistrados. Nenhum habitante da Nação será obrigado a fazer o que a lei não manda, nem privado do que não proíbe. (Argentina, 1995)¹

É possível extrair desse artigo que para a legislação da Argentina se não for comprovada atividade ilícita, atividade criminosa, ao cidadão argentino é garantido o direito à privacidade, não precisando esse expor o que é particular seu. Demonstrando uma ideia de que ninguém é obrigado a declarar contra si mesmo, não entregando seus dados caso não haja um crime.

Portanto, podemos extrair que as interceptações, telefônicas ou de informações, são tão antigas quanto a própria criação dos telefones e telégrafos, o que remete a ideia de que nem sempre se foram resguardados os direitos a privacidade e a proteção dos dados.

Bem como, mesmo após a Convenção América de Direitos Humanos que previa a proteção desses direitos, ainda se tinha casos de violação desse direito, como o exemplo já citado, o caso do presidente Bush, que apresentou uma lei que protegia as empresas contra ações judiciais retroativamente, além de permitir que essas escutas fossem instaladas sem uma ordem legal, infringindo diretamente o direito à privacidade, tudo isso motivado com a ideia de combate ao terrorismo.

2.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Não é nenhum mistério que a Constituição Federal de 1988 do Brasil é uma constituição que possui muitos direitos fundamentais, garantias fundamentais, direitos que protegem a dignidade humana, é considerada referência sobre a proteção dos direitos da dignidade e direitos voltados ao bem-estar social conhecida como constituição cidadã.

¹ Art. 19 - Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. (Argentina, 1995)

2.3.1 Brasil e Argentina, as ditaduras transformadas em constituições cidadãs.

Isso se dá em razão do momento em que o Brasil se encontrava, como anteriormente mencionado o Brasil estava sob um regime ditatorial, não só isso a América Latina sofria com esses regimes, é por isso que se tem muitas constituições que seguem essa linha.

Um exemplo claro é a Argentina é um país que sua história é marcada por diversos períodos com governos militares, como por exemplo os períodos de 1930, 1943, 1955 e 1962, sendo os períodos de maior opressão e violência datados de 1966 a 1973. Podemos perceber que as datas coincidem e muito com o período que o Brasil enfrentou a ditadura militar. (DE SOUSA, 2019)

Não resta dúvida que os períodos em que o governo estava sujeito aos militares, seja para o Brasil ou para a Argentina, foram muito sóbrios, marcados por muita dor sofrimento, pressão psicológica, em que muitas pessoas foram presas, torturadas, algumas desaparecidas e até assassinadas, além da insegurança jurídica, e da violação de direitos como da intimidade e privacidade. (DE SOUSA, 2019)

Esse período gerou muita insatisfação, ainda mais que no mundo se internacionalizava ainda mais os Direitos humanos. Podemos considerar que os direitos humanos são a prova da conquista de uma civilização, ou seja, a proteção e o respeito desses direitos são a prova de um Estado civilizado.

A Constituição de 1988 foi resultado de uma redemocratização do Brasil. A sociedade apoiava a volta do Estado de Direito do Brasil, pois a sociedade já estava desgastada do autoritarismo militar que o período da ditadura trouxe, já que foi um período que era uma afronta direta aos direitos do povo brasileiro, um exemplo claro disso eram os atos praticados com base na AI-5, que já vinha perdendo força.

A Constituição brasileira de 1988 é uma constituição amplamente democrática e liberal, já que garante direitos aos cidadãos, com seu texto voltado a um lado de maior bem-estar, e noções de cidadania, dos direitos e deveres individuais e coletivos, com relação aos direitos da pessoa humana e a sua personalidade, assim como a vida, a igualdade, a honra, a dignidade, a segurança, a propriedade e a liberdade. (MATOS, 2018)

Assim, não se resta dúvida que os esforços que os constituintes tiveram ao elaborar a constituição de 1988, como sendo uma constituição social, que protege os direitos fundamentais, trouxe avanços nessa área que são sem precedentes que nos leva a perceber que é necessário se buscar sempre pela efetivação desses direitos que são fundamentais a todos.

Portanto, se faz necessário que haja a proteção desses direitos, que são fruto do sofrimento de muitas pessoas, durante muito tempo para que hoje tenhamos esses direitos. Portanto, o direito a intimidade, privacidade e inviolabilidade também devem ser respeitados, já que esse foi o caminho que o constituinte decidiu seguir, são os preceitos estabelecidos em nossa constituição, a defesa dos direitos humanos, dos direitos dos cidadãos, os direitos inerentes a dignidade humana.

2.4 OS PRIMEIROS PASSOS DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS NO BRASIL.

O uso de escutas telefônicas e o interesse em obter essas informações, de maneira bastante substancial, foi motivado pelo período ditatorial que se encontrava o Brasil, antes da Constituição Federal de 1988. Regime esse que era contrário as liberdades individuais, e assim, os meios de obtenção de provas não podiam ser diferentes. Eram formas abusivas, em que havia o desrespeito a intimidade alheia, a proporcionalidade, e evidentemente ilegais.

Uma das formas mais utilizadas de obtenção de informações dessa época usado pelos militares era justamente o cruzamento de ligações telefônicas. Tinha como objetivo levantar conversas suspeitas entre aqueles que eram contra o sistema de governo. A época já existia uma legislação sobre telecomunicações, porém era uma legislação muito rudimentar, apresentando de maneira simples uma definição de violação ao sigilo telefônico.

Por ser historicamente considerada uma constituição social, uma constituição com muitos direitos fundamentais, direitos que protegem a dignidade humana, bem-estar social, a proteção da honra, da integridade, da privacidade, da inviolabilidade e da vida, que o legislador buscou proteger a inviolabilidade do sigilo.

Atualmente no Brasil existe uma legislação sobre as interceptações telefônicas, a Lei nº 9.296/1996. Contudo, antes da Constituição Federal de 1988, não se era possível firmar as interceptações telefônicas. Isso se dá em razão da constituição brasileira de 1969, já tratava sobre a inviolabilidade do sigilo a correspondência e das comunicações telefônicas e telegráficas, e assim, não era possível a quebra de sigilo nesses casos, pois apresentaria uma afronta ao texto constitucional.

Entretanto, apesar da constituição de 1969, vedar a quebra de sigilo, naquela época estava em vigor o art. 57, inciso II, alínea e, do Código Brasileiro De Telecomunicações (Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962), estava previsto nela que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. Justamente por não abranger tanto o tema, causava uma insegurança jurídica, permitindo que excessos fossem cometidos na obtenção de provas através da quebra do sigilo das comunicações.

O Código Brasileiro de Telecomunicações (1962, p. 13) em seu art. 57 tinha seguinte redação:

Art. 57, Lei 4.117/1962: Não constitui violação de telecomunicação:

I - A recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado; II - O conhecimento dado:

- a) ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal;
- b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação;
- c) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo;
- d) aos fiscais do Governo junto aos concessionários ou permissionários;
- e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. (Brasil, 1962)

Frente a essa questão, alguns doutrinadores entendiam haver uma clara incompatibilidade entre esse dispositivo legal e a Carta Magna, entretanto, outros doutrinadores tinham a percepção que a carta magna não transmitia direito absoluto, o que possibilitaria a interceptação telefônica.

Apesar da Constituição de 1969, vedar a quebra do sigilo, no atual texto constitucional, a Carta Magna de 1988, já se superou tal certame, uma vez que passou a admitir que se houvesse a violação das comunicações telefônicas. É de

acordo com o Art. 5º, XII, da Constituição da República Federativa do Brasil, que prevê, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas somente quando presentes três requisitos: ordem judicial autorizada; com o objetivo de obter evidências para instruir investigação criminal ou processo penal; e em caso de existir uma legislação que preveja a quebra do sigilo.

A lei de interceptações telefônicas é de 1996, para que houvesse uma maior segurança jurídica, apesar da constituição brasileira permitir a interceptação, o Supremo Tribunal Federal, através de jurisprudência, entendia que enquanto não houvesse uma regulação das interceptações pelo legislador ordinário, toda e quaisquer meios de prova obtidos através das escutas telefônicas deveriam ser consideradas inconstitucionais, mesmo que autorizadas pelo Judiciário.

Ou seja, o disposto no art. 57, II, “e”, da Lei n. 4.117/1962, não vingou, já que diante do novo texto constitucional não se faz presente um dos requisitos para que se houvesse a quebra do sigilo, sendo esse requisito a não previsão de qualquer hipótese de admissibilidade da interceptação em seu texto.

Assim, não haviam meios para que o magistrado autorizasse a quebra do sigilo. Contudo, veio a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que deu fim as discussões sobre o assunto, pois ela passou a disciplinar a interceptação de conversas telefônicas.

Agora, o juiz pode autorizar a quebra do sigilo de ofício ou a requerimento do membro do Ministério Público ou da autoridade policial, mas somente quando presentes os seguintes requisitos: indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; não houver outro meio de produzir a mesma prova; e o fato for punido com pena de reclusão (CAPEZ, 2010, p. 356).

Portanto, hoje no Brasil a interceptação telefônica é constitucional, desde que seguidos alguns requisitos, havendo a ordem judicial, para obter evidências para instruir investigação criminal ou processo penal; e em caso de existir uma legislação que preveja a quebra do sigilo. Contudo, a legislação é de 1996, resta saber se tal legislação é adequada para permitir a interceptação de comunicação dos novos meios de comunicação e não só interceptações telefônicas.

3. A LEI DE INTERCEPTAÇÕES, OS NOVOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E O ENTENDIMENTO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL.

Apesar de superadas muitas questões históricas apresentadas no capítulo anterior, este capítulo irá abordar um pouco da história da lei de interceptações, bem como, falar um pouco dos novos meios de comunicação e como as ferramentas de comunicação vem mudando com o tempo.

Assim como as ferramentas se aprimoram, e a sociedade segue esses aspectos por ser algo mutável, o direito assim também deve acompanhar, e assim esse capítulo vai mostrar como se deram as alterações na lei de interceptações e quais as razões dessas mudanças e os efeitos que são causados.

3.1 OS NOVOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO.

A sociedade está em constante mudança, se aprimorando, e os avanços tecnológicos são uma boa prova disso, a todo momento se há uma descoberta, novas formas de ver o mundo, novas formas de comunicação, novas formas de entretenimento e todo tipo de aparelho se desenvolve e se torna algo muito mais complexo, algo que a sociedade e o Direito precisam acompanhar e se acostumar, já que muitas vezes esses avanços são de acordo com a necessidade de todos.

A criação do telefone é um exemplo perfeito, uma forma que aproximou mais as pessoas, e com o desenvolvimento para um lado positivo também existe para um lado negativo, apesar da criação do telefone ter sido por um motivo nobre, ao meu ver as interceptações telefônicas não foram, apesar de hoje terem um uso que auxilia a sociedade no combate a crimes, principalmente nos crimes de tráfico de drogas, a sua criação se deu por motivos de espionagem que não traz uma mensagem muito positiva, já que ninguém quer ter sua privacidade violada.

E com o tempo houve a internet os espaços se tornaram ainda mais próximos, se tornou muito mais fácil a comunicação entre pessoas distantes, um novo passo para a globalização. Não suficiente, a internet até hoje não para de se aprimorar, criando plataformas, programas ou aplicativos de comunicação, de compras e muito mais. E com a criação dos telefones celulares ficou mais fácil o acesso ao telefone e a internet.

É preciso compreender que, boa parte da sociedade vive na internet, assim como há coisas nas casas das pessoas que são particulares a elas, existem coisas em seus telefones celulares, que são particulares a eles, e que esses assuntos, esses dados, desde que não sejam ilícitos, devem ser resguardados, pois mesmo que esses direitos sejam resguardados não se pode abusar, do direito a intimidade e inviolabilidade dos dados para cometer atos ilícitos, porém eles só devem ser acessados se for comprovado que realmente há um ilícito, que um ilícito foi cometido.

Contudo, sob a ótica da Lei 9.296/96, é possível usa-la de maneira análoga aos casos que envolvem esses novos métodos de comunicação, tendo como exemplo, o aplicativo de mensagens WhatsApp, Instagram e outros, bem como se mesmo com os telefones celulares apreendidos pode haver a obtenção de dados sem uma ordem legal.

O grande revés sobre as interceptações telefônicas quando tratado sobre o aplicativo de mensagens WhatsApp se deve ao fato do mesmo não possui um servidor que armazena as mensagens, estas sendo armazenadas apenas pelos aparelhos das partes da conversa, além de possuírem uma criptografia *end-to-end* que somente as partes da conversa possuem a chave para descriptografar.

3.2 LEI Nº 9.296/96 E ALTERAÇÕES DO PACOTE ANTICRIME.

Não se pode falar da Lei de interceptação sem antes falar um pouco das espécies de interceptação. São alguns os meios aceitos como provas lícitas, que poderão ser admitidas em processos judiciais, e como são seus procedimentos e as pessoas envolvidas.

3.2.1 Espécies de interceptações.

Alguns dos tipos de interceptação são: quando a interceptação por terceira pessoa sem o conhecimento dos comunicadores; havendo a captação ambiental entre os participantes por uma terceira pessoa sem consentimento dos destes, ou

até mesmo, com o conhecimento de pelo menos um deles; ou através de gravação clandestina sem ou com o conhecimento de um dos interlocutores.

Assim, é clara a necessidade de diferenciação dessas formas, apesar da legislação em alguns momentos tratar de forma igual, em alguns momentos tem algumas diferenciações, como é o caso da captação ambiental, que através do pacote anticrime, trouxe uma exceção ao tipo penal de captação ilegal.

Outra forma de captação dessas informações, desses dados, é a captação ambiental. Tal instrumento foi num primeiro momento apresentado pela lei 12.850/13, em seu art. 3º, inciso II, a lei que tratava sobre as organizações criminosas. A captação ambiental possui três modalidades, Interceptação ambiental, Escuta ambiental e gravação ambiental.

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

[...]

II - Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; (Brasil, 2013)

Assim como nas formas de interceptações telefônicas apresentadas anteriormente, sobre a captação ambiental o princípio é o mesmo, na interceptação ambiental, o terceiro, um policial, com os equipamentos de captação, de maneira oculta, tem acesso a uma conversa em tempo real entre duas ou mais pessoas, seja local específico, público ou privado.

A escuta ambiental, é constituída também por uma terceira pessoa, também um policial, com os equipamentos adequados, para então captar de forma oculta, a conversa dos sujeitos da conversa, porém na escuta, é preciso que um desses sujeito tenha conhecimento da escuta. (Tomaz, 2014)

Já a gravação ambiental não há a intervenção de terceiro, havendo apenas através de um dos sujeitos da conversa, de forma clandestina, ele grava a conversa sem o conhecimento dos outros, sem intervenção de terceiros.

É interceptação telefônica, o ato de conseguir a comunicação de uma pessoa através de um terceiro, sendo a terceira pessoa que possui acesso aos dados

colhidos, sem que os comunicadores tenham o conhecimento dos dados captados. Já escuta e gravação telefônica são dois institutos diferentes da interceptação, já que na interceptação há atividade de um terceiro, captando informações de comunicadores 2 ou mais que não estão cientes da captação, enquanto na escuta, um dos comunicadores possuem conhecimento da captação realizada por um terceiro, já na gravação, essa captação é realizada diretamente por um dos comunicadores sem que haja um terceiro. (TOMAZ, 2014)

3.2.2 Disposições da Lei nº 9.269/96.

Como já mencionado, a Lei nº 9.296/96 é a lei que regula as interceptações telefônicas. Nela dispõe as situações em que se pode interceptar as comunicações como prova em investigações criminais, bem como os requisitos para que se possa de fato admitir as interceptações telefônicas.

Essas duas últimas situações estão dispostas na Lei, respectivamente nos artigos 1º e 2º e seus incisos e parágrafo único, da Lei nº 9.296/96:

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

[...]

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

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

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

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

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. (Brasil, 1996)

Esses dois artigos são essenciais para entender como funciona a lei de interceptações telefônicas, o que é preciso para que se possa fazer uso, em quais

casos, os requisitos necessários para o seu pedido e a seriedade que se deve ter em relação a tal instituto.

O artigo 1º da Lei nº 9.296/96, traz claramente a ideia de que, se é possível estabelecer a interceptação telefônica de qualquer natureza, ou seja, apresenta uma ideia de que se pode usar quais quer meios possíveis para que seja possível a obtenção dessas informações. Contudo, as interceptações devem ser feitas a penas com o objetivo de produzir prova em investigação criminal ou instrução processual, e essa só pode ser realizada através de uma ordem judicial.

Esse artigo abrange bastante as formas possíveis de interceptação telefônicas, quando temos um primeiro contato com a lei sem a devida atenção pode parecer que o Estado vai usar todos e quaisquer meios para investigar a sua vida e ter acesso as suas informações a qualquer hora, e de qualquer forma. Porém, para que se possa haver essa interceptação se faz necessário uma ordem legal, ordem essa que deve cumprir alguns requisitos, requisitos esses que são abordados no artigo 2º supracitado.

Já o artigo 2º e seus incisos, nos informa dos requisitos necessários para que se possa requerer a interceptação. A lei quando fala desses requisitos é em forma de negativa, ou seja, se no momento do pedido, o caso concreto se a situação descrever o que está escrito nesses incisos, não será possível pedir as interceptações, além do momento do pedido, as razões de fato devem ser claras quanto a esses aspectos.

O inciso I do artigo 2º, diz que não será admitida a interceptação se “não houverem indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal”, ou seja, para que seja determinada a interceptação é preciso que seja comprovada, de maneira claro algum envolvimento da parte interceptada, é preciso haver indícios de que o sujeito foi autor ou participou da infração.

O constituinte deixou claro no art. 5º, inciso XII, que essa medida só pode ser utilizada em último caso, ou seja, se todos os outros modos de provas falharem, será admitida, através de ordem judicial, o uso da interceptação telefônica, já que esgotados todos os outros meios esse é o único meio disponível de produzir a prova, o que entra também no que está descrito no art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.296/96.

Já o inciso III, é o mais claro de todos e determina que não haverá interceptação se a punição da infração penal for no máximo, uma detenção, ou seja, para que possa ser admitida a interceptação o ato ilícito deve ter punição máxima de reclusão, não são todos os crimes que são permitidas as interceptações, são crimes de maior potencial ofensivo.

Temos assim, uma forma de proteção ao direito fundamental, o direito à privacidade, pois como já dito em diversos momentos, esse direito deve ser protegido e as interceptações telefônicas são antagônicas a esse direito. Mesmo que o ato seja considerado crime, não havendo pena máxima de reclusão nos leva a crer que é um crime de menor potencial ofensivo, o que não justifica o uso de instrumento tão invasivo.

Não é qualquer um que pode requerer interceptações telefônicas, esse instituto, como mencionado na própria lei e até na Constituição Federal de 1988, ele é utilizado como meio de prova em investigação criminal ou instrução processual penal, é para tanto que o art. 3º da lei de interceptações nos diz quem são aqueles que podem pedir as interceptações:

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

I - Da autoridade policial, na investigação criminal;

II - Do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal. (Brasil, 1996)

O art. 3º e seus incisos só nos confirmar a ideia que se faz necessário a ordem judicial para que seja admitido o uso das interceptações além de nos dar o legitimado para realizar o pedido e em qual situação, sendo a autoridade policial quando for necessário para a investigação criminal, para poder concluir o inquérito policial, bem como do Parquet, se durante o processo for necessário para adquirir prova quando de nenhuma forma se foi possível.

Ademais, a lei traz diversos aspectos que são necessários para que seja admitido o uso das interceptações, como a necessidade de demonstração de como será feita a interceptação, até o momento de deferimento do juiz, sendo necessário que este apresente fundamentos para o deferimento, tendo que estar atento para

não ultrapassar o prazo das interceptações, contudo, é importante lembrar que, apesar do prazo para a interceptação seja de 15 dias esse pode ser renovado quantas vezes for necessário, contudo a decisão deve estar sempre fundamentada.

Portanto, podemos perceber que o legislador, apesar de um instrumento invasivo, que vai contra o direito à privacidade, tenta de todas as formas, proteger e garantir o direito esse direito, e mesmo que não possa garantir ele busca soluções para impedir que os direitos sejam violados sem a devida necessidade.

Apesar de ainda haver a violação do direito, o legislador mostrar que ele de fato quer proteger esses direitos, que erros não podem ser cometidos, esse instrumento não pode ser usado de qualquer forma, pois estamos falando de um direito que é resguardado pela nossa constituição, e isso mostra como o legislador busca de fato tentar ao máximo garantir esse direito, pois para que a interceptação seja considerada legal ela deve seguir uma gama de procedimentos.

3.2.3 Alterações na lei de interceptações.

Como já mencionado a sociedade está sempre num processo de evolução e em constante mudança, sendo assim, as leis precisam acompanhar esse desenvolvimento, se adaptar a como a sociedade reage a publicação de uma lei. Desde entrou em vigor a lei de Interceptações telefônicas, ela não havia sofrido nenhuma alteração, porém em 2019 através das Leis nº13.869 (lei de abuso de autoridade) e 13.964 (Pacote Anticrime), a lei de interceptações foi alterada.

Quando a lei de interceptações foi publicada, nela não possuía nenhum artigo que punisse as interceptações ilegais. Apesar de ter dificultado para que se pudesse admitir as interceptações, nada impedia ou ao menos repreendia aqueles que usassem de maneira ilegal o uso das interceptações telefônicas. Contudo, começou a se ter notícia de interceptações feitas de maneira ilegal, que não seguiam os passos estabelecidos em lei, e quem realiza as interceptações são as autoridades policiais, essa se demonstrava uma ação de abuso de autoridade.

Em 22 de agosto de 2007, foi publicada pela revista VEJA, uma denúncia, que estariam sendo realizadas interceptações telefônicas ilegais, sem que seguissem o que estava estabelecido em lei, e em razão disso, foi criada a

Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, chamada de “CPI DAS ESCUTAS”. Um dos casos mais conhecidos foi a denúncia de interceptações ilegais, que teria como alvo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes em conversa com o Senador Demóstenes Torres. (MARTINS, 2008).

Temos assim, uma clara violação aos direitos, mesmo que se deva combater a impunidade não existem motivos plausíveis que se faça indo contra as leis, seria o mesmo que buscar vingança com as próprias mãos, aquele que quer combater de fato o crime e a impunidade o faz através do certo, a verdade uma hora sempre aparece, não se pode causar uma insegurança jurídica que irá afetar milhões de pessoas para o combate de um crime que possa ocorrer seguindo os ditames da lei.

Sendo assim, com o objetivo de combater tais abusos, e que assim houvesse um combate as interceptações telefônicas ilegais, o legislador introduziu na lei esse novo tipo penal, mostrando que o legislador tenta combater esses abusos e mesmo que as interceptações sejam, abusivas eles tentam trazer um mínimo de seriedade sobre o assunto, tentando fazer com que de fato as interceptações só sejam usadas em último caso.

Como mencionado, em 2019, através da lei nº12.869/2019, foi adicionado a lei de interceptação telefônica uma pena para aqueles que realizem interceptações telefônicas sem a devida ordem judicial, o art. 10º da Lei nº 9.296/96, diz:

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei: (Redação dada pela Lei nº 13.869. de 2019) (Vigência)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 13.869. de 2019) (Vigência)

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no caput deste artigo com objetivo não autorizado em lei. (Incluído pela Lei nº 13.869. de 2019) (Vigência) (Brasil, 2019)

É possível extrair desse tipo que é considerada crime de reclusão, as formas de interceptação que não estejam acompanhadas de uma ordem legal, isso mostra, apesar de tardia, principalmente em razão das novas formas de comunicação, e o acesso mais fácil dessas informações, que o legislador se preocupou com a

realização de interceptações telefônicas ilegais, e trouxe uma nova medida para tentar combater esses atos.

Vale salientar que tal alteração se deu através da lei de abuso de autoridade, já que o órgão capaz de executar, mesmo que com auxílio das operadoras de telefone, é a autoridade policial, com acompanhamento do Parquet, ou seja, foi criada uma norma penal para punir os excessos e abusos daqueles que exercem executam as interceptações telefônicas.

No ano de 2019 surgiram muitas propostas para alteração do direito processual penal e o direito penal, o chamado “pacote anticrime”, idealizado pelo Ex-Ministro da Justiça Sergio Moro. Nesse pacote foi apresentada algumas alterações na lei de Interceptações telefônicas, que hoje foram concretizadas sendo adicionadas a Lei nº 9.296/96, dois artigos 8-A e 10-A.

Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - Houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Essa alteração na legislação, passou a permitir a realização de captação ambiental, seja de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, o primeiro contato com essa modalidade está presente na lei nº 12.850/13, art. 3º, inciso II, essa lei trata do combate ao crime organizado, nela apesar de citar que é possível o uso da captação não se regulava como deveria ser feito, se usando de maneira análoga o que havia disponível na lei de interceptações.

Então agora com a regulação dessa captação na lei de interceptações não se faz mais necessário usa-la de maneira análoga, já que a própria captação está prevista, através do pacote anticrime, na lei de interceptações. É importante ressaltar que, a primeira aparição do termo captação ambiental, na lei de interceptações, surgiu com a alteração realizada pela lei de abuso de autoridade que

no seu art. 10º, nos apresenta a nomenclatura, e já destacando que sem a autorização judicial, essa captação seria considerada ilegal. (NETO, 2019)

Apesar da dessa tentativa de apresentação do tema por parte da lei de abuso de autoridade, foi o pacote anticrime que soube discorrer ainda melhor sobre as captções, além de trazer a possibilidade de admissão desse meio como prova, também apontou alguns casos em que seria a possível o uso da captação ambiental, sem ordem legal, que não seria considerado crime, como diz o parágrafo 1º do art. 10-A.

Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º A pena será aplicada em dobro ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Brasil,2019)

O parágrafo 2º desse artigo nada mais trata do que uma forma que encontrou o legislador de manter o sigilo dessas interceptações, da captação ambiental, haja visto que o objetivo dessas captções é, através de uma desses meios de captação obter informações, provas de um ato ilícito, e caso a informação de que alguém está sendo alvo dessa captação, a pessoa irá se prevenir para não falar desses assuntos e assim, perde todo o objetivo das interceptações, ou seja, o sigilo é de extrema importância para que tal instrumento possa ser usado para o combate ao crime.

Vale salientar, que o “Pacote Anticrime”, quando fala sobre a captação ambiental, não fala sobre qual a lei admite como prova, já que existem três modalidades, como já mencionado anteriormente.

Entretanto, através da interpretação do que está disposto no “Pacote Anticrime”, é possível compreender que as três modalidades são admitidas como prova, já que o artigo 8-A, da lei 9.296/96, já prevê a interceptação ambiental, que em alguns casos também pode ser considerada com captação ambiental, além do que prevê o artigo 10-A, da lei 9.296/96, em seu parágrafo 1º, que traz a justamente

o que se tem como gravação ambiental, já que não se entende crime se a gravação é feita por um dos interlocutores, apesar da escuta ambiental, ser criminalizada pela redação do artigo 10, da Lei de interceptações, não é bem assim, já que nesse artigo apenas adiciona um requisito para que possa ser usado, que é justamente a necessidade de ordem legal, sendo assim todas as formas são permitidas em lei, desde que haja a ordem legal para o seu uso, salvo a gravação ambiental.

Ademais, Sergio Moro possuía outras propostas para o pacote Anticrime direcionadas a lei de interceptações, sendo uma delas diretamente relacionadas aos aplicativos de comunicação, em especial o WhatsApp e o *Telegram*. Contudo, não obteve êxito nessa realização pois à medida que ele pretendia implementar não conseguiria concluir seu objetivo, haja visto a criptografia que o aplicativo usa, *end-to-end*, ou em português ponta-a-ponta. (PACOTE, 2019)

Como já dito de maneira incessante, a nossa constituição, a nossa legislação busca de todas as formas garantir esses direitos fundamentais, pois como já mencionado essa é uma prova do avanço da civilização a proteção dos Direitos humanos. Então podemos ver que a lei de Interceptações telefônicas ela apesar de regulamentar um instrumento que vai de encontro com o princípio da privacidade, ela não o faz de maneira indiscriminada, tendo que ser cumpridos alguns requisitos e garantindo em algumas situações a proteção deste direito.

3.3 A PROVA LÍCITA E ILÍCITA PARA O DIREITO PROCESSUAL PENAL.

Há algumas divergências quando o assunto é prova ilícita, havendo a certeza que uma prova é de fato ilícita, essa não poderia ser admitidas como provas, elas não deveriam ser consideradas no processo é um princípio constitucional, e também, está previsto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LVI, que diz: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988).

Mesmo que não houvesse tal dispositivo, o sistema jurídico por si só, deveria proibir a utilização de meios ilícitos para obtenção de provas, já que devem ser resguardados a garantia de um devido processo legal, que há também respaldo na

Constituição, art. 5º, inciso LIV, como também o princípio da boa-fé, esses institutos também garantem também a não utilização de provas ilícitas.

Nether (2018), através do trabalho de Matias (2021), apresenta um conceito de prova ilícita. Segundo o doutrinador:

a) Prova ilícita: é aquela que viola regras e princípios de direito substancial; ofende valores e direitos constitucionais substanciais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a intimidade, a integridade física, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo profissional, de correspondência ou da comunicação telefônica (v.g., documento roubado; violação de sepultura para obtenção de um pedaço do cadáver com o intuito de realização de exame de DNA; infringência do sigilo de correspondência ou de interceptação telefônica; prova obtida mediante tortura ou de maus-tratos; constranger advogado a depor contra o seu cliente ou violar seu escritório, com o intuito de obter provas contrárias a ele).(NETHER,2018)

Como as interceptações são meios de prova do processo penal, está previsto no caput do art. 157 do CCP, que inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas com violação a normas constitucionais” (BRASIL, 1941, s.p).

Contudo, há uma exceção, quando há um choque de princípios ou direitos, como por exemplo, entre a inadmissibilidade de provas ilícitas contra o direito à liberdade. Ou seja, é permitida a o uso dessas provas ilícitas, quando houver benefício ao réu.

Esse instituto não é simples, estamos falando da teoria da proporcionalidade, é necessário que, nesse choque de princípios e direitos, seja medido qual deve prevalecer, pois, apesar de não haver, quando falamos de direitos fundamentais ou princípios constitucionais, uma hierarquia, no caso concreto é possível analisar qual será o mais benéfico, qual deles deverá prevalecer.

Com isso, quando falamos da ilicitude de uma prova, ela só poderá ser admitida, quando for o único meio disponível que possa o réu, provar a sua inocência, já que o bem jurídico tutelado nessa questão é a liberdade de um inocente. (TEXEIRA, 2020)

Um exemplo disso, está na situação em que réu, aquele que foi acusado injustamente, sem a devida autorização judicial, faça uso de equipamento capaz de

interceptar diálogo mantido entre o verdadeiro autor do fato e um terceiro, com o intuito de usar como prova no processo em que é acusado para demonstrar que não é sua a autoria do fato delituoso.

Esse meio de prova considerada ilícita, além de também uma conduta prevista na lei de interceptações como crime, haja visto que não houve autorização legal, qual seriam as consequências para o autor desses atos?

A resposta é simples, aquele que usou desses meios apenas utilizou dos únicos meios disponíveis para garantir sua liberdade e inocência, ou seja, esse réu apenas agiu em própria defesa, era a única forma existente de defesa que possuía o acusado, negar o direito de usar essa prova seria negar o direito à ampla defesa do réu, o que iria ferir diretamente e sem motivos a liberdade deste, já que o mesmo não é de fato o autor do fato em que há o processo-crime, Matias (2021), apresenta o posicionamento de Tourinho filho (2017), ele observa que o princípio de inadmissibilidade das provas ilícitas não pode superar o direito à liberdade.

Ou seja, a doutrina e jurisprudência entende que a utilização por parte do réu de provas, mesmo que sejam ilícitas, se forem o único meio de que o acusado possa utilizar a seu favor, é apenas um meio de garantir a ampla defesa deste.

Contudo, alguns doutrinadores, parte minoritária, entende que tal teoria da proporcionalidade também deveria beneficiar a sociedade, *pro societate*, não somente em favor do réu, *pro reo*. Porém, ao contrário do indivíduo, o estado dispõe de muitos meios e recursos, capazes de acusar, ou encontrar provas para acusar o indivíduo, o que mostra uma clara desproporcionalidade, como já mencionado, o uso de interceptações telefônicas ilegais ou atos de abuso da autoridade policial ficou tão evidente nesses últimos anos, foi preciso que fosse publicada lei de combate a esses abusos. (TEXEIRA, 2020).

Assim, como o Brasil é um Estado democrático de Direito, que preza a dignidade da pessoa humana, o Estado não pode utilizar métodos de obtenção de prova que possam ferir as garantias fundamentais do cidadão.

Portanto, o entendimento é de que essa teoria da proporcionalidade só poderia ser utilizada em último caso, de forma excepcional, não deve ser regra, já

que não deixa de ferir outros princípios, só devendo ser utilizada como último meio capaz de garantir a liberdade do indivíduo inocente.

3.4 AS INTERCEPTAÇÕES NO COMBATE AOS CRIMES DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E TRÁFICO DE DROGAS.

Quando se fala de organização criminosa, o crime de tráfico e as interceptações telefônicas eles estão sempre relacionados. As interceptações telefônicas são o meio mais fácil e mais eficaz de se combater o tráfico de drogas e as organizações criminosas, naturalmente esses dois tipos penais também estão muito entrelaçados, haja visto que no tráfico de drogas também em muitos casos existem uma hierarquia, quem vende não é mais do que uma ferramenta para aquele que controla tudo.

Sendo assim, apesar de importante prender aqueles que comercializam na rua a droga, tem pouco impacto contra aqueles que estão no comando, é muito mais fácil prender a pessoa que comercializa, diretamente na sociedade, a droga, do que prender o fornecedor aquele que repassa a droga.

Assim como já mencionado diversas vezes nesse trabalho, com o avanço da sociedade a criminalidade acompanha esse avanço, ou seja, avança de forma concomitante com a sociedade, e esses avanços que vieram para o bem dar sociedade são usados com o objetivo de cometer ilícitos, e as organizações criminosas são um claro exemplo disso, já que é conceituada segundo a lei 12.850/2013, como sendo a associação de 4 ou mais pessoas, com estrutura, com o objetivo de obter vantagem através de infrações penais (Brasil, 2013).

Ou seja, é tido como um grupo que se organiza para cometer os ilícitos, possuindo uma estrutura, com divisão de tarefas e afins, e que para que possam se manter ativos, se utilizam de meios para despistar e afastar qualquer resquício de autoria de suas ações.

E com o intuito de combater essas ações a sociedade precisa desvendar novos meios para isso. Como mencionado, em diversos momentos e diversas nações utilizam das interceptações telefônicas no combate ao terrorismo, sendo esse mecanismo também essencial no combate as organizações criminosas.

As interceptações são cruciais em situações em que personalidades com muito prestígio são investigadas com suposta participação em organizações criminosas, o que torna mais difícil a obtenção de provas, sendo assim as interceptações se tornam determinantes nesses aspectos.

É clara essa temática, uma vez que a lei de combate ao crime organizado, possui nela dispostos alguns métodos, que se assemelham aqueles que são resguardados pela lei de interceptações criminosas, como por exemplo a escuta ambiental, como já mencionada quando tratado sobre as alterações que vieram com o “Pacote Anticrime”.

Ou seja, as interceptações estão interligadas com o combate ao crime organizado, que muitas vezes se torna tão difícil determinar quem de fato são os participantes ou até mesmo o mandante, o chefe. Assim, é preciso sempre que se proteja os direitos a intimidade, a privacidade do indivíduo, porém não pode haver espaço para impunidade, devendo sempre seguir os requisitos para que possa ser admitido o uso desses meios para combater essas organizações que causam grande temor a sociedade.

O tráfico de drogas é outro problema que assola a todas as sociedades. Muitas vezes relacionados as organizações criminosas, e o uso dos aparelhos telefônicos é essencial para este, já que é possível haver a comunicação entre os traficantes o que auxilia bastante no comércio dos entorpecentes.

Um exemplo claro disso são os olheiros, também conhecidos como fogueteiros, já que antes da popularização dos aparelhos celulares, os foguetes eram o meio mais rápido de se avisar que a polícia estava na região. Hoje com o uso dos aparelhos celulares se tornou mais simples para eles informarem que a polícia está por perto, sem que a polícia possa perceber, e por estes não estarem tão expostos, se tornou ainda mais difícil pegar esses olheiros.

Ou seja, se torna imperioso a captação dessas informações, ou até mesmo a apreensão desses aparelhos. Entretanto, por ser muito difícil identificar esses olheiros, muitas vezes a polícia se equivoca e abusa do seu poder, da sua autoridade para forçar o acesso a esses aparelhos, sejam em abordagens policiais ou até mesmo na própria delegacia, o que é claramente uma violação ao direito a intimidade, e um exemplo claro de abuso de poder.

E em razão dessas situações que a lei de abuso de autoridade apresentou uma criminalização no uso de interceptações telefônicas ou outras formas análogas, ilegais, com o intuito de combater esses abusos, já que apesar de necessário o combate contra a impunidade, é preciso sim que sejam garantidos os direitos que são fundamentais ao ser humano.

4. OS TELEFONES APREENDIDOS, A NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL E SUA ADMISSIBILIDADE COMO PROVA DAS CONVERSAS DE WHATSAPP.

Diante de tudo que já foi exposto, sobre como funciona a lei de interceptações, suas alterações, quais são os guias para ela, como os direitos fundamentais devem ser resguardados além de toda a historicidade e a legislação de outros Estados sobre as interceptações.

É nesse momento que abordaremos as questões centrais do trabalho, estudar a possibilidade, ou não, de se utilizar as informações presentes em aparelhos telefônicos, além de ressaltar a necessidade de uma ordem legal para admissão das interceptações como meio de prova.

Além de entender como as novas formas de comunicação não poderão ser utilizados como meios de provas, haja visto que atualmente os métodos necessários não são suficientes para isso. Além disso, mostrar a necessidade de uma regulação nesse sentido para tanto, se tornando ilegal as interceptações nesse aspecto assim, como foi durante o período entre a nova constituição de 1988 e a publicação da lei de interceptações telefônicas.

4.1 A OBTENÇÃO DE DADOS DOS APARELHOS APREENDIDOS.

Como já mencionado, para que seja possível provar a autoria de alguns crimes, se faz necessário o acesso aos aparelhos celulares. O combate ao tráfico de drogas e as organizações criminosas não é fácil, os seus líderes não são fáceis de encontrar e muitas vezes são as comunicações entre os novos meios de comunicação que são a chave para a captura e punição destes.

4.1.1 O acesso aos dados através da busca e apreensão e a prisão em flagrante.

Uma forma de adquirir esses dados é através da apreensão de aparelhos de comunicação, como smartphones e computadores, já que são através destes que é estabelecida a comunicação entre a organização. Contudo, essa apreensão não pode ser feita de qualquer forma, ela deve seguir os procedimentos que são

utilizados em relação aos outros itens apreendidos, salvo quando tratar de objeto que tenha relação com o fato criminoso ou objetos que podem estar sujeitos a um regramento específico.

É preciso entender que, havendo a infração penal é dever do estado punir o autor do fato, entretanto, um procedimento deve ser seguido, existe um longo caminho para que seja permitida a obtenção desses bens e conseqüentemente desses dados, pois estamos falando de direitos fundamentais, o meio utilizado para buscar a obtenção de prova, é meio que fere os direitos, sendo assim, é preciso que regras sejam seguidas.

Ademais, é preciso entender que a autorização para busca e apreensão, pode ou não estar junta da autorização das interceptações. Sendo assim, como já mencionado, é preciso que haja uma fundamentação justa para a autorização das interceptações, não sendo possível se adquirir os dados desses aparelhos telefônicos apreendidos sem que se tenha a ordem legal para isso.

Assim como o acesso as informações diante do mandado de busca e apreensão, durante a prisão em flagrante também se faz necessário a ordem judicial para acessar as informações dos aparelhos celulares. Contudo, como já citado, muitas vezes a esse transpasse dos direitos quando são acessados esses dados sem a devida autorização

Existem diversas jurisprudências e julgado que apontam diretamente para essas situações, infelizmente se era comum, mas ainda existem casos, em que até mesmo em abordagens policia na rua, o polícia através de seu poder de polícia, utilizando de uma ordem ilegal, se apossaria do telefone do sujeito e investigaria o que possuía naquele celular, ali mesmo na rua.

Não há o que se discutir, está é uma violação clara dos direitos que são fundamentais a pessoa, o direito a inviolabilidade de seus dados e de sua intimidade. Contudo, alguns tribunais de 2º instancia, tem entendido que são licitas as ações que tenham por objetivo:

[...]acessar e ler ou decifrar os arquivos de aparelhos celulares ou smartphones, sem o consentimento de quem de direito, ao argumento de tal prática decorreria da autorização de apreensão prevista no art. 6º do CPP[...]" (MATIAS,2021).

Mesmo com alguns entendimentos nesse sentido, para que haja a obtenção desses dados é preciso de uma ordem judicial, uma autorização devidamente fundamentada e justificada para que seja estabelecido tal procedimento, não sendo possível apenas a autorização da busca e apreensão, além de ser de extrema valia para todos, que os procedimentos de abordagem polícia devem seguir os protocolos já estabelecidos.

Muito se discute sobre a burocratização que há em relação a essas medidas que são essenciais como meio de produção de prova, seja as interceptações ou as apreensões dos objetos de comunicação. Principalmente em relação aos dados que poderão ser obtidos ser acessado o WhatsApp, o aplicativo de troca de mensagens mais utilizado no Brasil, e assim como já citado, é comumente utilizado para as comunicações dos criminosos.

A população e até mesmo a própria polícia em relatos nas mídias, apresentam tamanha insatisfação com essa burocratização, e o sentimento de impunidade muitas vezes prevalece, pois muitas vezes só buscam punir alguém. Contudo, esse tipo de pensamento não pode ocorrer, pois como dizia Voltaire: “É melhor correr o risco de salvar um homem culpado do que condenar um inocente”.

Essa frase de Voltaire é muito relevante para o tem do trabalho, pois já como mencionado de maneira incansável, é preciso tomar muito cuidado quando se busca invadir a privacidade ou a intimidade de outrem, já que são direitos fundamentais, assim como o direito à liberdade, então devem ser protegidos, porém, sem deixar de combater a impunidade, é preciso punir, contudo, os protocolos, todas as regras que a lei exige devem ser seguidas ao pé da letra. Se for o objetivo das autoridades o combate de fato a esses criminosos, pode ser mais trabalhoso, mas seguir na legalidade é bem mais gratificante.

Ou seja, assim como qualquer outra apreensão, deverá haver uma ordem legal que autorizará a busca desses bens, já que a ação em questão busca tomar o patrimônio de outrem, com o objetivo de produção de provas, tal ação irá vai de encontro aos direitos a intimidade e ao patrimônio o que causará efeitos

4.2 A OBTENÇÃO DE DADOS ATRAVÉS DO APLICATIVO WHATSAPP.

Esse é o momento que iniciamos a falar mais de como a lei de interceptações irá funcionar com a obtenção dos dados que presentes no aplicativo de mensagens WhatsApp, se a lei admite sua utilização como meio de prova, e como se realizaria a obtenção desses dados, apresentar se há a possibilidade de adquirir esses dados sem que vá de encontro aos direitos fundamentais, e muito menos sejam utilizados meios ilícitos ou meios que tragam uma insegurança jurídica.

4.2.1 A admissibilidade das mensagens de WhatsApp, segundo a lei de interceptações.

Sobre a admissibilidade da interceptação telefônica como meio de prova, já é assunto superado, até mesmo no presente trabalho, sua previsão está expressa na constituição no artigo 5º, inciso XII, e regulamentado pela lei de interceptações telefônicas.

Ademais, a lei regula as interceptações de qualquer natureza, o que teoricamente torna tudo mais simples. Ou seja, se enquadrando no conceito de interceptação telefônica, deve seguir as regras que são impostas pela lei 9.296/96, o que nos leva a tudo que já foi mencionado.

Não resta dúvidas que sob uma perspectiva jurídica, seguindo tudo que está estabelecido em lei, seja na constituição, ou na lei de interceptações, é possível sim que seja concedida uma autorização legal para que se possa, através das interceptações acessar as mensagens de WhatsApp.

Entretanto, apesar da lei permitir as interceptações das mensagens de WhatsApp, na prática não é possível, pois o WhatsApp, possui uma característica, como já apresentado no início do trabalho, ele possui uma criptografia end-to-end, que significa ponta-a-ponta, ou seja, as mensagens são criptografadas, nem mesmo a própria empresa, nem hackers conseguiriam ter acesso às informações, já que cada conversa possui uma chave de criptografia própria, e os únicos que possuem essa chave são aqueles que participam da conversa.

Ou seja, não seria possível captar esses dados, uma vez que a única forma de acessá-los seria tendo acesso direto a um dos aparelhos em que se está armazenada a mensagem, o que vai de encontro com o que se tem por interceptação, que seria trazer para si, algo de outra pessoa. (Donato, p21, 2019).

Mesmo que a autoridade policial consiga captar os dados criptografados no durante o caminho que a mensagem percorre para chegar a outra parte, ela não teria a chave necessária para descriptografar a mensagem e ter acesso a conversa e todos os arquivos, áudios e etc.

Sergio Moro quando propôs o pacote anticrime, buscou também tentar dar a volta nesse sistema, queria que o WhatsApp, libera-se o acesso a essas conversas, contudo, como já explanado, a mesma não possui meios para realizar tais ações com base na forma que o seu programa foi escrito, nem mesmo eles possuem acesos as chaves de descriptografia.

O diretor de comunicação do WhatsApp, Matt Steinfeld quando entrevistado por Renato Santino, em matéria publicada em 07/03/2016 no site olhar digital, aborda o assunto da seguinte maneira:

É importante observar que o WhatsApp não armazena o conteúdo das mensagens. A partir do momento em que entregue entre duas pessoas, ela é apagada dos nossos servidores. Nós só temos nossos servidores com o propósito de entregar as mensagens. Não mantemos registros sobre o que as pessoas conversam nos nossos servidores. Outra coisa importante é que nos últimos dois anos, nós implantamos um recurso chamado criptografia 'end-to-end'. Ela basicamente 'bagunça' a mensagem enviada, o que inclui texto, fotos, vídeos, clipes de voz para que ela não possa ser acessada por cibercriminosos ou outros agentes maliciosos. [...]. Nós usamos um tipo de criptografia end-to-end de código aberto, uma ferramenta chamada TextSecure criada pelos engenheiros de uma empresa chamada Open Whisper Systems [NOTA DA REDAÇÃO: o protocolo TextSecure é aprovado por Edward Snowden, ex-analista da CIA, para a troca de mensagens seguras]. Quando eu abro uma janela de chat, o que acontece por trás das cortinas é que uma chave de encriptação é trocada entre nós. Isso cria um canal seguro para comunicação; só eu e você temos a chave para desbloquear esta comunicação. Quando eu mando uma mensagem, aquela chave que nós compartilhamos descriptará a mensagem. Ela é enviada pelos nossos servidores até o seu aparelho em uma forma criptografada, chegará ao seu aparelho, e porque você tem esta chave, ela irá descriptar a mensagem, para que você possa lê-la. Esta mensagem é uma nova chave. Então, se você quiser responder à minha mensagem, o sistema lhe dá uma nova chave, para que a sua resposta seja encriptada com uma chave completamente diferente. Este tipo de criptografia se chama "Forward Secrecy". O motivo pelo qual isso é importante, é que, se, por um acaso, alguém tem acesso à nossa chave da nossa primeira mensagem, ele só será capaz de ler uma das nossas mensagens, porque todas as outras usam uma chave de encriptação diferente. Então, em caso de um ataque, para ter acesso às suas mensagens, a pessoa teria que

quebrar a criptografia em cada uma das mensagens, o que é uma tarefa gigantesca (SANTINO. 2016. p.3-5).

Mesmo que se busque, mesmo que seja autorizado por lei não é possível haver a captação dos dados telefônicos, nem mesmo os dados telemáticos, aqueles que se tem via internet, já que a empresa não tem a capacidade de obter esses dados.

Em 2016 foram 3500 ordens judiciais com o intuito de obter a interceptação desses dados, e como a empresa não pode cumprir em diversos momentos foram realizados bloqueios do aplicativo aqui no Brasil, por determinação judicial, motivada justamente pelo não cumprimento das interceptações com ordem legal. (Donato, p21,2019)

É claro que as empresas de comunicação não irão tomar atitudes que prejudiquem o seu software, o seu aplicativo, pois ninguém se sentiria confortável de utilizar um aplicativo em que seus dados podem ser acessados contra sua vontade. Contudo, não se pode deixar existir um lugar em que a ilicitude é cometida sem que haja consequências a impunidade deve ser combatida, devendo sempre seguir os ditames legais para isso.

4.2.2 A interceptação através do WhatsApp Web e sua legalidade.

Mesmo após todo esse processo, alguns dados do WhatsApp foram acessados e usados como prova em diversos processos criminais, esses dados obtidos a partir de uma nova ferramenta que o WhatsApp criou, o Web WhatsApp. Essa ferramenta, permite o acesso das mensagens do WhatsApp em um computador, desde que se conecte através de um “QR Code”, com isso você pode receber e enviar mensagem como igual acontece no aparelho celular, ou seja, aquele que tem acesso ao Web WhatsApp, pode enviar, receber e apagar mensagens.

Esse processo é tido como um novo meio de prova, um novo modo de produção de prova, uma prova híbrida, e como não existe regulação que trate sobre

esse assunto o Supremo tribunal de Justiça, através do julgamento de um *Habeas Corpus*, considerou esse meio de prova como sendo ilícito. (CUNHA,2018)

Esse entendimento se deu, pois não é possível considerar com sendo na integralidade uma interceptação telefônica, já que o acesso não se limita a visualização das mensagens, pois permite que o agente interfira na comunicação entre os usuários. O agente teria a possibilidade de alterar e interferir nas mensagens, o que poderia interferir no direito ao contraditório sobre a prova colhida.

Trata-se assim, de uma insegurança jurídica enorme, já que há possibilidade de alteração das conversas, o que pode ser muito prejudicial ao investigado, já que além de ter sua privacidade e sua intimidade violados, pode estar sujeito a uma produção de provas que é ilegítima.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Diante de tudo que já foi exposto, não restam dúvidas que os direitos a privacidade, intimidade e a inviolabilidade devem ser resguardados, haja visto que infelizmente em diversos momentos as autoridades policiais acabam por abusar de seus poderes e isso não pode ser tolerado, e para tanto foram criadas medidas para criminalizar as interceptações ilegais.

Ademais, foi apresentado também como a interceptação é essencial para o combate das organizações criminosas, bem como o combate ao tráfico de drogas, assim como em casos de terrorismo, como foi apresentado através das legislações que os outros estados possuem sobre as interceptações, e como lá também se busca a proteção dos direitos que são fundamentais, da proteção à privacidade da nação, sem permitir que a impunidade continue, bem como, foi possível de demonstrar que as interceptações são esses meios são os mais eficazes no combate ao tráfico de drogas.

Assim, foi exposto como o Brasil possui uma relação muito complicada com as interceptações telefônicas, principalmente em razão do que houve durante o período em que foi instaurada a ditadura. Haja visto, as interceptações telefônicas foram utilizadas como forma de combater aqueles que eram contra o governo na época, sendo utilizadas sem seguir qualquer ordem legal, sem se importar com os direitos dos cidadãos.

Contudo, mostrou também como esse período foi importante para a nossa constituição, para transformá-la no que é hoje, uma constituição social, que garante a todos a proteção de seus direitos, que apesar de proteger os direitos, busca sempre combater a impunidade, e procurando sempre se aprimorar e acompanhar a evolução da sociedade.

Foi demonstrado um elevado número de interceptações realizadas de maneira ilegal, não seguindo a devida autorização judicial, o que criou durante muito tempo um período de insegurança jurídica, e insatisfação popular, já que ninguém se gosta de ter a sua privacidade violada, e mesmo que o objetivo seja o combate ao crime, saber que tais atos são cometidos diariamente causa muito temor a população.

E com os avanços sociais e tecnológicos abriu espaço para muitas novas formas de desenvolvimento da vida em sociedade, em contrapartida, houve também a utilização desses meios para praticar atos ilícitos, como já dito o uso do aplicativo WhatsApp e a sua função Web, que trouxe uma nova ideia sobre produção de prova.

Portanto, visando a proteção dos direitos que são resguardados a todos os cidadãos, além da proteção de um devido processo legal, e o combate à impunidade, é necessário que se tome um posicionamento, ou até mesmo a regulação desse novo instituto.

Sendo assim é preciso que o STJ, assim como feito, antes da publicação da lei de interceptações, decida como sendo ilegais esse novo meio de interceptação, até que seja devidamente regulada, o que além de garantir uma segurança jurídica, já que um procedimento será seguido, também apresentará um fim para essa questão, por isso é necessário que o poder legislativo, regule essa nova ferramenta, para que haja o combate à impunidade de maneira séria e legal, presando sempre até não ser mais possível pelos direitos que são fundamentais.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 29 de maio de 2022.

BRASIL. Lei n. 41.117, de 27.8.1962. **Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações**. Dou de 17.8.1962.

BRASIL. **Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

PEÑA, Fernando Tibúrcio. **Escutas telefônicas: o exemplo brasileiro e o exemplo americano**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1860, 4 ago. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11566>. Acesso em: 13 jul. 2022.

Sage Publications, Inc, 2008, 1 ed. **Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**, 1969.

TEIXEIRA, Guilherme. **Lei de interceptação telefônica sob a égide constitucional- análise da lei 9.296/96 frente ao princípio pro societate**. 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1257/1/ARTIGO%20INTECEPTAC%CC%A7A%CC%83O%20TELEFONICA%20-%20GUILHERME%20%281%29.pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2022.

TOMAZ, Matusalém. **Interceptação telefônica: prorrogações indefinidas**. 2014. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/7823/1/51304329.pdf>. Acesso em: 28 de maio de 2022.

OLIVEIRA, Marlus H. Arns de. **Divulgação de conteúdo de interceptação telefônica ilegal e a condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no denominado “Caso Escher”**.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DA SILVA, Flavia Martins André. **Direitos Fundamentais: Os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos. Esses direitos advêm da própria natureza humana, daí seu caráter inviolável, intemporal e universal (dimensão jusnaturalista-universalista)**. [S. l.], v. 16, 2006. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>. Acesso em: 28 de abril de 2022.

MATOS, Raiane Acioli. **Os direitos fundamentais nas Constituições brasileiras com ênfase na Constituição Federal de 1988**. Revista Jus. com. br, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57926/os-direitos-fundamentais-nas-constituicoes-brasileiras-com-enfase-na-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em: 20 de abril de 2022.

DE SOUSA, Paulo Henrique Jacinto; DE SOUSA ALVES, Rafael. **Direitos fundamentais na América Latina: Brasil e Argentina após períodos de ditadura militar**. Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena, v. 24, n. 2, p. 92-114, 2019. Disponível em: < >. Acesso em: 30 de maio de 2022.

MARTINS, Robson. **Interceptações Telefônicas à Luz da Constituição Federal de 1988**. 2008. Tese de Doutorado. Dissertação de Mestrado Acadêmico em Direito— Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Paranaense, Umuarama. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp075474.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2022.

FREITAS, Thais Dos Santos. **ASPECTOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ILEGAL E SUA UTILIZAÇÃO EXCEPCIONAL NO BRASIL**. 2016. Disponível em: <<https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/3649/1/ASPECTOS%20DA%20INTERCEPTA%C3%87%C3%83O%20TELEF%C3%94NICA%20ILEGAL%20E%20SUA.pdf>>. Acesso em: 22 de maio de 2022.

SANINI, Francisco. **CAPTAÇÃO AMBIENTAL E SEU CONCEITO À LUZ DO PACOTE ANTICRIME**. 2020. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/08/10/captacao-ambiental-e-seu-conceito-luz-pacote-anticrime/>>. Acesso em: 22 de maio de 2022.

NETHER, N.A.B. **Proteção de Dados dos Usuários de Aplicativos**. Curitiba: Juruá Editora, 2018

SANNINI, Francisco. **Captação ambiental e seu conceito à luz do pacote anticrime**. Meu site jurídico, Juspodium. 2020. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/08/10/captacao-ambiental-e-seu-conceito-luz-pacote-anticrime/>>. Acesso em: 15 de maio de 2022.

Constituição de 1988. História do mundo. Disponível em: <<https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/constituicao-1988.htm#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201988%20foi,ficou%20conhecida%20como%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Cidad%C3%A3.>>>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

IDOETA, Paula Adamo. **Escuta Telefônica é quase tão antiga quanto o próprio telefone**. G1 Globo, 2008. Disponível em: <<https://g1.globo.com/Sites/Especiais/Noticias/0,,MUL775438-16107,00-ESCUA+TELEFONICA+E+QUASE+TAO+ANTIGA+QUANTO+O+PROPRIO+TELEFONE.html>>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

DIANA, Daniela. **História do telefone**. Toda Matéria. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/historia-do-telefone/>>. Acesso em: 28 de maio de 2022.

NETO, Francisco Sannini. **Captação ambiental foi regulamentada pela lei denominada “Lei Anticrime”**. Canal Ciências criminais, JusBrasil, 2019. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/798291200/captacao-ambiental-foi-regulamentada-pela-denominada-lei-anticrime>>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

DONATO, Duílio Dionísio. **(im)possibilidade de interceptação do Whatsapp no combate às Organizações criminosas**. 2019. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) -Curso de Direito- Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, 2019. Disponível em: <<https://dspace.bc.uepb.edu.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/20142/PDF%20-%20Du%c3%adlio%20Dion%c3%adsio%20Donato.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **STJ: É ilícita a interceptação de WhatsApp Web após apreensão de aparelho celular**. Meu Site jurídico, 2018. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/11/30/stj-e-ilicita-interceptacao-de-whatsapp-web-apos-apreensao-de-aparelho-celular/>>. Acesso em: 01 de junho de 2022.

Pacote anticrime de moro quer facilitar interceptações de conversas no WhatsApp. Olhar Digital, 2019. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/2019/02/12/noticias/pacote-anticrime-de-moro-quer-facilitar-interceptacao-de-conversas-no-whatsapp/>>. Acesso em: 01 de junho de 2022.