



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2257960 - MG (2022/0377698-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
AGRAVADO : -----
ADVOGADO : **JOÃO LOURENÇO DE MIRANDA NETO - MG125812**
CORRÉU : -----

DECISÃO

Cuida-se de agravo em recurso especial, interposto com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual restou assim ementado (e-STJ fls. 612):

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - ESPELHAMENTO VIA "WHATSAPP WEB" - MEIO DE PROVA ILEGAL - DESRESPEITO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - OCORRÊNCIA - NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS PELO ESPELHAMENTO E EM DECORRÊNCIA DELE - NECESSIDADE - ABSOLVIÇÃO - POSSIBILIDADE AUSÊNCIA DE PROVAS LÍCITAS A CONFIRMAR A CONDENAÇÃO - VERIFICAÇÃO - EXTENSÃO DE EFEITOS DA DECISÃO AO CORRÉU - NECESSIDADE. O espelhamento do WhatsApp não tem previsão no ordenamento brasileiro, não pode ser considerado espécie de ação controlada, interceptação telefônica ou quebra de sigilo de dados dada sua facilidade de manipulação. São nulas a prova ilícitas e as demais que dela derivam, de forma que, inexistindo provas lícitas e suficientes para comprovar a existência e autoria do delito, de rigor a absolvição do réu por ausência de prova. Conforme previsto no art. 580 do CPP "No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros".

Em face de referido acórdão restaram opostos embargos de declaração, os quais restaram rejeitados (e-STJ fls. 646/661).

Em sede de razões de recurso especial, aponta o recorrente malferimento aos artigos 53, incisos I e II, da Lei nº 11.343/06; 31, incisos III e VII, da Lei nº 12.850/13; 70, incisos II e III, da Lei no 12.965/14, bem como ao artigo 489, §11, inciso VI, do Código de Processo Civil, ao argumento de que as provas obtidas por meio de espelhamento do aplicativo de comunicação, via *WhatsApp Web*, são válidas.

Assevera que, na hipótese, *"todo o acesso aos dados no aparelho do recorrente foi regularmente precedido de ordem judicial emanada fundamentadamente, através das decisões proferidas no bojo da ação cautelar 0521.18.006.094-4, consoante se colhe às fls. 95/103 (que deferiu a ação controlada e a quebra de sigilo de dados e interceptação telefônica), fis. 119/121 (deferiu interceptação telefônica de outros terminais e quebra de sigilo telemático) e fls. 131/132 (que autorizou o espelhamento) dos referidos autos, em apenso, tudo inclusive mediante prazo determinado e com as prorrogações iguais e devidamente fundamentadas"*.

Afirma que, em conformidade com entendimento já exarado pelo STF, não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, restringindo-se a proteção constitucional à comunicação de dados e não aos dados registrados e armazenados. Nesse contexto, aponta que não há que se falar em violação ao conteúdo de conversa telefônica, quando os dados armazenados já trafegaram entre os aparelhos, não estando o acesso a eles sujeitos à cláusula de reserva de jurisdição.

Aduz que o o Tribunal *a quo* entendeu, na hipótese em julgamento, que a decisão proferida pelo STJ, no RHC 99.735/SC, deveria ser aplicada ao caso presente, mas deixou de se manifestar e refutar o *distinguishing* promovido pelo Magistrado sentenciante, no primeiro grau, o qual destacou que *"(...) quando as normas autorizam a infiltração de agentes seja no bolo de ação controlada seja em situações específicas, não se trata de aplicação analógica dos institutos da Lei de Interceptação Telefônica (Lei n. 9.296/96), mas incidência de regramento próprio, destinado a otimizar o combate à criminalidade. Por essa razão, o precedente contido no RCH n. 99.735/SC não se aplica à hipótese dos autos, vez que, se a legislação autoriza até mesmo a infiltração de agentes (atuação maior) não há vedação legal à técnica do espelhamento de aplicativos de mensagens (atuação menor)"*.

Pugna, por fim, pelo provimento do recurso especial para que sejam acolhidas as provas obtidas por meio de espelhamento de aplicativo de comunicação e seja mantida a condenação do recorrido e do corréu nos termos da sentença de primeiro grau.

Decisão que inadmitiu o recurso especial, exarada às e-STJ fls. 683/692.

Agravo em recurso especial, atacando referida decisão de inadmissibilidade, ao fundamento de não incidência, na hipótese das Súmulas n. 07 e 83 do STJ, bem como de ter restada demonstrada a violação ao art. 489, § 1º, inciso IV do CPC. Pugna pelo provimento do agravo, de modo a que seja conhecido o recurso especial interposto.

Contraminita ao agravo às e-STJ fls. 722/723.

Em sede de parecer, manifesta-se o órgão ministerial no sentido de que seja dado provimento ao agravo e desprovimento do recurso especial (e-STJ fls. 736/749).

É o relatório. **Decido.**

Dou provimento ao agravo para conhecer do recurso especial.

No mérito do recurso especial, razão assiste em parte ao recorrente.

A instância *a quo* acolheu a preliminar de nulidade das provas obtidas por meio de espelhamento de aplicativo de comunicação, dando provimento ao recurso de apelação, ao seguinte argumento (e-STJ fls. 623/627):

"(...)

In casu, compulsando os autos, tenho que as provas coligidas, que embasaram o pleito condenatório, são ilícitas, pois decorreram unicamente do espelhamento do aplicativo WhatsApp, o que conforme alhures, não é admissível pelo ordenamento brasileiro.

Conforme consta dos autos, por meio da cautelar criminal nº 006094490-2018.8.13.0521, realizou-se o acompanhamento das comunicações do réu -----, através de espelhamento, o que permitiu a polícia acompanhar diálogos entre os réus, que supostamente indicava uma possível associação para o tráfico, bem como permitiu a colheita de elementos informativos, sobre a dinâmica e réus.

A propósito colaciono trecho da denúncia:

'Ocorre que o acompanhamento das comunicações do denunciado ----- por meio do aplicativo Whatsapp, permitiu flagrar diálogos deste com o increpado ----- que, na referida rede social, era identificado como 'Moço de Rio Casca'. Em tais diálogos, não restou qualquer dúvida que ----- fornecia, com regularidade, maconha e cocaína a ----- que, por sua vez, revendia tais entorpecentes na cidade de Rio Casca/MG.

Os diálogos entre os denunciados ----- revelaram que o primeiro entregava drogas ao segundo, ajustando-se o pagamento dos entorpecentes a prazo, ou seja, ----- somente pegava -----depois realizar as vendas dos entorpecentes que lhe eram fornecidos a usuários e a outros pequenos traficantes.

Tal forma de associação para a mercancia ilícita exigia que -----r e ----- mantivessem freqüentes acertos de contas - o que foi - evidenciado na quebra de sigilo telemático (e. g. arquivo 20180905_125948. mp4) - bem como que promovessem o transporte de drogas (maconha e cocaína) entre as cidades de Ponte Nova/MG e Rio Casca/MG (arquivos 20180905_194952. mp4 e 201 80905_22021 1 . mp4).

Acerca do comércio reiterado de drogas entre ----- e -----, a quebra de sigilo telemático evidenciou uma encomenda de cocaína por parte do segundo junto ao primeiro, fato que se concretizou, pois a Polícia Militar não logrou apreender o entorpecente, não obstante ter perseguido, em 5 de setembro de 2018, o increpado -----na rodovia que conecta as cidades de Ponte Nova/MG e Rio Casca/MG. (fis. 04/05)

Corroborando, o depoimento do policial -----, durante a fase judicial, dizendo que -----foi pego negociando droga com um traficante de Ponte Nova, por meio do espelhamento do Whatsapp (mídia de fl. 230).

E ainda o relatório circunstanciado de quebra de sigilo telemático, que trouxe as conversas espelhadas que embasaram denúncia e condenação dos réus (fls. 06/12).

Como é sabido, a Carta Magna em seu art. 5º, LVI, em respeito às garantias fundamentais, expressamente, veda a utilização de provas obtidas por meio ilícito, in verbis:

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

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Cumprido, ainda, ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro adota a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (fruits of the poisonous tree), cuja prova ilícita tem o condão de contaminar todas as provas que decorrem dela. Tal regra encontra-se positivada no art. 157 do Código de Processo Penal, que assim estabelece:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre urnas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Verifica-se que a lei respeitando a norma constitucional, deixou evidente a inadmissibilidade das provas ilícitas, neste sentido, toda prova obtida dessa forma deve ser excluída do processo, assim como aquelas que derivam da prova ilícita.

Ademais, seria ilógico que o Estado, permitisse que seus agentes violassem normas jurídicas para garantirem o sucesso do esforço probatório, pois estaria incentivando comportamentos contrários à ordem jurídica.

Assim, a prova ilícita e as demais que derivam dela, mesmo que formalmente perfeitas, estarão maculadas, ensejando a automática nulidade do conjunto probatório e, conseqüentemente, a absolvição.

Esse entendimento revela, mutatis mutandis, posição consolidada do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a prova obtida por meio ilícito não é admitida no processo penal brasileiro, tampouco pode condenar qualquer cidadão. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. - INVASÃO DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DENÚNCIA ANÔNIMA E FUGA DE INDIVÍDUO PARA O INTERIOR DA RESIDÊNCIA DO PACIENTE, AO AVISTAR A VIATURA POLICIAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS NA BUSCA E APREENSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema; também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. (AgRg no HC 437.522/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER,

QUINTA TURMA, julgado em 07/10/2018, DJe 15/10/2018)

(...)

6. Reconhecida a ilegalidade da entrada da autoridade policial no domicílio do paciente sem prévia autorização judicial, a prova colhida na ocasião (23,8 gramas de cocaína, uma balança de precisão e um celular) deve ser considerada ilícita.

7. Já tendo havido condenação do paciente transitada em julgado, ancorada unicamente nas provas colhidas por ocasião do flagrante, deve a sentença-ser-anulada, absolvendo-se o paciente com fulcro no art. 386, II do Código de Processo Penal.

8. Agravo regimental do Ministério Público de Santa Catarina a que se nega provimento. (AgRg no HC 565150 / SC; Relator(a): Ministro Reynaldo Soares da Fonseca; Quinta Turma; Julgamento, 04/08/2020, DJe 13/08/2020. Ementa parcial)

Dessa forma, a absolvição do réu -----, do crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006 é medida que se impõe.

Por fim, com fulcro no previsto no art. 580 do CPP estendo o entendimento aqui esposado ao corréu -----.

Com tais fundamentos, DOU PROVIMENTO AO RECURSO para, nos termos do art. 366, II, do Código de Processo Penal, absolver ----- da sanção do art. 35 da Lei 11.343/2006. DE OFÍCIO, estendo o efeito da decisão absolutória ao corréu -----."

O juízo de primeiro grau, por sua vez, fundamentou o afastamento da preliminar de nulidade da sentença condenatória no seguintes termos (e-STJ fls.

"(...)

A defesa do acusado -----, em suas derradeiras alegações finais, requereu o reconhecimento da nulidade da prova obtida através do espelhamento do Whatsapp e das provas que dela derivam por arrastamento. Ainda, pugnou pela unificação dos autos, visto que o desmembramento da operação tem o condão único e exclusivo de fazer do Poder Judiciário uma fábrica maciça de condenações penais.

Contudo, adianto que razão não lhe assiste.

Mister a contextualização das ações investigativas levadas a efeito pela Promotoria de Justiça em Ponte Nova/MG.

Anteriormente a qualquer pedido judicial, encontrava-se em trâmite na Promotoria de Justiça de Ponte Nova/MG o PIC n. MPMG-052 1.18.00219-3 que versava sobre a atuação de bando armado voltado a atentados contra policiais militares, no bojo do qual um dos investigados teria informado que o réu -----seria o responsável pela comercialização clandestina de armas de fogo em Ponte Nova/MG.

Na sequência, teria aportado no Ministério Público o Ofício n. 141.2/2018 - AA - 212 -----, de lavra do Chefe da Seção de Inteligência da Unidade Militar (e-STJ Fl.475) Documento recebido eletronicamente da origem informando a ocorrência de fortes indícios da existência de associação criminosa entre os indivíduos ----- e -----, que utilizariam um lava-jato para o acobertamento da venda de entorpecentes.

Em razão disso, o Ministério Público aviou representação pelo deferimento de ações controladas de investigação destinadas ao desmantelamento de associação criminosa, com atuação no tráfico de drogas, comércio de armas de fogo à prisão de delinquentes. Ainda, requereu, especificamente, a interceptação telefônica e quebra de sigilo de comunicações de terminais telefônicos possivelmente utilizados, no contexto acima, para a prática de crimes pela mencionada organização criminosa, visando desmantelá-la.

Nos autos da ação cautelar n. 0060944-90.2018.8.13.0521 o pedido de ação controlada de investigação foi deferimento sob os seguintes fundamentos:

'A ação controlada, em resumo, consiste em técnica especial de investigação por meio da qual o investigador, diante de indícios de prática de ato criminoso em curso, retarda a intervenção, postergandoa, com o objetivo de coleta de provas, descoberta de autoria, recuperação do produto ou proveito da infração, dentre outros.

O art. 20 do Decreto n. 5.015/04, que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), contém dispositivo em relação ao controle da investigação, por meio de técnicas especiais.

A Lei n. 11.343/06, igualmente contém previsão específica desse tipo de investigação para combate ao tráfico de drogas. Citem-se os dispositivos legais:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II - a não atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

A Lei n. 12.850/13 (Lei do Crime Organizado), também contém dispositivos sobre ação controlada, dispondo que a ação controlada consiste no retardo da intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

Nessa linha, diante da narrativa da i. Promotora de Justiça, é o caso do deferimento do pedido. A documentação que acompanhou a presente cautelar contém fortes elementos indicativos do cometimento de crimes pelos investigados nos logradouros em que serão realizadas as investigações. Aliás, os números apresentados pela Polícia Militar dão conta de que entre os anos de 2014 a 2017, apenas em duas ruas, foram cometidos 07 (sete) crimes de homicídio, 22 (vinte e dois) registros de tráfico de drogas e 21 (vinte e uma) comunicações de uso de droga, a demonstrar, nesse momento, a necessidade da medida.

Ainda, segundo apurado pelo serviço de inteligência, teria havido migração criminosa de uma rua - Rua Cipriana de Jesus - para outra - Rua José Pedro Dias - tendo sido agregados novos atores infracionais nessas cenas de criminalidade e violência.

Ademais, aponta-se a existência de organização criminosa entre os investigados, de caráter permanente e com divisão de tarefas, voltada à obtenção de lucros com a empreitada delitiva, especialmente venda diária de entorpecentes. Além disso, o que é grave, crianças e adolescentes estariam sendo angariados pelos criminosos para o exercício de funções periféricas nesse estratagema destinado ao tráfico de drogas.

Por essas razões, dada a plausibilidade jurídica do pedido e diante do acervo documental que foi trazido aos autos pelo requerente, deve ser deferido pedido.

Diante do exposto, DEFIRO o pedido de realização de ações controladas de investigação, pelo prazo de 15 (quinze) dias, consubstanciadas em campanhas, estórias de cobertura, abordagem apenas de usuários de drogas para coleta de informações sem prejuízo das sanções penais aplicáveis a estes, filmagens e extração de fotografias, tudo a cargo dos policiais militares designados pelo Comando da 21ª Companhia Independente da Polícia Militar para atendimento da requisição do Ministério Público Estadual.

Dado o preenchimento dos requisitos legais, conforme ditames da Lei n. 9.296/96, também foi autorizada a quebra de sigilo telefônico e de comunicações.

Posteriormente houve pedido de prorrogação das interceptações telefônicas e quebra de sigilo telemático, especificamente para autorização de acesso remoto a aplicativo de mensagens e redes sociais vinculadas (dados telemáticos) aos telefones alvos, incluindo-se pedido de utilização dos softwares Whatsapp Web ou Telegram Desktop.

Conforme decisão deste juízo, o pedido do Ministério Público foi acolhido, podendo ser extraído trechos da respectiva decisão:

'(...) Conforme já exposto na decisão de 127/127, as investigações demonstram a existência de sérias suspeitas sobre os investigados integrarem organização criminosa, que atuam no tráfico de drogas e comércio de armas de fogo. A prova de autoria, contudo, somente pode ser obtida mediante a quebra de sigilo de aplicativos de mensagens e redes sociais.

*(
...)*

Ante o exposto, DEFIRO os pedidos formulados pelo Ministério Público, e em consequência:

1) AUTORIZO o acesso remoto a aplicativos de mensagens e redes sociais vinculados (dados telemáticos) instalados nos terminais telefônicos, quais - sejam, (31) 99800-7409, (31) 99552-7386, (31) 98415-4725, (31) 98499-5186 e (31) 98421-6044, bem como IMEIS associados, especialmente no que tange à interceptação, monitoramento, acompanhamento, escuta, gravação e degravação, pelo prazo de (15) quinze dias por meio de espelhamento (clonagem), em tempo real, via softwares denominados Whatsapp Web ou Telegram Desktop.

2) AUTORIZO a extração de mensagens e áudios que se encontrem registrados nos aplicativos de mensagens e redes sociais vinculados aos terminais interceptados, quais sejam, (31) 99800-7409, (31) 995527386, (31) 98415-4725, (31) 98499-5186 e (31) 98421-6044, ainda que tenham sido produzidos e transmitidos em data anterior à ordem judicial objeto desta cautelar de interceptação telemática, ou seja, qualquer data anterior a 07/08/2018, mas que estejam visualizáveis por meio de

espelhamento (clonagem) realização por meio dos softwares denominados Whatsapp Web ou Telegram Desktop.'

Nessa linha, verifica-se que a situação narrada pelos requerentes difere da fundamentação contida no HC n. 99.735/SC, do Superior Tribunal de Justiça, vez que consignada, neste precedente sem caráter vinculante, a impossibilidade de utilização, por analogia, do instituto da interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96) para fins de espelhamento de aplicativo de comunicação. É esse o ponto principal do acórdão: dessemelhanças entre o espelhamento de aplicativo e o instituto legal da interceptação telefônica.

O contexto das investigações levadas a efeito pela Promotoria de Justiça Comarca de Ponte Nova/MO é, contudo, diverso, o que permite o estabelecimento do distinguishing em relação ao precedente invocado pela defesa do acusado.

A interceptação telefônica - e a vedação a sua aplicação analógica conforme citado precedente do Superior Tribunal de Justiça - não se confunde com o instituto da ação controlada, que possui previsão em diversos dispositivos legais no ordenamento pátrio.

A ação controlada constitui técnica especial de investigação por meio da qual o investigador, diante de indícios de prática de ato Criminoso em curso, retarda a intervenção, postergando-a, com o objetivo de coleta de provas, descoberta de autoria, recuperação do produto ou proveito da infração. Ainda, na técnica da ação controlada, admitem-se outras condutas por parte dos investigadores, incluindo-se agentes infiltrados.

Na ação controlada há autorização legal para que aqueles que conduzem as investigações possam atuar como participantes e interagir com membros da organização criminosa. Nesse sentido, cite-se o art. 53, I, da Lei n. 11.343/06, que prevê a possibilidade, em qualquer fase da persecução criminal, de infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes.

Na mesma linha, o art. 3º da Lei n. 12.850/13 (Lei do Crime Organizado) a ação controlada e a por policiais, em atividade de investigação. Ainda, os arts. 190-A a 190-E do Estatuto da Criança e do Adolescente permitem a infiltração de agentes de polícia para investigação de crimes contra a dignidade sexual de criança e adolescente, inclusive na internet, com possibilidade, dada o instituto da infiltração, de atuação ativa do investigador para obtenção de provas.

Eis o ponto de distinção: quando as normas autorizam a infiltração de agente, seja no bojo de ação controlada seja em situações específicas, não se trata de aplicação analógica dos institutos da Lei de Interceptação Telefônica (Lei n. 9.296/96), mas de incidência de regramento próprio, destinado a otimizar o combate à criminalidade. Por essa razão, o precedente contido no RCH n. 99.735/SC não se aplica à hipótese dos autos, vez que, se a legislação autoriza até mesmo a infiltração de agentes (atuação maior) não há vedação legal à técnica de espelhamento de aplicativos de mensagens (atuação menor).

Tudo encontra-se dentro do bojo autorizativo de atuação mediante ação controlada para combate ao crime. É isso o que determina o art. 53 da Lei de Drogas.

Com acerto, a doutrina aponta a necessidade de se permitir o acesso a meios extraordinários de investigação como forma de combate ao crime organizado. Colha-se:

'Os meios tradicionais de averiguação do delito utilizados pela polícia (inspeções oculares, escutas telefônicas, interrogatório etc.) mostram-se absolutamente ineficazes na luta contra a expansão do fenômeno delitivo denominado 'delinquência organizada'. Tal constatação é obtida em razão de alguns fatores, entre os quais, destaca-se a complexidade das organizações criminosas, que se utilizam de altíssimo grau de profissionalismo, já que são assessoradas por especialistas em matérias técnicas como a informática, a economia e o direito. Também, em razão da dificuldade na produção da prova testemunhal que comprove a realização de atos criminosos pela organização delitiva, visto que a cultura da supressão da prova impera juntamente da afirmação de um código de silêncio extremamente rígido.

Da mesma forma, esses clãs organizados - empregam em suas empreitadas alta tecnologia, como por exemplo, meios de transmissão de comunicações cada vez mais sofisticados, os quais têm por finalidade determinar a não-detecção dos contatos mantidos entre os criminosos. Ademais, o uso de dialetos nas comunicações internas entre esses delinquentes, aliados ao uso de mensagens via internet na forma criptografada, impossibilitam o labor policial tendente à desarticulação da organização.

Estando nesse passo a situação, e diante do fracasso das técnicas usuais de combate à criminalidade globalizada, faz-se necessário estudar a viabilidade e possibilidade de legalização e utilização de 'novos' métodos de esclarecimento do delito, a exemplo das entregas vigiadas ou controladas e dos agentes infiltrados. Somente seguindo essa linha de raciocínio a ação da justiça criminal poderá exercer-se sobre algo mais do que as medidas menos significativas e emergenciais, utilizadas de forma simbólica na busca de contenção à atuação da delinquência organizada.

Justifica-se, ainda, a busca a outros meios extraordinários de investigação criminal, diante da constatação de que, hodiernamente, se visualiza um processo penal que se encontra de costas aos avanços científicos do último século e que, com seu atraso, perde a oportunidade, perante as vantagens que estes poderiam proporcionar para os sujeitos ativos do processo penal. (PEREIRA, Flávio Cardoso. Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas). Revista Ciências Ferais, v.6/2007, p 199 - 226, janeiro-junho de 2007)

Dessa forma, a autorização de espelhamento de aplicativo de mensagens, no bojo de ação controlada judicialmente deferida, constitui técnica válida de investigação criminal, porquanto fundada nos meios extraordinários de investigação de organizações criminosas. De certo, a autorização da entrega vigiada (ação controlada) e de espelhamento

de aplicativo de mensagens, com fundamento no art. 53, I, da Lei 11.343/06, no Decreto n. 5.015/04 (Convenção de Palermo contra o Crime Organizado) e na Lei n. 12.850/13 (Lei do Crime Organizado), mostra-se suficiente para subsidiar a validade da prova colhida pela Promotoria de Justiça de Ponte Nova/MG com auxílio da inteligência da Polícia Militar local.

Assim, rejeito a alegação de ilicitude de prova e, por consequência, das que dela derivam. Se há suporte na legislação pátria para o espelhamento de aplicativos de mensagens, não há ilegalidade a ser reconhecida judicialmente."

Postas as premissas supra, delineadas as teses em confronto, de se destacar que a questão posta em juízo traz a baila a aferição da possibilidade de utilização, no ordenamento jurídico pátrio, de ações encobertas, controladas virtuais ou de agentes infiltrados no plano cibernético. A questão que se põe é: pode-se revestir a mencionada manobra policial de legalidade, gerando o subsequente aproveitamento das provas?

A resposta se denota positiva, desde que o uso da ação controlada na investigação criminal esteja amparado por autorização judicial. A chancela jurídica, portanto, possibilita o monitoramento legítimo, inclusive via espelhamento do *software Whastapp Web*, outorgando funcionalidade à persecução virtual, de inestimável valia no mundo atual. A prova assim obtida, via controle judicial, não se denota viciada, não inquinando as provas derivadas, afastando-se a teoria do *fruits of the poisonous tree* na hipótese.

No ordenamento pátrio, as ações encobertas recebem a denominação de infiltração de agentes. A Lei que trata acerca de Organizações Criminosas, Lei n. 12.850/2013, prevê que, em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, **sem prejuízo de outros procedimentos já previstos em lei**, infiltração, por policiais, em atividade de investigação, **mediante motivada e sigilosa autorização judicial**. Objetivase a outorga, ao agente estatal, da possibilidade de penetrar na organização criminosa, participando de atividades diárias, para, assim, compreendê-la e melhor combatê-la pelo repasse de informações às autoridades.

De se destacar, que de acordo com ensinamento doutrinário (Mendroni, Marcelo Batouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime organizado - Lei n. 12.850/2013*. São Paulo Atlas, 2014. p. 75), **a ação controlada, pela via do agente infiltrado, resulta em atuação que visa obter prova para incriminar o suspeito, ganhar sua confiança pessoal, mantendo-se a par dos acontecimentos, acompanhando a execução dos fatos e praticando atos de execução, se necessário, como forma de conseguir a informação**

necessária ao fim da investigação. O agente infiltrado, portanto, tem, ou pode ter, intervenção direta sobre os atos preparatórios e de execução na prática do crime. Da natureza da figura do agente infiltrado, portanto, ter influência no modo como o crime é praticado.

Além da já mencionada lei de organizações criminosas (Lei n. 12.850/2013) admitir ações infiltradas, quando houver indícios atuação de organização criminosa, outras legislações, como a Lei n. 11.343/2006 (Lei de Tóxicos), em seu art. 53, I, contempla a possibilidade de infiltração de agentes (operação *undercover*) na persecução penal do tráfico ilícito de entorpecentes, como ocorrido na hipótese.

De se mencionar, ainda, que a lei que regulamenta o Marco Civil da *Internet* (Lei n. 12.965/2014), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para uso da *Internet* no Brasil, garante o acesso e a interferência no "fluxo das comunicações pela *Internet*, por ordem judicial". De idêntica forma, **a mesma Lei n. 12.850/2013 (Lei da ORCRIM), com redação trazida pela Lei 13.694/2019, passou a prever, de forma expressa, a figura do agente infiltrado virtual, em seu art. 10-A.**

De outra banda, a Lei n. 9.296/1996 (Interceptação Telefônica), permite, por suas vez, em seu art. 1º, parágrafo único, a quebra do sigilo no que concerne à comunicação de dados, mediante ordem judicial fundamentada.

Nesse ponto reside a permissão normativa para quebra de sigilo de dados informáticos, na hipótese, e, de forma subsequente, para permitir a interação, a interceptação e a infiltração do agente, inclusive pelo meio cibernético, consistente no espelhamento do *Whatsapp Web*. **A lei de interceptação, em combinação com a Lei das Organizações Criminosas, na hipótese, outorga legitimidade (legalidade) e dita o rito (regra procedimental), a mencionado espelhamento, em interpretação progressiva, em conformidade com a realidade atual, para adequar a norma à evolução tecnológica.**

A potencialidade danosa dos delitos praticados por organizações criminosas, pelo meio virtual, aliada a complexidade e dificuldade da persecução penal no âmbito cibernético, como na hipótese, devem levar a jurisprudência a admitir as ações controladas e infiltradas, como na presente hipótese, no mesmo plano virtual. De fato, nos últimos anos, as redes sociais e respectivos aplicativos se tornaram uma ferramenta indispensável para a comunicação, interação e compartilhamento de informações em todo o mundo. Entretanto, essa rápida expansão e influência também trouxeram consigo uma

série de desafios e problemas no âmbito da investigação, no meio virtual, tornando-se a evolução da jurisprudência acerca do tema questão cada vez mais relevante e urgente.

Nessa esteira, como já mencionado, a Lei n. 9.296/1996, que regulamenta as interceptações, conjugada com a Lei n. 12.850/2013, Lei das Organizações Criminosas, permitem a ação controlada e infiltrada virtual, desde que observadas a cláusula de reserva de jurisdição e a finalidade para investigação criminal, atentando-se para o juízo de ponderação dos valores constitucionais em jogo.

Vale asseverar que, nada obstante se possa levantar problemas de ordem moral na utilização da ação controlada e do agente infiltrado, levantando-se infração a limites éticos, como a mencionada possibilidade de *"(...) apreensão do aparelho telefônico por breve período de tempo e posterior devolução desacompanhada de qualquer menção, por parte da autoridade policial, à realização da medida constritiva, ou mesmo, a depender do caso, acompanhada de afirmação falsa de que nada foi feito"*, observação feita no bojo do voto condutor do acórdão exarado pelo Tribunal recorrido (e-SJT fls. 620), fato é que o crescimento e desenvolvimento de novas formas de atuação da criminalidade coloca o processo penal em xeque, na medida em que a persecução penal realizada nos moldes tradicionais, com métodos de investigação já comumente conhecidos, tem se mostrado insuficiente no combate à delinquência organizada moderna.

Impositivo se mostra, na hipótese em apreço, o estabelecimento de regras processuais compatíveis com a modernidade do crime organizado, porém, sempre respeitando, dentro de tal quadro, os direitos e garantias fundamentais do investigado. Tal desiderato restou alcançado na medida em que, no ordenamento pátrio, a infiltração, igualmente a outros institutos que restringem garantias e direitos fundamentais, está submetida ao controle e amparada por ordem de um juiz competente, tal como se deu na hipótese dos autos, via decisões exaradas em ação cautelar n. 006094490.2018.8.13.0521, que deferiram a ação controlada e a quebra de sigilo de dados e interceptação telefônica, interceptação telefônica de outros terminais e quebra de sigilo telemático, bem como o mencionado espelhamento, realizando-se o acompanhamento das comunicações do ora recorrente, através de espelhamento, o que permitiu a polícia acompanhar diálogos entre os réus, que supostamente indicava uma possível associação para o tráfico, bem como permitiu a colheita de elementos informativos, sobre a dinâmica e réus.

Não há empecilho, portanto, na utilização de ações encobertas ou agentes

infiltrados na persecução de delitos, pela via dos meios virtuais, desde que, conjugados critérios de proporcionalidade (utilidade, necessidade), reste observada a subsidiariedade, não podendo a prova ser produzida por outros meios disponíveis.

A ação controlada e a infiltração, que se configuram como técnica especial de investigação voltada ao combate da criminalidade moderna, deve ser admitida quando a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis, desde que comprovada sua necessidade. É o que se dá na hipótese dos autos, com o autorizado espelhamento via *software Whatsapp Web*, como meio de infiltração investigativa, na medida em que a interceptação de dados direta, feita no próprio aplicativo original do *Whastapp*, se denota, por vezes, despcienda, em face da conhecida criptografia ponta a ponta que vigora no aplicativo original, impossibilitando o acesso ao teor das conversas ali entabuladas.

Concebe-se plausível, portanto, que o espelhamento autorizado via *software Whatsapp Web*, pelos órgãos de persecução, se denote equivalente à modalidade de infiltração do agente, que consiste, como já asseverado, em meio extraordinário, mas válido, de obtenção de prova.

Pode, desta forma, o agente policial valer-se da utilização do espelhamento pela via do *software Whatsapp Web*, desde que respeitados os parâmetros de proporcionalidade, subsidiariedade, controle judicial e legalidade, calcado pelo competente mandado judicial, como ocorrido na hipótese presente. De fato, como já asseverado supra, a Lei n. 9.296/1996, que regulamenta as interceptações, conjugada com a Lei n. 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), outorgam substrato de validade processual às ações infiltradas no plano cibernético, desde que observada a cláusula de reserva de jurisdição.

Pode-se argumentar que a prova obtida pela via do espelhamento, através do *software Whatsapp Web*, como modalidade de investigação, via agente infiltrado, implicaria em malferimento à prerrogativa do acusado de não produzir prova contra si mesmo (*against self-incrimiantion*) ou ao direito de permanecer em silêncio. Contudo, o respeito ao acusado, na condição de sujeito processual, tão somente impede que o Estado obrigue o investigado a produzir prova contra si mesmo. Desta forma, se o investigado vem a produzir, de forma espontânea, prova apta a corroborar sua inculpação, referida prova deverá ser valorada no processo, ante sua validade. É o que se dá na hipótese do multimencionado espelhamento.

De idêntica forma, a objeção de que a facilidade de manipulação da prova

obtida pela via do espelhamento do *Whatsapp Web*, pelo agente infiltrado, tornaria inválida a evidência por tal meio obtida não merece guarida, na medida em que esta Corte Superior tem adotado entendimento pacífico no sentido de que *"é despicienda a realização de perícia a fim de comprovar a fidedignidade das gravações, que são presumidamente autênticas, possuindo fé pública os agentes policiais envolvidos na operação. Tal entendimento independe da forma de transmissão das interceptações, se oriundos de gravações de áudio ou captação de mensagens de texto"* (AgRg no RHC 129.003/MT, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2020, DJe 20/10/2020), bem como que *"o instituto da quebra da cadeia de custódia refere-se à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, e uma vez ocorrida qualquer interferência durante o trâmite processual, esta pode implicar, mas não necessariamente, a sua imprestabilidade"* (AgRg no RHC n. 147.885/SP, relator Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 13/12/2021).

No caso dos autos, não houve comprovação de qualquer adulteração no decorrer probatório, nenhum elemento veio aos autos a demonstrar que houve adulteração da prova, alteração na ordem cronológica dos diálogos ou mesmo interferência de quem quer que seja, a ponto de invalidar a prova, salvo, naturalmente, a eventual ingerência e interação que decorre da atuação na ação controlada e da condição de agente infiltrado aqui reconhecida, não podendo referida invalidade ser presumida.

Por fim, de se destacar que o recurso especial interposto merece parcial guarida, na medida em que a invalidação do acórdão, como requerida pelo recorrente, com restabelecimento da condenação de primeiro grau, implicaria em indevida supressão de instância, devendo-se, dessa forma, determinar que o Tribunal recorrido tão somente prossiga no julgamento, considerando válida a prova obtida via espelhamento do *Whatsapp Web*, anteriormente invalidada, conforme fundamentação exarada supra.

Ante o exposto, **conheço do agravo e dou parcial provimento ao recurso especial**, para determinar que o Tribunal recorrido prossiga no julgamento da apelação, considerando válida a prova obtida via espelhamento do *Whatsapp Web*, anteriormente invalidada.

Publique-se.

Brasília, 16 de maio de 2023.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator