

O USO DO ESPELHAMENTO VIA WHATSAPP WEB COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

THE USE OF WHATSAPP WEB AS EVIDENCE IN CRIMINAL PROCESSES

Anelise Assumpção¹  

Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil
anelise@aneliseassumpcaoadvocacia.com.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.11175866>

Resumo: Este artigo consiste em uma breve análise acerca do uso de espelhamento de mensagens via WhatsApp Web para fins de prova penal. Levanta-se a questão da fiabilidade do indício encontrado, assim como a sua valoração enquanto elemento de prova. O uso massivo de aplicativo de mensagens como WhatsApp e da sua funcionalidade WhatsApp Web tem sido usado como um exercício do poder punitivo do Estado. A apreciação da legalidade e da validade desse recurso tecnológico para fins probatórios tem sido questionada, inclusive com relação à preservação da cadeia de custódia.

Palavras-chave: Cadeia de custódia; Prova digital; Direito Processual Penal; Evidência digital; Dados digitais.

Abstract: This article consists of a brief analysis about the mirroring messages via WhatsApp Web for the purpose of criminal evidence. The question of the reliability of the evidence found is raised, as well as its valuation as an element of evidence. The massive use of messaging applications such as WhatsApp and its WhatsApp Web functionality has been used as an exercise of the State's punitive power. The assessment of the legality and validity of this technological resource for evidentiary purposes has been questioned, including in relation to the preservation of the chain of custody.

Keywords: Chain of custody; Digital proof; Criminal procedure law; Digital evidence; Digital data.

1. Introdução

O WhatsApp é um aplicativo para troca de mensagens e mídia pela *internet* de forma instantânea, criado em 2009, atualmente controlado pela empresa Meta. Possui criptografia de ponta a ponta (*end-to-end*), o que impossibilita o acesso pela plataforma ao conteúdo dos dados trocados, de forma que apenas o remetente e o destinatário final conseguem ter acesso a eles. Esse recurso de segurança criou mudanças significativas para a questão probatória, tendo, inclusive, criado alguns atritos com autoridades judiciais por “dificultar investigações”. O aplicativo chegou a ser suspenso algumas vezes¹ tendo em vista a impossibilidade de quebra de sigilo de mensagens. A criptografia adotada pelo WhatsApp dificulta o trabalho do

órgão acusador. Com isso, o judiciário tem buscado alternativas para conseguir acesso ao teor das mensagens e a funcionalidade do espelhamento de mensagens (WhatsApp Web) tem servido para esse fim.

O WhatsApp Web é uma extensão da conta de WhatsApp que permite a sincronização entre o aparelho celular e um computador, oportunizando a visualização e o intercâmbio de mensagens em ambos os dispositivos. Ou seja, o uso dessa ferramenta possibilita ao investigador acesso irrestrito a toda e qualquer conversa realizada, inclusive antes da autorização judicial. Possibilita também a manipulação das conversas. Para proceder o espelhamento de tela é necessária a apreensão do aparelho celular em algum momento para a leitura do *QR code*.

¹ Doutoranda em Sociologia e Direito na UFF. Mestre pela UFF. Especialista em Direito Penal e Criminologia. Pós-Graduada pela Escola Nacional de Ciências Estatísticas. Coordenadora Adjunta do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM no Rio de Janeiro. Advogada. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7062779460308658>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-4916-8023>.

O espelhamento de tela via WhatsApp Web difere da interceptação telefônica, regulamentada pela Lei 9.296/1996. Na interceptação, o interceptador tem acesso não apenas ao registro, mas ao teor das conversas. Para proceder a interceptação, há necessidade de autorização judicial. Logo, a interceptação só é possível após o comando judicial, de forma que o investigador não tem a possibilidade de interceptar conversas pretéritas. Para proceder à interceptação não é necessário apreender nenhum dispositivo.

No WhatsApp Web há a concreta possibilidade de atuação do investigador como participante tanto das conversas que vierem a ser realizadas, quanto das conversas que já estão registradas no aparelho celular (pretéritas), para as quais não foi autorizada a quebra do sigilo, assim como das futuras. Há possibilidade também de o investigador proceder a exclusão de qualquer mensagem pretérita sem deixar vestígios.

2. A legalidade do WhatsApp Web como meio de prova

O espelhamento depende da apreensão do aparelho telefônico por, pelo menos, breve período e posterior entrega do dispositivo ao investigado. Ou seja, depende da abordagem do indivíduo ou do vasculhamento de algum ambiente para obtenção do telefone.

A funcionalidade Web do aplicativo WhatsApp possibilita o espelhamento da conversa, de forma que mais de uma pessoa possa utilizar a mesma conta simultaneamente, assim como o investigador tem a concreta possibilidade de participar efetivamente das conversas, podendo inclusive excluir mensagens sem deixar vestígios.² A ferramenta permite acesso a todas as mensagens, inclusive as existentes antes da autorização e/ou do espelhamento. Os posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que versam sobre a possibilidade do uso dessa ferramenta tecnológica como elemento de prova penal têm sido assimétricos e conflituosos.

Em uma análise da jurisprudência do STJ, a partir do ano de 2018, verificou-se duas grandes correntes: uma que veda o espelhamento tendo em vista a impossibilidade da analogia da interceptação telefônica com o espelhamento do WhatsApp Web (Brasil, 2018), questiona possibilidade de interação do agente (Brasil, 2021) e a ausência de lei que regulamente este tipo de medida; e outra favorável ao espelhamento sob o argumento de que o espelhamento seria um meio extraordinário de obtenção de prova, uma espécie de ação controlada, uma “infiltração virtual” de agentes (Brasil, 2023), que pode ser considerada lícita desde que haja autorização judicial, não sendo necessária a verificação da fiabilidade do elemento de prova, visto que os policiais possuem fé pública.

O respaldo legal desse fundamento seria a Lei de Interceptação Telefônica (art. 1º, parágrafo único da Lei 9.296/96) combinada com a Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/2013). Essas leis outorgariam legalidade para o uso do espelhamento de tela. Os entendimentos no STJ não vinculam seus próprios órgãos e o reflexo disso é a existência de insegurança jurídica. Os desdobramentos do uso do espelhamento de WhatsApp sobre o instituto da cadeia de custódia, por exemplo, são ignorados e/ou relativizados sob o argumento de que a lisura do procedimento estaria assegurada pela fé pública do policial a qual seria suficiente para dar confiabilidade e legalidade ao procedimento. Sobre essa instabilidade dos posicionamentos do judiciário, Lenio Streck (2023) afirma:

O Judiciário não obedece a seus próprios precedentes, não tem uma tese clara, uma teoria clara, sobre o que é precedente, e isso faz com que as decisões se alterem de um caso para o outro. Além disso, o outro problema, nesse caso específico, é que o Judiciário faz leis, está legislando. Esse é um problema central: o que é um precedente e por que que o Judiciário pode criar leis ou modificar as leis fora do controle de constitucionalidade.

Para além dos precedentes criados, o STJ tem supervalorizado a prova penal obtida por “ação controlada virtual”, a qual não é realizada com garantia de fiabilidade, em detrimento da garantia da cadeia de custódia da prova penal em meio digital.

Observa-se que a cadeia de custódia é imprescindível para garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios de forma a preservar a confiabilidade da prova através da documentação de todo o processo desde a sua obtenção. Geraldo Prado (2021) afirma que

[...] cadeia de custódia consiste em método por meio do qual se pretende preservar a integridade do elemento probatório e assegurar sua autenticidade. A violação da cadeia de custódia implica a impossibilidade de valoração da prova, configurando seu exame – de verificação da cadeia de custódia – um dos objetos do juízo de admissibilidade do meio de prova ou do meio de obtenção de prova, conforme o caso. As consequências jurídicas da quebra da cadeia de custódia não se submetem a juízo de peso probatório, sequer de relevância da prova. Não é diferente quando a análise envolve as chamadas provas digitais.

O uso do espelhamento de WhatsApp como uma “infiltração virtual” não exige os investigadores de realizarem registro documental sobre o modo de coleta e preservação dos equipamentos, quem teve contato com eles, quando tais contatos aconteceram e qual o trajeto administrativo interno percorrido pelos aparelhos uma vez apreendidos pela polícia, sendo necessário também informar o contexto em que se deu a breve apreensão.

A preservação da cadeia de custódia não se refere somente ao tratamento da prova, mas se afigura em um procedimento que explicita como a prova foi tratada (Kant de Lima; Carvalho; Nuñez, 2021, p. 638). Trata-se de verdadeira condição de validade da prova e foi inserida expressamente no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 158-A do CPP, introduzido pela Lei Anticrime 13.964/2019, consistindo no conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado, para rastrear sua posse e seu manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte, inclusive a prova obtida a partir da “infiltração virtual”.

Ou seja, a cadeia de custódia no processo penal diz respeito a garantia de integridade, credibilidade e prestabilidade da prova. Também abarca o exercício do contraditório pelas partes. Afinal, para exercer a defesa, é necessário o uso de provas íntegras. Nesse mesmo sentido, o juiz deve decidir com base em provas límpidas e justas.

Logo, a cadeia de custódia refere-se ao cuidado com a manutenção e a manipulação das evidências e das provas. Sua violação é consequentemente uma irregularidade e, acima de tudo, uma ilegalidade.

3. Conclusão

Sendo o STJ o tribunal de jurisdição nacional, responsável por pacificar a aplicação de direito proveniente de lei federal, pode-

se perceber que houve mudança significativa de entendimento da Corte nos primeiros quatro anos de vigência da Lei 13.964/2019, que instituiu a observância da cadeia de custódia e, com o recorte da aplicação desse instituto no âmbito da possibilidade de uso do WhatsApp Web, é possível concluir que uma ação infiltrada para investigar tem sido sobrevalorizada, conforme os julgados mais recentes do STJ, do que a garantia de uma prova íntegra, fiável, inalterável e auditável.

Há inegável mudança no meio de obtenção de prova pelas grandes inovações tecnológicas nos últimos anos. Entretanto isso não justifica a flexibilização da cadeia de custódia da prova no processo penal e a legitimação do uso de mecanismos que colocam o acusado em uma posição de ainda maior vulnerabilidade.

Hoje, são as regras e os princípios da Constituição da República e, em especial, os direitos e as garantias fundamentais, que aparecem como o principal conteúdo rejeitado pelos órgãos estatais de nossa época, por mais que o discurso oficial insista na existência de um Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais não são mais percebidos como trunfos contra a maioria ou como garantias contra a opressão do Estado. Ao contrário, em vários países, com amplo apoio dos meios de comunicação de massa, os direitos e as garantias previstos no ordenamento jurídico integram o imaginário dos atores jurídicos (e de considerável parcela da população) como obstáculos à

eficiência repressiva do Estado ou aos fins do mercado (Casara, 2017, p. 47).

O respeito aos princípios constitucionais como ampla defesa, contraditório e *nemo tenetur se detegere* (direito à não autoincriminação), assim como a preservação da cadeia de custódia da prova digital não podem ser vistos como um entrave à persecução do Estado. O Estado deve reprimir seguindo “as regras do jogo” para que, assim, a democracia esteja assegurada. A pretensão articulada pelo acusador não pode se realizar “a qualquer custo”.

Os direitos e as garantias constitucionais não devem ser subvertidos por uma sanha acusatória.

Ocorre que a máquina do Estado falha em acusar e transpõe o ônus da acusação para o próprio acusado. O espelhamento do WhatsApp apenas é possível se o dispositivo eletrônico estiver desbloqueado e o investigado não é obrigado a fornecer a senha. Afinal, ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).

Então, o espelhamento funciona como a obtenção de meio de prova por meios obscuros e manifestamente ilícitos. Além disso, a autenticidade dos dados nunca poderá ser comprovada pela impossibilidade técnica de manutenção da cadeia de custódia (sobre as mensagens).

Informações adicionais e declarações da autora (Integridade Científica)

Declaração de conflito de interesses: a autora confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo.

Declaração de originalidade: a autora garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras

republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ela também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):

ASSUMPÇÃO, A. O uso do espelhamento via WhatsApp Web como prova no processo penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 32, n. 380, p. 22-24, 2024. DOI:

10.5281/zenodo.11175866. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1079. Acesso em: 1 jun. 2024.

Notas

¹ O aplicativo ficou fora do ar por 14 horas. Processo número 0017520-08.2015.8.26.0564 do TJSP.

² O espelhamento do aplicativo WhatsApp Web não se confunde com a interceptação telefônica. Esta permite escuta de conversas realizadas

após autorização judicial, enquanto aquele viabiliza ao investigador amplo e irrestrito acesso ao conteúdo das mensagens trocadas antes e depois da autorização judicial.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 maio 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 16 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. AgRg no RHC: 133430 PE 2020/0217582-8, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 23/02/2021, Data de Publicação: DJe 26/02/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp: 2.309.888, Relator: REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Publicação: 15/09/2023; STJ - AREsp: 2.257.960, Relator: REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Publicação: 19/05/2023; STJ - AREsp: 2347548, Relator: REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Publicação: 04/09/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 099735, Relator: LAURITA VAZ, Data de Publicação: 16 out. 2018.

CASARA, Rubens R. R. *O estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

KANT DE LIMA, Roberto; CARVALHO, Mauricio Mendonça; NUÑEZ, Izabel Saenger. De *custody chain* à cadeia de custódia: incompatibilidades do controle protocolar com o sistema cartorial da Justiça Criminal Brasileira. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 34, p. 623-44, 2021. Disponível em: <https://mestradoeoutoradoestacio.periodicoscientificos.com.br/index.php/jurispoiesis/article/view/9642/>. Acesso em: 16 maio 2024.

PRADO, Geraldo. Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital. *Revista Consultor Jurídico*, 21 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-geraldo-prado.pdf>. Acesso em: 16 maio 2024.

STRECK, Lenio. STF e STJ divergem sobre reconhecimento e geram insegurança em aplicação do CPP. *Revista Consultor Jurídico*, 31 jul. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-31/stf-stj-divergem-reco-nhecimento-geram-inseguranca-juridica/>. Acesso em: 16 maio 2024.

Autora convidada