

Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

WHATSAPP E SUA RELAÇÃO COM O PROCESSO PENAL

CAHUÊ ALONSO TALARICO¹

FRANCISCO SIMÕES PACHECO SAVÓIA²

NATHALIA CAROLINI MENDES DOS SANTOS³

RODRIGO SANTANA DO NASCIMENTO⁴

WANDERSON LUIZ BATISTA DE SOUZA⁵

Resumo: O presente artigo visa o estudo do aplicativo *whatsapp* e suas relações com o processo penal. Fundamental a análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores na construção das balizas deste importante mecanismo de comunicação entre as pessoas da atualidade, e sua utilização, em especial, como prova no processo penal. Desta forma, o presente artigo baseia-se na análise da jurisprudência e tem como objetivo apresentar ao leitor um compilado de orientações dos Tribunais Superiores que, diante da omissão legislativa, traçam os contornos daquilo que é ou não possível em termos de aproveitamento das conversas de *whatsapp* no processo penal.

Palavras-Chave: Whatsapp; provas; processo penal; direitos e garantias fundamentais.

¹ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Don Domênico – UNIDON.

² Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Don Domênico – UNIDON.

³ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Don Domênico – UNIDON.

⁴ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Don Domênico – UNIDON.

⁵ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Don Domênico – UNIDON.



Abstract: This article aims to study the whatsapp application and its relations with criminal proceedings. The analysis of the jurisprudence of the Superior Courts is fundamental in the construction of the beacons of this important communication mechanism between people today, and its use, in particular, as evidence in criminal proceedings. In this way, the present article is based on the analysis of jurisprudence and aims to present to the reader a compilation of guidelines from the Superior Courts that, in the face of legislative omission, outline the contours of what is or is not possible in terms of taking advantage of the conversations of whatsapp in criminal proceedings.

Keywords: Whatsapp; evidences; criminal proceedings; fundamental rights and guarantees

1. Introdução

Estima-se que o mais de 90%⁶ da população brasileira utilize o aplicativo *whatsapp* todos os dias. Este aplicativo de comunicações facilitou a comunicação entre os brasileiros, seja no ambiente pessoal ou profissional.

A evolução da tecnologia e da internet mudou, para sempre, a comunicação no mundo. As fronteiras dos países são rompidas, das distâncias encurtadas, as notícias se espalham quase que concomitante aos fatos, as comunicações são imediatas, com baixo custo. Tudo isso, a um toque, na palma de nossas mãos. E, não há como frear o progresso da sociedade.

Mas, nem tudo são flores. Ao lado do progresso, surgem as oportunidades, as brechas legais, novos crimes, crimes antigos com nova

⁶ Disponível em: <https://canaltech.com.br/apps/95-porcento-dos-brasileiros-que-usam-o-whatsapp-abrem-o-app-todos-os-dias-171055/>. Acessado em 10 de jan 2022.



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

roupagem, e, tudo isso, potencializado pelo enorme alcance destas novas tecnologias e da quantidade de usuários.

Neste campo do surgimento de novas ideias, novas tecnologias, novas situações, novas formas de vivência, é necessário que o direito regulamente estes novos campos, para que tenhamos segurança jurídica. Caso contrário, instaura-se o caos e a internet tornar-se-ia “terra de ninguém”.

Todavia, como sempre ocorreu na evolução da sociedade, o direito não caminha lado a lado desta evolução. Por força da lógica, o direito está sempre alguns passos atrás destes novos fatos. Cronologicamente, os novos fatos acontecem, a sociedade busca se adaptar a eles e, depois de algum tempo, em sendo necessário, o direito regulamenta o assunto.

No Brasil, a internet passou a ser comercializada em 1994 e, somente com a publicação da Lei n.º 12965/14 (Marco Civil da Internet) tivemos os primeiros regulamentos neste campo. O estelionato praticado por meio de fraude eletrônica somente recebeu atenção do legislador em 2021. O crime de violação de dispositivo informático, que passou a existir em razão da internet e das novas tecnologias, somente receberam atenção do legislador em 2012. Isso demonstra que os fatos acontecem no seio da sociedade. Não como impedir e, nem deve ser impedido o progresso. Mas, inegável que há considerável intervalo de tempo entre o surgimento das novas relações decorrentes da internet e das novas tecnologias e a regulamentação jurídicas destes novos fatos.

Este intervalo, de ausência normativa específica, deixa nas mãos do Poder Judiciário a tarefa de construir balizas e limites, aplicando o arcabouço normativo já existente.

Este é o ponto do presente artigo, pois, o Whatsapp é extremamente relevante na sociedade brasileira, tendo em vista a quantidade de usuários deste aplicativo. No entanto, não há norma específica que o regulamente, muito menos, norma que regulamente todas as relações que dele derivam. Assim, coube a jurisprudência definir os contornos daquilo que é ou não possível



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

quando se relaciona o tema provas no processo penal e o whatsapp. Passaremos, a análise destas decisões.

2. Metodologia e objetivo

O presente artigo é trabalhado em uma perspectiva doutrinária-legal, portanto de natureza bibliográfica e seu objetivo é analisar as orientações firmadas pela jurisprudência dos Tribunais Superiores no tocante à admissibilidade ou não da prova produzida através do aplicativo whatsapp nos processos penais.

3. Dos direitos fundamentais que gravitam em torno do tema.

Em torno do aplicativo whatsapp gravitam dois direitos fundamentais do ser humano. De um lado, o direito a intimidade e, de outro, o direito da inviolabilidade das comunicações telefônicas. O aplicativo reúne dados e comunicações telefônicas. E, recentemente, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais (art. 5.º, inciso LXXIX, da CF, incluído pela Emenda Constitucionais n.º 115/2022).

*“A **intimidade** está relacionada ao modo de ser de cada pessoa, ao mundo intrapsíquico aliado aos sentimentos indenitários próprios (autoestima, autoconfiança) e à sexualidade. Compreende os segredos e as informações confidenciais. A vida privada abrange as relações do indivíduo com o meio social nas quais não há interesse público na divulgação”⁷*

⁷ NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional, p. 385. 16ª edição. Revista, ampliada e atualizada. Editora: JusPodim. Salvador, 2021.



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

Os dados recebem a proteção constitucional do direito à intimidade, previsto no art. 5.º, inciso X da Constituição Federal, e se relacionam aos registros de ligações recebidas e efetuadas; tempo de duração das chamadas; agenda de contatos; registro de conversas passadas; fotos; vídeos; documentos, etc.

Quanto a conversa instantânea, permitida pelo aplicativo por meio de vídeo, voz e escrita, podemos entender que estão protegidas pela inviolabilidade de dados e comunicações telefônicas, previstos no art. 5.º, inciso XII da Constituição Federal.

“A comunicação consiste no ato de transmitir e receber mensagens por meio de métodos e/ou processos convencionados. A liberdade de comunicação se encontra protegida em seus aspectos positivo ("transmitir" e "receber") e negativo ("não transmitir" e "não receber"), o que impede, prima facie, qualquer tipo de intervenção. A proteção ao objeto da comunicação deve ser assegurada independentemente de seu conteúdo ser sigiloso. Assim, a abertura de uma correspondência por pessoa diversa do destinatário, ainda que contenha um simples recorte de jornal, viola o sigilo de correspondência”⁸

4. Orientações dos tribunais superiores com relação a utilização do whatsapp como prova no processo penal.

Destaca-se inicialmente, que o aplicativo whatsapp diferencia-se de uma ligação telefônica comum em diversos pontos, tais como, a manutenção das conversas escritas no aplicativo; a possibilidade de apagar mensagens enviadas

⁸ NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional, p. 413. 16ª Edição. Revista, ampliada e atualizada. Editora: JusPodivm. Salvador, 2021.



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

e recebidas sem deixar qualquer registro, possibilidade de apagar as ligações efetuadas e recebidas sem deixar vestígios, armazenamento de dados (fatos, vídeos, documentos, conversas passadas), etc.

Além disso, o whatsapp possui uma ferramenta chamada whatsappweb que permite a abertura do aplicativo, ao mesmo tempo, em um celular e um computador. Ocorre um espelhamento daquilo que ocorre no celular para a tela do computador e vice-versa.

Portanto, trata-se de algo novo que se distancia, e muito, da ligação telefônica. Inviável tratar o whatsapp como se fosse um telefone comum, aplicando-se as normas relativas à Lei de Interceptação Telefônica, Lei 9296/96.

O whatsapp é algo novo, peculiar, diferente de tudo o que já existiu anteriormente em termos de comunicação instantânea. Os dados e comunicações trocados através deste aplicativo estão protegidos por direitos fundamentais da proteção à intimidade e inviolabilidade dos dados e comunicações telefônicas, art. 5, incisos X e XII da CF, porém, ainda não recebeu atenção do legislador infraconstitucional. Não há lei específica disciplinando a quebra dos dados e das comunicações do whatsapp.

Por este motivo, a quebra de dados e das comunicações do whatsapp, passam pela análise de ponderação do Poder Judiciário. É sempre necessário sopesar os direitos fundamentais em jogo. De um lado, estarão do direito a intimidade e inviolabilidade dos dados e comunicações telefônicas e, de outro, a segurança pública e o interesse público na repressão dos crimes.

Enquanto não há parâmetros bem delimitados pela lei infraconstitucional, os Tribunais Superiores debruçam-se sobre os casos que lhes são apresentados e apresentam algumas orientações acerca do que é possível ou não servir como prova no processo penal.

O STF e STJ deparando-se com crimes relacionados à pornografia infantil, praticados por meio da internet, concluíram que a competência deve ser da Justiça Federal quando o material estiver disponível a qualquer pessoa, tal



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

como a disponibilização de pornografia infantil em sites abertos ao público. No entanto, tratando de troca de mensagens privadas, tal como whatsapp, concluíram que não há a internacionalidade da conduta e, portanto, a competência é da Justiça Estadual (vide informativo 603/17 do STJ e, 805/15 e 990/20 do STF).

Para agilizar os processos e utilizar a tecnologia a favor da celeridade processual, o STJ entendeu possível a citação por meio de whatsapp, desde que seja possível atestar a autenticidade do número telefônico e a identidade do indivíduo (v. informativo 688/21 do STJ).

Considerando as diferenças entre o whatsapp e a ausência de lei infraconstitucional regulamentando a interceptação das comunicações neste aplicativo, o STJ entendeu ser nula a decisão judicial que autoriza o espelhamento do whatsapp (através da ferramenta whatsappweb) para que a Polícia pudesse acompanhar as conversas do suspeito. A prova foi considerada ilegal por diversos motivos, entre eles: ausência de lei; impossibilidade de certificar se o conteúdo das conversas foi modificado ou não; impossibilidade de certificar o autor das mensagens, uma vez que o aplicativo esteve aberto no celular do suspeito e no computador da Polícia. Em razão destes pontos, a prova foi considerada nula e, portanto, desentranhada dos autos do processo (v. informativo 640/18 do STJ).

Ao debater o se decretação de quebra de dados telemático e informático de um celular e do whatsapp, há ou não necessidade de se determinar uma delimitação temporal para fins de investigação policial, o STJ fez importante diferenciação, já apresentada neste artigo, entre dados telemáticos e informáticos e fluxo de comunicações e, concluiu que A Lei do Marco Civil da Internet (Lei 12965/14) exige a delimitação do período apenas para as comunicações telefônicas (fluxo de comunicações) e, não para o acesso aos



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

dados telefônicos (dados telemáticos e informáticos). Neste sentido, manteve a decisão judicial que decretou a quebra de dados telemáticos e informáticos dos aparelhos celular, permitindo que a Polícia tivesse acesso imediato ao celular e aplicativos, inclusive, as mensagens do Whatsapp. Assim, devidamente autorizada, a polícia poderá acessar todo o conteúdo pretérito do celular e do aplicativo que já estiverem armazenados. Não há restrição de tempo na análise dos dados pretérito armazenados (v. informativo 682/20);

Outro caso interessante tratou o sistema de proteção de dados do aplicativo. O Whatsapp utiliza sistema de criptografia de ponta a ponta, o que inviabiliza a interceptação das mensagens (como ocorre com a interceptação de uma ligação telefônica). Alguns juízes determinaram que o whatsapp interceptasse mensagens trocadas entre alguns usuários, no entanto, tiveram como resposta que isso seria impossível. Diante deste fato, os juízes aplicaram multas ao whatsapp por descumprimento de ordem judicial. A questão chegou ao STJ que, compreendendo melhor o sistema de proteção de criptografia ponta a ponta, percebeu que isso se trata de um importante mecanismo de proteção da privacidade dos usuários e, ao mesmo tempo, inviabiliza a interceptação destas conversas, uma vez que apenas o remetente e o destinatário da conversa possuem as chaves de segurança para acessar as mensagens. Assim, diante da impossibilidade de cumprir a ordem judicial, entendeu-se que não é possível aplicar multa à empresa por não conseguir interceptar as mensagens (v. informativo 684/21 do STJ).

Outra tentativa de produção de provas imaginada pela Polícia foi de representar pela quebra do sigilo telefônico do investigado mediante a habilitação de chip da autoridade policial em substituição ao do investigado titular da linha. Seria como se a linha do investigado fosse redirecionada para um celular em poder da polícia, de modo que os policiais teriam acesso, em



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

tempo real, aos dados enviados aos telefones dos investigados, chamadas recebidas, mensagens criptografadas do whatsapp e, inclusive, possibilidade de restaurar as conversas antigas apagadas, através de backup. OU seja, o pedido atingiria os dados e as comunicações telefônicas. Apesar da boa intenção, o STJ entendeu que essa prova seria ilícita, uma vez que a troca do chip habilitado transforma o investigador de polícia em participante efetivo das conversas, possibilitando a interação direta com os interlocutores, com amplos poderes para enviar e receber mensagens, excluir mensagens enviadas e recebidas, sem deixar qualquer tipo de vestígio. Neste caso, vislumbramos que há a mesma razão de decidir do informativo 640/18 do STJ e, onde há a mesma razão de decidir, deve ser aplicado o mesmo direito. E, nesse sentido, decidiu o STJ ao entender ilegal a quebra do sigilo telefônico mediante a habilitação de chip da autoridade policial (v. informativo 696/21).

No mesmo sentido desta última orientação, o STJ entendeu que o printscreen (cópia da tela) feita por um dos integrantes do grupo de usuários do whatsapp não serve como prova, pois, não há como certificar se houve ou não adulteração das mensagens. Não há meio hábil a comprovar se alguma mensagem foi apegada, nem quem, de fato, enviou a mensagem. Por isso, entendeu o STJ ser inválida essa prova, devendo ser desentranhada do processo. (v. informativo 655/19 do STJ)

Já decidiu, também, o STJ que a prisão em flagrante não autoriza, por si só, que seja franqueado acesso ao whatsapp sem autorização judicial, por violação ao direito à intimidade e inviolabilidade de dados e das comunicações telefônicas (v. informativo 593 e 583 de 2016 do STJ). Mas, entendeu o STJ que se o celular for apreendido dentro do presídio, é possível acessar o aplicativo whatsapp sem autorização judicial, tendo em vista que no juízo de ponderação, neste caso específico, deve prevalecer a segurança pública (HC 546.830/PR,



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 22/03/2021).

Outra decisão interessantíssima, refere-se ao acesso ao whatsapp, sem autorização judicial, de celular encontrado durante diligência de busca e apreensão devidamente autorizada pela autoridade competente. Entendeu o STJ, neste caso, que a autorização judicial para o mandado de busca e apreensão torna legítimo o acesso aos dados do celular, pois, dispensável uma segunda autorização judicial para afastar, por duas vezes, no mesmo contexto fático, o direito à intimidade (STJ. 5ª Turma. RHC 77.232/SC, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 03/10/2017).

Percebe-se que diversos temas envolvendo o whatsapp e o processo penal foram enfrentados (competência, citação, provas, necessidade ou não de autorização para acesso aos dados e comunicações telefônicas, etc) pelos Tribunais Superiores que, em árdua tarefa hermenêutica de solucionar os casos postos à análise, apresentam à sociedade direcionamentos acerca destas novas situações fáticas e processuais.

Diante do contexto de ausência normativa no plano infraconstitucional e da garantia da inafastabilidade da jurisdição, STF e STJ vem traçando as balizas que orientam o sistema processual penal quanto ao tema whatsapp e, certamente, muitas outras situações peculiares serão debatidas enquanto persistir este contexto.

Enquanto o legislador não se preocupar em regulamentar esta nova forma de comunicação da sociedade moderna, teremos um terreno de insegurança que, sempre dependerá, da última palavra dos tribunais superiores, nada obstante as boas intenções da polícia civil e da fértil imaginação de produção de novas provas. As novas ideias, novas tentativas de produção de provas contra os criminosos, estará sujeita a última palavra das Cortes Superiores, pois, impera a insegurança jurídica decorrente da ausência de normas sobre o assunto.



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

Enquanto isso, continuamos acompanhando o desenvolvimento da jurisprudência sobre o tema.

5. Conclusão

Diante do exposto, apresentamos o contexto atual da relação entre o aplicativo whatsapp e o processo penal, as garantias constitucionais que o cercam, as diferenças entre dados telemáticos e informáticos (dados) e comunicações telefônicas (fluxo de comunicações), as orientações firmadas pelos Tribunais Superiores acerca de competência, citação, provas, ante a insegurança jurídica derivada da ausência de normas específicas sobre o assunto.

Esperamos, com base nestes breves apontamentos sobre o tema, que o objetivo de apresentar um compêndio de decisões dos tribunais superiores sobre o tema tenha sido alcançado, despertando o leitor para o estudo aprofundado deste tema tão caro ao processo penal.

6. Bibliografia

ARAÚJO, Luiz Alberto David e JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. Curso de Direito Constitucional. 11ª edição. Editora: Saraiva. São Paulo, 2007.



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal. 9ª edição revista e atualizada. Editora: Método. Rio de Janeiro, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FILHO, Antonio Magalhães Gomes e FERNANDES, Antonio Scarance. Recursos no Processo Penal. 6ª edição. Editora: Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 23ª edição. Editora: Saraiva. São Paulo, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5ª edição. Revista e ampliada e atualizada. Editora: JusPodivm. Salvador, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 7ª edição. Vol. I. Editora: Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

_____ Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 6ª edição. Vol. II. Editora: Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal. Editora: Renovar. Rio de Janeiro, 2008.

NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 16ª Edição. Revista, ampliada e atualizada. Editora: JusPodvim. Salvador, 2021.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 25ª edição. Editora: Atlas, 2021.

