

A QUEBRA DO SIGILO DO WHATSAPP COMO MEIO DE PROVA ACEITO NO DIREITO PÁTRIO:

A necessidade de interceptação do sigilo das comunicações de dados para fins de persecução criminal

The breach of WhatsApp confidentiality as a means of proof accepted in national law:

The need to intercept the confidentiality of data communications for the purpose of criminal prosecution

Daniel Duarte BARACHO¹

Cecilio ARGOLO JUNIOR²

Liliane Amaral Janguê BEZERRA DINIZ³

RESUMO

O desenvolvimento tecnológico contribui para a melhoria da qualidade de vida da sociedade, mas traz consigo uma maior complexidade das relações sociais e novas questões jurídicas. Como exemplo, pode-se observar o surgimento de *smartphones* com aplicativos que permitem trocas de mensagens, de forma quase instantânea, entre usuários e, junto a esse acontecimento fático, o questionamento jurídico sobre a possibilidade dessas mensagens serem sigilosas de forma irrestrita. Nesse contexto, o presente trabalho tem o objetivo geral de identificar a possibilidade de restrição do sigilo das comunicações do

ABSTRACT

Technological development contributes to the improvement in the quality of life of society, but, with it, a greater complexity of social relations and new legal issues emerge. As an example, it is possible to observe the emergence of smartphones with applications that allow instantaneous exchanges of messages between users and, together with this factual event, the legal questioning about the possibility of such messages being unrestrictedly confidential. In this context, the present work has the general objective of identifying the possibility of restricting the confidentiality of communications

¹ Bacharel em Ciência da Computação e concluinte do curso de Direito do Centro Universitário Maurício de Nassau (UNINASSAU), Maceió, Alagoas. E-mail: danieldb.br@gmail.com.

² Bacharel em Psicologia e em Direito. Doutorando em Psicologia Clínica. Mestre em Pesquisa Comunitária. Pesquisador. Professor de pesquisa do Centro Universitário Maurício de Nassau (UNINASSAU), Maceió, Alagoas.

³ Advogada. Professora de Direitos Humanos. Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA – Belém/PA).

aplicativo *WhatsApp* como forma de se obter uma efetiva tutela jurisdicional, considerando a relatividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República. Para tanto, foi realizada uma pesquisa aplicada e qualitativa, com o uso do método dedutivo, utilizando-se do meio investigativo bibliográfico. Como resultados da presente pesquisa, verificou-se que o direito fundamental ao sigilo das comunicações de dados não é absoluto, de forma que a interceptação das comunicações de dados do *WhatsApp* é possível e, conforme o ordenamento jurídico, deve ser concretizada para fins de persecução criminal, por meio de autorização judicial e quando preenchidos os demais requisitos previstos na Lei nº 9.296/96. Assim, restou evidente que o direito ao sigilo das comunicações de dados não é absoluto e que a organização responsável pelo *WhatsApp* deve modificar seu mecanismo de segurança para que seja possível a interceptação das comunicações de dados estabelecidas pelos seus usuários.

PALAVRAS-CHAVE

Constituição. Limites dos direitos fundamentais. Restrições aos direitos fundamentais. Interceptação de comunicação de dados. *WhatsApp*.

of the WhatsApp application as a way to obtain an effective jurisdiction protection, considering the relativity of fundamental rights in the Constitution of the Republic. For that, an applied and qualitative research was carried out, via the deductive method, using the bibliographic research medium. As a result of the research conducted, it was found that the fundamental right to confidentiality of data communications is not absolute, so that the interception of WhatsApp data communications is possible and, according to the legal order, must be carried out for the purpose of criminal prosecution, by means of judicial authorization and when the other requirements set forth in Law No. 9.296 / 96 are fulfilled. Thus, it became clear that the right to confidentiality of data communications is not absolute and that the organization responsible for WhatsApp must modify its security mechanism so that it is possible to intercept the data communications established by its users.

KEYWORDS

Constitution. Limits of fundamental rights. Restrictions on fundamental rights. Interception of data communication. WhatsApp.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico permite que o ser humano reduza o esforço e o tempo para realizar suas tarefas cotidianas, contribuindo na melhora da sua qualidade de vida. Contudo, esse mesmo desenvolvimento impulsiona o aumento da complexidade das relações sociais e faz surgir novos questionamentos jurídicos. Por exemplo, o surgimento do *smartphones* com aplicativos que permitem trocas de mensagens, de forma quase instantânea, entre usuários, traz junto um questionamento, qual seja, se as mensagens transmitidas, por meio desses aplicativos, podem ser sigilosas de forma irrestrita, diante do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, pode-se observar os recentes conflitos entre o Poder Judiciário e os responsáveis pelo *WhatsApp*, que utilizam um sistema de segurança que visa a restringir o acesso ao conteúdo das mensagens apenas ao remetente e destinatário destas mensagens, impedindo a interceptação das comunicações de dados.

Diante disso, a problemática desse trabalho gira em torno da discussão sobre se o ordenamento jurídico vigente possibilita exigir o fornecimento do conteúdo das

mensagens trocadas pelos usuários do *WhatsApp*.

O presente artigo foi realizado através de uma pesquisa empírica, aplicada e qualitativa, com o uso do método dedutivo. Além disso, foi utilizado o meio investigativo-bibliográfico com o uso da doutrina especializada, de leis, artigos e jurisprudências. Para tanto, foram estabelecidos os critérios científicos de coerência, consistência, originalidade e objetivação como defesa do objeto.

Em suma, este artigo busca refletir sobre a necessidade ou não de restringir direitos fundamentais, bem como coibir a pretensão de entidades privadas de tornar esses direitos absolutos, sob pena de agirem de forma contrária à Constituição da República de 1988 e à jurisprudência dos tribunais superiores deste País.

2. ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Existe divergência doutrinária acerca do conceito de direitos fundamentais. Esta divergência decorre de um processo evolutivo histórico que contribui para que haja uma constante mutabilidade do seu conceito, dada à introdução, com o decorrer do tempo, de novos direitos fundamentais.⁴

Uma conceituação dos direitos fundamentais é aquela feita a partir de seu sentido formal e material. No primeiro sentido, os direitos fundamentais são conceituados, pela doutrina majoritária, como os direitos humanos positivados em uma Constituição.⁵ Já no sentido material, em geral, os direitos fundamentais são as posições jurídicas que têm fundamento no princípio da dignidade humana, isto é, são direitos criados para concretizar a dignidade da pessoa humana. No entanto, existem direitos fundamentais que também possuem sua fundamentação em outros princípios basilares, como os que são criados para proteção das pessoas jurídicas.⁶

É possível criar um conceito de direitos fundamentais que se adeque aos dois sentidos. Nesse sentido, Cunha Junior expõe que:

“Todavia, para um conceito constitucionalmente adequado, impõe-se reunir os dois sentidos. Do exposto, concluímos que os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidos no texto da Constituição Formal (fundamentalidade formal), ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidos e equiparados, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalidade reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material). Esse conceito, entretanto, ainda fica

4 CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. Bahia: JusPODIVM, 2014.

5 *Idem, ibidem*.

6 SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

a depender da ordem constitucional concreta de cada Estado, uma vez, o que é fundamental para certo Estado, não pode ser para outro.⁷

Importante mencionar que o conceito elaborado pelo autor em epígrafe se adequa bem a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inclusive quanto à existência de direitos fundamentais não previstos expressamente nela. Com efeito, o § 2º do art. 5º possui a seguinte redação: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A doutrina aponta as seguintes características dos direitos fundamentais: universalidade, historicidade, imprescritibilidade, limitabilidade, irrenunciabilidade, concorrência e inalienabilidade.⁸

A universalidade significa que os direitos fundamentais estão presentes para todos os povos, embora isso não signifique que eles sejam uniformes em todas as civilizações, devido à dependência em relação a aspectos culturais. Essa característica dos direitos fundamentais advém da própria necessidade de uma proteção mínima da dignidade da pessoa humana em qualquer sociedade.⁹

A historicidade dos direitos fundamentais está associada à constante transformação desses direitos, diante de novas condições materiais e subjetivas que influenciam o surgimento de novos direitos fundamentais ou até mesmo a transformação do conteúdo dos existentes. Nesse sentido, leciona Paulo Mascarenhas: “[...] como qualquer direito, são eles históricos, pois que nascem, modificam-se e desaparecem. Surgiram com a revolução burguesa e ampliaram-se com o passar dos tempos”.¹⁰

A limitabilidade ou relatividade dos direitos fundamentais significa que eles não são absolutos, pois são passíveis de conflito com outros direitos constitucionalmente previstos ou com o interesse público, de forma a surgir à necessidade de uma ponderação de interesses. Nesse contexto, Marcelo Novelino expressa que:

Ainda nesta linha de raciocínio, nem mesmo a existência de um único direito com caráter absoluto poderia ser admitida, tendo em vista a possibilidade deste direito ser invocado, em um mesmo caso, por titulares distintos, hipótese na qual um deles necessariamente teria que ceder. Há quem defenda, todavia, a existência de alguns direitos com ‘valor absoluto’, em especial, a dignidade da pessoa humana e alguns que a concretizam mais diretamente. Para Norberto Bobbio [...], por

7 CUNHA JUNIOR. *Op. cit.*, p. 444.

8 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

9 NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

10 MASCARENHAS, Paulo. *Manual de Direito Constitucional*. Salvador, 2008. Disponível em: <http://www.paulomascarenhas.com.br/manual_de_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

exemplo, ‘existe um estatuto privilegiado, aplicável a pouquíssimos ‘direitos fundamentais que não estão em concorrência [leia-se colisão] com outros direitos igualmente fundamentais’, dentre eles, o direito a não ser escravizado, que implica a eliminação do direito a possuir escravos, e o direito de não ser torturado, que implica eliminação do direito de torturar.¹¹

A imprescritibilidade significa que os direitos fundamentais sempre serão exigíveis, independentemente do tempo percorrido sem exercê-los. Nesse particular, no mais das vezes, a simples previsão desses direitos fundamentais explícita ou implicitamente na Constituição é o suficiente para que haja a exigibilidade de seu exercício.¹²

A irrenunciabilidade dos direitos fundamentais está associada a não possibilidade da renúncia de seu núcleo substancial, havendo, no entanto, a possibilidade de sua limitação com o preenchimento de certas condições. Além disso, o não exercício do direito não significa a sua renúncia.¹³

Por fim, a doutrina ainda apresenta as características de concorrência, vez que é possível exercer mais de um direito fundamental ao mesmo tempo, e a de inalienabilidade, vez que eles não podem ser transferidos a terceiros, haja vista que são direitos extrapatrimoniais.¹⁴

Como se pode observar, as características dos direitos fundamentais são elaboradas de forma a refletir a sua importância, permitindo uma efetiva proteção jurídica aos valores fundamentais associados a eles. Além disso, como decorrência das constantes transformações que sofrem os direitos fundamentais, novas características ainda podem ser criadas.

3. WHATSAPP COMO FERRAMENTA DE COMUNICAÇÃO

Esta seção irá discorrer sobre o *WhatsApp*. Primeiramente, será apresentada uma breve descrição do aplicativo, para depois ilustrar sua política de privacidade e, finalmente, explicitar seu mecanismo de segurança. Por oportuno, deve-se mencionar que, quando referenciado o termo *WhatsApp*, estar-se-á se referindo ao aplicativo em si ou à organização responsável por manter o *WhatsApp*, a *WhatsApp Inc*.

O *WhatsApp* é um aplicativo de troca de mensagens, que pode incluir textos, imagens e áudio. Mas sua funcionalidade não se resume a isso, pois ele também permite a criação de grupos e, mais recentemente, a realização de chamadas, inclusive de vídeo.

11 NOVELINO. *Op.cit.*, p. 271.

12 MASCARENHAS. *Op. cit.*

13 NOVELINO. *Op. cit.*

14 LENZA. *Op. cit.*

Atualmente, o número de usuários do aplicativo já ultrapassa 1 (um) bilhão e, conforme o seu sítio, ele é compatível com diversos sistemas operacionais de *smartphones*, como o *Android* e o *IOS*, além de ser executável também em sistemas operacionais direcionados a *desktops*.

Ainda segundo o sítio, a sua missão inicialmente era a de fornecer uma alternativa ao envio de mensagens via *Short Message Service* (SMS), mas atualmente inclui permitir a transmissão de variados arquivos de mídia, inclusive fotos, vídeos e documentos, com o intuito de permitir que os indivíduos se comuniquem sem barreiras em qualquer lugar do mundo.¹⁵

Outrossim, sua missão inclui o envio de mensagens e ligações criptografadas que nem o próprio *WhatsApp* consegue ter acesso. Nesse sentido, em sua missão encontra-se a seguinte afirmação: “Nossas mensagens e ligações estão protegidas com criptografia de ponta-a-ponta, o que significa que terceiros, incluindo o *WhatsApp*, não podem lê-las ou ouvi-las”.

Nesse ínterim, em sua política de privacidade, é informada a ênfase que é dada à privacidade pelo aplicativo, referenciada como parte de seu DNA e que é construída a partir de sólidos princípios de segurança.¹⁶

Nesse sentido, o *WhatsApp* oferece um serviço de criptografia ponta a ponta, que é ativado automaticamente assim que o aplicativo é instalado, desde a versão de 2 de abril de 2016. Esse serviço tem o fim de impossibilitar que terceiros ou até mesmo o próprio *WhatsApp* consigam ter acesso ao conteúdo das mensagens dos seus usuários.

Interessante seção da política de privacidade é a de Proteção Jurídica, que menciona compartilhar dados de seus clientes quando, por exemplo, for necessário à correta adequação à legislação em processos judiciais.¹⁷

Finalizando a política de privacidade do *WhatsApp*, consta nesta que ela poderá ser atualizada quando necessário e que seus usuários devem acompanhar suas atualizações e sempre aceitá-las, caso contrário, terão que deixar de utilizar os serviços do *WhatsApp*.

Para que seja efetivada a sua política de privacidade, como já mencionado, o *WhatsApp* utiliza a criptografia ponta a ponta como um mecanismo de segurança para a transmissão das mensagens de seus usuários ser sigilosa.

Em seu sítio, consta que atualmente, quando um usuário realiza o *download* do

15 SOBRE o *WhatsApp*. Disponível em: <<https://www.whatsapp.com/about/>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

16 POLÍTICA de privacidade do *WhatsApp*. Disponível em: <<https://www.whatsapp.com/legal/#privacy-policy>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

17 *Idem*, *ibidem*.

aplicativo, a criptografia ponta a ponta é ativada automaticamente e é impossível de ser desativada, desde que os usuários que estabeleçam a comunicação estejam utilizando ao menos a versão do aplicativo que foi lançada em 2 de abril de 2016.

O *WhatsApp* utiliza o protocolo *Signal*, desenvolvido pela *Open Whisper Systems*, para a realização da criptografia ponta a ponta.¹⁸

Basicamente, a criptografia ponta a ponta implementada pelo *WhatsApp* é realizada a partir de chaves públicas e privadas. Aquelas servem para criptografar as mensagens, enquanto estas são utilizadas para descriptografar as mensagens. O que torna segura essa comunicação de chaves públicas e privadas é o tempo de processamento, que pode chegar a muitos séculos de duração a depender, entre outros fatores, do algoritmo de criptografia e dos parâmetros utilizados.¹⁹

Inicialmente, no *WhatsApp*, quando um usuário deseja manter contato com outro, é construída uma sessão criptografada, que só será finalizada quando houver atualização do software ou troca do dispositivo físico utilizado pelos clientes do aplicativo.²⁰

No decorrer da construção dessa sessão, uma determinada quantidade de chaves públicas é trocada entre os usuários e o servidor do aplicativo, chaves estas que serão utilizadas na comunicação com o destinatário, porém as chaves privadas das mensagens trocadas entre os usuários somente ficam disponíveis a estes.

Assim, a garantia da privacidade das mensagens do aplicativo *WhatsApp* além das chaves privadas fornecidas somente aos usuários que estão trocando mensagens ou realizando chamadas.

4. LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em comparação com o tipo, do direito penal, e o fato gerador, do direito tributário, existe o suporte fático de um direito fundamental no direito constitucional. Este representa um conjunto de condições que implica consequências jurídicas, quando estas condições são preenchidas. Os elementos que compõem o suporte fático de um direito fundamental são o âmbito de proteção e a intervenção.²¹

O âmbito de proteção de um direito fundamental corresponde ao bem jurídico protegido *prima facie*, ou seja, sem considerar as limitações a estes direitos decorrentes da existência de restrições. Nesse sentido, a característica *prima facie*, conforme

¹⁸ *Idem, ibidem.*

¹⁹ ANDRADE, Rafael Santos; SILVA, Fernando dos Santos. Algoritmo de Criptografia RSA: análise entre segurança e velocidade. *Revista Eventos Pedagógicos, Sinop*, v. 3, n. 3, p. 438-457, dez. 2012. Disponível em: <<http://sinop.unemat.br/projetos/revista/index.php/eventos/article/download/967/681>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

²⁰ POLÍTICA. *Op. cit.*

²¹ NOVELINO. *Op. cit.*

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Ganet Branco, é atribuída aos direitos fundamentais antes da colisão com outros direitos fundamentais ou valores, de forma que a proteção *prima facie* é considerada antes de se analisar os pressupostos fáticos e jurídicos que incidem no caso concreto.²²

A intervenção de um direito fundamental decorre de um ato estatal ou particular.

Resumidamente, enquanto nos direitos de defesa a intervenção representa uma abstenção, nos direitos de prestação ela representa uma omissão. A intervenção pode ser uma violação ou uma restrição. Ao contrário desta, aquela implica uma consequência jurídica, já que é considerada uma intervenção que infringe a Constituição. Desta feita, a única forma de intervenção que preenche os elementos do suporte fático é a intervenção que não é fundamentada constitucionalmente, isto é, uma violação.²³

Existem teorias a respeito das limitações dos direitos fundamentais, dentre elas, destacam-se as teorias interna e externa.²⁴

Pela teoria interna, os limites dos direitos fundamentais já estariam presentes no próprio direito fundamental, isto é, o conteúdo dos direitos fundamentais já seria delimitado de forma a impossibilitar a colisão com outros direitos fundamentais, de forma que existiriam limites imanescentes a estes direitos e eles teriam a forma de regras.²⁵

Pela teoria externa, por sua vez, os direitos fundamentais seriam previamente absolutos, porém, com colisões a outros direitos fundamentais, eles passariam a ser limitados. Nesse sentido, os direitos possuiriam duas posições. Uma seria a *prima facie*, sem considerar as eventuais restrições a estes direitos, enquanto a outra seria a decorrente de limitações a esses direitos, diante de colisões com outros direitos fundamentais e valores. A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet menciona que: “Tal distinção, contudo, não afasta a possibilidade de direitos sem restrições, visto não haver uma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição, sendo tal relação estabelecida pela necessidade de compatibilizar diferentes bens jurídicos”.²⁶

Na teoria externa, então, surge a necessidade de resolver colisões entre direitos fundamentais (colisão de direitos em sentido estrito) ou entre estes e valores e princípios abrangidos de forma explícita ou implícita na Constituição (colisão de

22 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Ganet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

23 NOVELINO. *Op. cit.*

24 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

25 NOVELINO. *Op. cit.*

26 SARLET. *Op. cit.*, 2010, p. 382.

direitos em sentido amplo). Estes conflitos são resolvidos por meio de um juízo de ponderação, que tem uma relação com o princípio da proporcionalidade. Desta feita, após verificar a utilidade de um meio de restrição de um determinado bem jurídico em favor de outro e que este meio da realização desta restrição é o menos gravoso, é averiguado se os benefícios decorrentes dessa restrição compensam os sacrifícios, por meio de um juízo de ponderação.²⁷

Ainda sobre o juízo de ponderação, é importante destacar que a partir deste se realiza o chamado mandado de otimização, vez que há a busca de um grau de interferência em um determinado direito fundamental com o maior custo-benefício, dados os pressupostos fáticos e jurídicos de uma situação concreta. Essa aferição é realizada considerando o peso abstrato que é atribuído aos direitos e valores fundamentais, além do grau de interferência que será realizado em um determinado direito ou valor fundamental e o grau de certeza das premissas que justificam a intervenção de um direito fundamental.²⁸

Nesse contexto, deve-se mencionar que na jurisprudência nacional, inclusive da Suprema Corte, são encontrados julgados de utilização da teoria externa, dadas as ponderações entre direitos fundamentais já realizadas pelo Poder Judiciário deste país.²⁹

Cumprido ressaltar que as restrições a direitos fundamentais devem estar amparadas na Constituição da República. Essas restrições podem ocorrer no próprio texto da Constituição (restrição imediata) ou mediante lei cuja elaboração é autorizada pela Carta Magna (restrição mediata). Nesse sentido, Ingo Sarlet leciona que:

No que diz respeito às espécies de limitações, registra-se substancial consenso quanto ao fato de que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição. Da mesma forma, há quem inclua uma terceira alternativa, vinculada à possibilidade de se estabelecer restrições por força de colisões entre direitos fundamentais, mesmo inexistindo limitação expressa ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador.³⁰

Segundo Novellino,³¹ a restrição decorrente de lei fundamentada na Constituição decorre da cláusula de reserva legal. Esta pode ser expressa ou implícita.

A cláusula expressa, de acordo com o mesmo autor, pode ser caracterizada como uma reserva legal simples ou qualificada. Na simples, a Constituição da Re-

27 MENDES; BRANCO. *Op. cit.*

28 *Idem, ibidem.*

29 *Idem, ibidem.*

30 SARLET. *Op.cit.*, 2010. p. 391-392.

31 NOVELLINO. *Op. cit.*

pública estabelece a possibilidade de restrição por meio de lei, mas sem indicar uma finalidade para esta restrição ou o meio que esta deva ser realizada. O inciso VII do art. 5º da Constituição da República de 1988 é um exemplo desse tipo de reserva legal, que possui a seguinte redação: “[...] é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”.³²

Na qualificada, a Lei Maior delimita as condições especiais para que seja realizada uma restrição, os meios que a lei deverá realizá-la ou os fins que devem ser atendidos para estabelecer a limitação do direito fundamental, caso contrário a lei será inconstitucional.³³ Nesse sentido, o disposto no inciso XII do art. 5º da CRFB ilustra uma norma com reserva legal qualificada, já que as interceptações telefônicas somente poderão decorrer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal e mediante autorização judicial.

Em relação à cláusula de reserva legal implícita, Novelino a fundamenta com base na ‘cláusula de reserva legal subsidiária’, com os seguintes dizeres:

A ausência de expressa previsão constitucional não significa a impossibilidade de restrição, embora a margem de ação do legislador seja, a priori, mais reduzida. A intervenção legislativa será legítima quando voltada à proteção de direitos fundamentais de terceiros ou de interesses da coletividade. A reserva legal implícita tem como fundamento, portanto, as cláusulas restritivas não escritas. Na Constituição brasileira de 1988 é possível deduzi-la da ‘cláusula de reserva legal subsidiária’ (CF, art. 5º, II).³⁴

A ausência da reserva legal explícita não significa que um direito constitucional possui menos valor que outro, mas sim que o constituinte não conseguiu identificar de maneira clara a potencial colisão com outros valores ou direitos fundamentais. Nesse sentido, Mendes e Branco lecionam que:

[...] a tentativa de atribuir maior significado aos direitos individuais não submetidos à restrição legal expressa em relação àqueloutros, vinculados ao regime de reserva legal simples ou qualificada, revela-se absolutamente inadequada, por não apreender a natureza especial dos direitos individuais. A previsão de expressa restrição não contém um juízo de desvalor de determinado direito, traduzindo tão somente a ideia de que a sua limitação é necessária e evidente para a compatibilização com outros direitos ou valores constitucionalmente relevantes.³⁵

Dessa forma, ainda que não haja expressa restrição a um direito fundamental

32 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

33 MENDES; BRANCO. *Op. cit.*

34 NOVELINO. *Op. cit.*, p. 289.

35 MENDES; BRANCO. *Op. cit.*, p. 239.

no texto constitucional, isso não significa a impossibilidade de restrição desse direito fundamental. Com efeito, uma eventual colisão com outro valor ou direito fundamental poderá implicar uma restrição àquele, tanto por meio do Poder Legislativo, quanto pelo Poder Judiciário, por meio de um juízo de ponderação.

5. A NECESSIDADE DA QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES DE DADOS DO *WHATSAPP*

Nesta seção será abordado o caráter relativo do sigilo das comunicações de dados do *WhatsApp*, com o fim de expor a possibilidade de haver a quebra desse sigilo, por determinação judicial.

O sigilo das comunicações de dados é uma das formas de efetivar o direito à privacidade. Porém, como todo direito fundamental, ele não é absoluto e pode sofrer restrições, por exemplo, por meio da Lei 9.296, de 24 de Julho de 1996 (LIT), que estabelece a sua aplicação para a interceptação de fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 1º.

Com efeito, o Parágrafo único, do art. 1º da LIT, afirma que esta lei aplica-se às interceptações de fluxos de comunicações em sistema de informática, com a seguinte redação: “O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”.

Poder-se-ia argumentar que este parágrafo único é inconstitucional, posto que, pela interpretação gramatical da norma do inciso XII, do art. 5º da CF, poder-se-ia concluir que somente seria possível haver interceptações de comunicações telefônicas.

A esse respeito, o STF já negou medida liminar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n° 1.488-9/DF), ajuizada com o fim de declarar inconstitucional o supracitado parágrafo. Assim, diante da constitucionalidade presumida do parágrafo único do artigo 1º, a Lei 9.296 servirá para o estudo do objeto deste trabalho, acerca da necessidade de quebra do sigilo das comunicações de dados do *WhatsApp* para fins de persecução criminal. Nesse sentido, Novelino leciona que: “A forma e as hipóteses nas quais as interceptações telefônicas poderão ser determinadas judicialmente estão regulamentadas na Lei n° 9.296/1996, cujos dispositivos se aplicam também à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, como, por exemplo, mensagens enviadas por correio eletrônico, ‘SMS’ ou ‘*WhatsApp*’”.³⁶

Com relação à exegese que pode ser atribuída à norma do citado inciso XII

36 NOVELINO. *Op.cit.*, p. 362.

do artigo 5º da CF, conforme já explanado na seção dos Limites dos Direitos Fundamentais, as restrições ou a possibilidade delas podem estar implícitas. Nesse particular, Pinheiro Neto explica o seguinte sobre o supracitado inciso da Constituição: “As inviolabilidades consagradas pelo dispositivo constitucional, entretanto, comportam exceções encontradas na ponderação de valores constitucionais, que vão mostrar que a importância de outros postulados fundamentais pode relativizar o sigilo de correspondência e de dados.”³⁷

Com efeito, é possível extrair uma reserva legal implícita nesse dispositivo constitucional quanto ao sigilo das comunicações de dados, pois este somente seria um meio de realizar comunicações e o meio telefônico sofre restrições, por meio de uma reserva legal qualificada, tendo em vista que a interceptação telefônica somente poderá ocorrer por meio de determinação judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal na forma prevista em lei, conforme o dispositivo supracitado.

O que muito deve ter influenciado o constituinte originário de não ter explicitado essa restrição foi o fato de que não havia tanta disseminação do uso de aplicativos que realizam a troca de mensagens ou até mesmo chamadas entre usuários, quando da elaboração da atual Constituição da República, de 1988.

Deve-se destacar, ainda, que a interceptação do sigilo das comunicações de dados é utilizada para fins de instrução criminal, por meio de provas geradas através desta interceptação.

As provas são os instrumentos utilizados pelas partes com o fim de convencer o juízo acerca da veracidade das suas alegações em um processo judicial.³⁸

Em âmbito penal, as provas tornam-se ainda mais relevantes, diante dos bens jurídicos envolvidos, pois, por meio delas, poderá haver a aplicação da pena, que possui diversos fins, como reafirmar a ordem jurídica, manter a estabilidade social, ressocializar o condenado e evitar que novas condutas criminosas, que lesionam bens jurídicos relacionados a direitos fundamentais, sejam praticadas.³⁹

Dessa forma, deve-se destacar a importância da restrição do sigilo das comunicações de dados, haja vista que esta restrição pode ser utilizada para fins de persecução criminal, que exige um amplo conhecimento dos fatos, diante dos relevantes bens jurídicos envolvidos no âmbito criminal. Assim sendo, por meio dessa restrição, poderão ser obtidos elementos probatórios aptos a embasar uma sentença ou acórdão criminal. Nesse contexto, Eugênio Pacelli de Oliveira leciona que:

37 PINHEIRO NETO, Othoniel. *Curso de Direito Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1, p. 438.

38 RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

39 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 12 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.

[...] para além da autoridade inerente a qualquer ato do Poder Público, as decisões judiciais em matéria criminal, mais que em quaisquer outras (administrativas e políticas), devem demonstrar o amplo conhecimento sobre a matéria decidida. E de tal maneira que toda condenação criminal seja fruto exclusivo do saber (conhecimento), e não mera manifestação de poder (de autoridade). Conhecidas as inúmeras dificuldades de todo conhecimento (afirmação de certeza), a solução de um caso penal somente poderá obter legitimidade quando fundada em procedimento judicial no qual se permita o mais amplo conhecimento dos fatos e a mais ampla possibilidade de argumentação jurídica. Procedimento, então, realizado em contraditório, para que possam os interessados (autor e réu) participar de todas as questões.⁴⁰

Deve-se ressaltar também que a interceptação das comunicações de dados deve ser possível para que seja mantida a segurança pública, evitando que novas condutas criminosas sejam praticadas. Nesse sentido, importante destacar trecho do acórdão *Habeas Corpus* número 70.814, julgado em 1 de março de 1994, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, da Primeira Turma do STF:

[...] a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no artigo 48, parágrafo único, da Lei 7.210/1984, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Assim, considerando a relevância dos fundamentos justificadores da supracitada restrição, deve-se haver a possibilidade de interceptação das comunicações de dados, quando for necessário para fins de instrução penal, nas hipóteses da Lei 9.296, consequentemente permitindo que a finalidade da pena seja atendida, contribuindo, dessa forma, para a conservação de bens jurídicos de direitos fundamentais.

Conforme já explanado, o *WhatsApp* utiliza um mecanismo de segurança que promete possibilitar o acesso do conteúdo das mensagens do aplicativo apenas aos usuários que se comunicam, por meio de chaves privadas que apenas estes acessam.

Dessa forma, poderia se criar um argumento de que seria impossível a quebra do sigilo das comunicações dos dados. Porém, esse argumento não deve prosperar, haja vista a possibilidade de haver uma modificação do mecanismo de segurança do aplicativo para que seja possível conseguir as chaves privadas dos usuários, por determinação judicial e sob sigilo. Aliás, o que se deve enfatizar é a obrigação do *WhatsApp* realizar uma modificação do seu mecanismo de segurança para que esteja

40 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis n°s 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 34.

de acordo com o ordenamento jurídico.

Com efeito, o mecanismo de segurança utilizado atualmente pelo *WhatsApp*, que foi criado de modo a impossibilitar até mesmo o Poder Judiciário de ter acesso ao conteúdo das comunicações, viola a Constituição Federal e a jurisprudência da Suprema Corte deste país, por tornar o direito à privacidade absoluto, permitindo que o seu mecanismo de segurança seja utilizado para encobertar práticas delituosas.

Corroborando com o entendimento acima exposto, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino mencionam que: “[...] a doutrina e a jurisprudência têm enfatizado que os direitos e garantias fundamentais expõem-se a restrições autorizadas, expressa ou implicitamente, pelo texto da própria Constituição, já que não podem servir como manto para acobertar abusos do indivíduo em prejuízo à ordem pública. Assim, normas infraconstitucionais – leis, medidas provisórias e outras – podem impor restrições ao exercício de direito fundamental consagrado na Constituição.”⁴¹

Dessa forma, não resta alternativa ao *WhatsApp* senão modificar seu mecanismo de segurança, de forma a cumprir inclusive sua política de privacidade, que promete cumprir fielmente o ordenamento jurídico.

Além disso, eventual alegação de que os usuários antigos teriam direito adquirido ao mecanismo de segurança atual deve ser afastada, posto que o atual mecanismo é contrário à Constituição Federal, por ter um intento de tornar absoluto um direito fundamental, e o fato de que a própria política de privacidade do *WhatsApp* prevê sua modificação quando necessário e estabelece a imposição de que o usuário a aceite para que possa continuar utilizar os serviços oferecidos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a abordagem realizada no presente trabalho, intitulado “A quebra do sigilo do *WhatsApp* como meio de prova aceito no direito pátrio: a necessidade de interceptação do sigilo das comunicações de dados para fins de persecução criminal”, ficou demonstrado a possibilidade de se exigir a quebra do sigilo das comunicações de dados trocadas pelos usuários do *WhatsApp*.

Isso porque os direitos fundamentais não são absolutos e, conforme constatado, é possível realizar restrição a esses direitos, conforme a jurisprudência nacional, por meio de um juízo de ponderação, quando houver um conflito entre direitos fundamentais ou entre um direito fundamental e um valor juridicamente relevante.

Além disso, verificou-se a possibilidade de restrições implícitas de direitos

41 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 6 ed. São Paulo: MÉTODO, 2010. p.104.

fundamentais, de forma que de uma simples interpretação literal poder-se-ia concluir que um direito fundamental é absoluto, porém existiriam pressupostos fáticos e jurídicos de casos concretos que demonstrariam que esses direitos devem ser restringidos, quando houvesse uma colisão com outro valor ou direito fundamental que se mostre mais relevante juridicamente de conservar.

Em última análise, considerando o entendimento da doutrina majoritária e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, pode-se concluir que a interceptação das comunicações de dados do *WhatsApp* deve ser executável para fins de persecução criminal, quando preenchidos os requisitos da Lei nº 9.296/96.

7. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Rafael Santos; SILVA, Fernando dos Santos. Algoritmo de Criptografia RSA: análise entre segurança e velocidade. **Revista Eventos Pedagógicos**, Sinop, v. 3, n. 3, p. 438-457, dez. 2012. Disponível em: <<http://sinop.unemat.br/projetos/revista/index.php/eventos/article/download/967/681>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 jan. 2017.

_____. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Institui a Lei de Interceptação Telefônica. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em 23 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1488-9**. Relator: Ministro Néri da Silveira.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Habeas Corpus n. 70.814**. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 01/03/1994.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador, 2008. Disponível em: <http://www.paulomascarenhas.com.br/manual_de_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Ganet. **Curso de Direito**

Constitucional. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 18 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis n.ºs 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 6 ed. São Paulo: Método, 2010.

PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de Direito Constitucional.** Curitiba: Juruá, 2016. v. 1.

POLÍTICA de privacidade do *WhatsApp*. Disponível em: <<https://www.whatsapp.com/legal/#privacy-policy>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SOBRE o *WhatsApp*. Disponível em: <<https://www.whatsapp.com/about/>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

Recebido em: 28.04.2017

Aprovado em: 16.06.2017