

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
CAROLINE RENAULT DOS REIS**

**AS REPERCUSSÕES DA EFETIVAÇÃO DA ORDEM JUDICIAL DE
INTERCEPTAÇÃO DA COMUNICAÇÃO PELO WHATSAPP PARA
FINS DE PRODUÇÃO DE PROVAS EM INVESTIGAÇÕES E
PROCESSOS CRIMINAIS**

**Juiz de Fora
2017**

CAROLINE RENAULT DOS REIS

**AS REPERCUSSÕES DA EFETIVAÇÃO DA ORDEM JUDICIAL DE
INTERCEPTAÇÃO DA COMUNICAÇÃO PELO WHATSAPP PARA
FINS DE PRODUÇÃO DE PROVAS EM INVESTIGAÇÕES E
PROCESSOS CRIMINAIS**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Prof.^a. Kélvia de Oliveira Toledo Guimarães.

**Juiz de Fora
2017**

FOLHA DE APROVAÇÃO

CAROLINE RENAULT DOS REIS

AS REPERCUSSÕES DA EFETIVAÇÃO DA ORDEM JUDICIAL DE INTERCEPTAÇÃO DA COMUNICAÇÃO PELO WHATSAPP PARA FINS DE PRODUÇÃO DE PROVAS EM INVESTIGAÇÕES E PROCESSOS CRIMINAIS

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel, submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientadora: Prof.^a. Kélvia de Oliveira Toledo Guimarães
Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF

Prof. Dr. Cristiano Alvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF

PARECER DA BANCA

- APROVADA
 REPROVADA

Juiz de Fora, 10 de novembro de 2017.

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade demonstrar as consequências decorrentes do bloqueio do WhatsApp, que ocorreu três vezes no território brasileiro, atingindo todos os usuários do aplicativo. Além disso, tem o intuito de explicitar os prejuízos causados pela decisão judicial na esfera econômica, jurídica e pessoal dos indivíduos, a qual colocou em risco os direitos e as garantias constitucionalmente consagrados pela Carta Magna de 1988. Por fim, irá analisar se a decisão prolatada pelo juízo foi proporcional à sua finalidade, qual seja, para obter informações a serem utilizadas nas investigações e nos processos criminais.

Palavras-chave: Bloqueio. WhatsApp. Direitos constitucionais. Processo Penal.

ABSTRACT

The purpose of this article is to demonstrate the consequences of blocking WhatsApp, which occurred three times in Brazilian territory, affecting all users of the application. In addition, it seeks to make clear the damage caused by the judicial decision in the economic, legal and personal sphere of individuals, which put at risk the rights and guarantees constitutionally enshrined in the 1988 Constitution. Finally, it will analyze whether the decision proposed by the court was proportional to its purpose, that is, to obtain information to be used in investigations and criminal prosecutions.

Key-words: Block. WhatsApp. Constitutionalrights. Criminal process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO 1 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	9
1.1 Direito à intimidade e à privacidade.....	9
1.2 Princípio da proporcionalidade.....	11
CAPÍTULO 2 – A COMUNICAÇÃO NA ATUALIDADE.....	13
2.1 Sociedade da informação.....	13
2.2 Equiparação da comunicação via WhatsApp.....	14
2.3 Interceptações telefônicas.....	15
2.4 Direito probatório de 3ª geração.....	19
CAPÍTULO 3 - NOVOS PARADIGMAS PARA O WHATSAPP.....	21
3.1 Criptografia de ponta-a-ponta.....	21
3.2 Repercussões acerca do bloqueio do WhatsApp.....	22
CONCLUSÃO.....	28
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	29

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a sociedade encontra-se em uma época frisada pela era tecnológica, a qual foi enaltecida pelo surgimento do aplicativo WhatsApp em 2009. Este se tornou o meio de comunicação mais utilizado mundialmente, haja vista a sua facilidade de obtenção, o seu valor ínfimo e eficiência ofertada aos usuários. Nesta toada, influenciou o mundo jurídico, haja vista a otimização do trabalho da justiça.

Neste diapasão, surgiu a denominada “Sociedade da informação”, a qual tem por característica, justamente, ser uma sociedade inserida no fluxo de comunicação atual, voltada para a tecnologia e a internet, através não só do computador, como também dos celulares.

Em decorrência do exacerbado número de adquirentes do aplicativo, bem como da intensa troca de informações via internet, o WhatsApp alterou, recentemente, o seu uso de dados com a chamada “criptografia de ponta-a-ponta”. Esta nova política tem o fulcro de proteger as mensagens dos usuários, visto que apenas estes teriam acesso às suas conversas, não havendo a possibilidade de terceiros o terem. Neste ínterim, a privacidade dos usuários do aplicativo estaria resguardada, principalmente, contra ataques cibernéticos.

Destaca-se que o Código Penal Brasileiro é de 1940, período muito anterior à Constituição Federal do Brasil de 1988, razão pela qual a legislação ali exposta deve se adequar ao modelo de sociedade atual, assim como deve ser feita uma interpretação extensiva, a fim de contemplar os crimes cometidos através da internet.

Paralelamente aos avanços da era digital, houve uma maior preocupação com a salvaguarda dos direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988, que tangenciam os usuários do aplicativo, em especial, o direito à liberdade de comunicação e expressão, à privacidade e à inviolabilidade da comunicação, conforme art. 5º, incisos IX, X e XII, respectivamente.

Cumprе salientar que, além da disposição na Lei Maior, os direitos fundamentais atrelados ao uso da internet também estão presentes em leis infraconstitucionais, a exemplo da Lei 12.965/2014, chamada Marco Civil da Internet, consoante os artigos 3º, incisos II e III e 7º, inciso I.

Inobstante as previsões supracitadas, recentemente, os usuários do WhatsApp se depararam com o inesperado bloqueio do aplicativo, impossibilitando o seu uso durante horas. Ressalta-se que isto ocorreu três vezes entre os anos de 2015 e 2016, mais especificamente em

dezembro de 2015 e em maio e julho de 2016. Todos estes bloqueios foram por determinação judicial e tiveram como finalidade a obtenção de informações para investigações criminais.

Todavia, estes bloqueios repercutiram na esfera de milhões de brasileiros, os quais utilizam este aplicativo não só para o lazer e entretenimento, mas também para o trabalho, principalmente, as empresas. Além disso, os dados pessoais destes usuários estiveram vulneráveis durante este período, infringindo a sua privacidade e segurança.

Destarte, importante analisar a motivação das interceptações judiciais de cunho criminal, sob a égide do direito à privacidade, à intimidade, à inviolabilidade da comunicação privada, à proteção e à segurança dos dados pessoais, mediante o princípio da proporcionalidade, a fim de averiguar a adequação e a necessidade das medidas aplicadas.

Nessa toada, tendo em vista o panorama apresentado, o presente artigo tem por finalidade explicitar acerca dos direitos cabíveis aos sujeitos incriminados por determinados crimes, mediante conteúdos adquiridos por conversas de WhatsApp. E, ainda, analisar a ordem judicial de bloqueio do aplicativo, sob a luz dos princípios e direitos constitucionais, a que tanto os indiciados quanto os cidadãos comuns fazem jus.

CAPÍTULO 1 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1.1 DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE

É de comum conhecimento que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, razão pela qual perfaz a necessidade de garantia e proteção dos direitos fundamentais designados na Constituição Federal de 1988. Esta organização estatal prima pela maior participação dos cidadãos, com a supremacia da Constituição e a consequente limitação dos poderes do Estado, em prol da consolidação de uma justiça substancial.

Neste aspecto, o direito à intimidade e à privacidade, assegurados no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988, preveem:

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:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...).

Consoante o entendimento do jurista Tércio Sampaio Ferraz (1993), o direito à privacidade e à intimidade são direitos subjetivos fundamentais, sendo uma tipificação dos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002. O fim principal destes direitos é estabelecer uma esfera de defesa contra as arbitrariedades do Estado e contra os sujeitos particulares, ainda que sejam conceitos com ampla interpretação. Nesta seara, somente o próprio indivíduo terá acesso a conteúdos e informações pessoais, bem como a características particulares e econômicas, sem que estes sejam publicizados. Logo, estes não podem sofrer consequências de atos abusivos.

Em consonância a este entendimento, o direito à intimidade possui elementos particulares, a exemplo do direito ao sigilo, o qual corrobora a concepção de que há fatos e informações específicos que os indivíduos não desejam ser divulgados a terceiros, sem o seu consentimento. Este direito é a manifestação do direito à intimidade e somente a vontade é a criadora do segredo.

Importante frisar acerca do fracionamento do direito à intimidade, previsto por José Afonso da Silva (1992), que se desmembra em direito à intimidade *lato sensu* e em direito à privacidade. O primeiro corresponde à vida da própria pessoa, reservada para si, seja por questões filosóficas, seja por questões religiosas, não havendo repercussão social. Já o

segundo se refere ao relacionamento do indivíduo com outros, mas que, ainda assim, deve ser resguardada e não exposta publicamente.

Em suma, conforme o entendimento de Paulo José da Costa Júnior (1970), a intimidade corresponde à vontade do indivíduo de ser deixado só. Ou seja, se refere a uma forma de viver independente da ingerência alheia, possibilitando que o sujeito tenha o total controle acerca das circunstâncias que faz jus.

Nas atuais circunstâncias fáticas, em que a sociedade se depara com o intenso fluxo de informações, os direitos à privacidade e à intimidade encontram-se fragilizados. Isto porque a comunicação tornou-se simplificada, principalmente, mediante o aplicativo WhatsApp, o que gerou consequências positivas e negativas. Dentre as desvantagens, destaca-se que os dados trocados nas mensagens instantâneas restam vulneráveis à invasão de terceiros. Em contraposição, o aplicativo facilitou a forma de relacionamento entre os indivíduos e até empresas, através do envio de mensagens de texto, fotos, vídeos, áudios, etc. Ou seja, o aplicativo beneficiou economicamente e socialmente os seus usuários.

Nesta esteira, estes direitos não podem ser mitigados em razão do constante e crescente desenvolvimento tecnológico, sob o argumento de que não há amparo constitucional. Para isto, exige-se uma nova perspectiva hermenêutica da legislação pertinente, a fim de se adequar à realidade brasileira.

Cumprido ressaltar que, não obstante sejam direitos fundamentais, estes não possuem valor absoluto, logo, os direitos à intimidade e à privacidade podem ser limitados no caso concreto, em razão de relevante interesse público, conforme entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal no MS nº 23.452/RJ, que expõe “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto (...)”.

Nesta toada, realizar-se-á a ponderação e a adequação diante dos direitos fundamentais em análise, a fim de que se obtenha a tutela de um bem jurídico.

Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover (1982), entende que “o ordenamento jurídico não pode ser concebido senão como um sistema de limitações recíprocas dos diversos direitos subjetivos nele existentes, a fim de que possam coexistir em plena harmonia”.

Assim, é plenamente possível que o direito à intimidade do sujeito imputado seja sacrificado em prol da sociedade, desde que a publicação de determinadas informações também tenha limites, que tangenciam a sua necessidade.

Por seu turno, destaca-se a função do Estado na tutela destes direitos, a qual se direcionará através da aplicação de políticas públicas e do estabelecimento de normas punitivas para o não cumprimento das regras de conduta. Assim, diante de um conflito entre

indivíduos envolvendo direitos fundamentais, caberá ao Estado investigar e, enfim, averiguar os bens jurídicos ali violados para lhes promover a sua proteção. Neste caso, será possível que estes direitos sejam relativizados, em prol dos sujeitos identificados.

Em vistas a esta ocorrência, esta será evidenciada no momento em que se investiga acerca do autor de um crime, mediante a constatação das suas relações pessoais e profissionais com outros indivíduos que poderão, ou não, estar relacionados com o crime em tela. Em casos específicos ocorrerá, então, a relativização do direito à intimidade e à privacidade.

1.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Os princípios são considerados mandados de otimização e são os responsáveis por nortearem todo o sistema normativo e funcionam como normas jurídicas com alto grau de generalidade, os quais podem vir a tornar inválidas determinadas regras jurídicas, a depender do caso concreto. Através dos princípios, tem-se a efetivação do Estado democrático de Direito.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1996) dispõe acerca da importância dada à obediência aos princípios:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 1996, pp. 747 e 748)

Haja vista o conflito existente entre direitos fundamentais, amplamente consubstanciados na Constituição Federal de 1988, em virtude do bloqueio do WhatsApp, torna-se primordial a análise do princípio da proporcionalidade para por fim ao litígio.

Este princípio está implícito na Carta Magna, todavia, mostra-se presente na medida em que deve haver ponderação entre direitos fundamentais, principalmente, no que corresponde aos interesses coletivos e individuais. Desta forma, torna-se essencial o seu emprego, especialmente, em situações que tangenciam a legislação penal, para limitar garantias fundamentais em prol de outros valores fundamentais.

Cumpra salientar a respeito dos requisitos que devem estar presentes para a aplicação deste princípio, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Sendo assim, limita-se o poder de penetração do Estado na vida privada dos indivíduos, para que este não incorra em arbitrariedades. Para tanto, evidencia-se a aplicação do direito penal como *ultima ratio*, corroborando-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Na hipótese do bloqueio do aplicativo WhatsApp, pondera-se a sua efetivação com base nos direitos à privacidade, à intimidade, à inviolabilidade da comunicação privada em face da segurança pública para o funcionamento da justiça criminal, direitos estes consagrados na Constituição Federal de 1988, nos artigos 5º, X e XII¹ e art. 144², respectivamente. Isto com estrita observância ao princípio da proporcionalidade, que tem como primazia o equilíbrio dos direitos individuais.

Insta realçar que, no Estado Democrático de Direito, tem-se que a intervenção estatal é a exceção, enquanto que a liberdade do indivíduo é a regra. Ou seja, deve haver cautela para que estes direitos fundamentais sejam mitigados, bem como correlação entre as decisões proferidas pelo Judiciário e o princípio da proporcionalidade.

Por esta razão, tendo em vista os requisitos necessários para a limitação dos direitos fundamentais dos indivíduos, percebe-se que os bloqueios do aplicativo WhatsApp ocorreram independentemente do respeito aos critérios de adequação e necessidade. Logo, foi aplicada uma medida desproporcional ao caso, na medida em que prevaleceu o atendimento aos interesses do Estado, juntamente com a justiça criminal, em detrimento dos direitos da sociedade. Apesar de o conflito ser entre direitos fundamentais, subsistem outros mecanismos a serem utilizados pelo Estado, sem que prejudique terceiros, para alcançar o objetivo pleiteado, qual seja, o de busca por provas para a investigação criminal.

¹ Art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal de 1988.

² Art. 144, da Constituição Federal de 1988.

CAPÍTULO 2 – A COMUNICAÇÃO NA ATUALIDADE

2.1 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Os avanços tecnológicos ocasionaram uma mudança significativa no cenário da sociedade atual, determinando o novo sistema econômico e social. Assim, a essência da sociedade está centralizada na tecnologia e na informação, bem como no conhecimento, produzindo resultados mais eficazes. Neste contexto surge o conceito de “Sociedade da Informação”.

Apesar de ser um termo unilateral, este deve ser interpretado como todo o coletivo, visto que a internet conectou os indivíduos e os inseriu na tecnologia, principalmente, com o WhatsApp. Por consequência, facilitou o cotidiano destes indivíduos e também das empresas, as quais fazem uso do aplicativo para firmarem contratos, encomendas e reuniões, mas também, para contatarem funcionários, clientes e gerenciarem à distância, por exemplo. Ou seja, o WhatsApp tornou-se instrumento apto a conectar as pessoas, seja para o âmbito profissional, seja para o entretenimento.

Nesta sociedade são realizadas, em suma, atividades integradas pela tecnologia da informação e comunicação, mediante as informações utilizadas nos meios digitais. Nesta esteira, também surge uma nova economia, a qual está inteiramente relacionada com a tecnologia, em razão da convergência dos setores industriais com os setores eletrônicos nas fases de produção.

A sociedade da informação tem, portanto, impacto direto no uso dos meios de comunicação, especialmente, influenciando o setor econômico e social, já que, segundo Takahashi (2000), “A sociedade da informação não é um modismo. Representa uma profunda mudança na organização da sociedade e da economia”.

Arelado ao avanço da tecnologia, o governo brasileiro direcionou-se para promover políticas públicas voltadas para impossibilitar a exclusão digital. Frisa-se que o acesso à informação filia-se à qualidade da alfabetização e educação dos cidadãos. Por conseguinte, na medida em que estes cidadãos estão inseridos nos meios tecnológicos, devem estar aptos a utilizá-lo de forma estratégica, para atingirem o seu potencial.

De mais a mais, a análise da sociedade da informação requer uma maior proteção à intimidade e à privacidade dos indivíduos, posto que a facilidade de acesso a dados e informações faz com que os sujeitos estejam mais vulneráveis à atuação de terceiros.

Sendo assim, tem-se, atualmente, uma sociedade baseada em uma nova realidade, a qual integra a internet, a tecnologia e a comunicação, simplificando o cotidiano dos cidadãos, cuja habilidade deve ser desenvolvida no ambiente em questão, a fim de proporcionar o avanço social, econômico e sociológico.

Acentua-se que a internet está em constante mutação, sendo intangível ao ser humano, que apenas faz uso da mesma para promover benefícios para si e/ou para outrem. Paralelamente ao prosseguimento da internet, roga-se por um controle no interior deste meio, para que não haja violação de direitos e garantias constitucionais, assim como haja a inocorrência de crimes virtuais. Tais crimes estão sendo costumeiramente chamados de *cibercrimes*, justamente por ocorrerem por meio das tecnologias. E, pelo fato do uso do WhatsApp ter superado o dos demais meios tecnológicos, se tornou o maior propagador deste tipo de crimes, requerendo maior atenção.

Neste diapasão, a sociedade contemporânea comporta a mobilidade e a transação, caracterizando-se como uma sociedade aberta. Além disso, prima-se pela atuação do Estado na integração dos indivíduos na sociedade, essencialmente, no que concerne ao uso da internet com o aplicativo WhatsApp.

2.2 EQUIPARAÇÃO DA COMUNICAÇÃO VIA WHATSAPP

O aplicativo WhatsApp se tornou o principal meio de comunicação da era tecnológica, através do estabelecimento de conversas por mensagens, áudios, vídeos e fotos, envolvendo relações sociais, pessoais e profissionais. De fato, houve intensa interligação entre os indivíduos, independentemente da distância em que estejam ou do país em que se encontram. Além disso, a troca de informações e de conteúdos também restou acentuada, principalmente para a preparação de crimes que abarcam concurso de agentes.

Cumprе destacar que as mensagens trocadas entre os usuários não são públicas, ou seja, apenas os interlocutores ali envolvidos têm este acesso. Desta forma, deve ser feita uma interpretação progressiva do art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988, na medida em que estes usuários também tenham os seus direitos resguardados pela Lei Maior.

Neste ínterim, iguala-se as conversas de WhatsApp ao correio eletrônico, ainda que tenham finalidades diversas, mas que se consubstancia na mesma proteção constitucional.

Por consequência, o dispositivo legal deve ser submetido a uma ampliação de sentido, visto que ocorreram diversas mudanças sociais desde a década de 80, a fim de abranger a

realidade fática atual. A exemplo disto, tem-se a decisão do STJ no HC 51.531/RO³, em que o Relator Ministro Nefi Cordeiro equiparou as mensagens de texto, bem como as conversas de WhatsApp às comunicações telefônicas, de qualquer natureza, abarcadas pela Lei 9.296/1996. Logo, faz-se necessária autorização judicial prévia para o acesso às informações contidas no aplicativo, a qual deverá ocorrer de forma subsidiária, com o fim de investigação criminal e processual penal. A não observação destes requisitos poderá acarretar a ilicitude da prova.

Portanto, o texto constitucional tem a incumbência de se ajustar com a modernidade advinda do aplicativo, ora em questão, para garantir o amparo estatal adequado, tendo em vista que não há, até o presente momento, previsão legal expressa a respeito. Caberá ao Estado, portanto, fazer uso de meios investigativos criminais compatíveis e eficientes ao desenvolvimento tecnológico da sociedade.

Nesta senda, Carlos Maximiliano (2005) afirma que “O direito deve ser interpretado de forma inteligente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá a ter conclusões inconsistentes ou impossíveis”.

Sob o entendimento de José Paulo Baltazar Júnior (2010):

Coloca-se, então, como necessária, face ao perigo do crime organizado, a adoção de novas bases no processo penal, que contemplem a adoção de técnicas especiais de investigação, a possibilidade da utilização de meios de inteligência na fase da investigação criminal, a proteção de testemunhas, vítimas e réus colaboradores, a adoção de soluções negociadas, a busca da prevenção. Acredito que essa modificação nas bases do processo penal não significará erosão dos direitos individuais, mas que será possível a adoção de tais medidas dentro do marco constitucional e com obediência ao princípio da ampla defesa.

2.3 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Os mecanismos das interceptações telefônicas empregados pelo Estado adquiriram maior grau de utilização, em decorrência dos avanços tecnológicos. Na atual conjuntura, têm o propósito de colaborar nas investigações e processos criminais, com elementos probatórios, tendo em vista que são descobertos, muitas vezes, os participantes nos crimes, bem como estes são elucidados de forma extensa. Por consequência, há uma desarticulação da criminalidade organizada. Ao revés, devem ser considerados os direitos destes sujeitos

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 51.531/RO**. Relator Ministro Nefi Cordeiro, Brasília, 09 de maio de 2016.

envolvidos, haja vista a garantia constitucional da inviolabilidade da comunicação privada, salvo se houver autorização judicial.

Dispõe o art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988:

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:

(...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (...).

Ademais, corrobora-se ao entendimento constitucional o previsto no art. 1º e 2º, da Lei 9.296/1996:

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

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

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

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

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

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

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

Conforme a legislação supracitada, a interceptação telefônica apenas poderá ser implementada em ocasiões excepcionais, de forma subsidiária e, principalmente, quando houver prévia autorização judicial. Frisa-se que o STF já possui entendimento pacificado, no que tange a prorrogação das interceptações por um lapso de tempo razoável. Segundo o que se infere no HC 83.515/RS⁴ e no RHC 88.371/SP⁵, não há impedimento para as prorrogações,

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 83.515/RS**. Relator Ministro Nelson Jobim, 04 de março de 2005.

todavia, deve ser comprovada a necessidade e indispensabilidade deste meio de prova, em consonância com os dispositivos legais.

Insta frisar que não deve perdurar o argumento de que a garantia constitucional engloba a comunicação dos dados e não os dados em si mesmos, de forma que o sigilo dos dados abarca todas as informações advindas da informática. Sendo assim, deve ser feita uma interpretação ampla do artigo constitucional. Diante da polêmica existente na redação do inciso XII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, o STF decidiu que este inciso protege de forma absoluta a quebra do sigilo de comunicação de dados e não os dados propriamente ditos, desde que para fins de investigação criminal e com a respectiva autorização judicial. Esta também é a interpretação dada por Tércio Sampaio Ferraz(1993), “toma seu correto sentido o disposto no inciso XII, art. 5, da Constituição Federal de 1988, quando ali se admite, apenas para a comunicação telefônica e, assim mesmo, só para fins de investigação criminal ou instrução processual criminal, por ordem judicial, a quebra do sigilo”. Contudo, destaca-se que a proteção do dispositivo constitucional deve abranger o conteúdo da comunicação e, por consequência deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, mediante a presença dos seus requisitos, sendo indispensável a autorização judicial.

Em contraposição a esta corrente, o Ministro Felix Fischer, conforme relatado no RHC 75.800/PR, compreende que, nas situações de busca e apreensão de celular, está implícita a autorização judicial, sendo assim, seria permitido o acesso aos dados do WhatsApp. Acrescenta, ainda, que a efetividade da busca do celular apenas seria possível se os dados pudessem ser acessados, caso contrário, não serviria como prova criminal.

Novamente, Ada Pellegrini Grinover (1982) aponta sobre as interceptações telefônicas:

As interceptações telefônicas ilícitas não podem ser admitidas no juízo penal, porque constituem atividade em contraste com o princípio do sigilo das comunicações, cuja inviolabilidade não pode ser ignorada na esfera processual. Se indevidamente admitidas, serão ineficazes, e fulminada de nulidade ficará a sentença que nelas se basear.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus 88.371/SP**. Relator Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 02 de fevereiro de 2007. “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento segundo o qual as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente quanto à necessidade para o prosseguimento das investigações”.

Recentemente, o STJ, no RHC 51.531/RO⁶ afirmou que a polícia não poderá retirar informações e dados advindos do aplicativo WhatsApp, sem prévia autorização judicial específica e motivada. Caso contrário, a prova adquirida será considerada ilícita e, por consequência, deverá ser desentranhada do processo criminal. Isto se perfaz ainda que o indivíduo esteja em situação de flagrância. Ademais, destaca-se que, segundo o entendimento do STF, o acesso ao registro das últimas chamadas do celular, por si só, não necessita de autorização judicial.

No entanto, esta prática é constantemente realizada pelos delegados de polícia, que fazem a apreensão dos aparelhos celulares e dos seus dados subjacentes, sem prévia autorização judicial, sem argumentos relevantes, visto que se respaldam na ausência de cláusula de reserva de jurisdição na CRFB/88e, mais, sem que haja a demonstração do requisito do *periculum in mora*, conforme aponta a ministra do STJ Maria Theresa de Assis Moura no RHC/RO 51.531, tão somente com fulcro no art. 6º, do Código de Processo Penal, o qual prevê:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:
 (...)

 II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;
 III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;(...).

Cumprе salientar que a prova ilícita é aquela obtida de forma ilegal ou ilegítima, ou seja, que está em dissonância com as garantias e princípios constitucionais do direito material e processual, respectivamente. Desta forma, viola-se o ordenamento jurídico no seu aspecto material e processual, acarretando o seu desentranhamento, conforme o art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988 e o art. 157, do Código de Processo Penal.

Ao revés, uma vez presente a autorização judicial, os dados retirados do aplicativo WhatsApp poderão servir como um meio de prova lícito, de acordo com a jurisprudência. Todavia, como outros meios igualmente digitais, está sujeito à manipulação de informações pelos seus respectivos usuários, a fim de acobertar algum conteúdo. Logo, faz-se necessária certa cautela na sua utilização, para que seja garantida a autenticidade das referências ali

⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 51.531/RO**. Relator Ministro Nefi Cordeiro, Brasília, 09 de maio de 2016. “Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial”.

contidas. Pode-se concluir que a permissão da violação de dados é a exceção, enquanto que o impedimento deste ato é a regra.

2.4 DIREITO PROBATÓRIO DE 3ª GERAÇÃO

A Suprema Corte Norte Americana, mais precisamente, em sua 4ª Emenda Constitucional, determinou acerca de quais casos concretos seriam imprescindíveis a autorização judicial para a busca e apreensão, com o fim de obtenção de provas lícitas.

Neste diapasão, Olmstead (1928), Katz (1967) e Kyllo (2001) foram os responsáveis por classificarem as gerações de direito probatório em 1ª, 2ª e 3ª geração. Desta forma, restou estipulado que o Direito Probatório de 3ª Geração incorporaria as provas invasivas obtidas através dos avanços tecnológicos, proferindo a obtenção de grande parcela de conteúdos e informações, os quais não seriam alcançados se fossem utilizados tão somente as técnicas tradicionais. Em consonância a este entendimento, o Ministro Rogério Schietti cita o lecionado por Danilo Knijnik:

A menção a elementos tangíveis tendeu, por longa data, a condicionar a teoria e prática jurídicas. Contudo, a penetração do mundo virtual como nova realidade, demonstra claramente que tais elementos vinculados à propriedade longe está de abarcar todo o âmbito de incidência de buscas e apreensões, que, de ordinário, exigiriam mandado judicial, impondo reinterpretar o que são ‘coisas’ ou ‘qualquer elemento de convicção’, para abranger todos os elementos que hoje contém dados informacionais. (KNIJNIK, 2014, p. 179)

O Ministro se embasou nestes dizeres para proferir o seu voto no HC 51.531, para os casos em que os policiais acessavam, de forma irrestrita e sem amparo constitucional, os aplicativos de aparelhos celulares apreendidos dos indivíduos. Neste aspecto, distinguiu referido *Habeas Corpus* do precedente HC 91.867/PA⁷ do STF, em que foi considerado lícito este acesso aos aparelhos celulares, sem autorização judicial. Ao revés, segundo o entendimento pacificado da 6ª Turma do STJ, a devassa de conversas de WhatsApp, advindas de apreensão policial, sem a devida ordem judicial, será considerada prova ilícita.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 91.867/PA**. Relator Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 20 de setembro de 2012.

Por seu turno, o Ministro Rogério Schietti propôs, então, dois tipos de dados, quais sejam, aqueles gravados no aparelho e acessados pela polícia ao manuseá-lo e os interceptados pela polícia no momento em que acessa os aplicativos e comunicação instantânea, a exemplo do WhatsApp. Tudo isto em virtude dos atuais aparelhos celulares conterem inúmeras funções, dentre as quais a troca de mensagens pelo WhatsApp se destaca.

Nesta esteira, em estrita observância ao Direito Probatório de 3ª Geração e ao seu âmbito de repercussão, qual seja, na esfera tecnológica, o precedente decorrente do HC 91.867/PA do STF não tem mais cabimento nas atuais circunstâncias. Logo, ainda que o sujeito esteja em flagrante delito, o seu aparelho celular não poderá ser alvo de apreensão policial, com a sua conseqüente invasão ao conteúdo ali existente, unilateralmente, sem que haja prévia autorização judicial, bem como a proteção do seu direito à intimidade seja preservado.

Ademais, salienta-se que este entendimento comporta exceções, a depender do caso concreto, em que a aquisição do mandado judicial gerará prejuízos na obtenção do conteúdo probatório, conforme aponta Marçal (2016):

Conquanto tenha sido essa a tônica da decisão, a Corte não descartou, peremptoriamente, que a depender do caso concreto, ficando evidenciado que a demora na obtenção de um mandado judicial pudesse trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito, mostre-se possível admitir a validade da prova colhida através do acesso imediato aos dados do aparelho celular.(MARÇAL, 2016, p. 240).

Conclui-se, então, que o Direito Probatório de 3ª Geração requer uma atualização interpretativa, no que tange ao texto constitucional, a fim de que os direitos garantidos aos sujeitos, como o direito à intimidade e à privacidade, não sejam mitigados sem amparo legal e motivação adequada. Ou seja, torna-se indispensável a devida proteção a esta geração de direitos, a fim de se adaptar aos liames tecnológicos.

CAPÍTULO 3 – NOVOS PARADIGMAS PARA O WHATS APP

3.1 CRIPTOGRAFIA DE PONTA-A-PONTA

A criptografia de ponta-a-ponta foi incrementada no aplicativo WhatsApp, em 2016, no Brasil, com o intuito de garantir maior segurança nas mensagens trocadas entre os usuários. Por este motivo, apenas a própria pessoa teria acesso ao conteúdo das mensagens, visto que para as mesmas serem descriptografadas, faz-se necessária a obtenção de uma chave particular, a qual somente o indivíduo possui. Ou seja, através desta nova técnica, os usuários teriam a sua privacidade e intimidade preservadas e somente compartilhariam as mensagens do aplicativo, mediante a própria vontade.

Entretanto, há divergências quanto a esta funcionalidade, já que o WhatsApp possui um código fechado, não sendo possível estabelecer se realmente o recurso da criptografia de ponta-a-ponta está cumprindo sua função, de impedir o acesso às mensagens por terceiros.

Nesta seara, nem mesmo o próprio WhatsApp teria acesso aos dados trocados pelo aplicativo, mesmo sob ordem judicial, justamente por não ter a chave de segurança necessária para esta admissão. Sendo assim, um dispositivo envia a mensagem codificada, a qual será decodificada, apenas, pelo dispositivo que a recebe.

A questão da criptografia foi um dos temas polêmicos que envolveram o bloqueio do WhatsApp por todo o território nacional. Através do aplicativo, em uma situação de flagrância, o celular apreendido por policiais forneceria dados e informações necessários à tipificação da conduta criminosa, bem como para comprovar a autoria e demais envolvidos no crime. Destarte, tendo em vista a criptografia de ponta-a-ponta e que as mensagens não são salvas pelos respectivos servidores, não haveria a possibilidade de recuperação destas.

Em vista do exposto, conforme o atual estado tecnológico em que a sociedade se encontra, os indivíduos estão todos conectados entre si, através do aplicativo e, por esta razão, uma possível flexibilização do recurso da criptografia acarretaria o atingimento de todos os usuários do mesmo.

Ao revés, anteriormente a 2016, este recurso ainda não existia, então, os indivíduos se encontravam mais vulneráveis à internet, correndo riscos de exponenciais prejuízos de seus direitos constitucionais previstos. Estes prejuízos poderiam atingir a nível nacional, ferindo a segurança pública e os negócios econômicos. Os chamados “hackers” são os sujeitos que

cometem os crimes virtuais, ameaçando o comércio digital, sendo o principal motivo da adoção da criptografia de ponta-a-ponta.

Ademais, o uso desta técnica de segurança encontra respaldo no Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014, na medida em que esta lei assegura a liberdade dos negócios no âmbito da internet, assim como protege o direito à privacidade, à intimidade e à inviolabilidade das comunicações privadas dos usuários, notadamente nos seus artigos 2º, inciso V; art. 3º, incisos II, III e VIII e art. 7º, incisos I, II e III.

Como estes direitos e garantias podem ser relativizados, mediante autorização judicial, resta saber se, de fato, a criptografia adotada pelo WhatsApp impede as interceptações judiciais, visto que foi um dos motivos para a ocorrência do bloqueio do aplicativo. Outro problema a ser destacado é saber se é possível o espelhamento do conteúdo das conversas privadas entre os usuários, para que as autoridades judiciais tenham o devido acesso.

Em julho de 2016, ocorreu no Brasil o terceiro bloqueio do WhatsApp, o qual repercutiu, mais uma vez, na esfera de todos os cidadãos que fazem uso do aplicativo. O argumento do juízo foi o de que a empresa responsável pelo aplicativo não compartilhou informações necessárias para uma investigação criminal específica. Este pedido de quebra do sigilo das mensagens trocadas, já havia sido feito, anteriormente, sem sucesso. Neste ínterim, o bloqueio serviu como uma medida coercitiva imediata, diante da negativa de fornecimento de tais dados. Sob o ponto de vista de Kant (2003), esta questão retrata um conflito de normas, o qual reflete na ilegalidade da decisão judicial.

Em análise aos direitos dispostos no Marco Civil da Internet, tem-se que estabelecer a distinção entre os dados principais e os metadados. Aqueles são os dados por excelência, que encontram a sua devida proteção na lei e na Constituição Federal de 1988, no que tange à inviolabilidade das comunicações privadas. Já os metadados correspondem às informações secundárias, não sendo explicitados no núcleo essencial do direito constitucional em tese, diferentemente dos dados principais. Na hipótese de haver autorização judicial motivada em face de um indivíduo, há a possibilidade do acesso aos metadados contidos no celular do mesmo.

3.2 REPERCUSSÕES ACERCA DO BLOQUEIO DO WHATSAPP

A fundamentação dos bloqueios do WhatsApp contrapõe os interesses coletivos da segurança pública, enfatizando-se nas investigações criminais, em prol dos interesses e direitos individuais cabentes aos cidadãos. Para o primeiro, o acesso ao aplicativo traria à tona

informações acerca da autoria e materialidade de crimes cometidos. Por sua vez, para o segundo, invoca-se o direito à intimidade, à privacidade e à inviolabilidade das comunicações privadas.

Insta frisar, ainda, sobre o princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe:

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:
 (...)

LVII- ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (...).

Este princípio é basilar para a materialização do Estado Democrático de Direito, funcionando como uma garantia processual penal para que o acusado tenha um julgamento justo e conforme os ditames constitucionais. Destarte, este princípio tem o poder de limitar a atuação estatal, motivo pelo qual, adentrar na esfera privada do sujeito, presumindo a sua culpa, requer autorização judicial motivada para tanto.

Diante do pedido judicial de fornecimento de dados particulares de determinados indivíduos, a empresa responsável pelo aplicativo WhatsApp se negou a fornecer, defendendo-se com base nestes direitos e princípios supracitados, além de alegar motivos de ordem técnica que impediriam também tal fornecimento, especialmente, no que tange à criptografia de ponta-a-ponta. Desta forma, o aplicativo foi bloqueado por todo o território nacional, afetando todos os cidadãos brasileiros, que fazem uso do aplicativo para o lazer, mas também para o trabalho. Esta decisão foi prolatada pela juíza da 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias -Rio de Janeiro, Drª. Daniela Barbosa Assumpção de Souza, em julho de 2016.

Cumprе salientar que a questão do bloqueio do WhatsApp envolve vários setores e sujeitos da sociedade, incluindo o Estado, as empresas e os demais cidadãos. Sob o viés estatal, há o interesse em ver cumprida e obedecida as legislações criminais impostas, mas também deve promover a proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos, quais sejam, a segurança, a privacidade, a intimidade, a inviolabilidade das comunicações privadas e etc., razão pela qual também tem o dever de apoiar o recurso da criptografia, já que está estritamente relacionado com tais direitos. Em suma, o papel do Estado é primordial para alastrar a segurança das comunicações, haja vista a atual fase tecnológica em que a população

está inserida. Isto poderá ser verificado com o incentivo às inovações tecnológicas, com a inclusão digital e com a proteção da internet face aos crimes cibernéticos.

Para as empresas, o uso do WhatsApp é de extrema importância, pois as mesmas têm o objetivo de oferecer aos seus consumidores virtuais, produtos seguros e da melhor qualidade, a fim de conseguirem atingir certo grau de confiança dos mesmos. Além disso, estas empresas possuem regulação setorial que devem ser cumpridas e, desta forma, há reciprocidade de obrigações, as quais colaboram com o crescimento econômico. Por consequência, pugnam para que ocorram investimentos nos setores tecnológicos, principalmente, nas redes de comunicação. Nesta seara, a criptografia envolve a questão de livre concorrência, previsto no art. 170, IV, da Constituição Federal de 1988, princípio no qual se protege as empresas, em sede de igualdade, no ambiente capitalista em que se encontram. Em virtude da importância da criptografia, eventual restrição legislativa a esta deve ser submetida ao exame de sua constitucionalidade.

A sociedade, por sua vez, privilegia o investimento neste setor tecnológico, mas, concomitantemente, tem interesse na proteção dos seus direitos fundamentais, resguardados pela Constituição Federal de 1988 e pelas leis especiais pertinentes.

Destaca-se que na seara penal, rege-se o princípio da verdade real, ou seja, durante o trâmite do processo penal, deve-se buscar a realidade dos fatos, motivo pelo qual se faz necessária a intensificação das provas, eis que o Estado não pode se satisfazer com a mera realidade formal do caso.

A exemplo da atuação da polícia que, nos casos de flagrante delito, analisa os celulares apreendidos, sem autorização judicial, tão somente com base no art. 6º, do Código de Processo Penal, de certa forma, invade a privacidade e a intimidade dos sujeitos. Isto porque, atualmente, os celulares portam as mais diversas informações e conteúdos pessoais. Logo, ao buscar tais informações, a polícia pode se deparar com conteúdos relevantes ao crime, mas também com conteúdos pessoais, que o indivíduo não deseja que sejam expostos a terceiros. Ademais, a conduta policial, muitas vezes, não é atrelada à demonstração da excepcionalidade e da urgência. Desta forma, esta violação aos direitos fundamentais ao indivíduo deve ser acompanhada de autorização judicial fundamentada e baseada nos dispositivos legais cabíveis.

Cumprido salientar acerca da classificação dos atuais instrumentos de investigação, advindos dos avanços tecnológicos, a saber: as buscas superintrusivas, as observações virtuais e a organização de grandes volumes de informações.

No que concerne às buscas superintrusivas, estas são consideradas a forma de utilização dos meios de investigação que permitem o acesso a informações confidenciais. Através desta, adentra-se na esfera de privacidade e intimidade dos indivíduos, ficando sob a guarda de tais dados.

Com relação às observações virtuais, estas se caracterizam por serem menos intrusivas, se comparadas com as buscas superintrusivas, na medida em que permite o acesso às informações, da mesma forma, porém, estas informações são menos sigilosas, não comportando garantias fundamentais, como a alternativa anterior.

Por sua vez, a organização de grandes volumes de informações é considerada o meio de investigação que mais atinge os direitos fundamentais dos sujeitos, visto que comporta a coleta de dados em massa, por variadas fontes.

Desta forma, têm-se novos dispositivos tecnológicos a serem utilizados pelo Estado e pela justiça, os quais transcendem os resultados obtidos pela técnica tradicional. Todavia, inobstante os avanços dos meios de informação e das consequentes investigações, estes não podem ser limitados, sem qualquer autorização judicial fundamentada e mediante o juízo de proporcionalidade.

Em contraposição à necessidade de ordem judicial para o acesso as mensagens resguardadas nos celulares, João Biffe Júnior e Joaquim Leitão Júnior (2016)entendem que, pelo fato destas mensagens poderem ser apagadas precipitadamente, poderá acarretar o extravio dos conteúdos necessários à investigação do crime. O que tornaria a apreensão dos celulares infrutífera para a sua finalidade.

Em função da decisão judicial de bloqueio do WhatsApp, a própria empresa, na ADPF 403/SE⁸, alegou a existência de outras medidas legais cabíveis ao caso, para a aquisição de informações e conteúdos para a investigação criminal, que não o bloqueio do aplicativo a nível nacional. Assim sendo, afirmou ser a decisão judicial desproporcional.

Em resposta ao argumento da empresa WhatsApp, o juízo que decidiu pelo bloqueio do aplicativo alegou que não pretendia a quebra do recurso da criptografia, tão somente que, em razão da excepcionalidade do caso, que lhe fosse concedido informações para comporem a instrução probatória de um inquérito policial. Entretanto, a própria empresa não possui os mecanismos adequados para a concretização deste pedido. Pela ótica do juízo, a criptografia de ponta-a-ponta não pode ser tida como uma justificativa para acobertar possíveis crimes. Assim sendo, o aplicativo foi bloqueado pelas operadoras de serviços por todo o

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 403/SE**. Relator Ministro Edson Fachin, Brasília, 20 de abril de 2017.

território nacional, atingindo toda a população usuária, haja vista que o inadimplemento desta obrigação ocasionaria uma indenização elevada. Em vista disso, pode-se dizer que a conduta praticada pelo magistrado corroborou a prática do ativismo judicial. Este conceito possui sentido amplo e, basicamente, refere-se ao porte judicial que deve ser dado em razão de um dispositivo constitucional, sem que isto se desdobre em um controle de constitucionalidade. Atrela-se, deste modo, à judicialização da política, abarcando a separação de poderes existentes no governo, o Estado Democrático de Direito e a delegação dos demais poderes ao Poder Judiciário. Todavia, a judicialização da política é um fato, não podendo ser tido como uma simples deliberação de vontade.

O doutrinador Luiz Flávio Gomes (2009) acentua que este conceito pode ser dividido em ativismo judicial inovador e ativismo judicial revelador. O primeiro compreende a criação, de ofício, de uma norma de direito, já o segundo é a complementação feita pelo juiz, de uma norma ou direito já existente, apoiada em princípios e garantias fundamentais. Percebe-se, portanto, que há uma sobreposição do Poder Judiciário perante a efetivação dos valores democráticos consagrados na Constituição Federal de 1988.

Em razão do exposto, o ativismo judicial tem o objetivo de destrinchar o poder de criação dos tribunais em casos específicos e singulares, a fim de beneficiar o direito a ser aplicado, em razão da insuficiência ou omissão legislativa.

Acerca destas disposições, existem correntes favoráveis e desfavoráveis a aplicação do ativismo judicial. No que concerne aos argumentos contrários a esta postura, tem-se que os juízes e os tribunais não possuem legitimidade democrática para atuarem de tal modo. Por conseguinte, isto implicaria na negligência das decisões prolatadas, as quais se tornarão menos motivadas e fundamentadas, por se tratarem de primazia das concepções subjetivas de justiça. Acrescenta-se, ainda, que compromete a separação dos poderes e a segurança jurídica, princípios constitucionalmente consagrados nos artigos 2º; 5º, incisos XXXVI, XXXIX e XL e 16, da Constituição Federal de 1988.

No que tange aos argumentos positivos, destaca-se que o julgador possui legitimidade para atuar desta forma, visto que está expressamente disposto na Carta Magna a permissão do Poder Judiciário em invalidar decisões conferidas pelos demais poderes. Além disso, o ativismo judicial seria um instrumento de promoção da democracia, posto que se relaciona com uma faculdade do juiz, o qual participará na concretização dos valores constitucionais, através de uma interpretação extensiva dos dispositivos legais. Não se trata, portanto, de violação à separação dos poderes, pois este princípio tem se flexibilizado com a evolução da sociedade.

Conclui-se que a questão do ativismo judicial comporta discussões e aplica-se ao caso do bloqueio do aplicativo WhatsApp, em razão da forma de procedimento escolhida pelo juízo, a fim de colaborar para o alcance de provas para as investigações criminais.

CONCLUSÃO

De fato, com a imersão da sociedade na fase tecnológica, faz-se essencial a tutela dos direitos constitucionais passíveis de vulnerabilidade dos sujeitos, quando da utilização dos meios de comunicação, em especial, do WhatsApp. Ao mesmo tempo que este aplicativo facilita a comunicação entre os usuários, também pode acarretar a violação da privacidade, da intimidade e das comunicações privadas destes, necessitando de amparo legislativo para a sua efetiva proteção. Ademais, o WhatsApp tem influência no setor econômico, para firmarem negócios, e no setor jurídico, tendo em vista que parte das intimações pessoais estão sendo realizadas por este aplicativo. Ou seja, a medida aplicada pelo juízo de bloquear o uso do aplicativo, em rede nacional, prejudicou a população e os setores da sociedade em massa. Por esta razão, resta avaliar se, de fato, esta conduta foi proporcional e de acordo com os propósitos em que foi dirigida.

Diante da exposição supracitada, conclui-se que a medida foi desarrazoada com a sua finalidade, de forma que tinha por objetivo lograr êxito nas investigações criminais, por meio de provas obtidas mediante o conteúdo de mensagens contidas no WhatsApp daqueles sujeitos indiciados pelo cometimento de crimes, notadamente, tráfico de drogas. Sobretudo, o argumento do juízo foi o de não deixar impune estes indivíduos. Todavia, infringem-se direitos fundamentais, consagrados constitucionalmente pela Lei Maior, sem que haja o respeito à proporção, à adequação e à necessidade necessárias para a ocorrência desta limitação.

Cumprе ressaltar a importância adquirida pelo WhatsApp na vida dos seus usuários, já que torna o relacionamento entre os sujeitos mais dinâmico, permitindo maior contato e propagação de informações. Diante desta perspectiva, o aplicativo também colaborou para a prática de crimes virtuais, despertando o interesse jurídico para combater esta conduta, com respaldo nos princípios da proporcionalidade, da intimidade, da privacidade e da inviolabilidade das comunicações privadas. Assim sendo, a normativa jurídica deve se voltar para uma interpretação ampliada, a fim de abranger as novas relações e ocorrências, advindas do uso do aplicativo, para não comprometer os direitos e garantias dos usuários.

Portanto, não deve prosperar a ideia de que a atuação do juízo foi a mais adequada ao caso, na medida em que todo o território brasileiro foi atingido pelo bloqueio do WhatsApp, inclusive terceiros alheios, em virtude de uma decisão prolatada em primeiro grau de jurisdição. Ou seja, a decisão foi desarrazoada ao caso, pois a sanção deveria ser direcionada ao aplicativo WhatsApp em si e não aos demais cidadãos nacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 242.

BIFFE JÚNIOR, João; LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. **O acesso pela polícia a conversas gravadas no WhatsApp e as gerações probatórias decorrentes das limitações à atuação estatal**. 12 ago. 2016. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/08/12/o-acesso-pela-policia-a-conversas-gravadas-no-whatsapp-e-as-geracoes-probatorias-decorrentes-das-limitacoes-a-atuacao-estatal/>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 08 ago. de 2017.

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 08 ago. de 2017.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 08 ago. de 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **WhatsApp e investigação criminal: reserva de jurisdição e entendimento do STJ**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis, 29 dez. 2016. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/processo-penal/335345-whatsapp-e-investigacao-criminal-reserva-de-jurisdicao-e-entendimento-do-stj>>. Acesso em 15 jul. 2017.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 39.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**. São Paulo, 1993, p. 77.

FILHO, Dickson Cirilo Andrade Netto. **Crime virtual: crime contra o patrimônio no âmbito da internet, suas peculiaridades e controvérsias à luz do Código Penal de 1940**.

31 out. 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12231>. Acesso em: 14 jun. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdade Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas**. 2ª Edição, Revista dos Tribunais, 1982, pp. 88 e 268.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad.de Edson Bini. 1ª ed. Bauru: Edipro, 2003, p. 67.

KNJNJK, Danilo. Temas de direito penal, criminologia e processo penal. **A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do Século XXI**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 179.

MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. **Crime organizado**. 2ª Edição, Editora Método, 2016, p. 240.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª Edição. São Paulo: Forense, 2005, p. 136.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª Edição, Malheiros, 2000, pp. 747 e 748.

PIMENTA, Luciana. **Saiba por que o bloqueio do WhatsApp fere princípios constitucionais**. 10 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI243609,11049-Saiba+por+que+o+bloqueio+do+WhatsApp+fere+princípios+constitucionais>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

POLTRONIERI, Willion Matheus. **Extração de dados e conversas do WhatsApp, sem prévia autorização judicial, é considerada ilegal**. dez 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54491/extracao-de-dados-e-conversas-do-whatsapp-sem-previa-autorizacao-judicial-e-considerada-ilegal/2>> Acesso em: 08 ago. 2017.

SCORSIM, EricsonMeister. **A questão da criptografia do WhatsApp: julgamento do caso pelo Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva da segurança das comunicações**. 06 jun. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58324/a-questao-da-criptografia-do-whatsapp-julgamento-do-caso-pelo-supremo-tribunal-federal-sob-a-perspectiva-da-seguranca-das-comunicacoes/2>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 188.

TAKAHASHI, T. **Livro verde da Sociedade da Informação no Brasil**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 200, p.5.