

O MARCO CIVIL DA INTERNET E O ACESSO AOS DADOS DO APLICATIVO WHATSAPP COMO UMA DAS FERRAMENTAS DE COMBATE À CRIMINALIDADE CONTEMPORÂNEA.

ALEX BALMANT⁰¹

RESUMO

A modernização dos veículos de comunicação e de processamento de dados, trouxe um fôlego à criminalidade organizada, somado aos problemas de diversas e variadas tensões sociais. Com o crescimento da violência, a complexidade e diversificação do crime organizado, a interceptação telemática tem um grau importantíssimo como meio de produção de provas. A Lei Federal nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamentou o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, permitiu a interceptação de comunicações telefônicas, à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal. A Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, previu um conjunto de sanções (advertência, multa, suspensão temporária e proibição de exercer atividades no Brasil) que devem ser aplicadas de forma gradativa aos atores que não cumpram as suas regras. O Estudo visa contextualizar a legislação em vigor em cotejo com as decisões judiciais proferidas no território nacional e os prejuízos advindos da sucessiva resistência em não fornecer os dados que transitam pelo aplicativo WhatsApp, com o intuito de balancear direitos à privacidade e a liberdade de expressão com a segurança pública.

01 Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário do Espírito Santo (2002). Especialização em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário do Espírito Santo (2004). Especialização em Gestão Pública com ênfase em Direito e Administração Judiciária, pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia (2015). Atualmente é Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia ([Lattes ID: http://lattes.cnpq.br/7929274732775573](http://lattes.cnpq.br/7929274732775573)).

Palavras-chave: Combate a Criminalidade. WhatsApp. Marco Civil da Internet. Segurança Pública.

ABSTRACT

The modernization of communication and data processing vehicles has brought new wind to the organized crime, added to the problems of several and varied social tensions. With the rise of violence, the complexity and diversification of organized crime, telematic interception has a very important degree as a means of producing evidence. Federal Law No. 9,296, of July 24, 1996, which regulated item XII, final part, of Article 5 of the Federal Constitution, allowed the interception of telephone communications of any nature, for evidence in criminal investigations and criminal proceedings. Federal Law No. 12,965, of April 23, 2014, known as the Civil Framework of Internet, established principles, guarantees, rights and duties for the use of the Internet in Brazil, provided for a set of sanctions (warning, fine, temporary suspension and prohibition to carry out activities in Brazil) that should be applied gradually to actors who do not comply with its rules. The Stade aims to contextualize the legislation in force in comparison with the judicial decisions rendered in the national territory and the losses arising from the successive resistance in not providing the metadata that pass through the application WhatsApp, in order to balance rights to privacy and freedom of expression with public safety.

Keywords: Fighting crime. WhatsApp. Civil Framework of the Internet. Public Security.

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, é sabido que a sociedade vivencia um processo de evolução em todos os seus segmentos e não podemos desconsiderar que a criminalidade deixou de ter um aspecto arcaico, passando a ter requintes que vão da crueldade medieval à sofisticação, isso em decorrência dos avanços tecnológicos e da agregação de uma estrutura empresarial, extremamente organizada, podendo, inclusive, possuir um caráter transnacional ao crime.

Não é difícil perceber, no entanto, que na seara penal contemporânea, o processo deve dispor de uma forma peculiar de garantia de efetividade da jurisdição penal, palco dos mais dramáticos conflitos sociais, no qual a indisponibilidade dos interesses e a sua intensa conflituosidade (pretensão

punitiva estatal versus pretensão de liberdade), aliados ao caótico quadro de desagregação social proporcionado pelo aprimoramento da criminalidade organizada⁰², da criminalidade estatal⁰³ e da criminalidade de massas⁰⁴, exigem do operador do direito uma postura mais ativa e comprometida com os anseios da coletividade, sem que se desborde, por evidente, para posturas pouco afeiçoadas aos anseios democráticos e garantistas, fundamentos inscritos em nosso atual diploma Constitucional.

Partindo dessa premissa, a pesquisa pretende investigar os entraves entre as atividades do aplicativo WhatsApp e a sua inobservância à legislação brasileira quando o Poder Judiciário requisita as informações e os reflexos deste cenário para o crime organizado, eis que não se pode imaginar na República Federativa do Brasil, um cenário livre de criminalidade cibernética, em que criminosos possam cometer infrações penais, sem nenhum mecanismo de controle judicial, pois a regulação do ciberespaço e as particularidades desta arena pública de interação social devem ser compatíveis com os princípios e regras constitucionais e com a estrutura do sistema de Justiça Criminal brasileiro.

Vê-se, portanto, sem qualquer pretensão de esgotamento da matéria, que o intuito é permitir o funcionamento do aplicativo no Brasil, desde que acatadas as exigências legais, garantindo a cooperação mútua entre as instituições, como forma de balancear direitos à privacidade e a liberdade de expressão com a necessária preservação da segurança nacional.

2. O MARCO CIVIL DA INTERNET E A INEXISTÊNCIA DE TRANSGRESSÃO À PRIVACIDADE DOS USUÁRIOS

A Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014, de forma inovadora, construída em conjunto com a sociedade civil, por meio de consulta pública⁰⁵, em processo que suscitou debates no seio da comunidade e do Parlamento, nos quais foram contrapostos os interesses de diversos segmentos, em temas

⁰² Associação de pessoas estruturalmente ordenada com visão empresarial do negócio ilegal, caracterizada pela divisão de tarefas muito bem compartmentadas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática reiterada de infrações penais, ainda que sejam de caráter transnacional.

⁰³ Aparência de legitimidade e pela utilização de um aparelho de forças contra o indivíduo indefeso.

⁰⁴ Assaltos, invasões de residências, furtos, roubos, estelionatos e outros tipos de violência que acontecem de maneira intensa.

⁰⁵<https://internet-governance.fgv.br/comeca-2a-etapa-do-debate-publico-sobre-regulamentacao-do-marco-civil>. Acesso em 26.11.2019

como neutralidade, guarda dos registros de conexão e das aplicabilidades da internet, a responsabilidade do provedor de conteúdo por material infringente e o armazenamento de dados, ficou conhecida como “Marco Civil da Internet” (MCI) e foi editada com o objetivo primordial de proteger os direitos dos usuários da internet, de modo a conferir efetividade às garantias constitucionais de privacidade e liberdade de expressão, cujo texto contém reiteradas referências à necessidade de reconhecer direitos aos usuários da internet, a exemplo das garantias de acesso à internet, da não suspensão da conexão e de inviolabilidade e sigilo das comunicações mantidas por meio da rede mundial.

A interpretação sistemática dos dispositivos que integram a *mens legis*⁶⁷, revela que um dos pontos de maior destaque é assegurar a proteção jurídica adequada aos usuários da internet a partir da construção de regulamentação para a coleta e armazenamento de dados pessoais pelos provedores de conexão e de aplicações, cujo Capítulo II é dedicado à definição dos direitos e garantias dos usuários. Confira-se:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I – inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II – inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III – inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

IV – não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

V – manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;

VI – informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII – não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII – informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX – consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento

66 Expressão jurídica que significa “Espírito da Lei”, que denota a interpretação particular que um jurista faz da lei.

e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

XI – publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

XII – acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e

XIII – aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que:

I – impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II – em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

Dante desse cenário, a ideia central do legislador é garantir a inviolabilidade dos dados pessoais, admitindo-se, entretanto, exceções mediante ordem judicial, na forma do inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, explicitando que tanto o fluxo das comunicações mantidas pela internet, como as comunicações privadas armazenadas pelos usuários estão, como regra, protegidas pela cláusula de reserva de jurisdição, conforme estabelece o art. 10, § 2º, do referido diploma legal, *in verbis*:

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. (...)

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º. (negrito)

Não se cuida, a toda evidência, de ofensa ao direito de acesso à rede mundial ou a garantia de liberdade de expressão do cidadão, pois existe intensa proteção à intimidade, mas não há imunidade, devendo a intimidade ceder espaço diante da ponderação de valores a ser feita pela autoridade judicial.

Soma-se, a isso, que as disposições contidas nos arts. 13, 29 e 32 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁰⁷, impede a interpretação de suas disposições no sentido de excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo e admite a imposição de balizas ao exercício da liberdade de pensamento e de expressão, quando necessárias para a proteção de outros bens jurídicos de mesma relevância. A propósito, confira-se:

Art. 13. Liberdade de pensamento e de expressão:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. **O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:**
 - a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
 - b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. (grifo nosso)

Acrescente-se, por oportuno, que o Marco Civil da Internet (MCI) não conflita com a Lei Federal nº 9.296/96, que, ao regulamentar a previsão constante na parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, condicionou a realização de interceptação de comunicações telefônicas à existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Nesse panorama, o usuário possui a segurança de que seus dados só serão acessados e disponibilizados se houver algum indício de cometimento de delito e, estando presente a ideia de ponderação – utilizada para, com base no princípio da proporcionalidade, solucionar os inevitáveis conflitos surgidos entre esses direitos, de modo a, no caso concreto, fazer prevalecer um deles e restringir-se outro –, os direitos fundamentais podem ser restringidos quando outros direitos precisam ser protegidos diante das necessidades legítimas da sociedade e instituições democráticas.

⁰⁷ “DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992” - Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

3. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE À RESISTÊNCIA DO APPLICATIVO WHATSAPP

A República Federativa do Brasil adota o sistema de unicidade jurisdicional, no qual apenas o Poder Judiciário pode, em caráter definitivo, interpretar e aplicar a lei em cada caso concreto, com o objetivo de garantir o direito das pessoas e promover a justiça. Existe sempre a esperança de que cada decisão judicial deva se reconduzir aos princípios constitucionais democráticos, reafirmando o princípio da certeza jurídica.

A propósito, leciona com maestria o Ministro do Colendo Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes(MORAES, 2016, p. 740) que:

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado Democrático de Direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis, pois, como afirmou Zaffaroni, “a chave do Poder Judiciário se acha no conceito de independência.

Nessa perspectiva, a procura de uma justificativa para fundamentar o exercício alargado da função de julgar do Estado, são notórios os casos no território nacional em que o WhatsApp sofreu medidas judiciais coercitivas, resultando na inviabilização da utilização do aplicativo nos *smartphones* através do bloqueio feito pelas operadoras de serviço de telefonia ao domínio eletrônico online do aplicativo, cujas decisões não escaparam às considerações da sociedade, quer seja sob o enfoque político, econômico ou cultural.

Com efeito, estabelece o art. 13 do Marco Civil da Internet (MCI) que “na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento”, ou seja, aqueles responsáveis por conectar o usuário na rede mundial de computadores, encontra-se a norma perfeita sintonia com a Resolução da Anatel nº 614, de 28 de maio de 2013.

De igual sorte, os provedores de aplicação, como o aplicativo WhatsApp, devem armazenar os dados de acesso dos usuários, pelo prazo de 06 (seis) meses, contados a partir do evento que ocasionou o registro, na dicção do art. 15 do referido diploma legal, podendo tal lapso temporal ser dilatado, mediante medida acautelatória.

Além disso, o art. 10, § 1º, do diploma legal citado alhures, garantiu os direitos à intimidade e a vida privada, mas relativizou a norma para determinar a disponibilização dos “registros de acesso”, mediante ordem judicial.

Logo, diante de tal quadro legal existente no Brasil, não se pode aceitar a validade – existência no plano da atividade legal e autorizável – de um meio de comunicação de dados que seja insusceptível de acesso pelo Estado, para fins de investigação criminal ou instrução penal.

Assim, explicitado o dever de disponibilização de registros de acesso, os arts. 11 e 12, incisos III e IV, do Marco Civil da Internet (MCI), contribuíram para a concretização das garantias constitucionais contempladas no art. 5º, incisos X e XII, do Texto Constitucional e preveem sanções aplicáveis aos provedores de conexão e de aplicações de internet quedesrespeitem os seus preceitos normativos. Confira-se:

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferte serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

§ 4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo.

Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, às infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa:

I – advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II – multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção;

III – suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou

IV – proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11. Parágrafo único. Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o caput sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País.

Então, quando o Marco Civil da Internet (MCI) – vanguarda brasileira no tema – determina a observância da legislação brasileira nas comunicações por aplicações de interneté preciso compreender a necessidade de observar a Constituição Federal, quando ela excepciona do sigilo as comunicações realizadas para a prática de atividade criminosa, sob pena de se submeter às sanções de advertência, multa, suspensão e proibição defuncionamento, sem prejuízo demais sanções cíveis, criminais e administrativas.

Mas não é só.

É de clareza hialina que o inciso VI do art. 319 do Estatuto Processual Penal, permite a suspensão do exercício de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justificativa de sua utilização para a prática de infrações penais, pois não pode uma investigação judicial ser embaraçada por uma empresa com fins meramente comerciais em detrimento da soberania nacional.

Acrescenta-se a isso que são plenamente possíveis a aplicação das sanções em função do poder atribuído ao Poder Judiciário de adoção de quaisquer medidas para fazer cumprir suamissão, *in exemplis*, das disposições contidas no art. 773 do Novo Código de Processo Civil – CPC (Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015), considerando, inclusive, ato atentatório à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva de quem resiste injustificadamente às ordens judiciais (CPC, art. 774, inc. IV).

Como se pode ver, o magistrado brasileiro possui um leque de opções, seja pelo Marco Civil da Internet (MCI) – advindo de um projeto democraticamente debatido com a sociedade–, seja pelo Estatuto Processual Penal e pelo Código de Processo Civil, analisados em conjunto e de forma subsidiária, para suspender e até proibir as atividades do WhatsApp e de qualquer outro aplicativo que não observe as exceções previstas na Constituição Federal.

Entretanto, a partir da análise de casos concretos nos quais decisões judiciais determinaram a suspensão do aplicativo WhatsApp em todo território nacional, diante da recusa reiterada da empresa em disponibilizar às autoridades judiciais o conteúdo de mensagens privadas trocadas pelos usuários submetidos a investigações judiciais, no dia 03 de maio de 2016, o Partido Popular Socialista, ingressou com Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, registrada sob o n. 403, perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, cuja relatoria coube ao Ministro Edson Fachin, visando o “reconhecimento da existência de violação ao preceito fundamental à comunicação, nos termos do art. 5º, inciso IX, com a finalidade de não mais haver suspensão do aplicativo de mensagens WhatsApp por qualquer decisão judicial”.

No mesmo sentido, no dia 16 de maio de 2016, houve o ajuizamento de Ação Direta de Constitucionalidade – ADI, registrada sob o nº 5.527/DF, proposta pelo Partido da República, de relatoria da Ministra Rosa Weber, com o escopo específico de “ver declarada a inconstitucionalidade da penalidade de suspensão temporária de proibição de exercício das atividades decorrentes do descumprimento de ordem judicial por parte da empresa responsável por fornecer mecanismo de troca de mensagens via internet”.

O aplicativo veio aos autos alegando ofensa aos princípios da livre comunicação, da continuidade do serviço, ao princípio da intranscendência, da individualização da pena, da livre iniciativa, livre concorrência, restrição indevida aos direitos dos consumidores e, por último, ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Na espécie, embora se tratem de processos autônomos, por convocação conjunta dos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, para discussão simultânea do Marco Civil da Internet (MCI) e da possibilidade de decisões judiciais suspenderem o funcionamento do aplicativo, nos dias 2 e 5 de junho de 2017, com a participação de grande número de interessados, houve a realização de audiência pública, para debate das seguintes questões a seguir apresentadas:

1 – Em que consiste a criptografia ponta a ponta (*end to end*) utilizada por aplicativos de troca de mensagens como o WhatsApp?

2 – Seria possível a interceptação de conversas e mensagens realizadas por meio do aplicativo WhatsApp, ainda que esteja ativada a criptografia ponta a ponta (*end to end*)?

3 – Seria possível desabilitar a criptografia ponta a ponta (end do end) de um ou mais usuários específicos para que, dessa forma, se possa operar interceptação juridicamente legítima?

4 – Tendo em vista que a utilização do aplicativo WhatsApp não se limita a apenas uma plataforma (aparelhos celulares/ smartphones), mas permite acesso e utilização também em outros meios, como, por exemplo, computadores (no caso do WhatsApp mediante o WhatsApp Web/Desktop), ainda que a criptografia ponta a ponta (end to end) esteja habilitada, seria possível ‘espelhar’ as conversas travadas no aplicativo para outro celular/smartphone ou computador, permitindo que se implementasse ordem judicial de interceptação de um usuário específico.

Após a realização da audiência pública conjunta, novamente o aplicativo WhatsApp informou que está tecnicamente impossibilitado de ler as mensagens de seus usuários e, portanto, não é capaz de cumprir as ordens de interceptação no seu sistema atual de criptografia de ponta a ponta e a imposição de sanções com o objetivo de obrigar o aplicativo a alterar o seu sistema de funcionamento, violaria os direitos fundamentais de mais de 120 milhões de cidadãos, organizações e órgãos governamentais no Brasil, o direito à livre iniciativa e livre concorrência.

Ora, é óbvio que a criptografia utilizada pela empresa não é proibida pelo ordenamento jurídico pátrio, mas o que é vedado, isso sim, é a recusa de atendimento às determinações das autoridades judiciais competentes quando requisitam os dados diante do afastamento do sigilo das comunicações.

Se a empresa responsável cria um sistema de criptografia, não é crível que a mesma seja incapaz de ter acesso a essas “chaves”, para o atendimento excepcional das decisões judiciais, não trazendo fundamento técnico para justificar a resistência em não atender aos comandos judiciais.

No ponto, trago à colação, excerto do Informativo Técnico da Polícia Federal nº31/2016-SRCC/DICOR/DPF, elaborado após a suposta implantação da criptografia “end do end” ou “ponta a ponta”, “não há nenhum indicativo de qual protocolo de criptografia utilizado, como é feita a gestão das chaves, tampouco se esta encriptação é realmente fim a fim ou se é apenas entre cliente e o servidor.

Como a implementação da criptografia fim a fim foi incremental e considerando a implementação de clientes de terceiros encontrados na internet, há forte indícios que a criptografia fim a fim seja opcional e teoricamente poderia ser desabilitada mediante parâmetros configuráveis

nos equipamentos servidores da empresa. Recursos adicionais, como o WhatsApp Web e o serviço de notificações teoricamente podem ser utilizados para permitir a duplicação das mensagens e posterior interceptação mediante ordem judicial.

Além disso, segundo Tobias Boelter, pesquisador de segurança e criptografia na Universidade da Califórnia⁰⁸, em Berkeley, nos Estados Unidos, o aplicativo WhatsApp lida com o protocolo Signal, em seu sistema de criptografia, ou seja, quando um usuário manda uma mensagem para outro, o aplicativo gera uma chave que é trocada entre o remetente e o receptor e garante que aquela conversa é segura.

Ocorre que, se por algum motivo, se o receptor ficar offline depois que a mensagem foi enviada do smartphone do remetente, o WhatsApp gera uma nova chave de segurança. Ao “destrancar” a mensagem e “trancá-la” novamente com outra chave, o WhatsApp passa a ter acesso à sua conversa e pode até, em tese, ler suas mensagens, se quiser.

O que se percebe, com certa facilidade, que a empresa não aceita – ou não quer aceitar – que existe uma norma constitucional vigente que excepciona todos esses direitos e permite ao Estado brasileiro, impor a qualquer meio de comunicação a quebra de sigilo, por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução do processo penal, criando, portanto, uma verdadeira imunidade jurisdicional em seu favor, impossibilitando, assim, a atuação das autoridades judiciais, interferindo diretamente na independência constitucional garantida ao Poder Judiciário.

Com esse enfoque, se o Poder Judiciário requisitar os registros, o aplicativo pode efetivamente atender à ordem judicial alterando as chaves de segurança, mas jamais poderá, ainda que no gozo do preceito da livre iniciativa, representando interesse privado, negar-se a cumprir aquilo que determina a legislação e as decisões judiciais, fazendo da internet uma “terra de ninguém”, em respeito ao princípio da soberania do interesse público, quando se pretende garantir a segurança da sociedade e a ordem pública.

No entanto, mesmo considerando a importância dada ao término do impasse pelos Juízes, representantes do Poder Judiciário nacional, investidos de interesse público presumido, não foi proferida pelo guardião da Carta Magna da República Federativa do Brasil, uma decisão que conseguisse solucionar definitivamente a controvérsia.

08 https://olhardigital.com.br/fique_seguro/noticia/brecha-na-criptografia-do-whatsapp-permite-que-mensagens-sejam-interceptadas/65316. Acesso em 26.11.2019.

4. OS REFLEXOS DO LIVRE FUNCIONAMENTO DO APLICATIVO WHATSAPP PARA AS ATIVIDADES DO CRIME ORGANIZADO

A incrível revolução tecnológica, nas últimas décadas, eclodiu uma nova realidade social nas diversas culturas espalhadas pelos continentes terrestres, insurgindo uma simbiose do mundo real e virtual, que está cada vez mais difícil estabelecer limites, diante das consequências da atuação do crime organizado para a sociedade e para o Estado, exigindo adoção de medidas eficazes de ações preventivas e repressivas por parte das instituições públicas, principalmente no que consiste à legislação vigente, que não pode deixar margens para omissão, colocando a soberania nacional em risco.

Conquanto a República Federativa do Brasil tenha alcançado um bom desenvolvimento na área tecnológica e das telecomunicações, com franca expansão para a utilização de tecnologia que permite a utilização do ambiente digital, cada vez mais rápido, o mundo virtual tornou-se um ambiente propício para as atividades criminosas usadas por células terroristas, homicidas, pelo tráfico de substâncias estupefacientes, de armas e de pessoas, por pedófilos, pelo crime organizado, pelo porte de arma de alto poder destrutivo em vias públicas, pelos grupamentos que em nome de uma pseudojustiça se unem para a barbárie, aterrorizam a população e esvaziam os cofres públicos sem temer o Estado, no qual o ordenamento jurídico brasileiro ainda se surpreende com situações para as quais não há precedentes, muito embora, tenha entrado em vigor a Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet (MCI), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres dos usuários.

É necessário, portanto, o uso de ferramentas contemporâneas para o combate aos ilícitos praticados, pois uma investigação policial não pode ser dificultada por uma empresa que possui interesses meramente comerciais em solo nacional, sob pena de constituir um privilegiado elemento catalisador e estimulador da prática de condutas criminosas, atingindo, em última instância, o direito fundamental à segurança, comprometendo-se o papel estatal da prevenção e da persecução penal e, enfim, conduzindo ao descontrole e à impunidade.

Patrícia Pech Pinheiro (citado por Vargas e Vargas, 2016⁹⁹), advogada especializada em direito digital, preleciona de forma peculiar, que o bloqueio está em conformidade com o Marco Civil da Internet. Segundo ela há respaldo da legislação e não abuso de autoridade, e ainda acrescenta temendo a impunidade: “Se as quadrilhas combinam tudo por WhatsApp, ou outro serviço do tipo, a empresa precisa, ao menos, colaborar para garantir a segurança pública. Não é o objetivo delas oferecer meios para que sejam cometidos crimes”.

Ora, ao longo do tempo, o crime organizado foi aperfeiçoando o seu *modus operandi*, em novo *locus*, conforme as necessidades e as dificuldades encontradas e já demonstrou, por mais de uma vez, que tem poder e condições de causar pânico, não somente na sociedade brasileira, mas também dentro dos órgãos de segurança pública, deixando claro que este país tem sérios problemas na forma como trata a criminalidade moderna e precisa impor medidas para que o aplicativo respeite a legislação brasileira, sob pena de gerar mais fortalecimentos das facções.

Além do mais, a magnitude do fenômeno das *fake news* e a porosidade da população em relação às notícias falsas, por conta da replicação quase automática das notícias via redes sociais e aplicativos de comunicação, por meio do impulsionamento de conteúdo por manifestantes e opositores políticos nas eleições presidenciais de 2018 e na primavera árabe – um conjunto de revoltas, protestos e conflitos contra os governos, à busca de mudanças sociais, a falta de direitos e a crítica aos governos totalitários, sem nenhum controle judicial –, acendem o sinal de alerta e acaba por criar uma blindagem, uma verdadeira “caixa-preta”, difícil de monitorar, ante a tergiversação da empresa em não cumprir as decisões emanadas pelo Poder Judiciário, somada à condição de anonimato de quem dispara as mensagens, terminando, assim, por favorecer a disseminação de *fake news* por meio do aplicativo, o que é vedado pela legislação.

5. CONCLUSÃO

A liberdade de expressão e o direito à intimidade, devem ser analisados sob a perspectiva da unidade da Constituição da República Federativa do Brasil, a qual, em diversas passagens, impõe limitações explícitas aos direitos fundamentais.

⁹⁹ PINHEIRO, Patrícia Pech. Webinário: WhatsApp e seus impactos legais no ambiente corporativo. 2016. Disponível em: <<http://ppadvogados.com.br/profissionais/teste/agenda/webinario-whatsapp-e-seus-impactos-legais-no-ambiente-corporativo>>

O Marco Civil da Internet (MCI), não abre margem para, por si só, viabilizar a interceptação do conteúdo de comunicações digitais em situações estranhas à ressalva estabelecida pelo art. 5º, XII, da CF/88, pois, como visto, o citado art. 10, § 2º, contém explícita referência à necessidade de conjugação da ordem judicial com a observância dos requisitos estabelecidos em lei para a quebra do sigilo.

Com efeito, o escalonamento efetivo das sanções legais deverão ser aplicadas como forma de impedir o descumprimento reiterado das regras, diante da potencial gravidade de privilegiar inúmeros indivíduos que se utilizam impunemente dessa plataforma para a prática dos seus atos lesivos, o que justifica a severidade das penalidades passíveis de aplicação pelo juiz competente no caso concreto, enquanto persistir a resistência do aplicativo WhatsApp ou qualquer outro congênero em desrespeitar as decisões do Poder Judiciário, como órgão moderador e democrático do nosso sistema constitucional, sem que se possa apontar qualquer inconstitucionalidade da lei.

Impossibilitar, em toda e qualquer situação, a suspensão ou a proibição do exercício das atividades mencionadas no Marco Civil da Internet (MCI) corresponderia a sobrepor os interesses econômicos dos provedores de conexão e de aplicações de internet aos direitos catalogados na Carta Maior, o que, em um mundo globalizado, onde serviços das maisdiversas ordens são oferecidos sem limitação geográfica, pode tornar o Estado incapaz de proteger os direitos que lhes são caros, ficando à mercê da conduta de empresas privadas que, naturalmente, tem como principal objetivo a obtenção de lucro e não a proteção de direitos fundamentais de seus usuários.

Não há, portanto, como se vislumbrar, na disciplina conferida à questão pela Lei nº 12.965/2014, desconsideração das balizas determinadas pela norma constitucional, tampouco possibilidade de interpretação do comando legal que importe em afronta à Constituição Federal.

Espera-se, então, que as ações constitucionais sejam julgadas improcedentes, pois, em última análise, acabaria em criar uma “barreira à atuação jurisdicional”, implicando, portanto, na redução da efetividade das decisões jurisdicionais como instrumentos de composição das lides ou de eficácia das decisões, especialmente em feitos de natureza criminal e, repita-se, privilegia as empresas exploradoras de ferramentas de comunicação virtual, que possuem finalidades apenas econômicas, que somente podem existir, de forma válida na República Federativa do Brasil, se dispuser de alguma ferramenta que permita ao Estado realizar a quebra do sigilo da comunicação.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 30 Nov. 2019.
- BRASIL. Decreto n. 8.771/2016. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 30 Nov. 2019.
- BRASIL. Lei Federal n. 12.965/2014. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 30 Nov. 2019.
- BRASIL. Lei Federal n. 13.105/2015. Código de Processo Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 30 Nov. 2019.
- BRASIL. Lei Federal n. 9.296/96. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 30 Nov. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5527. Relator: Rosa Weber. Diário Oficial. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 Nov. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 403. Relator: Edson Fachin. Diário Oficial. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 Nov. 2019.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Marco Civil da Internet**. 2. ed. Edições Câmara, 2015.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. A criminalizada organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais - IBCCRIM**, 2008.
- JESUS, Damásio; MILAGRE, José Antônio. **Marco Civil da Internet**: Comentários à Lei n.12.995/2014. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LEMOS, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Célia. **Marco Civil da Internet**: Jurisprudência Comentada. São Paulo: RT, 2018.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2016. 740 p.
- PINHEIRO, Patrícia Pecha. **Webinário: WhatsApp e seus impactos legais no ambiente corporativo**. 2016. Disponível em:
<<http://ppadvogados.com.br/profissionais/teste/agenda/webinario-whatsapp-e-seus-impactos-legais-no-ambiente-corporativo>>. Acesso em: 30 Nov. 2019.
- WHATSAPP. **Política de Privacidade do WhatsApp**. Disponível em:<<https://www.whatsapp.com/legal/#privacy-policy>>. Acesso em: 30 Nov. 2019.