



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

OELTOM DE ALMEIDA EZEQUIEL

A REGULAMENTAÇÃO DO WHATSAPP NO BRASIL:
POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DO APLICATIVO PELO JUDICIÁRIO
SOB PONTO DE VISTA CONSTITUCIONAL

Salvador - BA

2019

OELTOM DE ALMEIDA EZEQUIEL

**A REGULAMENTAÇÃO DO WHATSAPP NO BRASIL:
POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DO APLICATIVO PELO
JUDICIÁRIO SOB PONTO DE VISTA CONSTITUCIONAL**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Ratis

Salvador - BA

2019

A REGULAMENTAÇÃO DO WHATSAPP NO BRASIL:

POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DO APLICATIVO PELO

JUDICIÁRIO SOB PONTO DE VISTA CONSTITUCIONAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Programa Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins – Orientador _____
Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa,
Universidade Federal da Bahia.

Jaime Barreiros Neto _____
Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Bahia,
Universidade Federal da Bahia.

Mario Jorge Philocreon de Castro Lima _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco,
Universidade Federal da Bahia.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus que me deu o dom da vida e me abençoa todos os dias com seu amor infinito. Agradeço a meus pais e toda a minha família por todo seu apoio e amor.

Agradeço a todos, que de maneira direta ou indireta, me auxiliaram e permitiram que este trabalho se concretizasse. E agradeço especialmente aos que estiverem perto de mim, não só ao longo desses meses, mas, durante toda a graduação me dando não só força, mas todo apoio necessário para vencer essa etapa da vida acadêmica.

À Universidade Federal da Bahia, que me permitiu realizar o sonho de cursar Direito em uma universidade Federal, e agradeço a todos os professores do departamento de Direito que durante todo o caminho percorrido, não mediram esforços para a construção de um curso de excelência e nos proporcionou um ensino de qualidade. E em especial, ao meu orientador Carlos Ratis, por todo auxílio e atenção durante a elaboração desse artigo.

“A injustiça num lugar qualquer é uma ameaça à justiça em todo o lugar. ”

Martin Luther King

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade verificar a legalidade do bloqueio judicial do aplicativo de troca de mensagens instantânea, o WhatsApp, na perspectiva do Estado Democrático de Direito e a intervenção do Estado na vida das pessoas, limitando a comunicação de milhões de brasileiros por todo o país em prol da obtenção de informações a serem utilizadas nas investigações e processos criminais. Analisar o funcionamento do aplicativo e a possibilidade de sua interrupção imposto pelo Poder Judiciário, tendo como base a Lei Maior e mais recentemente o Marco Civil da Internet. Além disso, tem o intuito de explicar os prejuízos que essa decisão acarreta e o risco a qual é colocado os direitos e garantias constitucionais consagradas pela Carta Magna de 1988 e ainda importância da criptografia de ponta e ponta na vida da sociedade contemporânea. Ao final do presente trabalho, conclui-se que as decisões desrespeitam os princípios de proporcionalidade e liberdade de comunicação, como também os direitos e garantias fundamentais, privando os usuários do acesso do aplicativo e ameaçando sua privacidade e a segurança do país tornando o vulnerável.

PALAVRAS-CHAVE: bloqueio do WhatsApp; direito constitucional; marco civil da internet; ADPF 303; ADI 5527

ABSTRACT

The aim of this paper is to verify the legality of the judicial asset freezing of the instant messaging application, WhatsApp, from the perspective of the Democratic State of Law and the government intervention in people's lives, limiting the communication of millions of Brazilians all over the country in order to obtain information for criminal investigations and prosecutions. Analyzing the functioning of the application and the possibility of its interruption imposed by the judiciary, based on the Major Law and more recently the Civil Framework of the Internet. In addition, it intends to explain the disadvantages this decision entails and the risk to which are placed on the constitutional rights and guarantees enshrined in the 1988 Magna Carta and therefore the importance of the end-to-end cryptography to the contemporary society. All in all, it is concluded that the decisions violate the principles of proportionality and freedom of communication, as well as the fundamental rights and guarantees, depriving users of accessing the application, threatening their privacy and the country's security, making it vulnerable.

KEY WORDS: WhatsApp Blockaed; constitutional law; Brazilian Civil Rights Framework for the Internet; ADPF 303; ADI 552

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. AMBIENTE VIRTUAL E SEUS EFEITOS	13
2.1. Ambiente virtual x interação e exposição das pessoas	13
2.2. Pegadas digitais	14
2.3. Difusão e tratamento das informações pessoais nas redes sociais.....	17
2.4. Responsabilidade civil dos provedores de internet frente a divulgação de conteúdo de terceiros não autorizados	18
2.5. Vigilância digital.....	20
3. DA RELAÇÃO DO FACEBOOK COM O WHATSAPP.....	22
3.1. Da evolução do whatsapp	22
3.2. Histórico dos bloqueios	23
4. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES AO BLOQUEIO DO WHATSAPP	26
4.1. Do princípio da dignidade da pessoa humana	30
4.2. Do princípio da liberdade de expressão e comunicação	31
4.3. Liberdade de imprensa	32
4.4. Liberdade de imprensa em números.....	33
4.5. Do princípio da colaboração	34
4.6. Do princípio proporcionalidade e razoabilidade	35
4.7. Direito à intimidade e à privacidade.....	35
6. DADOS PESSOAIS E SUA TUTELA: paradoxo da proteção dos dados.	42
6.1. Proteção de dados	44
6.2. Proteção de dados no Brasil.....	46
7. DISCUSSÃO TECNOLÓGICA	48
7.1. Conceito whatsapp	48
7.2. Criptografia de ponta – a – ponta	49
7.3. DA ORDENS DE BLOQUEIO.....	52
7.4. Da posição do Supremo Tribunal Federal frente à ADPF nº 403 MC/SE e a ADI nº 5527 54	
7.4.1. ADPF nº 403 mc/se	54
7.4.2. ADI Nº 5527	56
8. DISCUSSÃO JURÍDICA	58
8.1. Representação jurídica	60

8.2.	Fundamentações judiciais.....	63
8.3.	Marco civil.....	66
8.4.	Princípios que fundamentam o marco civil da internet	71
8.5.	Possibilidade e impossibilidades do compartilhamento de informações e seus efeitos 72	
8.6.	Consequência prática do bloqueio	72
9.	CONCLUSÃO.....	74
10.	BIBLIOGRAFIA	78

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva debater o cabimento do bloqueio judicial do *WhatsApp*, proferidas por magistrados em primeira instância que retiraram do usuário o poder de acesso ao aplicativo, por períodos determinados, a fim de que seja possível constatar se os bloqueios determinados judicialmente estão em consonância com a Constituição Federal do Brasil. Será descrito posições favoráveis e posições contrárias à intervenção do Estado, buscando, ao final, trazer ao leitor uma visão geral sobre o tema.

A informatização da sociedade alterou, por completo e globalmente as relações interpessoais, resignando conceitos considerados essências tais como tempo e espaço. Hodiernamente, a sociedade encontra-se em um patamar de desenvolvimento estreitamente relacionado e dependente do mundo virtual. O mundo globalizado trouxe novos paradigmas à nossa comunicação. A informação tornou-se a moeda de câmbio mais valiosa. O mundo se desenvolve na internet. É possível se comunicar com outra pessoa do outro lado do mundo de forma instantânea utilizando os aplicativos de mensagens instantâneas. O mais famoso deles é o *WhatsApp*. A partir dele é possível mandar mensagens, áudios, ligações e chamadas de vídeos, etc. utilizando a criptografia de ponta a ponta.

Assistimos, hoje, a denominada “sociedade da informação” onde, o desenvolvimento tecnológico é livre. Ou seja, é independente, autônomo, não demanda controle feito pelo homem. A sociedade está inserida no fluxo de comunicação voltada para tecnologia e internet e utiliza não apenas computadores, mas, também, smartphones alcançando cada vez mais os lugares mais remotos. A essência da sociedade está centralizada na tecnologia, informação e conhecimento. A sociedade da informação tem impacto direto no uso dos meios de comunicação, influenciando em especial os setores econômico e social. “A sociedade de informação não é um modismo. Representa uma profunda mudança na organização da sociedade e da economia”¹. Devido ao avanço da tecnologia, o governo brasileiro direcionou-se para promover políticas públicas voltadas para impossibilitar a exclusão digital.

¹ Takahashi (2000, p.5)

É possível afirmar que nos dias de hoje, a vida do cidadão por completo está digitalizada e alocada em algum servidor podendo estar disponível em qualquer parte do planeta. Destarte, é imperioso entender como os dados são tratados e a quem pertence o direito de coletá-los, processá-los e armazená-los e quais os limites e responsabilização legal, a fim de garantir direitos fundamentais como privacidade e identidade.

O Direito é uma ciência social e como tal, deve acompanhar o desenvolvimento, criando regras para regulamentar as condutas humanas em todos os meios, inclusive o digital. A Constituição Federal é datada de 1988 razão pela qual existe a necessidade de adequação da legislação ao modelo de sociedade atual e contemplar os crimes cometidos através da internet. Por ser um tema atual, a lei, a doutrina, a jurisprudência caminham procurando formar um entendimento capaz de assegurar direitos sem prejuízos aos demais cidadãos e a própria sociedade. O Estado Social de Direito passa a encarar desafios ao tentar promover o bem-estar social de todos os indivíduos e conciliá-los com as demandas do neocapitalismo. Neste sentido:

“Ainda que institucionalizado no chamado Estado Social de Direito, permanece sempre sob este – representada por seus grupos políticos e econômicos mais reacionários e violentos – essa tendência e propensão do capitalismo ao controle econômico monopolista e a utilização de métodos políticos de caráter totalitário e ditatorial, visando evitar, sobretudo, qualquer eventualidade realmente socialista”.²

Assim, há o esgotamento do Estado Social de Direito, sendo necessário um melhoramento de seu modelo de modo que as necessidades sociais e individuais se harmonizem com os interesses políticos.

É importante destacar que o Poder Judiciário utiliza os recursos virtuais, inclusive no que diz respeito a consecução de seus fins. Nessa linha, surge novos desafios para o Poder Judiciário Brasileiro, quais sejam, as possibilidades de interceptação desses conteúdos, respeitando um devido processo legal. O presente trabalho monográfico investigará a

² SILVA, José Afonso, 1988, p.19

(in)constitucionalidade das decisões que suspendem o funcionamento do WhatsApp como punitiva pelo não fornecimento de informações dos usuários, quando solicitadas pela justiça brasileira. Ela se justifica pela necessidade de desvendar se as determinações judiciais ocorridas são proporcionais, pois o bloqueio afeta não apenas todo o país, mas, também, o próprio trabalho do Poder Judiciário; nessa linha, segundo o criminalista Fernando Augusto Fernandes *“nenhum juiz tem o poder de impedir a comunicação de milhares de pessoas que não estão sob sua jurisdição, já que não somos réus no processo”*³.

³ Nessa linha, entende o advogado ainda que a penalidade máxima aplicada seria de multa financeira. Acesso em 28 de setembro de 2019. <https://www.metropoles.com/brasil/ciencia-e-tecnologia-br/para-advogados-bloqueio-do-whatsapp-e-arbitrario-e-abusivo/amp>

2. AMBIENTE VIRTUAL E SEUS EFEITOS

2.1. Ambiente virtual x interação e exposição das pessoas

O ambiente virtual afastou fisicamente os seres humanos e proporcionou contato frequente, direto e interativo entre eles, o que gerou uma forma nova de convivência. Indivíduos e grupos têm a oportunidade de participar, em tempo real e ativamente, na construção, discussão e seleção das informações que serão inseridas na rede. Embora seu objetivo primordial seja conectar as pessoas, em um nível mundial podendo ser compreendidas como serviços materializados em páginas na Web, aplicativos, perfis sociais e etc. facilitando os laços sociais.⁴

O uso da internet móvel representa instrumento fundamental na ampliação do acesso e na interação do usuário com outras pessoas, plataformas e conteúdo. Uma pesquisa realizada pelo IBGE verificou que em 2015, o acesso à internet por meio do celular predominava sobre o uso do computador em todas as Grandes Regiões. O uso pelo celular no país passou de 80,4%, em 2014, para 92,1%, em 2015.⁵

As redes sociais é um meio interativo onde um espaço é disponibilizado para a criação de perfis pessoais e grupos que reúnem interesse em comum, seja veiculando publicidade de produtos e serviços das empresas. Ademais, é um meio de mobilização política e ímpar. É um espaço relevante para a estruturação e promoção de diversas manifestações populares não apenas no Brasil, mas ao redor do mundo. Nos últimos anos é possível verificar uma utilização intensa, principalmente pelos jovens, de diversas ferramentas on-line para exibição de assuntos relativos às suas vidas privadas. Tanto os

⁴ Serviços significa qualquer serviço da sociedade da informação, isto é, qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrônica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços. (Art. 1º, alínea b, da diretiva 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de setembro de 2015.

⁵ O uso do celular como meio de acesso à Internet ultrapassou o uso de microcomputadores nos domicílios brasileiros. Em 2015, esse cenário se repetiu, mas ocorreram mudanças em Grandes Regiões. No ano de 2013, era o uso dos microcomputadores que predominava em todas as Grandes Regiões, exceto na Região Norte. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-12/ibge-celular-se-consolida-como-o-principal-meio-de-acesso-internet-no-brasil> acesso em 28 de setembro de 2019.

detalhes mais interessantes quanto os irrelevantes vêm sendo expostos em redes sociais e aplicativos interativos. Muitos indivíduos além de vontade, demonstra uma necessidade de se manifestar em diversas plataformas on-line, o que aumenta potencialmente a exposição não só pública, mas da intimidade dos indivíduos. As novas gerações têm um desejo crescente “de ser vista”.⁶

2.2. Pegadas digitais

Com a informatização da sociedade, ocorreram diversas mudanças, e essas mudanças alteraram a maneira como dados pessoais são coletados, armazenados e transferidos⁷. As informações são processadas por computadores, o que provoca uma mudança nos efeitos do tratamento das informações. Assim, com a diminuição das barreiras as instituições pública e privada passaram a manusear grandes quantidades de dados⁸. Ainda nesse sentido, Lessing corrobora que os entendimentos de dados pessoais possuem grande valor na rede:

Tudo o que você faz na rede produz dados. Esses dados, agregados, são extremamente valiosos, mais valiosos para o comércio do que para o governo. O governo (em circunstâncias normais) apenas se importa que você obedeça a um certo conjunto de leis. O comércio, por sua vez, está interessado em descobrir como você quer gastar seu dinheiro, e os dados fazem exatamente isso. Com grandes quantidades de dados sobre você, sobre o que você faz e sobre o que você diz, torna-se cada vez mais possível comercializar você de uma maneira direta e efetiva⁹

⁶ MARICHAL, 2013, p.4

⁷ WOODS, O'BRIEN e GASSER, 2016

⁸ A computação em nuvem surgiu impulsionada por essas mudanças nos custos e na tecnologia. Oferece aos consumidores funcionalidades e conveniências que antes eram inimagináveis. OS usuários não estão mais limitados pela capacidade de armazenamento de um dispositivo eletrônico, por meio de um serviço de armazenamento. Por meio do armazenamento em nuvem, pode-se armazenar uma quantidade infinita de dados e mais, dados que poderão ser acessados de qualquer lugar na rede. Aparelhos portáteis como microprocessadores de baixa potência podem alavancar a potência de milhares de servidores, redes neurais, algoritmos para realização de cálculos complexos etc. necessitando apenas de uma conexão com a internet.

⁹ LESSING, 2006, p. 216.

As empresas perceberam que as “pegadas digitais” deixadas pelos indivíduos após uma venda ou prestação de serviços, se analisadas particularmente, revelam um significado maior. O tratamento dado às informações pessoais possui produtos e serviços que são oferecidos pelas companhias da internet e grande parte delas não apresentam custos aos consumidores. Essa enorme quantidade de dados possibilita a extração de novas ideias e uma nova perspectiva da realidade ensejando na criação de novos produtos e serviços inovadores, bem como políticas públicas e regulação estatal¹⁰.

É importante mencionar e enfatizar que muitas das vezes as informações coletadas se dão por meio de cookies¹¹. De maneira geral, estes pequenos arquivos são capazes de armazenar informações como as páginas que foram visualizadas no site, tempo de duração de cada acesso, preferência dos usuários, compras que foram realizadas, e em alguns casos compras que foram feitas utilizando cartão de crédito, endereço de IP, informações técnicas do navegador utilizado, sistema operacional, programas neles instalados e endereço de e-mail utilizado¹². É importante salientar que, se corretamente utilizados, os cookies são absolutamente inofensivos e têm por único objetivo auxiliar o usuário de Internet a personalizar sua experiência e facilitar a visita em web sites¹³. Porém, como tudo que acontece na rede, existem consequências negativas, caso seu uso se dê de maneira maliciosa. de acordo com a cartilha de segurança que foi lançada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (2012), são esses os principais risco relacionados ao uso de cookies:

- **COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES:** as informações coletadas pelos cookies podem ser indevidamente compartilhadas com outros sites afetando sua privacidade. Exemplo disso é observar ofertas de CDs para

¹⁰ CRAVO, 2016. Esse fenômeno ficou conhecido como Big Data que é definido como a extração de novos insights, segundo Viktor Mayer – Schonberger e Kenneth Cukier (2013)

¹¹ Cookies são pequenos arquivos no formato de texto utilizados para o armazenamento de dados, cujo objeto principal é personalizar e otimizar a experiência do usuário em um determinado site. Eles se instalam automaticamente no disco rígido no momento em que ele visita uma página da internet por meio de aplicações ou cliques em banners publicitários, evitando que certos tipos de dados sejam fornecidos cada vez que uma página é visitada. (SILVA, 2013)

¹² COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL, 2012

¹³ LEONARDI, 2005, p. 84

seu gênero de música preferido já disponível, sem que você tenha efetuado algum tipo de escolha.

- **EXPLORAÇÃO DE VULNERABILIDADE:** quando uma página da web é acessada, seu navegador disponibiliza uma série de informações como: hardware, sistema operacional e programas instalados. Dessa forma, os cookies podem ser utilizados para manter referências contendo estas informações e usá-las na exploração de possíveis vulnerabilidades em seu computador.

- **AUTENTICAÇÃO AUTOMÁTICA:** quando opções como “lembre-se de mim”, “continue conectado” são utilizadas nos sites visitados. É uma prática arriscada que quando utilizada em computadores infectados ou computadores de terceiros, permite a coleta de cookies possibilitando que outras pessoas se autenticem como você.

- **COLETA DE INFORMAÇÕES PESSOAIS:** dados que você preenche em formulário web também pode ser gravado em cookies, coletados por atacantes ou códigos maliciosos e indevidamente acessados, caso as informações não estejam criptografadas.

- **COLETA DE HÁBITOS DE NAVEGAÇÃO:** quando você acessa diferentes sites onde são usados cookies de terceiros, pertencentes a uma mesma empresa de publicidade, possibilitando a ela determinar seus hábitos de navegação, comprometendo assim sua privacidade.

Ainda sobre cookies, a principal questão envolvendo a utilização deles diz respeito ao conhecimento do usuário de que seus dados pessoais estão sendo coletados e processados. Caso não seja informada essa prática ao internauta, este fica impossibilitado de exercer o controle e a autogestão sobre suas informações. Ao discorrer a despeito do tema privacidade entre indivíduos e coletividade e sobre o tratamento das informações pessoais. Um renomado jurista da área de direito e tecnologia, alerta:

Raramente o cidadão é capaz de perceber o sentido que a coleta de determinadas informações pode assumir em organizações complexas e dotadas de meio sofisticado para o tratamento de dados, podendo escapar ele próprio o grau de periculosidade do uso destes dados de tais organizações¹⁴.

¹⁴ RODATÀ, Stefano, 2007, p.38

Essa vulnerabilidade e a ameaça crescente à intimidade e a violação da privacidade impulsionou e ainda impulsiona muitos governos regular o uso da internet a fim de estabelecer regras e princípios com objetivo primordial a proteção de direitos novos e de direitos já consagrados. Ademais, visa também coibir eventuais ou abusos comerciais que seja praticado por setor público ou por setor privado.

2.3. Difusão e tratamento das informações pessoais nas redes sociais

A forma como os usuários interagem com a tecnologia, e em especial, com os sites de relacionamento são instáveis e mostra um futuro preocupante. A divulgação dos dados está cada dia mais banalizado e as empresas e governos estão a cada dia utilizando os dados dos usuários de forma irresponsável e indiscriminada criando uma vasta rede de metadados e, por vezes, trocando informações entre si.

Embora exista no Brasil uma lei específica que objetiva a proteção dos dados pessoais, seu conceito positivou-se com o Decreto nº 8.771/16, o qual estipula que será considerado dado pessoal o “dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locais ou identificadores eletrônicos, quando estiverem relacionados a uma pessoa”. Foi seguida a mesma lógica do regulamento nº 2016/679 do Parlamento Europeu e Conselho.

No ambiente virtual a cada dia o oferecimento de dados pessoais vem se tornando uma rotina. Por vezes o indivíduo acaba por perder o controle de suas próprias informações que não sabe como as informações serão utilizadas e se serão repassadas para trocas comerciais ou terceiros. Esse acervo de informações obtidas permite que seja elaborado um perfil de consumo que permite dentre outras coisas a personalização da venda de produtos e serviços e dificultando a participação do indivíduo no processo decisório relativo ao tratamento de seus dados pessoais e patrimônio informativo.

O uso das redes sociais virtuais modificou profundamente a forma de obtenção, tratamento e divulgação de dados pessoais, o que impactou diretamente a expectativa de privacidade dos indivíduos. Depois de inserida na

rede, o grau de controle que os indivíduos têm sobre suas informações e características pessoais é mínima. Já a velocidade de propagação dessas informações é inversamente proporcional ao seu controle e eliminação. Diante da ausência de uma lei específica para a proteção dos dados pessoais, estabeleceu-se no O Marco Civil da Internet e no Decreto 8.771/16 uma série de direitos essenciais para o usuário da rede que tem como base controle e autodeterminação.

A facilidade de acesso a conteúdo íntimos e dados de terceiros tem violado os direitos de personalidade dos indivíduos com uma frequência absurda. Essa violação vem crescendo exponencialmente e o ambiente virtual é o meio principal. Isso se dá devido a facilidade de oportunidade que é oferecida aos usuários no meio virtual atrelada a facilidade de se criar uma conta nessas redes. Os direitos vêm sendo constantemente usurpados e a os indivíduos cada dia mais expostos.

2.4. Responsabilidade civil dos provedores de internet frente a divulgação de conteúdo de terceiros não autorizados

As redes sociais virtuais passaram a ser qualificada como um “provedor de aplicação de internet” após a partir do Marco Civil da Internet. Nos termos do art. 5, inciso VII tem-se o conceito que engloba a afirmativa, “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”¹⁵. Assim, nos casos em que se torna questionável a responsabilidade civil dos provedores de aplicações por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, deverão ser aplicados os artigos. 19 e 21 da lei.¹⁶ As normas referidas tratam de situações bem específicas. Ademais, fica a cargo

¹⁵ O provedor de aplicações de internet aparenta englobar o provedor de conteúdo e também, o provedor de hospedagem. Há dúvidas se o provedor foi alcançado pelo Marco Civil da Internet, parte dos doutrinadores defendem que nessa hipótese, a responsabilização seria omissiva conforme os artigos 186 e 927 do CC, e o provedor teria o dever e a possibilidade de controlar o conteúdo que é disponibilizado.

¹⁶ A nova classificação não deve inviabilizar a utilização doutrinária já existente e as jurisprudenciais desenvolvidas anteriormente sobre o assunto em questão, na época em que as redes sociais virtuais eram consideradas ora provedor de conteúdo, ora provedor de hospedagem. O entendimento do STJ, as redes sociais seriam provedores de conteúdo por disponibilizarem na rede informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores.

dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil a regulação no que tange à responsabilidade civil do terceiro que inseriu diretamente o conteúdo ofensivo.

O art. 19 tem como intuito assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura. Assim, o provedor de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por dados decorrentes de conteúdo gerados por terceiros, se, após ordem judicial específica, providencias não serem tomadas, no limite dos seus serviços e dentro do prazo, tornando indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas disposições em contrário. A justificativa para escolha do regime dessas responsabilidades se dá no fato de que a responsabilidade civil objetiva incentivaria o monitoramento privado e a exclusão de conteúdos potencialmente controvertidos, representando uma restrição indevida à liberdade de expressão. Ademais, criaria uma imprevisibilidade quanto à responsabilidade do provedor constituindo uma possível barreira para a inovação tecnológica, científica, cultural e social, bem como, obrigatoriedade de o provedor realizar um controle prévio de tudo que fosse postado, o que poderia ser compreendido como uma forma de censura e um aumento dos custos dos serviços e a retirada de conteúdos da rede, de forma subjetiva e mediante notificação, poderia prejudicar a inovação da internet gerando um impacto direto e enteva no desenvolvimento de exploração de novas alternativas e formas de comunicações¹⁷. Porém, ao permitir que o Judiciário tenha poder para apreciar o conteúdo, garante-se maior segurança jurídica e segurança para o desenvolvimento dos negócios e uma construção de limites.

Há também quem entenda que o artigo 19 do Marco Civil da Internet deve ser considerado inconstitucional pelo puro e simples fato de violar artigos como o 5º, incisos X e XXXV, e o 1º, inciso III, da CF 1988 visto que, supostamente restringe a tutela dos direitos fundamentais. A parte final do art. 19 estipula que a retirada do conteúdo deverá ocorrer no âmbito e no limite do serviço prestado, o que, aparentemente, é uma excludente legal da responsabilização do provedor.

¹⁷ O art. 19 não impede que os provedores possam determinar requisitos para a remoção direta de conteúdo em seus termos de uso e atendem possíveis notificações extrajudiciais. Se observado, muitos provedores de aplicações já realizam um controle prévio do conteúdo que é postado por terceiros. O controle é feito por meio de filtros. Alguns deles, inclusive, pode ser conhecido no próprio site. Um exemplo é a política do Facebook.

No Brasil, mesmo que não haja uma lei que regule especificamente o tema da responsabilidade civil por violar conteúdos protegidos por direitos autorais. Os detentores dos direitos autorais notificam a empresa pedindo que o conteúdo seja removido e está notifica quem postou. Se ela não assumir a responsabilidade pela veiculação do que postado, o provedor poderá remover o conteúdo. O art. 20 dispõe que caberá ao provedor de aplicações, sempre que tiver informações do contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo postado comunicar-lhes quais os motivos que permeiam à indisponibilização, permitindo contraditório e ampla defesa em juízo, com exceção de previsão legal expressa ou determinação judicial fundamenta em contrário.

O STJ posicionou-se sobre o assunto afirmando que, ao se oferecer um serviço que possibilite ao usuário expressar sua opinião de forma livre, sem assumir o mínimo de controle, o provedor estaria assumindo um risco, tendo o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada usuário, coibindo, dessa forma, o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria. Segundo a ministra Nancy Andrighi, a existência de meios que permitam a identificação de cada usuário coloca-se como um ônus social.¹⁸

No dispositivo existe a previsão de responsabilização subsidiário do provedor. Todavia, é objeto de críticas por parte da doutrina que acredita que a responsabilidade é própria e direta.¹⁹

2.5. Vigilância digital

No que diz respeito a digitalização de informação é importante frisar que ela não afeta apenas os dados que circulam na rede e sua utilização pelas empresas como subsídio de seus modelos de negócio. Ela também é a influenciadora direta da forma como ocorrerá a coleta, processamento e interpretação do mundo real pelas autoridades estatais. Marian Mazzucato ressalta que foi justamente o Estado o precursor de muitas das inovações tecnológicas hoje desfrutada pela sociedade. Assim, fica claro que a vigilância digital tenha se tornado a pedra angular da inteligência de sinais e exploração

¹⁸BRASIL. STJ, 3ª T., REsp 1.193.764. Rel. Min. Nancy Andrighi, 2011; STJ, 3ª T., REsp 1.308.830. Rel. Min. Nancy Andrighi, 2012.

¹⁹ SCHREIBER, 2015, p. 296, n 32

da computação em rede pelo governo²⁰. O que acontece é que esse monitoramento pode tomar diversas facetas que vão desde a interceptação, armazenamento, transmissão de comunicações digitais até rastreamento de dispositivos, rastreamento biométrico e verificação de ameaças²¹.

Não resta dúvidas da habilidade do Estado em interceptar comunicações, monitorar e rastrear comportamentos e obter dados de terceiros a partir de mandados judiciais. O objetivo primordial é fazer em prol da segurança nacional e paz social. Entretanto, percebeu-se com o tempo a real dimensão desse monitoramento²². Essa é a razão para Lessing afirmar que: “é preciso tomar cuidado com esse fenômeno de boas intenções. Sistemas de vigilância são instituídos por um propósito, mas não são poucas as vezes que são utilizados para outros completamente distintos²³”

²⁰ SIGINIT é o termo inglês utilizado para descrever a atividade de coleta de informação ou inteligência através da interpretação de sinais de comunicação entre pessoais ou máquinas. É uma categoria de inteligência que compreende individualmente ou em combinação todas as inteligências do meio de comunicação, inteligência eletrônica e inteligência de sinais de instrumentação estrangeira transmitida. Já a CNE consiste, em sua essência, em técnicas de hacking por serviços de inteligência do Estado.

²¹ Utilizando determinada seleção de ferramentas é possível que governos ou até mesmo atores privados rastreiem indivíduos e monitorem seu comportamento e suas comunicações em rede, cujo os dados pode ser utilizados para uma variedade de objetivos. (MURRAY, 2016).

²² Edward Snowden, funcionário da Agência de Segurança norte americana (NSA), foi o funcionário que no ano de 2013 fez revelações que permitiram ao Estado perceber a real dimensão desse monitoramento tornando público detalhes de vários programas que constituem o sistema de vigilância global da NSA americana. Essa revelação ocorreu através de jornais e depois através de vários programas de televisão.

²³ LESSING, 2006, p.10. Esse fenômeno é chamado por Lessing de ambiguidade latente. E para a ele a solução seria entender que o que se busca é a proteção do “direito à privacidade”

3. DA RELAÇÃO DO FACEBOOK COM O WHATSAPP

O Facebook é uma das maiores plataformas de comunicação do mundo. É controlado pelo Facebook Inc. e Facebook Irlanda, sendo assim, apenas suas controladoras têm acesso aos dados dos usuários. O Facebook Inc. e o Facebook Irlanda disponibilizam um espaço onde não apenas as autoridades podem solicitar os dados necessários, mas, todo cidadão pode fazer uma denúncia, ou contatá-los diretamente. O Facebook Brasil é uma entidade independente para comercialização de espaço publicitário. Não opera e nem tem acesso aos dados dos usuários. Porém, todas as requisições recebidas pelo Facebook Brasil são encaminhadas para o Facebook Inc. ou Irlanda para serem analisadas e devidamente respondidas.

Só em 2016 foi recebida pelo Facebook cerca de 3500 requisições de dados de sete mil de usuários. Embora, na maioria das vezes, a cooperação pareça invisível, na época das olimpíadas o Facebook ajudou a desmantelar os planos de um ataque terrorista. Também ajudou na apreensão de sequestradores, impedimento de suicídios etc. Ele conta com uma central de proteção ao bullying, controle do que é acessado (entre pais e filhos), conscientização com o centro de valor a vida na prevenção do suicídio. Implementou um sistema capaz de detectar imagens de exploração infantil e a encontrar crianças desaparecidas. Ademais, permite que os próprios usuários façam denúncias que são analisadas por uma equipe extremamente preparada e encaminha-las as autoridades competentes²⁴.

3.1. Da evolução do whatsapp

Atualmente, o WhatsApp tem um número exacerbado de usuários, a troca de mensagens está cada dia mais intensa, e seu uso, vai além da comunicação social. Fica cada vez mais evidente a relação de interdependência entre usuários deste serviço, que passam a utilizá-los não apenas para mera

²⁴ Dados fornecidos pelo professor Bruno Magrani, representante do Facebook Serviço On Line do Brasil Ltda, obtidos nas notas taquigráficas da audiência pública referente à ADI 5.527 e ADPF 403 no site do STF

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI5527ADPF403AudinciaPblicaMarcoCivildaInternetBloqueioJudicialdoWhatsApp.pdf> acesso em 28 de setembro de 2019.

comunicação, e sim, em uma larga escala e para os fins mais diversos, incorporando-o em sua vida privada e profissional. Diante dessa grande difusão de dados que, por vezes, podem interessar o Poder Público ou judiciário como meio de colaboração em demandas judiciais, é apresentado ao Estado um suposto poder de interferir na vida privada do indivíduo interceptando dados eletrônicos, sob o argumento de se proteger os cidadãos e garantir segurança. Contudo, também é dever do Estado respeitar a liberdade de comunicação dos indivíduos, a sua privacidade e estabelecer limites para essa intervenção.

O aplicativo WhatsApp inovou completamente a era digital e a forma de comunicação entre as pessoas. Um único aplicativo, em uma só plataforma digital, que permite desde o envio de uma simples mensagem a execução de serviços essenciais da justiça. Um aplicativo que rompeu barreiras geográficas. E mais, pela gratuidade do seu serviço se apresenta como democrático. Antes, o aplicativo cobrava 99 centavos de dólar ao ano para arcar com os custos operacionais. Mesmo que antes fosse cobrado o valor de 99 centavos, isso só acontecia no papel. Na realidade, só pagava efetivamente pelo serviço quem voluntariamente ia nas configurações e desembolsava o valor.

3.2. Histórico dos bloqueios

O que talvez não seja amplamente conhecido ou amplamente divulgado, no que diz respeito aos bloqueios judiciais, é que o bloqueio do WhatsApp não foi um fato isolado. Já existiu, na história do Brasil, outras ordens de bloqueio judicial:

1. Bloqueio do Youtube pela propagação do vídeo da modelo Daniela Cicareli;

2. Bloqueio do aplicativo Secret, que compartilhava mensagens anônimas, entendeu-se ser incompatível com o ordenamento brasileiro.

3. Bloqueio do aplicativo Uber, quando na época se entendia que o serviço ofertado era contrário ao ordenamento jurídico brasileiro;

4. Bloqueio da plataforma Tube, por expor informações sensíveis sobre mulheres.

5. Bloqueio da página “Tudo sobre todos”, por comercializar dados de cidadãos brasileiros.

6. Bloqueio do WhatsApp por descumprimento de ordem judicial, sobretudo no que diz respeito a entrega de dados;

Em janeiro de 2007 a justiça determinou o bloqueio do Youtube pela divulgação de um vídeo íntimo de Daniela Cicarelli. Mesmo após o bloqueio, o compartilhamento do vídeo não pôde ser detido, visto que muitos usuários fizeram o download e divulgaram por outros veículos de propagação de conteúdo²⁵.

Dentre os 11 bloqueios existentes e notoriamente conhecido até o dia de hoje, 7 são relacionados a descumprimento de ordem judicial e os demais são por afronta à legislação brasileira. Esse debate acerca de inconstitucionalidade do bloqueio veio à tona e adquiriu grande notoriedade ao longo do ano de 2015 estendendo-se para 2016 quando bloqueios judiciais do aplicativo WhatsApp começaram a ocorrer pelo Brasil. Durante esse período, alguns juízes de primeira instância proferiram decisões que suspenderam o funcionamento do aplicativo em todo o território nacional. No período supracitado quatro decisões determinaram o bloqueio do WhatsApp.

Antes de adentrar no assunto, se faz necessário uma melhor explanação no que diz respeito a cronologia dos bloqueios do aplicativo WhatsApp. A primeira ordem de bloqueio judicial aconteceu em fevereiro de 2015 – momento em que a criptografia de ponta a ponta ainda não estava em funcionamento no aplicativo – sob o nº processual 0013872-87.2014.8.18.0140 – tramitando no Central de Inquérito da Comarca de Teresina/PI por descumprimento de ordem judicial, ordenado pelo juiz Luiz Moura Correia, onde foi determinada a suspensão temporária do aplicativo em decorrência da recusa do fornecimento de informações sobre um inquérito policial que investigava um

²⁵ É preciso lembrar que na época não existia o Marco Civil da Internet, contudo, a decisão baseou-se no poder geral de cautela do juiz que diante da ineficácia do Youtube de retirar o vídeo do seu site culminou na ordem de bloqueio, conforme consta na notícia da época. <http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,AA1412609-6174-363,00.html> acesso em 28 de setembro de 2019

crime de pedofilia ocorrido em Teresina. A controvérsia está, atualmente, com duas ações no Supremo Tribunal Federal (ADPF 403 e ADI 5527)

O Juiz Marcel Maia Montalvão, da comarca de Lagarto/SE, ordenou em 01 de março de 2016, a prisão do vice-presidente do Facebook na América Latina, o Argentino Diego Dzorán. A ordem de prisão se deu por descumprimento de ordem judicial que tinha por objetivo obter informações necessárias a investigação criminal por crime organizado e tráfico de entorpecentes. O processo tramita em segredo de justiça. Ainda no mesmo processo, dia 02 de maio do mesmo ano, foi ordenado que as operadoras de telefonia fixa e móvel, de todo o território nacional, efetuassem o bloqueio do aplicativo de troca de mensagens instantâneas: WhatsApp.

Em 19 de julho, a juíza Daniela Barbosa Assumpção, da 2ª vara Criminal de Duque de Caxias, Rio de Janeiro, determinou, mais uma vez, o bloqueio do aplicativo, motivado por descumprimento de ordem judicial por não fornecimento de informações sobre investigação pelo Facebook Serviços Online do Brasil LTDA.

Em março de 2016 foi emitida uma nova ordem de prisão contra o vice-presidente do Facebook, ele ficou detido por um período de 24 horas. Em abril de 2016 o WhatsApp divulgou a implementação da criptografia de ponta-a-ponta. É importante ressaltar que os processos correm em segredo de justiça. Em maio de 2016 foi emitida uma nova ordem de bloqueio para o WhatsApp, que teve seus serviços interrompidos pelo período de aproximadamente 24 horas. As alegações eram que o Facebook não tinha como ser intimado e nem tinha como fornecer as informações que eram solicitadas, visto que a hospedagem desse conteúdo fica na sua sede nos Estados Unidos da América, portanto, as solicitações deveriam ser encaminhadas àquelas autoridades por meio de cooperação internacional. É importante falar que quando se menciona hospedagem de conteúdo, refere-se unicamente aos metadados, visto que devido a criptografia de ponta a ponta, o servidor do aplicativo WhatsApp não detém nenhuma cópia das mensagens trocados entre seus usuários.

4. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES AO BLOQUEIO DO WHATSAPP

O direito é considerado uno e indivisível e é composto por distintas fontes jurídicas que juntas regulamentam a vida em sociedade. Essas fontes respaldam-se na Constituição e estão em consonância com seus preceitos fundamentais. Tanto a Constituição Federal de 1988 quanto a Lei do Marco Civil da Internet são balizas que tonam viável a análise do bloqueio judicial e a problemática a despeito de sua constitucionalidade.

Em noção ampla, os princípios de direito devem ser entendidos como normas jurídicas que exprimem, sob enunciados sintéticos, o conteúdo complexo de ideias científicas e proposições fundamentais informadoras e componentes do ordenamento jurídico.²⁶

São considerados mandados de otimização e são responsáveis por nortearem todo o sistema normativo funcionando como normas com alto grau de generalidade que pode vir a invalidar determinadas regras jurídicas. Fica evidente a importância dos princípios no Direito Brasileiro Contemporâneo e eles figuram como diretrizes gerais. São consideradas normas jurídicas, em seu sentido amplo, visto que tais normas compreendem a ideia de regras e princípios jurídicos. A Constituição Federal reconhece os princípios como normas impositivas e ficam ladeadas as regras o que caracteriza sua dimensão principiológica.²⁷ Já Canotilho parte da premissa que regras e princípios são duas espécies de normas e que a distinção entre eles ocorrerá como uma distinção entre espécies de normas, devendo, para tanto, partir de vários critérios.²⁸

Trocando em miúdos a fala de Canotilho, ele afirma que regras possuem uma abstração relativamente baixa, já os princípios possuem um alto grau de abstração necessitando de intervenção para ser concretizado e as regras aplicam-se imediatamente. As regras, por serem mais rígidas, possuem aplicação direta já os princípios necessitam de medidas concretizadoras. Os

²⁶ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho (2009, p.277)

²⁷ DIAS, 2009, p. 283)

²⁸ CANOTILHO, 1993, p. 1125)

princípios possuem papel fundamental no ordenamento jurídico, funcionando como normas estruturantes.

A existência dos princípios é o que permite a interpretação da Constituição como um sistema aberto. Se só existisse regras, a compreensão de um sistema com uma disciplina legal deveria abarcar toda e qualquer situação existente, proporcionando segurança jurídica. Ademais, impediria que uma nova situação fosse abarcada pelo sistema, pelo simples fato de ser um sistema fechado.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1996) dispõe acerca da importância da 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 irreversível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.²⁹

Diante do conflito que existe entre direitos fundamentais em virtude do bloqueio do WhatsApp a análise do princípio da proporcionalidade é primordial e essencial, especialmente no que diz respeito a situações que tangenciam legislação penal para limitar garantias fundamentais em prol de outros valores fundamentais. Se entendermos que a liberdade de expressão é condição para que a personalidade humana possa ser integralmente desenvolvida e protegida.³⁰ Hoje, liberdade significa poder realizar, sem qualquer tipo de interferência, as próprias escolhas individuais, exercendo-as da forma que lhe for mais conveniente.³¹

As tecnologias digitais contemporâneas oferecem ao governo, às corporações e aos criminosos, uma capacidade de interferir nos direitos do cidadão sem nenhum precedente. Censura on-line, vigilância em massa e

²⁹ MELLO, 1996, pp. 747 e 748

³⁰ RODOTÁ, 2008, p. 74-75

³¹ MORAES, BODIN, 2016, p.107

direcionada, coleta de dados, ataques digitais contra a sociedade civil, repressão que forçam a os indivíduos a buscar segurança para manter opinião sem interferências e buscar, receber e transmitir informações e ideias de todo tipo. Muitos indivíduos encontraram a solução para essa invasão na criptografia no anonimato e por meio de tecnologias sofisticadas para disfarçar sua identidade e sua pegada digital. Esses dois importantíssimos veículos de segurança on-line proporcionam aos usuários meios de proteção da privacidade, desenvolvimento e compartilhamento de informações sem interferência, permissão aos jornalistas, organizações da sociedade civil ou membros de grupos étnicos ou religiosos, ativistas, estudiosos, artistas ou outros que exerçam direito à liberdade de expressão e opinião³².

Embora a América Latina esteja entre os 12 países analisados pela Electronic Frontier Foundation e um passo à frente do resto do mundo no que diz respeito à proteção da privacidade é importante destacar 10 descobertas importantes sobre a vigilância na América Latina:

1. As legislações sobre a vigilância são de má qualidade porque permitem interpretações arbitrárias pelas autoridades. É o caso do Brasil, Colômbia, El Salvador, Peru, Guatemala, Honduras, Chile, Paraguai e Uruguai.

2. As leis favorecem a proteção de alguns dados e não de outros. Os metadados não estão bem protegidos.

3. Não existem registros públicos para analisar os IMSI-catchers ou outras tecnologias de vigilância que estão em uso na região e não se sabe de que formam se usam as informações coletadas por ele.

4. Nem sempre é preciso de ordem judicial imparcial para acessar informações confidenciais.

³² COUNCIL, HUMAN RIGHTS, 2016. Um relatório realizado pela Electronic Frontier Foundation, responsável por comparar práticas de vigilância e legislações em 12 países na América Latina concluiu que a América Latina está um passo à frente do resto do mundo do que diz respeito a existência de leis de proteção de privacidade. Todavia, se faz importante destacar que existe uma cultura de sigilo em torno da vigilância desses países o que torna mais difícil julgar até que ponto as normais legais editadas são cumpridas pelos Estados. Também é destaque que a maioria dos Estados não implementa o direito à privacidade de maneira inteiramente compatível com os direitos humanos. Assim, é importante que as autoridades estatais e sociedade civil tomem cuidado para que de fato as normas escritas sejam, de fato, traduzidas em práticas consistentes e que as falhas na defesa da lei possam ser cobertas e corrigidas.

5. Inexistem transparência, supervisão pública e direitos de reparação com relação às informações retidas pelos provedores de comunicação.

6. Não há suficiente precisão legal nem limites sobre as circunstâncias nas quais se autoriza a vigilância nas comunicações. Um exemplo é Honduras, que não limita o âmbito das atividades de vigilância.

7. Quando se trata de investigações criminais, a vigilância é tida como uma prática comum, não como último recurso, como deveria ser. Entre os 12 países de estudo, o Brasil é o único que tem uma lei especificando que um juiz não pode autorizar a interceptação das comunicações quando “a prova puder ser feita por outros meios disponíveis”.

8. Em nenhum país o Estado tem a obrigação legal de notificar diretamente as pessoas afetadas pela vigilância.

9. Os serviços de comunicação não fazem relatórios públicos sobre a natureza e o âmbito de sua interação com governos e sua participação em atividades de vigilância. Apenas o México exige em sua Lei Geral de Transparência e Acesso à Informação Pública a transparência do governo quando se demandam dados dos provedores.

10. Não existem mecanismos de supervisão pública para controlar potenciais abusos de poder quando se trata da vigilância das comunicações.

Não resta dúvidas de que a utilização cada vez mais abrangente de informações pessoais para as mais diversas finalidades da vida em sociedade torna os dados elementos essenciais de movimentação, autonomia e liberdade dos usuários na rede, permitindo que eles usufruam de todos os benefícios proporcionado pela tecnologia. O que é necessário tem em mente é que o tratamento dos dados pessoais, em particular por processos automatizados, é uma atividade de extremo risco, seja na mão de entidades privadas, seja nas mãos do governo.

Ante o exposto, fica evidente a importância do respeito aos princípios, a criação de mecanismos que visam proporcionar aos indivíduos um conhecimento mais amplo e um maior controle sobre seus próprios dados, que são, em suma, a expressão de sua personalidade.

4.1. Do princípio da dignidade da pessoa humana

Atua como Princípio Geral de Direito. Configura-se como a base de toda a orientação jurídica nacional, sendo, inclusive, indispensável ao desenvolvimento e criação da jurisprudência.

(...) a função integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana que serviria de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico.³³

É preceito fundamental do Estado Democrático de Direito e é previsto como fundamento da República, o que fica evidente no artigo 1º da Constituição Federal. Em suma, refere-se à proteção da pessoa como sujeito de direitos e em nenhuma hipótese pode ser tratada como meio para a realização de objetivo de terceiros.³⁴ Está previsto em todo o arcabouço normativo e visa a proteção e efetivação dos direitos fundamentais. É indispensável à democracia.

Para Daniel Samento, este princípio deve resguardar íntima conexão com a compreensão de pessoa humana. Humano voltado a si mesmo, não servindo apenas como instrumento do Estado, comunidade ou de terceiros. Antes de tudo, é um ser humano racional que possui necessidades materiais e psicológicas que precisam ser satisfeitas; é um ser humano social que se insere em relações indispensáveis para a sua identidade.³⁵

Assim, fica evidente a necessidade de identificação e alinhamento deste princípio com os direitos e garantias fundamentais envolvidos na problemática que envolve o aplicativo WhatsApp. Assim, estes direitos criam pressupostos basilares para uma vida que se pautem em liberdade e dignidade.³⁶ Partindo daí, evidencia-se que o bloqueio judicial do aplicativo priva, em síntese, a própria liberdade de comunicação.

³³ SARLET, 2005, p.106

³⁴ FERNANDES, 2014, p. 353

³⁵ SARMENTO, 2016, p.92

³⁶ DE OLIVEIRA, 2004, p7

4.2. Do princípio da liberdade de expressão e comunicação

Segundo a doutrina filosófica de Kant, o direito à liberdade é o único inato do ser humano e configura o maior direito atribuído ao indivíduo, abrangendo a noção de autonomia. Autonomia essa que será limitada pelas leis.³⁷

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 revela um direito geral de liberdade, que inclui: liberdade de expressão, manifestação de pensamento, liberdade de locomoção, liberdade de consciência e crença, liberdade de escolha de trabalho ou ofício entre outras. A liberdade de expressão é um desdobramento da liberdade de geral. Bernardes preleciona sobre o assunto:

Por liberdade de pensamento e manifestação entendemos a tutela (proteção) constitucional a toda mensagem possível de comunicação, assim como toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer temática, seja esse relevante ou não aos olhos do interesse público, ou mesmo dotada ou não de valor.³⁸

Consagração da liberdade de expressão na Constituição Federal como direito fundamental:

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 (...)

IX – É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

É importante ressaltar que os direitos fundamentais são, por sua vez, segundo Schreiber, positivados na Constituição Federal e designa proteção humana na esfera do direito público frente aos abusos do poder estatal.³⁹ O direito de liberdade de expressão e comunicação são consagrados invioláveis, inclusive, recebendo status de cláusula pétrea, não podendo ser revogado nem mesmo por meio de emenda constitucional, conforme disposto no artigo 60, §4º

³⁷ FERNANDES, 2014, p. 367

³⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves, 2014, p.369

³⁹ SCHREIBER, 2011, p.13

da Constituição Federal. Ademais, ainda é possível identificar expressamente esse direito no artigo XIX da Declaração dos Direitos Humanos (DUDH), que consagrou a proteção universal dos direitos humanos, atuando como marco internacional de proteção ao indivíduo.⁴⁰

4.3. Liberdade de imprensa

Em 2009 aconteceu o julgamento da ADPF 30 onde, 7 dos 11 ministros da Corte concluíram que a lei era incompatível com a atual constituição, que é repleta de dispositivos protetivos da liberdade de expressão. Entendo melhor, tudo teve seu início quando o deputado Miro Teixeira entendeu que a lei de imprensa não se alinhava à CF 88, assinando a petição da ADPF 130 objetivando a revogação da lei. A lei tinha sido imposta pela ditadura militar e continha dispositivos que eram incompatíveis com o Estado Democrático de Direito criado pela CF/88, como exemplo, pena de prisão para jornalistas condenados por calúnia e difamação⁴¹.

O ministro Carlos Ayres Britto votou totalmente procedente a ADPF 130. Os ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso Mello acompanharam integralmente o relator. Apenas o ministro Marco Aurélio defendeu que a lei continuasse em vigor. Com esse posicionamento, no dia 30 de abril de 2009, os 7 capítulos e os 77 artigos da Lei de imprensa se tornaram, 42 anos depois de sua promulgação, inconstitucionais. O acórdão do julgamento entrou para a história do Supremo Tribunal Federal.

Um dos principais debates ao longo do julgamento que revogou a lei de imprensa foram atinentes ao direito de resposta. Defendendo este direito, Gilmar Mendes, à época presidente do Supremo, argumentou que a falta de

⁴⁰ “Artigo XIX. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

⁴¹ A ação foi distribuída ao ministro Carlos Ayres Britto, que já em caráter liminar suspendeu uma série de dispositivos da antiga lei. Ao votar totalmente procedente a ADPF 130, Ayres Britto asseverou: “A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo (...) assim visualiza como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de pensamento, informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados”.

normas a esse respeito poderia deixar cidadãos e órgãos reféns de juízes⁴². No entanto, sua observação não convenceu os outros ministros. Peluso defendeu que o Judiciário, mesmo sem ter uma legislação específica, teria condições de garantir esse direito. Houve um lapso temporal de seis anos entre a revogação da Lei de Imprensa até a criação de uma lei específica para normatizar o direito de resposta: a lei 13.188/15, sancionada pela presidenta Dilma Rousseff, estabelecendo critérios para a busca e retificação ou direito de resposta daqueles que se sentirem ofendidos em matéria divulgada, publicada ou transmitida por meio dos veículos de comunicação social. A norma criada garante aos ofendidos que possam responder ou retificar informações em espaços gratuitos e de forma proporcional.

4.4. Liberdade de imprensa em números

Um relatório lançado pelo CNJ em 2018 divulgou a situação processual da liberdade de imprensa no Brasil. O conselho contou com a colaboração da Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo, que encaminhou a relação de processos cadastrados nas respectivas associações. Ao todo, foram 2373 processos relacionados à liberdade de imprensa. De acordo com a pesquisa, a maioria dos processos estão na Justiça Estadual e uma parcela significativa na Eleitoral.

No que diz respeito a motivação dos processos, difamação é a causa mais frequente, ocorrendo em 59,5 % das vezes. Violação a legislação eleitoral foi a segunda, totalizando 19,4%, 4,1% violação à marca, 6,1 % violação aos direitos autorais e 10,9% violação à privacidade. O relatório nos alerta para o fato de os dados sobre esses tipos de processos serem dispersos. Havendo, inclusive, inúmeras lacunas e imprecisões nos mecanismos de coletas de informações.

⁴² “A desigualdade de armas entre a mídia e o indivíduo é patente. O direito de resposta é uma tentativa de estabelecer um mínimo de igualdade de armas. Vamos criar um vácuo jurídico numa matéria dessa sensibilidade? É a única forma de defesa do cidadão.

4.5. Do princípio da colaboração

A participação no processo no que tange a formar decisão, constitui prioritariamente um desdobramento do direito fundamental. É evidente que a base constitucional para a formação do princípio da colaboração, em que todos os envolvidos no processo irão interagir desde sua instauração até seu último ato.⁴³

É um princípio que figura como um dever jurídico que existe entre as partes e o judiciário. Advém de um dever constitucional.

O cumprimento desse mandato constitucional de proteger o direito fundamental à tutela judicial efetiva, a que têm direito todas as pessoas, há de ser para os juízes e tribunais norte de sua atividade jurisdicional. Por isso, o Tribunal Constitucional fala da necessária colaboração dos órgãos judiciais com as partes na materialização da tutela e também no dever específico de garantir a tutela, dever que impede que os órgãos jurisdicionais de adotarem uma atitude passiva nesta matéria.⁴⁴

É um fator determinante na construção de um processo democrático e pauta-se em respeito à constituição e aos direitos fundamentais abordados previamente e fundamento no devido processo legal, como dispõe o artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.⁴⁵

Como ensinado por Marinoni, o modelo é um processo justo e é pautado na colaboração entre as partes e o juiz, sendo, portanto, um modelo cooperativo. Deve haver uma colaboração mútua. Esta cooperação se manifesta na medida em que as decisões devem observar, sumariamente, a observação do princípio do contraditório, sem que as partes se surpreendam. Ainda se viabilizam o melhor andamento do processo, com o dever de esclarecer, prevenir, consultar e auxiliar as partes. As partes também são responsáveis pelos resultados do processo e devem colaborar entre si e com o judiciário.⁴⁶ É

⁴³ DE OLIVEIRA, 2004, p8

⁴⁴ DE OLIVEIRA, 2004, p.8

⁴⁵ BRASIL, 2015

⁴⁶ MEDINA, 2016, p.55

nítido que a colaboração, de fato, não ocorreu no que diz respeito ao bloqueio do aplicativo WhatsApp. Para que a decisão seja justa e razoável e vise a solução das controvérsias estabelecidas se faz imprescindível a harmonia e o respeito aos princípios, visto que, o descumprimento de qualquer um deles, ameaça fortemente a democracia.

4.6. Do princípio proporcionalidade e razoabilidade

Diferenciam-se pela sua origem, estrutura e forma de aplicação. É frequente a associação entre a razoabilidade e a proporcionalidade pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um topos, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional”⁴⁷

Ocorre desrespeito ao princípio da proporcionalidade quando uma ordem for considerada abusiva, ultrapassando desrespeito as garantias impostas pela Constituição Federal. É importante destacar que estes princípios não se encontram positivados na Constituição Federal brasileira, o que não os impede de serem princípios que regulam os conflitos existentes dentre direitos e garantias fundamentais e os demais princípios.

4.7. Direito à intimidade e à privacidade

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, razão pela qual perfaz a necessidade de garantia da proteção dos direitos fundamentais. Prima-se por uma maior participação dos cidadãos e conseqüentemente, limitação dos poderes do Estado em prol da consolidação de uma justiça substancial.

Escolher o valor a ser protegido pela sociedade com o direito de privacidade nunca foi e ainda não é uma tarefa fácil e tem sido objeto de

⁴⁷ SILVA, 2002, p. 32

discussão por muitos teóricos. Privacidade não é apenas um conceito que envolve legalidade, é algo mais abrangente, que envolve aspectos tecnológicos, sociais, culturais e políticos⁴⁸. O Direito à privacidade já é reconhecido mundialmente, no entanto, apresenta variações no que tange a sua nomenclatura, conteúdo e extensão nas diferentes legislações, sendo objeto de diversas polêmicas jurídicas⁴⁹.

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 margem para uma ampla interpretação. Somente o próprio indivíduo terá acesso a conteúdo e informações pessoais, bem como características particulares e econômicas, sem que sejam publicizados. Logo, não é permitido que sofram consequências de atos abusivos. O direito à intimidade possui elementos particulares, como exemplo: direito ao sigilo, o que corrobora a concepção de que há fatos e informações específicas que dizem respeito apenas a quem as possui e que os indivíduos não desejam que sejam divulgados a terceiros, sem que seja consentido.

Como diz Afonso, acerca do fracionamento deste direito, o primeiro é correspondente à vida da própria pessoa, seja por questões filosóficas, religiosas etc. sem que haja repercussão social. Já o segundo, diz respeito ao relacionamento do indivíduo com o outro, mas que ainda assim, necessitam ser resguardado e não exposto publicamente. A intimidade diz respeito à vontade do indivíduo de ser deixado só, viver sem a ingerência alheia, dando ao sujeito controle total das circunstâncias.

Atualmente encontram-se fragilizados. Não podem ser mitigados em razão do constante crescente desenvolvimento tecnológico, sob a argumentação de que não existe amparo constitucional. É importante frisar que o entendimento empossado pelo Supremo tribunal Federal e que eles não possuem valor absoluto e podem ser limitados no caso concreto, em razão de relevante interesse público.

⁴⁸ ONN, DRUCKMAN, et. al. 2005

⁴⁹ MENDES, 2008.

“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”⁵⁰

Diante do exposto fica evidente que o direito à intimidade do sujeito seja sacrificado em prol da sociedade, desde que se estabeleça limites. Diante de um conflito cabe ao Estado investigar e averiguar os bens jurídicos ali violados protegendo-os antes de aplicar punições pelo não cumprimento das regras de condutas.

No que diz respeito à positivação do direito à privacidade, ela é declarada e assegurada por meio de normas internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Ambos foram adotados pela ONU em 1948 e 1966, respectivamente, sendo, portanto, reconhecido como um direito humano fundamental:

Art. 12º (DUDH): Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.

Art. 17º (PIDCP): 1. Ninguém será objeto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem dos atentados ilegais à sua honra e à sua reputação. 2. Toda e qualquer pessoa tem direito à proteção da lei contra tais intervenções ou tais atentados.

No Brasil, o direito à privacidade está positivado no artigo 5º, X da CF que preconiza serem “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e assegura o direito a indenização seja por dano material ou por dano moral decorrente de sua violação”. O Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet vêm

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrine (1982)

ao encontro do estipulado na Constituição Federal e disciplinaram de forma mais específica a referida proteção⁵¹.

O inciso XII do artigo 5º garante inviolabilidade do “sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e 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”. Diante das assertivas, não existe dúvidas: a privacidade é tida como direito fundamental de primeira dimensão, constituindo um direito civil individual a todo cidadão.

Tradicionalmente, a habilidade de terceiros penetrarem em um espaço era entendido como limite imposto pela lei. O direito à privacidade não encontrava grandes dificuldades de ser aplicado em ambientes com razoável expectativa de intimidade. Na maioria das vezes essas restrições legais eram quase sempre complementadas por barreiras fiscais. Com o advento das tecnologias digitais, temos uma situação diferente. Analisando o contexto, fica cada vez mais evidente que nem tudo que é dito ou postado pelo indivíduo pertence a sua vida privada. Direito à privacidade relaciona-se a informações

⁵¹ A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou para fazer cessar ato contrário a esta norma. Ademais, a Lei 12.965/2014 no seu artigo 7º garante que:

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

III- Inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; (...)

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 utilizadas para finalidades que:

a) justifique sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação;

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

IX- Consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais.

que afetam a independência e a habilidade de exercer controle sobre si que cada indivíduo possui⁵².

Para tornar justa a proteção para ambos os lados é extremamente necessária que os direitos fundamentais sejam balanceados e que seja levado em consideração o fato de que público e privado estão em um ciberespaço o que torna o conceito de privacidade extremamente nebuloso. A existência de diversos locais na rede associado a capacidade de processamento de dados que surgiu com os avanços tecnológicos. É necessário que se compreenda que o arcabouço jurídico da internet pode ser analisado sob a perspectiva dos riscos e perigos potenciais que são criados pela tecnologia.

Os instrumentos que surgiram com os avanços tecnológicos melhoraram de forma incontestável a vida do ser humano em diversos sentidos. Entretanto, elas vieram com um custo. As empresas estão cada vez mais agressivas em buscas por dados pessoais. No que diz respeito as legislações de proteção de dados pessoais, como princípio organizador, elas têm se revelado um instrumento de fragilização de privacidade. Contanto que o usuário tenha autonomia para decidir quando abrir mão de certos direitos de privacidade, os processadores e controladores de dados estarão em conformidade com a lei. Em geral, o custo de oportunidade de coletar informações é mais alto no ambiente online do que no físico. Destarte, autores apresentam uma nova concepção de privacidade: privacidade como instrumento de confiança.

Confiança é um ingrediente essencial para a existência e manutenção de relações saudáveis e sociedades de sucesso. A confiança vai além de aspectos éticos e morais. Ela se consubstancia em uma necessidade de modelo jurídico de contexto social e contemporâneo. Richards traz uma boa definição para o conceito.

⁵² TRUDEL, 2009. A partir do momento que um indivíduo faz alguma coisa e isso interessa a terceiros, sua vida privada não é apenas sua, ela é necessariamente limitada pelos interesses daqueles. Alan Westin corrobora com esse entendimento quando diz: O desejo do indivíduo por privacidade nunca é absoluto, uma vez que a participação em sociedade é igualmente importante. Assim, cada indivíduo está continuamente envolvido em um processo pessoal de equilíbrio entre o desejo de privacidade e o desejo de exposição e comunicação com os outros, à luz de condições do ambiente e de normas sociais na sociedade em que vive. O indivíduo o faz em face das pressões da curiosidade dos outros e dos processos de vigilância que toda sociedade necessita para a implementação de normas sociais. (WESTIN, 1970, p.7)

Um estado de espírito que permite que um indivíduo esteja disposto a se colocar em uma posição de vulnerabilidade perante outrem – isto é, a depender de outra pessoa apesar do risco positivo dela agir de uma maneira que pode prejudicar aquele que confia⁵³.

A confiança é uma necessidade social permeado por diversas nuances e graduações. O ato de confiar, seja no outro ou na relação jurídica, deixa o indivíduo em uma posição de fragilidade e vulnerabilidade. Para equilibrar a balança e compensar essa vulnerabilidade, cabe ao sistema normativo garantir um mínimo de segurança para o desenvolvimento das atividades do indivíduo⁵⁴. Essa concepção de confiança tem igual valor no ordenamento jurídico brasileiro⁵⁵.

A doutrina pátria também garante proteção adequada a confiança. E vai além, garantindo não apenas proteção e credibilidade nas relações sociais, mas, fortalecendo a própria confiança no arcabouço jurídico. Dessa forma, a confiança permite que os indivíduos possam prosseguir com suas atividades e garante que estejam protegidos de eventuais condutas levianas ou contraditórias de terceiros, em que se confiou, e garantindo que sejam vinculadas aos negócios jurídicos que participam⁵⁶.

Por fim, é importante destacar que, o surgimento dos smartphones e o desenvolvimento da chamada de internet, redes sociais, ferramentas de pesquisas etc. potencializou a coletivização das informações em longa escala. Com o surgimento deles, a inteligência não é produzida apenas por humanos, mas, cada vez mais, por sensores. Sensores de movimento e de localização indicam a todo tempo onde estamos, para eu estamos olhando etc. tornando os dados processados cada vez mais real. A própria arquitetura da internet depende da habilidade dos seres humanos em confiar uns nos outros no que diz respeito a tráfego de comunicações. É vidente que a confiança online significa,

⁵³HILL e O'HARA, 2006 apud RICHARDS e HARTZOG, 2015, p. 22.

⁵⁴ MARTINS, 2008

⁵⁵ Consagrada no Código Civil de 2002 a teoria da confiança, pode-se afirmar com renovado vigor, que, na interceptação das diversas cláusulas de um contrato, devem-se considerar vinculantes os deveres que, manifestados pelas partes, suscitam em ambas uma compreensão comum quanto ao conteúdo da declaração. (TEPEDINO, 2005, p.9). O ordenamento não apenas garante a segurança e a credibilidade, mas, também fortalece a própria confiança no arcabouço jurídico.

⁵⁶ MARTINS, 2008

principalmente, analisando o cenário descrito, tornar-se vulnerável para alguém ou algo, o que traz um risco crescente do uso errôneo das informações coletadas, vazamento de dados, manipulação e perda de autonomia. Uma vez que a informação é revelada o indivíduo perde o controle exclusivo que detinha sobre uso e disseminação, ficando à mercê daquele que a coletou.

Por fim, o desejo do indivíduo por privacidade nunca é absoluto. Ademais, sua participação na sociedade é de igual importância. Cada indivíduo está envolvido de forma contínua em um processo de equilíbrio entre desejo de privacidade e desejo de exposição em comunicação. O indivíduo age de tal forma em face das pressões da curiosidade dos outros e dos processos de vigilância que toda sociedade necessita para a implementação de normas sociais⁵⁷.

Quando falamos em proteção nas redes, é perceptível que existe diversas formas para se resguardar a privacidade do mundo real. Uma delas é a lei, que é, a maneira mais tradicional de fazê-lo e confere a esse direito um status constitucional. A tecnologia, em si mesma, não é intrinsecamente uma ameaça à privacidade. O ponto central é como ela é usada. Por exemplo: a tecnologia nos permite proteger a privacidade por meio de métodos como a separação dos identificadores pessoais dos dados ou criptografias das informações pessoais, de modo que somente possam ser vistas por aqueles que estão autorizados a fazê-lo. Conforme as inovações tecnológicas continuam a apresentar novas ameaças à privacidade, tecnologias intensificadoras de privacidade podem minimizar essas ameaças.⁵⁸

⁵⁷ Westin, 1970, p.7

⁵⁸ CAVOUKIAN, 2013, p.3

6. DADOS PESSOAIS E SUA TUTELA: PARADOXO DA PROTEÇÃO DOS DADOS.

Existe diversos paradoxos que permeiam as questões que envolvem tecnologia digital⁵⁹. O estudo realizado pelo EMC de Privacidade, para qual foram entrevistadas 15 mil pessoas, revela que o ponto de vista sobre privacidade varia muito conforme a região e o tipo de atividade a ser realizada online. Dentre os diversos paradoxos apontados pelo EMC, podemos destacar, à nível global, o “queremos tudo: os consumidores querem os benefícios que as conveniências que a tecnologia digital pode propiciar, no entanto, não estão dispostos a trocar uma parte de sua privacidade por maior conveniência e facilidade online.

Embora o risco à privacidade afete os consumidores de uma forma direta e precisa, a maioria não toma nenhum tipo de atitude especial no que diz respeito à proteção de sua privacidade. Ademais, ainda transfere o ônus inteiramente para aqueles que são responsáveis por lidar com as informações: governo e empresas. Há, também, o paradoxo conhecido como “compartilhamento social”. Os usuários dos sites de mídia social afirmam que valorizam a privacidade, porém, compartilha livremente e despreocupadamente um volume grande de dados pessoais. Manifestam ausência de confiança na proteção dada pelas instituições as informações.

O Brasil ocupou a 15^o posição entre os países avaliados pelo EMC. 26 % dos entrevistados dizem estar dispostos a negociar privacidade em troca de maior conveniência online. 56% não trocariam a privacidade por conveniência e ademais, desejam um controle muito maior sobre seus dados pessoais⁶⁰. No geral, a confiança no país é baixa. 71% dos entrevistados sentem que a cada dia a privacidade se torna mais escassa e que deve existir leis que proíbam a utilização da privacidade como moeda de troca das empresas que vendem

⁵⁹ Esses paradoxos trazem serias implicações para consumidores, empresas e fornecedores de tecnologia. Essa informação é revelada pelo Índice EMC de Privacidade. A pesquisa foi realizada em 1º de agosto de 2013, com 1.000 entrevistados e realizada por mais de 15 países. O teste de significância obteve 95% de confiança. A pontuação total foi obtida através de medições quanto à disposição para negociar privacidade para maior conveniência e benefício.

⁶⁰ Assim como no Brasil, demais países compartilham do mesmo desejo e do mesmo medo. Usuários revelam ter uma confiança mínima na ética e nas habilidades das organizações no que diz respeito à proteção de sua privacidade.

dados pessoais a todo momento, sem consentimento. Norbert Wiener define informação como:

(...) o termo que designa o conteúdo daquilo que permutamos com o mundo exterior ao ajustar-nos a ele, e que faz com que o nosso ajustamento seja nele percebido. O processo de receber e utilizar informações é o processo do nosso ajuste às contingências do meio ambiente e do nosso efetivo viver neste ambiente⁶¹.

Como já reiterado diversas vezes, a informação vem ganhando relevo diante da nossa conjuntura atual. Diversos arcabouços sociais acabaram por acolhê-la como um elemento fundamental. Para o direito, essa crescente importância se traduz no fato que atualmente, uma considerada parcela das liberdades individuais é exercida de modo concreto por meios de estruturas onde a informação e a comunicação ocupam um papel de extrema importância e proporciona meios para que o homem interprete de forma autônomo o mundo que lhe cerca e ademais, participe dele de forma ativa.

No ordenamento brasileiro, como em muitos outros ordenamentos, o conceito de informação não é tratado uniformemente. Existe uma dissonância na doutrina e frequentemente o tema é abordado em cortes específicos: liberdade de informação, acesso a informação, proteção das informações pessoais etc.⁶² A fim de resolver esse problema, alguns teóricos buscaram a solução dentro do direito privado. Parte da doutrina entende que a criação de um mercado para estes bens seria a resposta de mecanismos econômicos de caráter liberal onde seria possível otimizar as relações de custo e benefício.

Os dados pessoais são emanções imediatas da própria personalidade humana e expressão de dois importantes direitos fundamentais: direito à identidade e direito à privacidade. Nessa esteira, é postulado por Laura Schertel:

A informação pessoal difere de outras informações por possuir um vínculo objetivo com a pessoa, isto é, por revelar o que lhe dizem a respeito. Desse modo, resta claro que tais informações merecem tutela jurídica, uma vez

⁶¹ WIENER, 1954

⁶² DONEDA, 2010

que, por terem como objeto a própria pessoa, constituem um atributo de sua personalidade. Fundamental é perceber que tal tutela visa à proteção da pessoa e da sua personalidade e não dos dados pessoais⁶³.

É seguro afirmar, após tudo que já foi discutido, que a raiz do problema está além da sua mera categorização dogmática que considera a informação um bem jurídico. A questão aqui é possibilitar que ela seja abordada pelo ordenamento jurídico habilmente de modo a possibilitar a atuação dos interessados em questões e dos valores que precisam ser ponderados⁶⁴.

6.1. Proteção de dados

Diversas peculiaridades derivadas de fatores como natureza de informações ou habilidade de movimentar mecanismos para sua exploração tornam necessário o desenvolvimento de meios de tutela específicos para esse conteúdo, também conhecido como “proteção de dados”. A proteção de dados pessoais emerge no âmbito da sociedade em rede como uma possibilidade de tutelar a personalidade do indivíduo contra os potenciais riscos oriundos do tratamento de dados a partir da moderna tecnologia de informação.

Tendo em vista que as informações pessoais se constituem em intermediários entre a pessoa e a sociedade, a personalidade de um indivíduo pode ser gravemente violada com a inadequada divulgação e utilização de informações armazenadas a seu respeito. Nessa hipótese, têm-se a violação também da autodeterminação e da liberdade do indivíduo, na medida em que ele deixa de ter controle sobre a suas próprias informações, ficando eventualmente sujeito ao poder dos organismos privados ou públicos⁶⁵.

O Tribunal Constitucional Alemão, consolidou, em um julgamento histórico o direito à autodeterminação informativa como um direito fundamental

⁶³ MENDES, 2016

⁶⁴ DONEDA, 2010. As diversas peculiaridades que surgem derivados de fatores como a natureza de informações, habilidade de movimentação ou mecanismo para exploração econômica etc. o que torna extremamente necessário o desenvolvimento de meios de tutela específicos para esses conteúdos o que é conhecido como proteção de dados

⁶⁵ MENDES, Laura Schertel, 2010

dos indivíduos de “decidirem por si, quando e dentro de quais limites seus dados podem ser utilizados”⁶⁶.

Diversas peculiaridades derivadas de fatores como natureza de informações ou habilidade de movimentar mecanismos para sua exploração tornam necessário o desenvolvimento de meios de tutela específicos para esse conteúdo, também conhecido como “proteção de dados”. A proteção de dados pessoas emerge no âmbito da sociedade em rede como uma possibilidade de tutelar a personalidade do indivíduo contra os potenciais riscos oriundos do tratamento de dados a partir da moderna tecnologia de informação.

A proteção de dados pessoais como um setor de política pública autônomo, dotado de instrumentos legais e de organismos regulatórios próprios demonstra que, além da sua caracterização como direito fundamental, a liberdade, consubstanciada na garantia de controle que cada indivíduo dispõe sobre suas próprias informações. Existe um paradigma que é bastante difundido atualmente tanto na doutrina quanto em diversos ordenamentos jurídicos, que prega que: o exercício da liberdade de controle de dados pessoais estaria ancorado no consentimento do titular, permitindo que este determine o nível de proteção dos dados a ele referentes⁶⁷.

Com intuito de possibilitar o controle do titular acerca dos seus dados, foram estabelecidos, na maioria das legislações sobre o tema, direitos subjetivos, tais como direitos de informação, acesso, retificação, cancelamento, etc. cuja função primordial era efetivar o exercício dos princípios que as normas preveem⁶⁸.

⁶⁶ PANEBIANCO, 200 apud, 2006 p. 196.

Na decisão, a corte defendeu que a partir da tecnologia da informação, os dados podem ser integrados com outros bancos de dados para formar um quadro da personalidade relativamente completo ou o mais completo possível, sem que a pessoa possa controlar sua exatidão e seu uso, 2005. p. 237

⁶⁷ Stefano Rodotà prega que um dos principais teóricos do assunto prega uma postura de transparência no que diz respeito aos dados pessoais. Ele diz que a informação, nos dias atuais, constitui uma nova concentração de poder e de fortalecimento de poderes já existentes.

⁶⁸ O consentimento não pode ser a pedra de toque para legislações que versem sobre proteção de dados. O exercício do direito de controle do indivíduo sobre as suas informações consiste em uma dimensão importante da disciplina de proteção de dados pessoais. A evolução das gerações de normas de proteção de dados pessoais reflete a tentativa de se buscar, cada vez mais, um modelo que garantisse efetivamente a autodeterminação do indivíduo. MENDES, 2008.

Assim, é possível chegar à conclusão que uma das finalidades principais da proteção de dados é conferir autonomia e controle aos indivíduos sobre a coleta e a utilização dos dados pessoais, usando métodos que garantam a preservação da capacidade de autodeterminação e o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo⁶⁹. A relação simbiótica entre os atores da internet é um elemento essencial para a relação de confiança. É importante destacar que um elemento primordial e indispensável para qualquer relação que envolva dados pessoais é a transparência. Ela é o princípio basilar. Para que o processamento dos dados não perca sua legitimidade, o sujeito dessas informações deve ter ciência de que os dados pertencentes a ele estão sendo processados. O controlador dessas informações deve, no mínimo, fornecer, sobre si, informações que sejam claras e objetivos, além disso, oferecer esclarecimentos adicionais sempre que se fizer necessário a fim de garantir um justo processamento e considerando as circunstâncias específicas em que o dado é coletado⁷⁰.

6.2. Proteção de dados no Brasil

A Lei nº 12.695/2014 foi um divisor de águas no que concerne à regulação da internet no âmbito nacional, principalmente no que diz respeito à guarda de registros, privacidade de dados e conteúdos disponibilizados na Internet. Porém, ele ainda apresenta alguns pontos de incompreensão. Também se faz viável analisar o Decreto nº 8.771/16, que foi editado para regulamentar o Marco Civil da Internet, a fim de identificar as complementações positivas que foram trazidas para o arcabouço jurídico das relações digitais visto que diversos pontos ainda apresentam insegurança jurídicas e muitas lacunas.

Os modelos de provedores utilizados no Brasil ainda podem ser mais estratégicos e criativos que outros modelos pelo simples fato de ser construído através de experiências legais conseguidas a partir da enorme contribuição intelectual humana em confronto com as transformações científicas e com a própria dinâmica social⁷¹. Logo, é possível concluir que a lei do Marco Civil é um

⁶⁹ MENDES, 2008

⁷⁰ SLOOT e BORGESIUUS, 2012

⁷¹ POLIDO, 2016

desses meios estratégicos. É o símbolo vanguardista em relação a outras experiências legislativas no que diz respeito a área da internet, voltada sempre para sancionar, criminalizar ou privatizar.

7. DISCUSSÃO TECNOLÓGICA

É irrefutável que a modernidade possibilitou avanços tecnológicos e trouxeram consigo novos meios de expressão e comunicação. A internet é o meio de comunicação mais popular da atualidade e serve como um dos meios mais democráticos de acesso à informação e divulgação de dados das mais diversas naturezas. A internet tornou-se um instrumento essencial para o funcionamento das mais diversas estruturas sociais.⁷² Devido a sua complexidade e importância, cada vez mais direitos e deveres devem ser garantidos aos indivíduos, provendo sua proteção não apenas física, mas também eletrônica, que se forma através dos dados e informações pessoais de cada indivíduo.

7.1. Conceito whatsapp

O WhatsApp é um aplicativo multiplataforma de mensagens instantâneas e chamada de voz para smartphones. Além das habituais mensagens de texto permite o envio de áudios, vídeos, documentos, PDF, além de fazer ligações grátis por meio de uma conexão com a internet. Foi fundado em 2009 por Brian Acton e Jan Koum, ambos veteranos do Yahoo e atualmente encontra-se sediada na cidade de Santa Clara, na Califórnia. Em questão de meses cresceu exponencialmente, alcançando em 2015 a marca de 900 milhões de usuários ativos. Em janeiro de 2015, foi disponibilizada a versão web, ou seja, uma versão que pode ser utilizada pelo computador. Em 18 de janeiro de 2016, os criadores do aplicativo WhatsApp divulgaram a notícia de que se tornaria isento de qualquer cobrança anual.

Jan Koum era empresário e engenheiro de software. Saíram em 2008 e viajaram o mundo onde Brian foi o responsável por conseguir os primeiros investidores. Em 2009, Jan começou a desenvolver um aplicativo para o Iphone, capaz de enviar mensagens gratuitas que se assemelhassem aos SMS, fosse de fácil utilização e funcionasse baseado na agenda telefônica. O app é um

⁷² Em 2017, estimava-se que o número de usuários de internet no mundo fosse aproximadamente de 3.600.000.000, cerca de 40% da população mundial. No ano de 1995 esse número era menos de 1%. O Brasil ocupa o 4º lugar no ranking de usuários por país, depois da China, Índia e EUA, com cerca de 140 milhões de usuários, o que corresponde a cerca de 70 % da população. (STATS, 2017, online)

aplicativo de comunicação livre e ganhou popularidade por ser seguro e acessível. A intenção sempre foi essa: criar um aplicativo que fornecesse aos usuários segurança e acessibilidade. “ A criptografia protege os usuários. O sistema mais seguro que se pôde obter foi utilizado nas configurações do aplicativo. Nem o WhatsApp nem o Facebook podem ser interceptados. Nesse tipo de tecnologia ou é protegido todo mundo ou é protegido ninguém. “ [Brian Acton – audiência pública]. Em 2014 o Facebook comprou o WhatsApp por US\$ 16 bilhões (e mais três bilhões de dólares em ações para os funcionários). Foram US\$ 4 bilhões em dinheiro vivo e US\$ 15 bilhões em papéis do Facebook.

No Brasil, a troca de mensagens instantâneas é uma das principais formas de utilização dos aparelhos móveis. Desde o primeiro momento de criação, o WhatsApp foi desenvolvido como uma ferramenta que pudesse ajudar aos usuários a manter contato com seus amigos, familiares, no que tange ao compartilhamento de informações, reaproximar seus familiares, informar sobre eventos desastrosos naturais, etc. Por ser usado nos momentos mais pessoais, foi implementado a criptografia ponta-a-ponta assegurando os dados trocados e evitando que cai nas mãos erradas.

7.2. Criptografia de ponta – a – ponta

Criptografia é o estudo e prática de princípios e técnicas para comunicação segura na presença de terceiros. Surgiu na fusão das palavras gregas “Kryptós” e “gráphein”, que significam “oculto” e “escrever”, respectivamente. Codifica as informações de forma que só o emissor e o receptor conseguem decifrá-las. Geralmente, refere-se à construção e análise de protocolos que impedem terceiros ou o próprio público, de lerem mensagens privadas. Alguns dos seus aspectos de segurança são: confidencialidade, integridade de dados, autenticação e não-repúdio etc.

A criptografia de ponta-a-ponta foi implementada no aplicativo no Brasil em 2016. O intuito é garantir maior segurança nas mensagens trocadas entre os usuários. Por meio da criptografia você pode: proteger os dados sigilosos armazenados em seu computador, proteger seus backups contra acesso indevido, proteger as comunicações realizadas na internet: e-mails,

transações bancárias etc. Uma chave criptográfica é um valor secreto que modifica um algoritmo de encriptação.

Na criptografia de ponta-a-ponta o aplicativo cria uma chave para a conversa, seja ela privada ou em grupo. A chave é enviada para os usuários, ao escrever uma mensagem, a partir daí o app cria um código criptografado, envia para a outra ponta (a parte receptora). Assim, para descriptografar a mensagem enviada, faz-se necessária a obtenção de uma chave particular, a qual somente o indivíduo possui. Ou seja, com essa nova técnica os usuários têm sua privacidade e intimidade preservadas e somente compartilhariam as mensagens mediante a própria vontade.

Nem mesmo próprio WhatsApp teria acesso aos dados trocados pelo aplicativo, mesmo que por ordem judicial, pelo simples fato de não possuir a chave que permite descriptografar as mensagens. Ademais, é de extrema importância afirma que o uso desta técnica de segurança encontra respaldo no Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014. A 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, em seu artigo 2º, inciso V; art. 3º, incisos II, III e VIII e art. 7º, incisos I, II e III.

Quando falamos em espelhamento de conversas, flexibilização da criptografia e entre outras formas de permitir o acesso ao conteúdo é importante analisar não apenas a constitucionalidade do bloqueio, mas também, pesar os pros e contras e decidir o que é mais viável. Na política de privacidade do aplicativo é falado: Suas mensagens são suas e nós não podemos lê-las. Implementamos privacidade, criptografia de ponta-a-ponta e outras ferramentas de segurança no WhatsApp.

- É informado que os dados são recebidos e coletados e que as leis, regulamentos e normas do país no qual as suas informações são armazenadas ou processadas podem ser diferentes do que rege em seu próprio país.

Anteriormente a 2016, este recurso ainda não existia, os indivíduos se encontravam mais vulneráveis à internet, correndo riscos exponenciais prejuízos de seus direitos constitucionais previstos, podendo atingir prejuízos exponenciais em escala nacional e internacional, ferindo a segurança pública e

os negócios econômicos. A flexibilização do recurso da criptografia acarretaria o atingimento de todos os usuários.

Ademais, é importante mencionar que a flexibilização da criptografia, espelhamento de conversas e outros paliativos que permitam o acesso as mensagens trocadas pelos usuários encontra diversas barreiras, dentre elas: o servidor do aplicativo WhatsApp não tem acesso as mensagens trocadas entre os usuários; existe também a verificação de segurança que permite a confirmação da veracidade das informações e em caso de troca das chaves, nesse momento, o usuário teria noção que a comunicação não é mais segura. O WhatsApp web não funciona como um espelho de contas e sim como um túnel seguro. É uma extensão do aplicativo que funciona ligada ao próprio smartphone. Para usar, o aplicativo escaneia o código QR presente no smartphone e efetua o login. No que diz respeito a flexibilização de criptografia, é importante ter ciência que a flexibilização não pode ocorrer para permitir que apenas determinadas contas sejam acessadas. Caso se permita uma flexibilização da criptografia, todos os usuários ficarão desprotegidos. E vai muito além, os hackers, organizações criminosas e etc. poderão ter acesso aos dados, inclusive de pessoas do governo, judiciário e etc. e usa-los de maneira não autorizada.

A criptografia não é benéfica apenas para os cidadãos brasileiros. Ela atua de forma a complementar a atividade dessas autoridades e do governo permitindo uma comunicação mais segura para os juízes, delegado etc. A criptografia como ferramenta de segurança tem previsão legal do próprio decreto do marco a internet. Faz parte do nosso dia a dia e está prevista em quase todas as atividades online. Comprometer a criptografia é comprometer o desenvolvimento da internet. Ela é extremamente importante como ferramenta de segurança e de crescimento se tornando um diferencial competitivo. Os próprios usuários buscam serviços que ofereçam a criptografia.

Quando o assunto é criptografia é importante ressaltar todos os aspectos da informação. A informação deve ser confidencial, íntegra e disponível. A integralidade e pessoalidade dos dados são características importantes da informação. No dia a dia uma quantidade infinita de dados são compartilhados. No entanto, alguns desses dados são específicos meus, são

privados, mas, não são secretos. O fato de não serem secretos não quer dizer que é permitido a qualquer um acessá-los no momento em que achar oportuno. O crivo do debate em questão não deve ser “podar” a criptografia e sim, protegê-la. Quando se trata de segurança não deve existir meio termo. “ É importante que não se penalize os meios e sim os reais (os ilícitos cometidos). Se você abrir mão da liberdade para obter segurança, você perde ambos. ” [Dennys Marcelo Antonialli – Conselheiro do comitê de Internet; Associação de pesquisa em direito e tecnologia.]

Diversos estudiosos sobre criptografia chegaram ao entendimento de que o protocolo utilizado pelo WhatsApp é seguro e, devido à escassez de profissionais e a dificuldade de se manter uma criptografia forte e sem vulnerabilidade não é prudente quebrar uma criptografia forte. No que tange ao espelhamento, já ocorreu nos EUA ????. Não encontrei nada que confirmasse! O importante é estar ciente que quando um ponto de falhas é criado o guardião de acesso a estas informações certamente será comprometido por: outros governos, corporações e/ou organizações criminosas.

7.3. DA ORDENS DE BLOQUEIO

Ao deferir pedido liminar contrário a uma das ordens de bloqueio, o desembargador salientou que a decisão de suspensão era decididamente desproporcional, visto que não se justifica a interrupção de acesso de um serviço como um todo, podendo, inclusive, transcender a fronteira nacional e afeta direta e surpreendentemente, a comunicação nacional e internacional. Além disso, destaca a existência de outros meios que possibilita obter as provas e garantir o andamento da investigação.

No segundo bloqueio, o desembargado também se pautou no princípio da proporcionalidade, afirmando que não se mostra razoável que milhões de usuários sejam afetados em decorrência da inercia do impetrante e levando em conta que os outros meios de investigação disponível ainda não foram esgotados. Assim, entendeu que a ordem proferida pela juíza era desproporcional, visto que ocorreu antes a aplicação multa, sendo possível a

majoração desta frente à inércia da empresa WhatsApp, que obrigariam o cumprimento da decisão imposta.

Na terceira ordem de bloqueio, o magistrado Marcel Maia Montalvão afirmou em sua argumentação que ao contrário do que foi sustentado por inúmeras vezes pela empresa em sua defesa, a suspensão não é contraditória no que diz respeito à colaboração do judiciário. Primeiro, a própria suspensão inviabilizaria a coleta de dados, impedindo o acesso ao aplicativo e a coleta de dados. O que se deseja seria adotar uma medida de coerção que impusesse a empresa a respeitar o ordenamento jurídico nacional. Não acatando a ordem que determina o fornecimento de dados, a empresa estaria impondo uma “desobediência confessa à legislação nacional”. (MONTALVÃO, 2016).

Segundo o juiz Marcel Maia Montalvão, o judiciário se encontra em um conflito de limites da Supremacia do Interesse Público frente ao Interesse Privado. Não pode uma investigação criminal de claro interesse público ser prejudicada por mera negligência e irresponsabilidades de uma empresa privada, que estaria descumprindo as determinações judiciais por mera conveniência comercial e lucrativa, ferindo a soberania nacional. (MONTALVÃO, 2016). “Não se imagina que uma investigação criminal de tráfico interestadual de drogas, abrangente no território nacional em vários Estados, seja impedida de ter a sua continuidade por (ir)responsabilidade de uma bilionária empresa com fins meramente comerciais em detrimento da soberania nacional.” (MONTALVÃO, 2016).

Ele afirma que os serviços fornecidos pela empresa estão longe de serem considerados serviços essenciais:

O aplicativo conhecido como WhatsApp, bem como a própria Facebook não são sinônimos de internet. Internet vai muito além. Elas servem tão-somente para atingir seus próprios objetivos. Por acaso o serviço oferecido pela Facebook e pela WhatsApp são considerados essenciais, pela legislação brasileira? É evidente que não. Nem aqui nem além-mar. A par do desconforto e do comodismo, nossos serviços essenciais deixariam de ser oferecidos com possível suspensão temporária ou definitiva de seus serviços? É evidente que não. Portanto, por que quedar-se inerte contribuindo para a perpetuação dos

agentes criminosos? Seria razoável e proporcional desrespeitar-se o ordenamento jurídico deste País? É evidente que não. (MONTALVÃO, 2016)

O magistrado Marcel Maia Montalvão discorreu acerca da criptografia e apontou o modelo ponta-aponta utilizado pelo WhatsApp alegando que não teriam caráter obrigatório e sim facultativo. E só o fato da criptografia supracitado não ser passível de decifrar já configura, por si só, uma violação. (MONTALVÃO, 2016).

O quarto bloqueio foi determinado pela juíza Daniela Barbosa Assumpção pelo não cumprimento do pedido de desabilitar a criptografia do aplicativo para que ocorresse a interceptação dos dados telefônicos. A magistrada sustenta que a criptografia do aplicativo visa a garantia do sigilo das informações trocadas entre os usuários do aplicativo, afirmando que a codificação criptográfica “não pode servir de escudo protetivo para práticas criminosas que, com absurda frequência, se desenvolvam através de conversa, troca de imagens e vídeos compartilhados no aplicativo” (SOUZA, 2016). Ela também destaca o conflito entre interesses públicos e privados, afirmando que o interesse público deverá sempre permanecer sobre o interesse privado, tendo em vista a proteção da privacidade e intimidade dos usuários, pelo não fornecimento de dados, onde a empresa contraria o interesse público. Contudo, a magistrada deixa claro a importância de se enxergar além e reconhecer a dimensão de alcance do aplicativo em questão.

O Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que a ordem da magistrada violou as disposições que constam no Marco Civil da Internet e a liberdade de expressão. Reconheceu também a dimensão e importância do aplicativo para com o judiciário, no que tange a intimação das partes nos atos processuais.

7.4. Da posição do Supremo Tribunal Federal frente à ADPF nº 403 MC/SE e a ADI nº 5527

7.4.1. ADPF nº 403 mc/se

É inquestionável que a polemica que envolve o bloqueio ganhou maior dimensionamento e contorno diante do posicionamento do STF na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) com pedido de medida cautela nº 403 MC/SE, ajuizada no dia 03 de maio de 2016 pelo Partido Popular Socialista contra a decisão do juiz Marcel Maia Montalvão. (STF,2016)

Em sede liminar, consta da inicial o requerimento de suspensão dos efeitos da ordem do juiz de Lagarto/SE, e em provimento final, defendeu que fosse declarado a violação do princípio fundamental da liberdade de comunicação, previsto no artigo 5º, IX da Constituição Federal. (STF, 2016). Foi aberto o prazo para manifestação da Procuradoria-Geral da República e encaminhado um ofício ao Juízo Criminal da comarca de Lagarto/SE. Neste lapso temporal, nova ordem de bloqueio foi prolatada e o demandante do PPS requereu que este ato também fosse suspenso imediatamente.

Em 19 de julho de 2016, o Ministro Ricardo Lewandowski examinou o pedido liminar de suspensão da decisão proferida pela juíza Daniela Barbosa Assumpção Souza. O ministro asseverou que o direito à liberdade de expressão e comunicação é considerado cláusula pétrea não podendo ser mitigado nem mesmo por meio de emenda constitucional. Afirma que a suspensão do aplicativo viola o preceito fundamental e a legislação sobre o tema, uma vez que o bloqueio foi determinado de modo abrangente, sendo “*desproporcional ao motivo que lhe deu causa*”.(LEWANDOWSKI, 2016).

O ministro destaca que o ato impugnado merece ser suspenso conforme requerido pelo PPS: “*quando mais não seja por gerar insegurança jurídica entre os usuários do serviço, ao deixar milhões de brasileiros sem comunicação entre si.*” Entendeu ainda que o Marco Civil da Internet confere contornos legais à matéria uma vez que, segundo ele, “*a lei 12.695/14 surgiu exatamente com o propósito de estabelecer garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.*” (LEWANDOWSKI, 2016)

Diante disto, o Ministro Luiz Edson Fachin determinou a realização de audiência pública acerca do bloqueio judicial do WhatsApp, para que as seguintes questões pudessem ser sanadas:

1. Em que consiste a criptografia ponta-a-ponta utilizada por aplicativos de troca de mensagens como o WhatsApp?

2. Seria possível a interceptação de conversas e mensagens realizadas por meio do aplicativo do WhatsApp ainda que esteja ativada e criptografia ponta a ponta?

3. Seria possível desabilitar a criptografia ponta a ponta de um ou mais usuários específicos para que, dessa forma, se possa operar interceptação jurídica legítima?

4. Tendo em vista que a utilização do aplicativo do WhatsApp não se limita apenas uma plataforma, mas permite acesso e utilização também em outros meios, como por exemplo, computadores, ainda que a criptografia esteja habilitada, seria possível espelhar as conversas do aplicativo para outro celular/smartphone, computador etc. permitindo que se implementasse ordem judicial de interceptação em face de um usuário específico.

A audiência pública ocorreu em dois dias e também teve como escopo a discussão sobre o Marco Civil da Internet e acerca da possibilidade de decisões judiciais impossibilitarem o acesso ao aplicativo. Reuniu representantes do WhatsApp Inc., Facebook, polícia federal, ministério público, pesquisadores da área de informática e entre outros.

Os esclarecimentos apresentados – quer pela qualificação, quer por sua representatividade – enriquecerem o debate e vão auxiliar a nós dois e a todos os ministros desta Corte a buscar a melhor solução possível para um problema que, como vimos, é bastante complexo, a suscitar articulações entre liberdade, direitos fundamentais, privacidade e justas trocas numa sociedade aberta. (FACHIN, Edson. STF, 2017).

7.4.2. ADI Nº 5527

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5527 foi ajuizada no dia 13 de maio de 2016, com pedido de medida cautelar pelo Partido da República (PR), requerendo declaração de inconstitucionalidade do artigo 12, incisos III e IV, do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14), e requerendo

também a interpretação do artigo 10, §2º em consonância com à Constituição Federal. (STF, 2016).

O art. 10, § 2º, da Lei nº 12.965/2014, para se compatibilizar com o art. 5º XII, da Lei Maior, deve ser interpretado de modo a somente autorizar a disponibilização do conteúdo de comunicação privadas, por ordem judicial, no âmbito de persecução criminal. (WEBER, Rosa, STF. 2016)

O demandante requereu que fosse declarada a nulidade parcial, sem redução de texto, do art. 12, III e IV, da Lei nº 12.965/2014 requerendo o afastamento de sua aplicação às ferramentas de “troca de mensagens”, ou, condicionada a aplicação das sanções de suspensão temporária e de proibição do exercício das atividades à prévia frustração das sanções previstas nos incisos I e II. Ademais, aduziu que as medidas de coerção adotadas no Brasil se mostram incompatíveis com um governo democrático, chamando a atenção da mídia internacional que têm noticiado que o Brasil está adotando a censura à internet, assemelhando-se a países como: China, Coréia do Norte e Irã, sob o argumento de “supremacia do interesse público” o que se evidencia demasiadamente perigoso. (STF, 2016)

Também se argumentou que a suspensão não serviria apenas como medida de coerção para à empresa e sim para toda à sociedade brasileira que estaria sendo privada de um serviço. Para o demandante, isto viola os princípios fundamentais como a individualização da pena, liberdade de comunicação e expressão, livre iniciativa e continuidade. Foram habilitados como *amici curiae* o Instituto Beta para Democracia e Internet (IBIDEM) e o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS RIO). (STF,2017).

8. DISCUSSÃO JURÍDICA

O texto constitucional tem a incumbência de se ajustar com o Estado de Direito é a expressão da realidade do Estado moderno e é inspirado nos pressupostos de uma democracia liberal. Advém da doutrina Alemã e surgiu como oposição ao Estado de Polícia, cujas características evidenciam a centralização da soberania no monarca, bem como a extensão do poder ao âmbito religioso, fazendo a autoridade eclesiástica ser a responsável pela promoção do bem-estar e felicidade dos súditos. (DIAS, 2004, p. 93). A doutrina alemã não concebeu o Estado de Direito como forma ideal de governo, mas sim como um Estado de direito racional, de modo que fosse possível governar segundo a vontade geral buscando o melhor para o coletivo. (DIAS, 2004, p.94). É importante ressaltar que não se deve confundir Estado de Direito com Estado Legal, no qual inexistiria compromisso com questões sociais, econômicas e políticas, bem como a garantia de direitos individuais. Surgiu no decorrer das evoluções históricas e foi acolhido pelo artigo 1º da Constituição da República Federativa Brasileira que dispõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.⁷³

Muitos dos conflitos existentes, mais do que questões regulatórias e jurídicas, são, na verdade, produto das variadas percepções sobre as funções da internet. Muitas empresas existentes no mercado atualmente, incorporaram em seus modelos de negócios uma economia que é baseada no acesso à informação. Os usuários da informação são os principais clientes e assim, a principal fonte de capital – seja ele capital social ou informacional – a partir do qual empresas como Facebook, WhatsApp, Google, LinkedIn e outras

⁷³ BALTAZAR, JOSÉ PAULO JÚNIOR, 2010

desenvolveram novos produtos e serviços comercializáveis em larga escala. Não resta dúvidas de que para as empresas que exploram com objetivo econômico serviços de comunicação, relacionamento social e aplicação bem como para a sociedade civil, o interesse mais evidente que deve ser defendido é de um ambiente onde seja irrestrita a liberdade de expressão e privacidade.

É necessário analisar se os bloqueios ferem os preceitos fundamentais, uma vez que os indivíduos são privados do acesso à informação e comunicação. Levando em consideração o Estado Democrático de Direito: o poder emana do povo e, vivendo em um Estado baseado em princípios e regras que visam, sobretudo, a proteção aos direitos fundamentais a possibilidade do bloqueio torna-se questionável, tendo em vista que o resguardo dos direitos fundamentais é prioritário. ” Assim, a suspensão dos serviços viola o preceito fundamental da liberdade de expressão e comunicação prevista no artigo 5º, inciso IX da Constituição federal e a Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil O da Internet.

A Lei nº 12.696/14 veda expressamente o bloqueio, filtragem e monitoramento dos dados:

Art. 9º, § 3º. Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação, ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitando o disposto neste artigo.

O artigo 10 estabelece que a referida lei acerca da proteção dos dados dos usuários e do conteúdo das comunicações privadas e devem atender à preservação da intimidade. O parágrafo primeiro dispõe que os dados pessoais disponibilizados no meio eletrônico somente serão passíveis de disponibilização pelo provedor responsável por meio de ordem judicial, respeitando as formas legais. As informações trocadas no meio virtual, como as que ocorrem nos aplicativos de comunicação como WhatsApp, são sigilosas e devem ser protegidas, sendo que os provedores responsáveis pelo sigilo eletrônico somente deverão fornecê-las mediante ordem judicial.

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 da 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.

Existe divergência entre os entendimentos proferidos pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e pelo Ministério Público. Em nota disponibilizada em 2016 pelo IDEC a despeito do bloqueio judicial foi defendida a liberdade de expressão, exercício de cidadania e defesa do consumidor. Já o Ministério Público argumenta que as sanções previstas no artigo 12 devem ser usadas sempre que se fizer necessário.

8.1. Representação jurídica

O Direito é considerado uno e indivisível composto por distintas fontes jurídicas que irão regulamentar a vida em sociedade. Devem guardar respaldo na Constituição, estando em consonância com seus preceitos fundamentais. Os bloqueios foram determinados judicialmente e em todo território nacional. Nesta ótica, evidencia-se que a ordem judicial viola não somente a legislação pertinente ao tema, como também os preceitos fundamentais, direito à liberdade de expressão e comunicação, bem como evidencia-se desproporcional, por ter sido aplicado em âmbito nacional.

Levando em conta o princípio da colaboração e pautado em respeito à constituição e aos direitos fundamentais previamente abordados, tendo seu fundamento no devido processo legal. Como dispõe o artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Para que haja uma construção democrática justa e efetiva da decisão, é necessária a colaboração com o judiciário, devendo todas as partes atuarem de mútua contribuição, o que não ocorreu diante da problemática envolvendo o WhatsApp. “Os envolvidos devem atuar em conjunto, apontando o contraditório como garantia de influência e sendo necessária uma fundamentação estruturada.” (JÚNIOR, THEODORO, et al. 2015, p. 80). Contudo, é necessário levar em conta os prejuízos causados aos usuários em todo território nacional, considerando a potencial lesão dos direitos aos cidadãos e consumidores brasileiros, evidenciando-se desproporcional.

O ponto chave da legislação reside na forma como é equilibrado direitos e obrigações em relação à responsabilização de provedores por conteúdo postado, armazenado ou divulgado por terceiros, dentro de um espaço de maior liberdade de circulação de informação

A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a uns topos, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula “A luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional.” (SILVA, 2002, p. 32)

Assim, ocorrerá desrespeito ao princípio da proporcionalidade quando uma ordem for considerada abusiva, ultrapassando e desrespeitando as garantias impostas pela Constituição Federal. Destaco que estes princípios não se encontram positivados na Constituição Federal brasileira, o que não lhes remove, porém, a configuração de serem princípios que irão regular existentes dentre direitos e garantias fundamentais e os demais princípios que irão regular conflitos existentes dentre direitos e garantias fundamentais e os demais princípios.

Ainda no que se refere ao princípio da proporcionalidade, o Código do Processo Civil de 2015 prevê em seu artigo 8º expressamente que:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

O bloqueio foi determinado judicialmente como forma de punição por não cumprimento de ordem judicial. É evidente que a ordem judicial viola não somente a legislação pertinente ao tema, como também preceitos fundamentais: direito à liberdade, expressão e comunicação, bem como evidencia-se desproporcional, por ter sido aplicada em âmbito nacional. Demonstra-se desrespeito ao princípio da proporcionalidade.

No que tange à proporcionalidade, Humberto Ávila (2015, p 204) destaca sua importância no Direito Brasileiro, em que é destacado seu forte papel de controle dos atos do Estado. Virgílio Afonso da Silva (2002, p 35) subdivide este princípio em três outros, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O meio será adequado quando conseguir alcançar o fim pretendido. E será inapropriada quando, ao ser utilizada, não contribuir em nada para que o objetivo seja atingido. (SILVA, 2002, p.37). O autor estabelece que a necessidade ocorrerá quando *“um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objeto perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida o direito fundamental atingido”* (SILVA, 2002, p.39). Como já discutido, a gama de informações que é possível de se obter com os metadados e/ou outros métodos disponíveis levam a mesmo fim do bloqueio de uma forma mais demorada, por um caminho diferente, e com um efeito negativo na sociedade muito menor e sem mitigar o direito de todos em detrimento de um só.

De acordo com Rafael Augusto Ferreira Zanattam representante do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), lecionou dia 05 de junho de 2017, em uma palestra numa audiência pública que tinha como escopo o Marco Civil da Internet e os bloqueios judiciais do WhatsApp, as ordens de bloqueio não levaram em consideração as lesões causadas a terceiros, ocorrendo violação ao princípio da proporcionalidade e limitando o uso da rede social visto que existe outros meios que não acarretam em prejuízo para os milhões de brasileiros e não viola os princípios e a ordem democrática, como a obtenção de informações usando os metadados, busca e apreensão de aparelhos móveis e etc. Ademais, existe a possibilidade de medidas alternativas

como fixar multa em face de descumprimento de ordem judicial, análise de metadados etc. não atingindo a terceiros.

A atuação do magistrado deverá se vincular aos fins sociais e aos requisitos dos bens comuns, devendo sempre se pautar na promoção e resguardo do princípio da dignidade da pessoa humana. (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO. 2016, p. 159).

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

As evoluções tecnológicas trouxeram significativo avanço não só para a vida em sociedade permitindo maior troca de informações e ampliando a comunicação. Ademais, permitiu que o judiciário, em particular, se tornasse mais eficaz. Recentemente, o WhatsApp, exclusivamente, foi aprovado por decisão unânime do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como uma opção do judiciário para a realização de intimações processuais. (CNJ, 2017). Embora não seja considerado um serviço essencial, é inegável que os benefícios deste aplicativo confere não somente à sociedade que dele usufrui como meio de comunicação, trabalho ou lazer, mas também auxiliando a justiça tornando ela menos burocrática. Também é inegável que o bloqueio a este serviço, ainda que seja por algumas horas, pode causar grandes prejuízos e desconfortos, o que atinge também o judiciário.

8.2. Fundamentações judiciais

No que tange acerca das 4 ordens de suspensão do aplicativo, bem como da ADPF nº 403 e ADI nº 5527, uma análise crítica quanto às fundamentações destes processos é necessária. Todas as suspensões possuem pontos comuns, todas possuem fundamento fático ações penais sigilosas que necessitavam de dados dos usuários do aplicativo para investigação criminal e como os dados não foram disponibilizados pela empresa, a sanção teve caráter punitivo por descumprimento de ordem judicial. Todas usaram o Marco Civil da Internet como fundamento legal autorizador do bloqueio.

Evidencia-se contraditório usar o Marco Civil da Internet para suspender os direitos dos usuários, tendo em vista que esta lei foi instituída mediante um procedimento democrático visando, sobretudo, a proteção dos direitos dos usuários no espaço cibernético. Canotilho preleciona que para que haja qualquer limitação a liberdade, direito ou garantias, deverá a medida ser adequada, necessária e proporcional. Para que uma ordem seja proporcional deve atender aos três subprincípios da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

As ordens de bloqueio apenas suspenderam o serviço, não só daqueles sob investigação, mas de todos os usuários a nível nacional, impedindo, inclusive, qualquer acesso aos dados. Portanto, desconfigura-se a adequação a proporcionalidade, visto que não foi capaz de atingir o objetivo primordial que é atingir, através dela, o fim visado. Serviu apenas como forma de punição por descumprimento de ordem, mostrando-se totalmente inadequada e desproporcional.

Canotilho (1974, p. 270) ainda aduz que a necessidade se refere ao poder do Estado, que ao exercer algum ato, deve exercê-lo de maneira menos prejudicial à sociedade. Ou seja, menos oneroso para os particulares. No que diz respeito a auferir a validade material do ato, constata-se, também, que este princípio não foi respeitado, pois afetou terceiros não envolvidos na sanção imposta. A ordem do bloqueio acaba por violar a própria constituição, ferindo princípios e direitos fundamentais. Vai além, acarretando afronta ao próprio interesse público, visto que afeta duramente a nível nacional, direitos extremamente importantes como: liberdade de informação e utilização de um serviço de extrema importância e que se referem ao próprio interesse público não sendo limitado como meto interesse particular.

As medidas não respeitam a ponderação existente entre um direito que é protegido e um outro que deve ser igualmente protegido. Assim, ao invés de se ponderar o interesse público em contribuir como investigação criminal de um lado, e a privacidade, liberdade de expressão, livre iniciativa, de outro, o que ocorreu foi tão somente a repressão de todos os direitos individuais aqui configurados, sem que nenhuma análise fosse realizada sobre o dano que poderia ser causado.

No que diz respeito a quebra da chave criptográfica das mensagens para um maior controle Estatal sobre elas permitindo que as decisões continuassem válidas, poderia se configurar um perigoso precedente para que o Estado tenha controle de todos os usuários na internet, ferindo a própria segurança jurídica, em que todos os usuários com todos os seus dados expostos no meio virtual estarão desprotegidos. Ademais, não é cabível usar os artigos 10, 11 e 12 como fundamentação, pois, os mesmos, se referem à proteção dos usuários e não permitem o fornecimento de dados de maneira desproporcional, como ocorreu.

O bloqueio acarreta uma violação ao princípio da livre iniciativa. Em se tratando de uma atividade econômica privada, acaba por ter este princípio violado. Ademais, diversos serviços atualmente são realizados mediante a utilização do aplicativo e o seu bloqueio acarreta prejuízo a inúmeros usuários que dele necessitam para a realização de sua atividade econômica. Ademais, está previsto no artigo 11 do Marco Civil da Internet, somente a quem o praticou deverá ser punido, de maneira individualizada, específica e gradativa as sanções previstas no artigo 12 do mesmo diploma legal. A sanção é cabível apenas a quem descumpra normas que protegem os usuários, não cabendo sua aplicação, em nenhum momento, para prejudicar estes.

Uma decisão recente proferida no ano de 2016, o STJ entendeu que os dados telefônicos estão sujeitos a proteção constitucional, sendo invioláveis e necessitando de prévia autorização judicial para tanto, sob pena de configurar prova ilícita. Essa decisão preza por um cuidado maior com sigilo, privacidade e proteção de dados daqueles que não estão sujeitos à investigação criminal o que diverge totalmente das decisões de primeira instância. Não há proteção absoluta ao sigilo de dados. No entanto, a quebra dele e o fornecimento de informações para fins de investigação criminal devem atuar em sintonia com os direitos fundamentais, proteger os particulares que não possuem envolvimento com as investigações.

8.3. Marco civil

Antes de se pensar em uma legislação que fosse específica para a regulação da realidade digital contemporânea, os tribunais já eram confrontados a oferecerem respostas que fossem efetivas a situações consideradas controvertidas e ainda não reguladas por lei codificada. Os percalços foram variados e muitos juízes não conseguiam compreender a natureza dos litígios, seja por ausência de conhecimento, seja por ausência de sensibilidade às demandas humanas e tecnológicas⁷⁴. Com a complexidade das demandas aumentando e os casos se tornando cada vez mais frequentes em um cenário de total insegurança jurídica surgiu a necessidade de criação de um instrumento normativo que oferecesse uma base legal ao Poder Judiciário para que as questões fossem melhor respondidas⁷⁵.

A promulgação da Constituição da República Federativa de 1988 e o Marco Civil da Internet de 2014 que trata sobre o uso da Internet no Brasil, são balizas que viabilizam a análise da problemática que envolve o WhatsApp. A Constituição atual reconhece os princípios como normas impositivas, ao lado das regras, caracterizando suas dimensões principiológica. Por sua vez, Canotilho parte da premissa de que regras e princípios são duas espécies de normas e a distinção entre regras e princípios ocorrerá como uma distinção entre espécies de normas, devendo, para tanto, partir de vários critérios. (1993, p. 1125). A existência de princípios permite a interpretação da Constituição como um sistema aberto. Se somente existissem regras, haveria a compreensão de um sistema com uma disciplina legal que deveria abarcar toda e qualquer situação, proporcionando segurança jurídica, mas, por outro lado, impediria que alguma situação nova fosse abarcada por este sistema fechado. (CANOTILHO, 1993, p. 1126)

A lei surgiu para capturar a nova realidade informacional e adequar os institutos jurídicos com o intuito de atender melhor as demandas sociais. Foi a primeira lei criada de forma colaborativa entre sociedade e governo e utilizando a internet como plataforma de debate. Embora seja uma legislação de vanguarda, o Marco Civil da internet apresenta diversas lacunas e

⁷⁴ POLIDO, 2016

⁷⁵ JESUS e MILAGRE, 2014

impropriedades o que abre espaço para um debate intenso no cenário político, jurídico e acadêmico brasileiro. A insuficiência de base legal fica evidente com os embates recentes entre o judiciário e o WhatsApp.

No Brasil, a lei do Marco Civil da Internet ganha destaque, em virtude de causar impactos diretos nos interesses dos empresários. Enfrentou um longo processo de debate legislativo e teve sua aprovação em 23 de abril de 2014, tornando-se a Lei nº 12.965. A Lei nº 12.965/14, também chamada de Marco Civil da Internet estabelece que é garantida a liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento:

Art 3º - A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I- garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamentos, nos termos da Constituição Federal.

II- proteção de privacidade.

III- proteção dos dados pessoais, na forma da lei.

IV- preservação e garantia da neutralidade de rede.

V- preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas.

VI- responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei.

VII- preservação da natureza participativa da rede.

VIII- liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

É importante salientar que os princípios devem ser analisados em conjuntos com as demais regras já existentes no ordenamento jurídico e não apenas de maneira isolada. A liberdade de expressão deve ser analisada não só

como fundamento, mas também como princípio. No que diz respeito à liberdade de expressão e comunicação, o Marco Civil da Internet oferece principal resguardo acerca desses direitos, visto que os meios de comunicação interferem diretamente na socialização. (BARRETO JUNIOR; LIMA, 2016 p.44)

O Marco Civil confere proteção aos usuários nos moldes da Constituição Federal de 1988, em conformidade com os incisos X e XII do artigo 5º da CRFB/88. Sua estrutura está pautada em três pilares: neutralidade, privacidade e liberdade de expressão – não tem pretensão de ser uma ilha normativa que atua de forma isolada⁷⁶. O Marco Civil não antecede todos os litígios já ocorridos que envolvem internet e/ou tecnologia no Brasil. É extremamente importante ressaltar o importante papel do Superior Tribunal de Justiça que atua na busca de consensos e orientações e serem levados em conta na apreciação das demandas sob a égide da lei.

A internet vem ganhando destaque por ser um meio democrático de comunicação entre as pessoas por todo mundo. Ela é muito mais que um meio de comunicação criado para diminuir distâncias. Funciona como meio de propagação de diversos dados impulsionando um maior acesso à informação por parte dos que dela usufruem. Surge assim, necessidade de regulamentação.

Em 2012 a Organização das Nações Unidas (ONU), disponibilizou relatório datado de 12 de julho, contendo informações acerca de proteção do direito de comunicação na internet, respeito aos direitos de liberdade de expressão e de opinião. Nele considerou-se que: acesso a informação e a liberdade de expressão configura muito mais que um direito individual, um direito humano. (ZELDIN, 2012). Nele recomendou-se que o acesso à internet pelos usuários não sofresse interferência estatal, sendo limitado ou interrompido como

⁷⁶ O legislador fez questão de elencar o fundamento principal no caput do artigo 2º da Lei, qual seja “a liberdade de expressão”. Observe-se: “tudo que atente a tal direito será uma violação ao Marco Civil Brasileiro. A liberdade de expressão prevalecerá sempre, desde que não viole direitos de terceiros. Pelo texto elimina-se a censura na rede ou remoção de conteúdos da internet como base em mero “dissabor” por parte daqueles que não concordam. Importante destacar que tal garantia era inexistente no Direito Brasileiro. Antes do Marco Civil, diante de denúncias “online”, muitos conteúdos eram removidos extrajudicialmente, por provedores que sentiam “inseguros” em mantê-los” (JESUS e MILAGRE, 2014, p.19). Assim, por ter um caráter principiológico, a intenção do instrumento normativo e questão é se manter eficaz, mesmo que esteja diante de novas revoluções na era digital ou tecnológica, vez que está alicerçada em uma base sólida. Ademais, a presença desses direitos de ordem constitucional já indica o compromisso que o legislador assume com os distintos interesses em jogo: indivíduos usuários de rede x governos e empresas.

um meio de controle político etc. nem mesmo nos casos de crise do Estado podendo, inclusive, ser utilizado como ferramenta eficaz para expressar sua opinião. (ZELDIN, 2012). A resolução pautou-se nos seguintes pontos:

1. Afirma que os mesmos direitos que as pessoas estão off-line também devem ser protegidos on-line, em particular a liberdade de expressão, que seja aplicável independentemente das fronteiras e através de qualquer meio de sua escolha, de acordo com os artigos 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Internacional Pacto de Direitos Civis e Políticos.

2. Reconhece a natureza global e aberta da Internet como uma força motriz na aceleração do progresso no desenvolvimento em suas diversas formas; (ZELDIN, 2012)

A maior intenção da Lei é a proteção dos usuários. No que diz respeito ao sigilo dos registros, temos:

Art. 15. O provedor de aplicação da internet constituído na forma de pessoa jurídica que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e como fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicação de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 meses, nos termos regulamentados.

No que diz respeito a referida lei acerca da proteção dos dados dos usuários e do conteúdo das comunicações privadas, estas devem atender à preservação da intimidade. De acordo com o §1º do artigo 10, a regra é que as informações trocadas são sigilosas e devem ser protegidas, sendo que os provedores responsáveis pelo sigilo eletrônico somente deverão fornecê-las mediante ordem judicial. Merece destaque o enunciado do artigo 11:

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 aplicação de internet em que pelo menos m desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

O próprio advento da internet como desenvolvimento de ferramentas de comunicação foi primordial para que as instituições democráticas amadurecerem. Essa maturidade é perceptível na inteligência do artigo 4º da Lei:

Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:

I- Do direito de acesso à internet a todos

II- Do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;

III- Da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e

IV- Da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados

O artigo 4º captura a importância da acessibilidade da informação e do conhecimento que vem sendo advogada pelo Conselho de Direitos Humanos há muito tempo⁷⁷ - e a vincula a um sistema de freios e contrapesos, promovendo um equilíbrio entre direitos e deveres de usuários e provedores.

⁷⁷ Em junho de 2016, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas divulgou a resolução que prevê os mesmos direitos que os cidadãos têm off-line precisam ser protegidos no ambiente online, dentre eles, acesso à informação.

1. Affirms that the same rights that people have offline must also be protected online, in particular freedom of expression, which is applicable regardless of frontiers and through any media of one's choice, in accordance with articles 19 of the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights;
2. Recognizes the global and open nature of the Internet as a driving force in accelerating progress towards development in its various forms, including in achieving the Sustainable Development Goals;
3. Calls upon all states to promote and facilitate international cooperation aimed at the development of media and information and communication facilities and technologies in all countries;
4. Affirms that quality education plays a decisive role in development, and therefore calls upon all States to promote digital literacy and to facilitate access to information on the Internet, which can be an important tool in facilitating the promotion of the right to education;
5. Affirms also the importance of applying a human rights-based approach in providing and in expanding access to Internet and requests all States to make efforts to bridge the many forms of digital divides;
6. Calls upon all States to bridge the gender digital divide and enhance the use of enabling technology, in particular information and communications technology, to promote the empowerment of all women and girls;
7. Encourages all States to take appropriate measures to promote, with the participation of persons with disabilities, the design, development, production and distribution of information and communications technologies and

Como já debatido durante o presente artigo, a privacidade e a proteção de dados pessoais passaram a ser uma das maiores preocupações da sociedade contemporânea. Diante dos riscos que a exposição de dados traz para os usuários, eles foram consagrados como direitos fundamentais na CF/88 e encontra guarida em diversas legislações mundiais.

8.4. Princípios que fundamentam o marco civil da internet

O artigo 3º do Marco Civil da Internet prevê que a internet brasileira se encontra alicerçada em um tripé axiológico que é formado pelos princípios: neutralidade da rede, privacidade, liberdade de expressão. Esses princípios estão ligados entre si e a neutralidade da rede reforça a liberdade de expressão enquanto a privacidade representa seu limite. Particularmente, o princípio da neutralidade da rede, determina que a rede deve ser neutra. Ou seja, tratar da mesma forma tudo aquilo que transportar, sem fazer distinção ou discriminações quanto à natureza do conteúdo ou identidade do usuário. O pacote de dados deve ser tratado com isonomia, havendo uma vedação expressa ao bloqueio, monitoramento, filtragem ou análise do conteúdo dos pacotes. Ele impõe que filtragem e privilégios devem respeitar apenas e unicamente critérios éticos, sendo inadmissível os motivos políticos, comerciais, religiosos ou culturais que discriminem ou favorecem algum indivíduo.

No que diz respeito à privacidade o que se destaca nos dias atuais é o controle da circulação das informações pessoais. Essa proteção de juízo de valor é amplamente protegida pela constituição vigente e apresenta destaque na lei do Marco Civil da Internet, sendo considerada fundamento e condição para pleno exercício do direito de acesso. O Marco Civil valorizou a liberdade de expressão e essa tese é sustentada por diversos legisladores e, também, com um novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o que não concede a ela a condição de direito absoluto, não estabelece uma espécie de hierarquia e nem a torna imune a limitações.

systems, including assistive and adaptive technologies, that are accessible to persons with disabilities; (HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2016)

8.5. Possibilidade e impossibilidades do compartilhamento de informações e seus efeitos

O direito à liberdade, segundo a doutrina filosófica de Kant, é o único direito inato do ser humano, que por sua vez configura o maior direito atribuído ao indivíduo, abrangendo também a noção de autonomia. Esta autonomia, por sua vez, será limitada pelas leis. (FERNANDES, 2014, p. 367). O artigo 5º da Constituição de 88 revela um direito geral de liberdade, que inclui liberdade de expressão e manifestação de pensamento, liberdade de locomoção, liberdade de consciência e crença, liberdade de escolha de trabalho ou ofício, entre outros. (FERNANDES, 2014, p. 368).

Art. 5º IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Os direitos fundamentais são aqueles positivados na Constituição da República, designando uma proteção humana na esfera do direito público frente aos abusos do poder deste Estado (SCHREIBER, 2011, p.13). É um direito consagrado como inviolável, recebendo inclusive status de cláusula pétrea não podendo ser revogado nem mesmo por emenda constitucional. Dessa forma, fica reconhecida a indispensabilidade desse direito no tocante à promoção da democracia e para proteção humana, decorrente do pressuposto que jamais podem ser modificados nem mesmo por emendas constitucionais.

É evidente, conforme já abordado, que a intenção prioritária é proteger os usuários e garantir que seus direitos fundamentais serão resguardados caso este meio seja utilizado, garantindo um acesso amplo, democrático e seguro.

8.6. Consequência prática do bloqueio

Muito se discute nos efeitos que poderia ter se o STF entender que é possível o bloqueio do WhatsApp ou qualquer aplicativo similar por utilizar criptografia. Essa questão foi levantada pelo doutor e professor da Universidade de Washington-Tacoma, Anderson Nascimento, na audiência pública realizada no STF em 2007.

A criptografia é, dito de uma forma mais simples, um cálculo matemático e portanto uma vez descoberto não há como voltar atrás e desaprendê-lo. Se o STF proibir seu uso pelo por uma aplicativo nada impede das pessoas criarem outros, isso acontece tende em vista existir no mercado fórmulas de como criar criptografia para APPs e que um usuário comum com um pouco de conhecimento consegue instalar.

O protocolo Signal é método mais conceituado como modelo criptográfico no mundo, é esse modelo WhatsApp, Telegran, imessenger e tantos outro tendo em vista que diversos especialistas atestam que uma vez devidamente implementado levaria bilhões de anos para a quebra da criptografia na força bruta⁷⁸.

Se o bloqueio busca efetividade nas investigações policiais, está não irá ocorrer se por exemplo uma facção criar seu próprio App para conversa criptografada.

Para que o Brasil tivesse controle sobre todos os aplicativos seria necessário mudar as liberdades de expressão como nós conhecemos. A Arábia Saudita e China⁷⁹ são exemplo de países que tem total controle a internet e para funcionamento de novo aplicativo é necessário passar por um órgão fiscalizador do governo.

⁷⁸ Para ocorrer a descriptografia na força bruta, isso é, quando um computador vai tentar aleatoriamente todas as possibilidades, levaria bilhões de anos para conseguir decifrar uma única mensagem, considerando que para cada mensagem é uma novo código criptográfico é fatidicamente impossível isso correr, afirmação retirado das notas taquigráficas do STF em 2017 em sustentação oral de FÁBIO WLADIMIR MONTEIRO MAIA, representante da FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES DAS EMPRESAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO - ASSESPRO NACIONAL.

⁷⁹ Na China o Facebook não funciona desde 2009 e o WhatApp em 2017, no lugar desses aplicativos há outros fornecidos pelo governo no qual possui acesso informa ao governo dados dos usuários. <https://canaltech.com.br/apps/whatsapp-e-oficialmente-bloqueado-na-china-100992/> acesso em 17 de novembro de 2019

9. CONCLUSÃO

A proteção da rede contra uma interferência inapropriada do Estado foi uma das maiores conquistas do Marco Civil da Internet e um retrocesso seria configurado caso uma intervenção desnecessária e desmedida permanecesse em detrimento de direitos e garantias individuais de indivíduo. (EXAME, 2016). Permitir o bloqueio pautando-se exclusivamente no Marco Civil da internet afronta o princípio da neutralidade da rede e considera-se um desvirtuamento do que predispõe o artigo 12 do Marco Civil da Internet e ocasionaria uma redução do mínimo de proteção que o indivíduo dispõe na internet.

Diante do turbilhão criativo e inovador proporcionado pelas novas tecnologias de informação e comunicação, é importante que legisladores e tribunais sejam capazes de entender a lógica disruptiva⁸⁰ da internet. Nesse sentido, aplicativos de compartilhamento, produtos e serviços ligados à conectividade entre objetos e pessoas, como, inteligência artificial etc. são apenas alguns dos exemplos que desafiam as racionalidades codificadoras e judicantes tradicionais.

É preciso compreender que é um retrocesso a evolução permitir que um simples descumprimento de decisões judiciais não pode acarretar em direta sanção prevista pelo artigo 12 do Marco Civil da Internet, pois ela visa, sobretudo, a garantia do respeito dos provedores aos artigos 10 e 11 do mesmo diploma legal.

O art. 12 estabelece sanções por práticas de atos gravíssimos, violadores das garantias e direitos fundamentais – dignidade, intimidade, vida privada, honra, imagem -, que podem repercutir não somente sobre aspectos pessoais individuais, como também sobre questões econômicas e de mercado (segredos profissionais, tratativas empresarias, etc.) e, até mesmo, sobre toda uma determinada coletividade (...) A não aplicação da sanção (art. 12) torna inócua a proteção conferida pelos arts. 10 e 11 (2014, p. 729)

⁸⁰ Tecnologia disruptiva ou inovação disruptiva é um termo que descreve a inovação tecnológica, produto ou serviço, com características “disruptivas”, que provocam uma ruptura com os padrões, modelos ou tecnologias já estabelecidas no mercado.

A sanção prevista no artigo 12 do Marco Civil da Internet é para proteger a privacidade do indivíduo contra abusos e não possui legitimidade para dirimir seu direito de acesso e comunicação. As ordens de suspensão vão de encontro com os preceitos do Estado Democrático de Direito, configurando evidente afronta aos direitos e garantias fundamentais, bem como aos princípios que instituem um Estado democrático e aos princípios basilares do Marco Civil da Internet.

A internet vem mostrando-se capaz de reorganizar as estruturas do poder e alterar o próprio comportamento humano no que diz respeito a sua exposição em sociedade. O desejo de ser visto atrelado ao mau uso das inúmeras possibilidades que a internet propicia é uma combinação com potência destruidora, que vem causando uma série de danos principalmente no que diz respeito a violação da privacidade.

Diante de tudo que foi exposto é notório a controvérsia existente sobre a problemática que envolve a suspensão do WhatsApp e a proteção dos dados dos usuários para um resguardo de direitos e garantias individuais, de um lado, e o interesse público, de outro, uma vez que o Judiciário aplicou esta medida de suspensão pelo fato da empresa inviabilizar o fornecimento de informações solicitadas pelos magistrados em cada caso decorrido anteriormente. É evidente o conflito entre os princípios onde figura de um lado a supremacia do interesse público e do outro a privacidade, intimidade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e liberdade de comunicação.

O Marco Civil da Internet, tem como princípios basilares a segurança e a proteção dos dados dos usuários, o que configura grande avanço democrático e não apenas a imposição de ordens em excesso às empresas responsáveis. O Judiciário não pode basear a decisão de um tema tão complexo e que envolve tantas vertentes exclusivamente no artigo 12 da Lei supracitada provocando insegurança e desrespeito aos seus direitos.

Para que exista justiça se faz necessário a ponderação entre princípios para que seja justo e respeito os preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito. A desproporcionalidade da decisão não respeita a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito e vão de encontro às conquistas democráticas que a Constituição Federal de 1988 trouxe

e aos fundamentos de um Estado justo e igualitário pois ultrapassa os direitos e garantias fundamentais e atinge a sociedade como um todo, sociedade essa que não se vincula ao ato principal e sofrendo sanções por motivos que na maioria das vezes sequer tem conhecimento e tendo sua privacidade e intimidade violada por meio disso.

A ADPF nº 403 e a ADI nº 5527 devem ser consideradas como verdadeiros marcos decisórios. A ADPF suscita a hipótese de as decisões de primeira instância realmente violaram os preceitos fundamentais da liberdade de comunicação e expressão e da privacidade, bem como evidencia o descumprimento do princípio da proporcionalidade. O ajuizamento da ADI, ainda que sem julgamento definitivo, evidencia a possibilidade de um novo contorno basilar das decisões, buscando a declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos do Marco Civil que fundamentaram a decisão.

É possível concluir que a limitação de acesso ao aplicativo configura verdadeira afronta ao Estado Democrático de Direito, suprimindo direitos e garantias de milhões de usuários, violando a liberdade de expressão e comunicação, que recebe status de cláusula pétrea, bem como: privacidade que foi totalmente desrespeitado para que outro fim seja alcançado. Fim esse, que sequer foi atingido o que tornou os bloqueios desproporcionais e totalmente ineficaz.

Uma decisão justa deve atender aos preceitos do devido processo legal e pautar-se na colaboração para construção de um processo em uma perspectiva democrática de Direito.

Nessa toada, percebe-se que entender pela procedência da ADPF 403 – atualmente com liminar deferida no sentido de evitar futuros bloqueios - não implica, necessariamente, julgar inconstitucional os incisos III e IV do art. 12 do Marco Civil da Internet – que preveem punição suspensão temporária e proibição dos exercícios.

Julgar os incisos supracitados inconstitucional daria total carta branca aos provedores de conexão e aplicativos e causaria verdadeiro vácuo legislativa sobre o tema. É forçoso concluir, portanto, que as punições devem ser verificadas no caso concreto se há possibilidade do servidor entregar as

informações solicitadas pela autoridade judicial. No caso específico do WhatsApp, viu-se que não é possível o acesso ao conteúdo das mensagens, porém é possível o fornecimento dos metadados e na sua negativa caberia aplicação das punições da Lei.

10. BIBLIOGRAFIA

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco Barreto; LIMA, Marco Antônio. Marco Civil da Internet: Análise das Decisões Judiciais que suspenderam o Aplicativo WhatsApp no Brasil–201516. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, 2016, 2.2: 37-52.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por atos ilícitos**. Coimbra: Almedina, 1974.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL - CGI. **Resolução CGI.br/RES/2009/003/P - PRINCÍPIOS PARA A GOVERNANÇA E USO DA INTERNET NO BRASIL**. São Paulo, 2009. Disponível em <<http://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>>. Acesso em 07 de setembro de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **WhatsApp pode ser usado para intimações judiciais**. Publicado em junho de 2017. Disponível em Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85009-whatsapp-pode-ser-usado-para-intimacoes-judiciais>> Acesso em 07 de setembro de 2019.

GONÇALVES, Lukas Ruthes. WhatsApp. Criptografia ponta-a-ponta e o Marco Civil da Internet. Disponível em < <http://intellinova.com.br/whatsapp-criptografia-marco-civil/> >. Acesso em 02 de agosto de 2019.

JESUS, Damásio de. **Marco Civil da Internet: comentários à lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTALVÃO, Marcel Maia. **Argumentação proferida pelo juiz Marcel Maia Montalvão, em peça inserida na movimentação 23 nos autos da ADPF nº 403 MC/SE**. Lagarto/SE, 26 de abril de 2016. Disponível em < http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletro_nico.jsf?seqobjetoincidente=4975500 > Acesso em 28 de junho de 2019.

PIAUÍ, Tribunal de Justiça do Piauí. Mandado de Segurança Nº 2015.0001.001914-0. Relator: Desembargador. Raimundo Nonato da Costa Alencar. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 02/06/2016. Disponível em http://www.tjpi.jus.br/ehttp://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/consulta_processo.php?num_processo_consulta=201500010019140tjpi/consulta_processo.php?num_processo_consulta=201500010019140 Acesso em 24 de julho de 2019.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: Newton De Lucca; Adalberto Simão Filho; Cíntia Rosa Pereira de Lima. Direito & Internet III– Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015,p. 277-305.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 de Novembro de 2019.

MARCO Civil da Internet. LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 01 de Novembro de 2019.