

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A POSSIBILIDADE DE ACESSO AOS DADOS ARMazenADOS NO WHATSAPP

CRIMINAL INVESTIGATION AND THE POSSIBILITY OF ACCESSING DATA STORED ON WHATSAPP

Matheus Wendel Morais Silva¹

Renan Soares Torres de Sá²

RESUMO: O presente trabalho tem o papel de demonstrar, através de uma revisão bibliográfica, um conflito existente no direito atualmente, qual seja, o fato de empresas e provedores não colaborarem nas investigações criminais que envolvem usuários do aplicativo de conversação “WhatsApp”, acarretando diversos percalços, tanto para as investigações como para toda a sociedade brasileira. Devido a não colaboração, o Judiciário estadual suspendeu em algumas ocasiões o sinal do aplicativo no território nacional, aumentando a polêmica, sendo necessária a atuação do Supremo Tribunal Federal. Toda a problemática está sendo levantada devido as empresas alegarem não ter acesso aos dados, o que ocorre em virtude da criptografia ponta a ponta que impossibilita a quebra do sigilo. O artigo busca, ao final, abrir o entendimento do leitor nessa relação entre o interesse do particular e o interesse da coletividade, de modo a discutir as seguintes questões: os limites existentes entre o direito à intimidade e o direito coletivo à segurança pública, bem como explorar as possibilidades apresentadas ao magistrado de atuar na justa medida para estabelecer uma proporcionalidade entre os princípios inerentes ao tema e prezar pela ordem pública.

Palavras-chave: Investigação. WhatsApp. Privacidade.

ABSTRACT: The present work has the role of demonstrating, through a bibliography review, a conflict existing in the law currently, that is, the fact that companies and providers do not collaborate in criminal investigations involving users of the conversation application “WhatsApp”, resulting in various mishaps, both for investigations and for the entire Brazilian society. Due to non-collaboration, the state judiciary suspended on some occasions the sign of the application in the national territory, increasing the controversy, being necessary the action of the Supreme Court. The whole problem is being raised due to companies claiming not to have access to data, which occurs due to end-to-end encryption that makes it impossible to break confidentiality. The article seeks, at the end, to open the reader's understanding in this relationship between the interest of the individual and the interest of the collectivity, in order to discuss the following issues: the limits between the right to intimacy and the collective right to public security, as well as to explore the possibilities presented to the magistrate to act in the right measure to establish a proportionality between the principles inherent to the theme and to cherish public order.

Keywords: Research. WhatsApp. Privacy.

1 INTRODUÇÃO

A modernidade fez com que o celular se tornasse um item fundamental ao cotidiano do indivíduo. Contendo inúmeras funções, os smartphones se tornaram verdadeiros dispositivos de armazenamento de informações, cuja relevância pode permear todos os papéis sociais vividos por ele. Algumas dessas informações contidas no aparelho não podem ser acessadas e, se compartilhadas, podem comprometer a vida da pessoa causando-lhe prejuízos incalculáveis.

O surgimento do aplicativo de troca de mensagens, o WhatsApp, facilitou a comunicação entre os indivíduos e, de olho nisso, a população em geral, empresas e até mesmo corporações policiais passaram a utilizá-lo, especialmente pela segurança que o aplicativo oferece contra vazamento de dados

trocados. Devido a essa característica, os criminosos também passaram a utilizar, aperfeiçoando a atuação criminosa e atrapalhando a repressão e prevenção por parte do Estado, tendo em vista a alta criptografia do aplicativo.

A quebra de sigilo em relação ao uso do aplicativo WhatsApp, na prática das condutas criminosas, vem sendo discutida com base na interpretação ampla das normas jurídicas por meio dos aplicadores da lei, por falta de norma regulamentadora própria que trate da questão criminal nas tecnologias comunicacionais. Assim, com base nas aplicações extensivas e o vasto campo jurídico, surgem entendimentos contraditórios que, por vezes, divergem com os direitos fundamentais garantidos na Constituição.

Conforme o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, é “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nas hipóteses e na forma estabelecidas em lei”. Claramente, a norma constitucional referida protege a liberdade de comunicação, assegurando a não interferência de terceiro. O sigilo é o meio de proteção da troca de informações íntimas ou privadas, motivo pelo qual a inviolabilidade do sigilo das comunicações mantém vínculo estreito com os direitos de intimidade e privacidade. Contudo, como sabido, os direitos fundamentais não são absolutos. Por isso, “estudar os direitos fundamentais significa principalmente estudar suas limitações” (DIMOULIS & MARTINS, 2011, p. 130).

Os direitos fundamentais, apesar de essenciais para a proteção da dignidade da pessoa humana, sofrem limitações em variados graus de amplitude. Faz parte do constitucionalismo adequado a compreensão da Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, encaixando-se perfeitamente em uma sociedade pluralista, em que é comum a existência de conflitos de valores e incompatibilidade de interesses. A limitação dos direitos fundamentais individuais é justificada diante da colisão com o direito ou princípio de interesse geral, como a segurança pública, sobretudo quando da aplicação de norma infraconstitucional (DIMOULIS & MARTINS, 2011, p.142).

Por necessitar de regulamentação legal e administrativa, vêm sendo discutidas alegações de devassa dos telefones celulares pela polícia. Por isso, avocam ao Judiciário o papel de ponderar soluções em que se verifica a colisões de dois direitos fundamentais: a inviolabilidade do sigilo das comunicações íntimas da vida privada e a garantia da segurança pública, a qual possui como um dos principais instrumentos de concretização a investigação criminal.

Desta maneira o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a possibilidade dos dados contidos no WhatsApp serem utilizados na investigação criminal, se há possibilidade de acesso aos dados armazenados no aplicativo do particular sem prévia autorização. Como objetivos específicos a presente pesquisa pretende examinar a relação entre princípios fundamentais do indivíduo e o direito a segurança pública; o conceito de criptografia, bem como a doutrina correlata ao tema; analisar princípios necessários para o entendimento da problemática envolvendo a privacidade e a segurança

pública; discutir os conceitos de Investigação Criminal, criptografia, bem como realizar análise de decisões que levaram a suspensão do aplicativo; explicar acerca da utilização do Marco Civil da Internet; e, por fim, expor alguns entendimentos da Suprema Corte Brasileira, que versam sobre o bloqueio do aplicativo.

A metodologia utilizada para realizar o estudo será baseada em pesquisa bibliográfica, documental, explorando artigos científicos e reportagens acerca da temática, bem como realizando análise jurisprudencial, tudo com o principal objetivo de consolidar a tese de possibilidade dos dados contidos no WhatsApp serem utilizados na persecução penal.

2. PRINCÍPIOS RELEVANTES AO ESTUDO

2.1 Princípio da Privacidade

Quando se trata de privacidade, vem em mente o secreto, aquilo que as pessoas não sabem a respeito das outras, de modo que somente o titular tem o direito de escolher quem irá divulgar um conjunto de informações pessoais, pois se trata de um direito personalíssimo, englobando elementos da vida familiar e particular da pessoa, seu dia a dia e suas escolhas, tornando-se, assim, um dos objetos de exclusividade da pessoa humana na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), mais especificamente em seu artigo XII:

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 à proteção da lei. (ONU, 1948)

É notório que a privacidade é um dos bens mais importantes que o cidadão possui e não pode ser violada. Ao observar o direito à privacidade, André Ramos Tavares (2016, p. 533) diz: “O direito à privacidade é compreendido, aqui, de maneira a englobar, portanto, o direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo das comunicações e ao segredo, de outros”.

Nesta ótica, a privacidade forma um conjunto de direitos fundamentais, tendo uma vasta área de atuação, se constituindo de atributos personalíssimos e inatos, que independem de uma positivação para que existam, pois são inerentes à natureza humana.

2.2 Princípio da Segurança Pública

Segurança, de acordo com o dicionário Aurélio, é: “1. ato ou efeito de segurar. 2. Qualidade do que é ou está seguro. 3. conjunto das ações e dos recursos utilizados para proteger algo ou alguém. 4. o que serve para diminuir os riscos e os perigos. 5. aquilo que serve de base ou dá instabilidade ou apoio” (FERREIRA, 1988, p. 214).

Como um direito fundamental, a segurança pode ser conceituada como o atributo de não ter a sensação de vulnerabilidade em relação aos outros homens e à sociedade. De Plácido e Silva (2016), ao analisar segurança, traz o seguinte conceito:

Segurança: derivado de segurar, exprime, gramaticalmente, a ação e efeito de tornar seguro, ou de assegurar e garantir alguma coisa. Assim, segurança indica o sentido de tornar a coisa livre de perigos, de incertezas. Tem o mesmo sentido se seguridade que é a qualidade, a condição de estar seguro, livre de perigos e riscos, de estar afastado de danos ou prejuízos eventuais. E Segurança Pública? É o afastamento, por meio de organizações próprias, de todo perigo ou de todo mal que possa afetar a ordem pública, em prejuízo da vida, da liberdade ou dos direitos de propriedade de cada cidadão. A segurança pública, assim, limita a liberdade individual, estabelecendo que a liberdade de cada cidadão, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode turbar a liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a.

Abordar-se-á a investigação criminal por meio de garantir à sociedade a segurança pública que envolve, assim, o processo de prevenção e repressão aos acontecimentos articulados por meio dos aplicativos de conversação dos membros de uma organização criminosa que geram a insegurança a toda uma população. Conclui Carvalho (2009, p. 135) que “pode-se dizer que o Estado, como sociedade política, existe para realizar a segurança, a justiça e o bem-estar econômico e social, os quais constituem os seus fins”.

Nessa visão, a segurança torna-se para o poder público um fim a ser alcançado, visando a bem comum, a coletividade, a liberdade de seus entes. Por ser uma garantia, a segurança coletiva torna-se ampla, pois a proteção é para toda uma sociedade, através de ações que previnam e repressão aos criminosos que tentam desarticular o bem comum.

2.3 Princípio da Proporcionalidade

É possível afirmar que o critério de proporcionalidade tenta equilibrar a relação do “conflito” entre o indivíduo e o Estado, para evitar a violação de direitos fundamentais individuais quanto à efetividade da atividade estatal na prevenção e repressão da criminalidade. Sabemos que, de um lado, está o interesse do Estado na solução de conflitos sociais que anos assombram a sociedade e do outro o direito do indivíduo em usar seus meios de comunicação de maneira privada e segura, sem a interferência do Estado.

No tocante às investigações criminais, o princípio da proporcionalidade, tem uma importante atuação. Por meio dele, pode o julgador ou investigador utilizar-se de um juízo de ponderação para não exercer o abuso de autoridade, penetrando de maneira indevida na particularidade do investigado. Sobre o tema, Tavares (2016, p. 637/638) afirma que:

Dentro desse contexto, o critério da proporcionalidade desponta como relevante instrumento de solução de conflitos na medida em que se apresenta como mandamento de “otimização de princípios”, ou seja, como critério de sopesamento de princípios quando estes conflitam em dada situação concreta.

Para o autor acima mencionado, o princípio da proporcionalidade veio otimizar os demais princípios, por ser este um preceito de grande complexidade no entendimento de muitos doutrinadores, pois traz juízo de valor para quem o aplicar. Ainda em seu livro, Tavares (2016, p. 638) cita um trecho do livro de Guerra Filho, onde afirma:

(...) é exatamente numa situação em que há conflitos entre princípios, ou entre eles e regras, que o princípio da proporcionalidade (em sentido estrito ou próprio) mostra sua grande significação, pois pode ser usado como critério para solucionar da melhor forma tal conflito, otimizando a medida em que se acata prioritariamente um e desatende o mínimo possível do outro princípio. (GUERRA FILHO, apud TAVARES, 2016, p.638)

O autor em seu livro tem o princípio da proporcionalidade como sendo o “princípio dos princípios”, elevado ao grau máximo, em razão de sua característica quanto aos demais princípios, sendo, sem sombra de dúvidas, o que mais se adequa ao caso concreto, não sendo exclusivamente procedimental, mas também material.

Quanto a aplicabilidade do discutido princípio nas investigações criminais que envolvam a quebra de sigilos telefônicos de acusados, que têm seus direitos e garantias individuais relativamente invadidos, possuindo o interesse coletivo sobre os direitos individuais, é o princípio mais efetivo as investigações. Uma vez que se torna necessário técnicas mais incisivas na prevenção e repressão ao crime organizado, não há que se falar em ilegalidade, ou mesmo em inconstitucionalidade quando se afeta os direitos fundamentais individuais do indivíduo.

Alberto Silva Franco aduz que:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade abstrata) e a imposição das penas (proporcionalidade concreta) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. (SILVA FRANCO, apud, GRECCO, 2016, p. 125)

Isto posto, deve-se ressaltar que o princípio da proporcionalidade é um elemento de referente atividade interpretativa, que apresenta uma extrema relevância para uma concepção do direito contemporâneo. Não custando ser usado para que aqueles que defendem um Estado dominador, onde o controle dos limites da atividade governamentais, incidindo negativamente sobre direitos e garantias fundamentais, seja uma forma de aprisionamento estatal, mas deve ter em mente que ao utilizar esse princípio nortear-se parâmetros mais efetivos no combate ao tráfico e crimes organizados.

3. A RELEVÂNCIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL COMO INSTITUTO GARANTIDOR DE INTERESSES COLETIVOS

Quando os departamentos de polícia judiciária têm a notícia de ocorrência de uma infração penal, surge para o Estado o dever de investigá-la, averiguando se é verídico o fato noticiado. Ao se

concluir que ocorreu a ilicitude penal, a partir dessa fase, o Estado-juiz irá julgar a pessoa formalmente acusada do delito, condenando ou absolvendo a mesma. A fase que acontece depois da notícia de ocorrência da infração penal e a instauração da ação penal é conhecida como período da Investigação Criminal ou Preliminar, fase esta que tem o intuito de investigar a veracidade dos fatos outrora narrados que deram ensejo a investigação.

Como relata Lima (2002, p. 26) em seu livro, com maestria:

Portanto, com a notícia de prática de infração penal, em primeiro lugar, o Estado, o *jus puniendi*, deve colher elementos comprobatórios do fato e de sua autoria, através de uma investigação preliminar, caso não exista tais elementos de plano, e, após tal investigação e coleta de subsídios, iniciar a ação penal.

Investigar significa buscar, pesquisar. A origem da palavra vem do latim *investigare*, a qual assume o sentido de “seguir os vestígios” (Dicionário Online de Português, s.d). De acordo com a sua origem podemos notar que a investigação criminal tem o objetivo de seguir rastros criminosos para a busca da verdade real, chegando à verossimilhança e, ao saber o que aconteceu, descobrir sua autoria e as circunstâncias que provocaram a execução de ilicitude. Todo esse processo é considerado um conjunto de atos pré-definidos, organizados, antecipando a ação penal, que servirá como norteador para a colheita e a produção de elementos informativos acerca de um fato sob análise.

É de fundamental importância que exista esse procedimento no direito penal, pois, com ele, é assegurado que a segurança pública seja efetivada, combatendo, assim, a impunidade, punindo os indivíduos que não pactuam com as normas sociais relacionadas à paz e harmonia sociais.

3.1 O direito de desbloqueio de dados

O direito de desbloqueio de dados tem uma relação de parceria entre provedores e as agências de investigação. Ao se falar em dados pessoais na era digital e como são utilizados, se percebe que, em grande maioria, as empresas de serviços utilizados não deixam explícitos se existe ou não o direito de compartilhamento com agências de segurança para utilização em investigações criminais, que forma devem ser passados esses dados às agências, sendo assunto de extrema importância para que seja legislado atualmente, pois, como diz Cukierman (2010, p. 189):

(...) o sucesso das investigações depende fundamentalmente da obtenção, junto ao provedor de conexão à Internet ou junto ao provedor de serviço criminosamente atacado, do endereço IP de onde foi cometido o crime, para, a partir deste endereço, chegar-se ao provedor de serviços de telecomunicações, que também tem de colaborar oferecendo o número da linha e o cadastro do assinante. Portanto, pode-se concluir que todos os embaraços e impedimentos ao curso das investigações surgem: 1) ou a partir da alegação de sigilo por parte de um dos dois investigados (provedor de acesso à Internet ou provedor de serviço de telefonia), em obediência aos ditames legais vigentes no país; 2) ou a partir dos limites jurisdicionais quando algum desses provedores tem sede fora do país.

Segundo o site de notícias Outras Palavras, em matéria publicada no dia 25 de fevereiro de 2016:

Há alguns anos atrás, aconteceu um conflito entre o *Federal Bureau of Investigation (FBI)* e a empresa Apple, onde a agência investigadora requereu que fosse criado com código mestre para acesso no Iphone de um criminoso, tendo como argumento que de a investigação do conteúdo armazenado no smartphone tornaria possível a descoberta das causas e dos envolvidos no delito investigado. A Apple, por sua vez, aduziu que, ao criar o código, poderia pôr em risco a privacidade de outros usuários, negando em atender à solicitação do FBI, com isso foi gerado diversos debates, sendo que o FBI persistiu no argumento que a segurança da coletividade supera no caso ao direito privado do usuário envolvido.

Ao final, a *Apple* não atendeu à solicitação e o FBI, por sua vez, conseguiu acessar o conteúdo utilizando terceiros, os chamados hackers, que quebraram o código de segurança e desvendaram todo conteúdo do Iphone. Ademais, nos Estados Unidos existe a Lei da Privacidade das Comunicações Eletrônicas (ELECTRONIC, 2016), estabelecendo procedimentos para o FBI realizar interceptação de dados em caso de investigações. Com base nessa lei, é possível solicitar a qualquer provedor informações que identificam uma pessoa, entidade, número de telefone, ou tem uma base para um pedido.

É evidente que pode existir uma cooperação na maioria das empresas privadas e agências de investigação, o que se torna necessário face à manutenção da ordem pública na sociedade, devendo sempre os provedores ajudarem a combater as condutas delituosas de alguns usuários – aqueles, por óbvio, que estão sendo investigados por seus atos.

No Brasil, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 24 de abril de 2014) veio para nortear as relações do ciberespaço, regular a era digital e as novas demandas que surgem a todo momento. Na seção IV, nos artigos 22 e 23, trata da requisição judicial para utilização desses dispositivos em processos judiciais, conforme vemos a seguir:

Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;

II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e

III - período ao qual se referem os registros.

Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro. (BRASIL, 2014)

Referida lei, contudo, possui em seus pilares o resguardo sempre à privacidade dos usuários, normatizando, ainda, a inviolabilidade das comunicações feitas pela Internet no seu artigo 7º, nos incisos I, II, III. Veja-se:

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

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

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;
III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;
(BRASIL,2014)

Deixando claro que a quebra de sigilo só poderá ser autorizada por ordem judicial, demonstrando, assim, a preocupação com a tutela dos direitos individuais e suas garantias. Contudo, mesmo com ordem judicial, empresas de aplicativos de conversação não disponibilizam os dados dos usuários, mesmo aqueles que estão sob investigação.

3.2 A criptografia e a investigação criminal

Quando se ouve falar a palavra criptografia, se imagina, de pronto, códigos, coisas ocultas, secretas; um sistema extremamente complicado e protegido. Mas, na realidade, não é um instituto tão complicado assim.

Criptografia é o método utilizado para tornar algo legível em ilegível, sistemas de algoritmos matemáticos que codificam dados de usuários para que só o destinatário possa ler (Cartilha, 2017). Essa codificação matemática assegurando a confiabilidade, integridade, autenticidade da informação. Ela reforça a segurança de uma mensagem ou arquivo embaralhando o conteúdo, onde precisa de uma chave certa para que seja decodificado, sendo o modo mais eficaz para ocultar comunicações, se um terceiro quiser descobrir, sem a chave certa não terá sucesso.

Segundo Marcacini (2002, p.9):

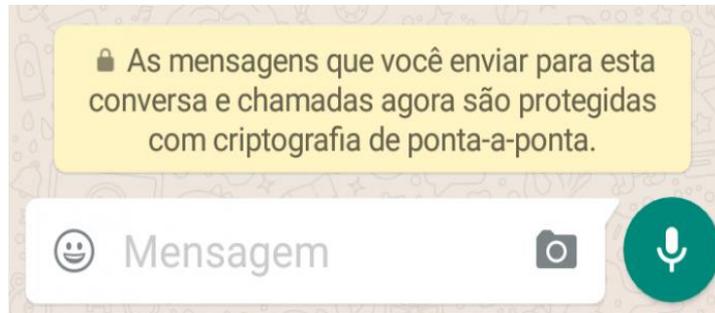
(...) a criptografia é a arte de escrever em código, de modo a permitir que somente quem conheça esse código possa ler a mensagem. Desse modo, convencionando um critério ente o emissor e o receptor, a criptografia torna possível o envio de mensagens codificadas, incompreensíveis para um terceiro que eventualmente venha a interpretá-las.

Essa tecnologia de segurança é dividida em dois métodos: a criptografia simétrica e assimétrica. A criptografia simétrica, conhecida como de chave secreta, é quando a chave que codifica a comunicação é a mesmo que decodifica. Já a criptografia assimétrica, ou criptografia de chave pública, usa duas chaves: uma pública para codificar a mensagem e uma chave privada para decodifica-la, sendo assim independentes (Cartilha, 2017).

Contudo, há algum tempo atrás era possível interceptar mensagens cifradas entre o emissor e receptor, antes dela ser criptografada. Para combater essa falha, surgiu a criptografia de ponta a ponta, que deixa o conteúdo ilegível. Significa que apenas os usuários envolvidos na conversa terão acesso às mensagens, sendo considerada como um tipo de criptografia simétrica, sendo necessário possuir uma chave particular, que somente os usuários possuem. Teoricamente, ninguém terá acesso às informações contidas nas conversas, a não ser o remetendo e o destinatário (Cartilha, 2017).

Esse tipo de segurança está sendo utilizada, atualmente, pelos aplicativos de mensagens, como o “WhatsApp”, onde somente o remetente e o destinatário podem ler as mensagens, de forma que nem mesmo o próprio aplicativo tem acesso à elas, deixando a conversa mais segura, sendo esse recurso comparado a uma conversa cara a cara.

Fotografia 01: Tela de aviso sobre a criptografia ponta-a-ponta do aplicativo “WhatsApp”.



Fonte: <https://tecnoblog.net/193910/whatsapp-mensagens-criptografia-ponta-a-ponta/.jpg>

Porém, para os mecanismos de investigação criminal que se utilizam da quebra de sigilo e interceptação de dados desse aplicativo, a criptografia gerou um desconforto, pois o acesso aos dados teoricamente não existe. Surge, assim, os polêmicos casos de bloqueios do aplicativo WhatsApp no território brasileiro, consequência da disputa entre a empresa Facebook, portadora dos direitos do WhatsApp, e a Justiça brasileira, consistente na recusa do aplicativo de mensagens em entregar dados de conversas de usuários para a Justiça, deixando de colaborar com investigações. O cofundador do aplicativo, Jan Koum, ao ser perguntado do assunto, tratou da seguinte forma:

Recentemente, tem havido muita discussão sobre os serviços criptografados e trabalho da Justiça. Embora reconheçamos o trabalho da Justiça em manter as pessoas seguras, os esforços para enfraquecer a criptografia arriscam a exposição de informações dos usuários ao abuso de criminosos virtuais, hackers e regimes opressivos. O desejo de proteger a comunicação privada das pessoas é uma das crenças fundamentais que temos no WhatsApp e, para mim, é pessoal. Eu cresci na União Soviética durante o regime comunista, e o fato de que as pessoas não podiam falar livremente é um dos motivos que fizeram minha família se mudar para os Estados Unidos (PRADO, 2015)

A grande questão a ser levantada é a respeito de que solução o poder público deve encontrar para dirimir esse conflito entre privacidade de dados e a segurança nacional. Não resta nenhuma dúvida a respeito da necessidade de uma prévia autorização judicial antes de averiguar o smartphone por parte dos investigadores, mesmo que tal exigência possa atrasar uma investigação. O cerne da discussão reside no fato de que a legislação pátria deve estar de acordo com os avanços tecnológicos e pronta para funcionar como mecanismos de ponderação entre o interesse público e os interesses particulares.

4. ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS DE SUSPENSÃO NACIONAL DO APLICATIVO DE CONVERSAÇÃO WHATSAPP

Em fevereiro de 2015, o aplicativo de conversação WhatsApp, da empresa Facebook, foi bloqueado pela Justiça Estadual do Estado do Piauí. O Juiz de Direito responsável pelo caso, nessa ocasião, respaldou sua decisão com base no Marco Civil da Internet, determinando a suspensão em todo o território nacional pelo um período de 24 horas. A decisão não pode ser bem analisada devido ao segredo de justiça imposto pelas circunstâncias do processo, contudo, foi divulgado o mandado que foi expedido pelo juiz no processo de número 0013872-87.2014.818.0140, o qual contém o seguinte trecho:

Temporariamente até o cumprimento da ordem judicial (...), em todo território nacional, em caráter de urgência no prazo de 24 horas após o recebimento, o acesso através dos serviços da empresa aos domínios whatsapp.net e whatsapp.com, bem como todos os seus subdomínios e todos os outros domínios que contenham whatsapp.net e whatsapp.com em seus nomes e ainda todos os números de IP (Internet Protocolo) vinculados aos domínios já acima citados. (PATURY, 2015)

Determinou, também, que a empresa deveria:

Garantir a suspensão do tráfego de informações de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registro de dados pessoais ou de comunicações entre usuários do serviço e servidores da aplicação de troca de mensagens multi-plataforma denominada Whatsapp, em pelo menos um desses atos ocorra em território nacional. (PATURY, 2015)

De acordo com a nota emitida pelo Núcleo de Inteligência da Secretaria de Segurança do Estado do Piauí, a ordem tinha o seguinte conteúdo:

A ordem judicial foi expedida em virtude de anterior descumprimento, por parte do provedor de aplicação de Internet WhatsApp, de outras determinações de caráter sigiloso do citado Juízo. Insta esclarecer, também, que os processos judiciais que originaram as referidas decisões tiveram início desde o ano de 2013, mas até a presente data os responsáveis pelo WhatsApp não acataram as ordens judiciais. O mandado judicial foi encaminhado aos provedores de infraestrutura (Backbones) e os provedores de conexão (operadoras de telefonia móvel entre outras). Por fim, cabe esclarecer que todas as representações e decisões judiciais acima mencionadas foram tomadas com base na Lei que instituiu e disciplinou o Marco Civil da Internet. (NÚCLEO DE INTELIGÊNCIA DA SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2015)

Ainda assim, a decisão não foi cumprida devido a uma liminar proferida por Desembargador da Corte do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, que derrubou a referida decisão, de acordo com os seguintes argumentos:

A fim de melhor ilustrar a falta de proporcionalidade que mana do ato questionado, imagina-se um juiz que, insatisfeito com a contumácia de determinada empresa telefônica em prestar-lhe informações sigilosas, determine a suspensão, em todo território nacional, dessa modalidade serviço de comunicação. Ou, em uma analogia mais rústica, determinasse esse juiz a interrupção da entrega de cartas e encomendas pelo correio, apenas baseado na suspeita de que, por exemplo, traficantes estariam fazendo transitar drogas por esse meio. (BRASIL, 2015^a apud JUNIOR, Irineu Francisco Barreto. LIMA, Marco Antonio, 2016)

No mesmo ano, em dezembro, outra decisão determinou a suspensão do aplicativo, agora pela duração de 48 horas, em todo território nacional. A ordem veio da 1ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo/SP, no processo nº 0017520-08.2015.8.26.0564, a pedido do Ministério Público que fundamentou o seu pedido no Marco Civil da Internet. A suspensão teve início às 0h do dia 17 e durou aproximadamente 12h, mas foi suspendida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que invocou a desproporcionalidade da medida, ao razoar sobre os milhões de usuários que são afetados pela inércia

do aplicativo, analisando que poderia ser imposto medidas como multa elevada ao parâmetro suficiente para inibir resistência da empresa do aplicativo.

Pela terceira vez, outra ordem judicial foi proferida pelo Judiciário brasileiro em maio de 2016, mais especificamente pela Vara Criminal de Lagarto, em Sergipe, nos autos de número 20155500078, no sentido de que o aplicativo fosse bloqueado, de modo que foi expedido mandado pelo Juiz da Vara Criminal determinando a suspensão pelo prazo de 72h. Ressalte-se que o mesmo magistrado já havia pedido a prisão do vice-presidente da empresa Facebook na América Latina por descumprimento das decisões que determinava liberação de conteúdo das mensagens instantâneas mantidas por investigados por tráfico de drogas e crime organizado, pelo aplicativo. Mas essa prisão foi considerada ilegal pelo Tribunal de Justiça de Sergipe e foi determinado a soltura do vice-presidente.

5. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O TEMA

Ao adentrar no âmbito da Suprema Corte Brasileira, se pode verificar dois remédios que foram impetrados para solucionar o conflito entre a primeira instância do Poder Judiciário brasileiro, o aplicativo de conversação WhatsApp e na relação da sociedade que irá ser analisada a seguir pelo exposto da ADPF nº 403MS/SE e a ADI nº 5527.

A referida ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), remédio constitucional garantido pela Carta Magna brasileira, teve sua impetração em razão da decisão proferida pelo Juiz da Vara Criminal de Lagarto, a partir do processo de nº 201655000183. O relator do referido remédio constitucional é o ministro Luiz Edson Fachin e o mesmo tem como objeto a ordem de bloqueio do aplicativo proferida em maio de 2016, tendo como autor o Partido Popular Socialista (PPS), com o pedido de que sejam impedidos novos bloqueios do aplicativo, sob alegação de violação ao princípio fundamental de liberdade de comunicação, previsto no artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal.

O remédio constitucional correu sobre o número ADPF 403 MS/SE e já na abertura do prazo para manifestação da Procuradoria Geral da República, surgiu o caso da 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias/RJ, no qual o demandante PPS notificou novo bloqueio, requerendo a imediata suspensão. O Ministro Eduardo Lewandowski proferiu uma decisão monocrática sobre o caso, interpretando que a decisão fere o direito fundamental à liberdade de expressão e de manifestação, sendo desproporcional, vez que afeta toda uma sociedade.

Asseverou o ministro que o direito de liberdade de expressão é uma cláusula pétrea, e, quanto a relação com o Marco Civil da Internet, alegou que houve violação ao art. 3º, incisos I e V, da referida Lei, sendo uma medida desproporcional, determinando assim a suspensão da decisão prolatada pelo Juízo de Duque de Caxias.

Além disso, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5527, ajuizada pelo Partido da República (PR), no mês de maio de 2016, tem como principal pedido o reconhecimento da inconstitucionalidade

dos artigos 10, §2º, e 12, incisos III e IV, do Marco Civil da Internet, pleiteando a interpretação conforme a Constituição Federal aos referidos artigos objeto da ação. O impetrante aduziu que a suspensão do aplicativo é medida compatível àquelas adotadas em países autoritários, como China, Coreia do Norte e o Irã, além de defender que a suspensão penalizaria não apenas a empresa, mas toda uma população, violando princípios como da individualidade de pena, proporcionalidade, liberdade de expressão, comunicação, livre iniciativa e da continuidade. A relatora Ministra Rosa Weber, deu andamento ao processo nos parâmetros legais com citações e intimações necessárias.

Surgiram o pleito de ingresso de amici curiae, da mesma forma que na ADPF 403 MS/SE, o Instituto Beta para Democracia e Internet (IBIDEM) e o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS RIO). Dessa forma, a Ministra acima referida, juntamente com o Ministro Edson Fachin, convocou audiência pública, onde foram ouvidos o Facebook, a Polícia Federal, o Ministério Público Federal, entidades de defesa do consumidor e representantes de empresas de tecnologia da informação e da academia, especialista em Direito Digital; Comitê Gestor da Internet; Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro; o núcleo Direito Incerteza e Tecnologia da Universidade de São Paulo, diversos institutos, entidades, o governo, e todos os outros que pleitearam a entrada na ADI E ADPF como amici curiae.

Ao analisarmos as decisões que ensejaram no bloqueio do aplicativo, todas possuem pontos comuns, qual seja, o descumprimento de ordem judicial anterior em investigações criminais ou em processos criminais, sendo usado como base o Marco Civil da Internet, ainda que nos últimos casos foram mencionados a criptografia nas conversas pelo aplicativo. Podemos reforçar que o Marco foi um importante avanço na regulamentação de proteção dos usuários que utilizam a rede mundial de computadores, mas depois de todos esses acontecimentos requer-se cautela na imposição dos artigos e na forma de sanção a ser implementada no caso concreto.

Leva-se a todo o momento a relação com o princípio da proporcionalidade, visto anteriormente, onde, havendo a adequação e a necessidade da medida, a decisão judicial deve adequar o meio e o fim para proteger o bem jurídico, tendo uma relação estreita com a justiça, cumprindo seus deveres, buscando o jurista o equilíbrio de interesses.

No âmbito das possibilidades jurídicas, o juiz deve analisar todos os mecanismos para não afetar um bem maior: o interesse da coletividade. Por outro lado, a empresa não cumpriu seu dever, sofrendo as penalidades devidas, em virtude de, por inércia de sua colaboração, ter interferido negativamente para a harmonia social. O juiz não deve valer-se da satisfação do momento. Diante da gravidade dos fatos, estando em risco a segurança, o que justifica o exercício do juízo de valor, pois ao investigar malfeitores que usam o aplicativo para expandir o crime, a polícia e o judiciário devem sempre prezar pela ordem social.

É importante mencionar que inexistem direitos de caráter absoluto, de modo que todos podem ser relativizados diante do caso concreto. Assim, as decisões judiciais devem ser sempre pautadas no

conflito de direitos e interesses apresentado no caso fático, visando sempre harmonia entre a proteção de direitos, de modo a não prejudicar o titular do bem jurídico mais relevante.

Por todo o exposto, deve o legislador regulamentar minuciosamente o ciberespaço, para que situações como estas não venham se repetir, buscando o acordo entre as partes e uma colaboração mútua no combate ao crime organizado, visando sempre o não prejuízo da segurança e privacidade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a finalidade de analisarmos a temática abordada, iniciou-se o artigo expondo todo o conceito da importância do uso do aplicativo de conversação “WhatsApp”, como o meio de comunicação mais utilizado na atualidade, facilitando as relações humanas. Com cunho secreto, individualizado, tem como princípio constitucional a privacidade. Por ter o aplicativo, a facilidade de guardar segredos, torna-se logo um mecanismo para obscurecer as conversas mantidas por criminosos.

Nossa Constituição Federal, declara que é inviolável o sigilo das comunicações e das correspondências, protegendo assim a privacidade, sendo a única exceção, por ordem judicial. Vemos durante todo o trabalho até que ponto as garantias constitucionais podem proteger um cidadão que está sendo investigado por tráfico de drogas ou até mesmo por chefiar uma organização criminosa.

Em nossa sociedade o princípio da privacidade é muito inerente ao sistema, pois todos desejam ter um momento a sós, fazer o que quiser sem dar explicações a ninguém. Por isso tal princípio se torna tão personalíssimo. Mas vale ressaltar, que na busca da verdade real, nada se torna absoluto, quando tratamos com pessoa de índole duvidosa que esteja utilizando da má-fé, deve sim, o investigador utilizar de mecanismos legais para coibir as investidas desse tipo de usuário, quando tratamos do planejamento de crimes por meio de um aplicativo que tem como sua principal segurança um sistema de criptografia a ponta a ponta e não podendo fazer a quebra do sigilo, mas, a busca da verdade real, sempre deverá ser prezado por um equilíbrio para que não seja utilizada de forma equivocada. Juntamente com esses princípios a segurança pública, se torna crucial para todo um sistema estatal seguro, não deixar que seus cidadãos se sintam vulneráveis por pessoas de má índole é essencial na sociedade que vivemos.

Nesse ponto, adentramos no principal princípio para o nosso estudo, a proporcionalidade, onde o equilíbrio entre a privacidade e a segurança pública deve ser levado em conta, tanto pelo magistrado como pelos investigadores. A proporcionalidade traz consigo, o juízo de valor a ser exercido por quem o aplica, no tocante a relação de descoberta e prevenção de crimes, este princípio deve ser o princípio a ser seguido por todos os outros.

A quebra de dados, no nosso país, se torna precária, em outros países esse direito já está sendo estabelecido. Como o caso da Alemanha, citado anteriormente, que editou norma para que a polícia tivesse maior liberdade em investigações. Em nosso país, o Marco Civil da Internet, traz sanções para as empresas ou provedores que não colaboram com as investigações, podendo sofrer desde multa a

suspensão, como já foi visto, mas estes artigos estão em análise no Supremo Tribunal Federal, nos restando esperar.

A grande dificuldade está além da colaboração, existe a cada dia, mais sistemas avançados, com alto nível de segurança, como no WhatsApp, que utiliza a criptografia ponta a ponta. A complicação em acessar o sistema está acarretando problemas nas investigações, que solicitam quebra do sigilo e nada detém, mesmo por ordem judicial, como já foi analisado, que diversas vezes nos anos de 2015 e 2016, onde o aplicativo foi suspenso, gerando uma divergência entre o Judiciário de 1ª Instância e os Tribunais Superiores.

Dessarte, que a legitimação da quebra de sigilo dos investigados, é papel fundamental na aplicabilidade do princípio da segurança pública conjuntamente a privacidade, utilizando-se da proporcionalidade de um controle penal, colocando o interesse coletivo, acima do individual. Andando conjuntamente para que a ordem social seja estabelecida, ao criar acordos entre os investigadores e as empresas de aplicativos, a criação de um treinamento para os policiais, programas de última geração desenvolvidos para combate a condutas lesivas no ciberespaço, devendo sempre, o legislador buscar um conjunto de tarefas proporcionais as situações vividas atualmente. Portanto, é necessário que criminosos possam ser investigados de forma individualizada e restrita, para que não aconteça crimes de grande repercussão social, que ao utilizar as ferramentas necessárias, poderia ser evitado, tão somente, pelo simples fato, da existência de uma colaboração entre as empresas, os investigadores e o judiciário.

REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Torquato. Provas ilícitas – Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.90.

BRASIL. Constituição Federal (1988) disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 de outubro de 2020

BRASIL. Marco Civil da Internet. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm Acesso em 18 de outubro de 2020.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: editora Juarez de Oliveira, 2002.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 403 MS/SE. Relator: LUIZ EDSON FACHIN. Disponível em
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf403.pdf> acesso em 22 de novembro de 2020

CARVALHO, K. G.; Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo. 15. ed. rev., atual. E ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CUKIERMAN, H. L.; O Cibercrime no Brasil; Segurança, Justiça e Cidadania / Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça – Ano II, 2010, n. 04. Brasília, DF. 189 p.

DE PLÁCIDO E SILVA; Vocabulário Jurídico. atualizadores: FILHO, N. S.; GOMES P. P. V.; Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, 2016.

Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. Declaração Universal Dos Direitos Humanos. 10 dez. 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 15 de outubro de 2020.

LIMA, Marcellus Polastri. Ministério Público e persecução criminal. 3ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

MENDES, G. A.; O paradigma Constitucional de Investigação Criminal pag. 86- Porto Alegre, 2010.

MARCACINI, A. T. R.: Direito e Informática: uma abordagem jurídica sobre a criptografia. São Paulo: Forense, 2002, p. 9.

NÚCLEO DE INTELIGENCIA DA SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA. Nota à imprensa. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2015/02/decisao-de-juiz-do-piaui-manda-tirar-whatsapp-do-ar-em-todo-o-brasil.html> Acesso no dia 05 de novembro de 2020.

PRADO, Jean. As mensagens no WhatsApp agora são criptografadas de ponta a ponta. Disponível em: <https://tecnoblog.net/193910/whatsapp-mensagens-criptografia-ponta-a-ponta/> Acesso em: 20 de novembro de 2020.

PATURY, Felipe. Juiz de Direito manda tirar WhatsApp do ar no país inteiro. Disponível em: <https://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/felipe-patury/noticia/2015/02/juiz-do-piaui-manda-btirar-whatsapp-do-arb-no-pais-inteiro.html> Acesso em 19 de novembro de 2020.

TAVARES, A. R.; Curso de Direito Constitucional, 14 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

Recebido em: 20 de junho de 2021

Avaliado em: 24 de janeiro de 2022

Aceito em: 03 de março de 2022

1 Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas Exatas do Sertão do São Francisco (FACESF). E-mail: matheuswendel07@hotmail.com

2 Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco – FACESF; Especialista em Direito Penal e Processual penal pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci – Uniasselvi; Professor de Direito. profrenansoares@gmail.com