



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO BLOQUEIO JUDICIAL DE
APLICATIVOS DE MENSAGENS À LUZ DO DIREITO À COMUNICAÇÃO

Paula Ladeira Vidal

Rio de Janeiro
2024

PAULA LADEIRA VIDAL

ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO BLOQUEIO JUDICIAL DE
APLICATIVOS DE MENSAGENS À LUZ DO DIREITO À COMUNICAÇÃO

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Siddharta Legale

Coorientadora:

Prof^a Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2024

PAULA LADEIRA VIDAL

ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO BLOQUEIO JUDICIAL DE
APLICATIVOS DE MENSAGENS À LUZ DO DIREITO À COMUNICAÇÃO

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2024. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro-EMERJ.

Convidada: Prof.^a Ana Paula Teixeira Delgado – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro-EMERJ.

Orientador: Prof. Siddharta Legale Ferreira - Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

À minha família, meu porto seguro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por me conceder a vida, a saúde, a inteligência, o sustento material e a companhia de tantas pessoas queridas. Sem isso eu não poderia concluir mais essa etapa da minha trajetória acadêmica. Estudar na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro é uma bênção pela qual jamais poderei agradecer-lhe suficientemente.

Agradeço também aos meus pais, Lúcia e Paulo César, que ao longo de toda a minha vida têm me apoiado incondicionalmente e me encorajado a sonhar alto. O amor e a gratidão que tenho a vocês é o que motiva toda a minha busca por sucesso profissional e pessoal. Sem vocês, eu nada seria.

Agradeço à minha irmã Larissa pela cumplicidade única e pelo exemplo de foco e dedicação aos estudos. Você é inspiração para mim e tenho certeza de que iremos longe juntas.

Agradeço ao meu namorado e amigo Bruno César pelo afago, pelo zelo, pela paciência e pelas caronas depois das aulas. Como disse Raul Seixas, “sonho que se sonha só é só um sonho que se sonha só, mas sonho que se sonha junto é realidade”. Como é bom sonhar o futuro com você!

Agradeço a todos os demais familiares pela torcida e pela confiança depositada em mim, inclusive quando eu mesma não acreditei na minha capacidade.

Agradeço a todos os meus amigos, que alegram a minha vida, tornando-a mais leve. Por todos, agradeço nominalmente à minha amiga de longa data Larissa, companheira de concursos, que abriu as portas da EMERJ para mim. Que venham nossas posses!

Agradeço aos meus colegas de turma, em especial à minha dupla Rochelly, à minha grande amiga Danielle e aos colegas Rafael, Vânia, Tiago, Guilherme, Bruna e Cláudio. A cooperação mútua ao longo desses três anos de curso foi nossa marca registrada e, com certeza, é o que guardarei com mais carinho na lembrança. Estarei sempre torcendo pela prosperidade de todos.

Agradeço aos meus orientadores Siddharta Legale e Mônica Cavalieri por acreditarem no potencial deste trabalho e por me aconselharem sempre de maneira tão cuidadosa. Agradeço também a todos os funcionários do SEMON pelo auxílio e disponibilidade.

Por último, mas não menos importante, agradeço a todo o corpo docente e administrativo e a todos os terceirizados da EMERJ, que se dedicam cotidianamente a fazer da Escola uma referência em educação. Os ensinamentos que obtive nesta casa, sem dúvidas, levarei para sempre.

“Longe de ter seu significado usurpado, a Constituição escrita no mundo analógico há de ser traduzida para o mundo digital, de modo a preservar, neste, os interesses, os direitos e as liberdades que originalmente preservava”.

Rosa Weber

SÍNTESE

Os aplicativos de trocas de mensagens, como *WhatsApp* e *Telegram*, talvez representem o principal meio de comunicação no Brasil atual. O presente trabalho visa analisar a constitucionalidade das ordens judiciais que suspendem o funcionamento de tais aplicativos como forma de coagir as empresas desenvolvedoras a fornecerem dados relevantes para a persecução penal, especialmente o conteúdo das mensagens trocadas por grupos criminosos. Primeiramente, traça-se um panorama das decisões de bloqueio até então proferidas no território nacional e das ações de controle de constitucionalidade em trâmite no Supremo Tribunal Federal sobre o tema: ADPF n. 403 e ADI n. 5227. Nesse momento, comentam-se também as manifestações dos participantes da Audiência Pública n. 21. Posteriormente, conceitua-se o direito à comunicação, explana-se sua dependência em relação à privacidade e examina-se como os aplicativos de mensagens são importantes para sua concretização. Por fim, verifica-se se propriamente a constitucionalidade do bloqueio por meio do crivo da proporcionalidade em sentido amplo, além de se construírem parâmetros para a solução dos casos que envolvam a medida. O enfoque é a viabilidade técnica do fornecimento dos dados frente à criptografia de ponta a ponta usada pelos aplicativos, bem como a ponderação entre a segurança pública e o direito à comunicação protegida dos milhões de usuários.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Aplicativos de Mensagens; Bloqueio Judicial; Direito à Comunicação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. BLOQUEIO JUDICIAL DOS APLICATIVOS DE MENSAGENS NO BRASIL	13
1.1. HISTÓRICO DAS ORDENS JUDICIAIS DE BLOQUEIO DOS APLICATIVOS DE MENSAGENS NO TERRITÓRIO NACIONAL	14
1.2. ANÁLISE DA ADPF N. 403 E DA ADI N. 5527	20
1.3. A AUDIÊNCIA PÚBLICA N. 21 E OS ESCLARECIMENTOS SOBRE A CRIPTOGRAFIA	30
2. DIREITO À COMUNICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	36
2.1. CONTEÚDO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO	37
2.2. A PRIVACIDADE COMO CONDIÇÃO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO	44
2.3. APLICATIVOS DE MENSAGENS E A EFETIVAÇÃO DA COMUNICAÇÃO PROTEGIDA	48
3. ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO BLOQUEIO JUDICIAL DOS APLICATIVOS DE MENSAGENS	58
3.1. BLOQUEIO JUDICIAL DOS APLICATIVOS DE MENSAGENS SOB O CRIVO DA PROPORCIONALIDADE	59
3.2. <i>STANDARDS</i> PARA O BLOQUEIO JUDICIAL DOS APLICATIVOS DE MENSAGENS	72
CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	88

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU - Advocacia-Geral da União
AMB - Associação dos Magistrados do Brasil
CIDH - Corte Interamericana de Direitos Humanos
CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DPU - Defensoria Pública da União
IBIDEM - Instituto Beta para Democracia de Internet
ITS - Instituto de Tecnologia e Sociedade
NIC.br - Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR
OC - Opinião Consultiva
PGR - Procuradoria-Geral da República
PPS - Partido Popular Socialista
PR- Partido da República
PROTESTE - Associação Brasileira de Defesa do Consumidor
STJ - Superior Tribunal de Justiça
STF - Supremo Tribunal Federal
TJPI - Tribunal de Justiça do Estado do Piauí
TJSE - Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe
UBC- União Brasileira de Compositores
UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

INTRODUÇÃO

O bloqueio de aplicativos de mensagens, como o *WhatsApp* e o *Telegram*, tem sido utilizado pelos magistrados como meio de coagir as empresas desenvolvedoras a cumprirem ordens de fornecimento do conteúdo da comunicação entre usuários específicos, necessário, em geral, para a instrução de investigações criminais. Ocorre que a suspensão do funcionamento dos aplicativos, na era digital, acarreta imensurável impacto no cotidiano dos milhões de brasileiros que deles se utilizam não só para fins de lazer, mas também para fins profissionais e educacionais. A medida também repercute no mercado, uma vez que o bloqueio de um dos aplicativos costuma levar à migração dos usuários para os concorrentes, representando um aumento do risco da atividade empresarial no Brasil.

Dessa forma, desde a primeira decisão que determinou o bloqueio do *WhatsApp* em todo o território nacional, no ano de 2015, o tema passou a ser debatido pela sociedade, ensejando, até mesmo, a propositura da ADI n. 5527 e da ADPF n. 403 para o exame da constitucionalidade da medida, ambas pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

A questão voltou à ordem do dia quando, em 2022, o Ministro Alexandre de Moraes, do STF, ordenou o bloqueio do *Telegram*, atendendo à solicitação da Polícia Federal, no âmbito de investigação criminal sobre a propagação de *fake news* e de discurso de ódio.

Assim como a maioria das controvérsias jurídicas contemporâneas, o bloqueio judicial dos aplicativos de mensagens traz à tona uma colisão de princípios e de direitos fundamentais, notadamente entre a segurança pública, consubstanciada no interesse público no êxito da persecução penal, e os direitos dos usuários. Neste trabalho, o enfoque é o direito à comunicação, considerado tanto sob seu aspecto individual quanto sob o aspecto coletivo, vez que o livre acesso às tecnologias da comunicação é essencial ao Estado Democrático de Direito. Leva-se em conta, ainda, a importância da garantia da privacidade para a realização plena desse direito, falando-se, pois, em “direito à comunicação protegida”.

Portanto, perquirir a constitucionalidade do bloqueio judicial de aplicativos de mensagens no território nacional, à luz do direito à comunicação, revela-se de extrema importância para a discussão sobre os limites da intervenção do Estado na “vida on-line” das pessoas. Trata-se de temática sobre a qual a jurisprudência ainda não se consolidou, de modo que é valoroso o esforço acadêmico-científico de investigar a possibilidade do bloqueio e, caso esta se verifique, de sugerir parâmetros para a adoção da medida.

Vale destacar, ainda, que a controvérsia tangencia vários ramos jurídicos, tendo implicações no Direito Constitucional, no Direito Processual Penal, no Direito Empresarial e,

até mesmo, no Direito Internacional, uma vez que as sociedades empresárias desenvolvedoras dos aplicativos, em geral, são estrangeiras.

Sendo assim, a presente monografia possui o seguinte problema de investigação: é constitucional o bloqueio judicial dos aplicativos de mensagens no território nacional à luz do direito à comunicação de todos os seus usuários?

A hipótese é que o bloqueio irrestrito dos aplicativos de mensagens no território nacional é incompatível com a ordem constitucional, pois representa lesão desproporcional ao direito à comunicação dos milhões de brasileiros usuários desses aplicativos.

A metodologia adota uma estratégia de estudo de casos, a partir da análise das decisões judiciais que aplicaram o bloqueio como medida coercitiva, coletando-se os seus fundamentos jurídicos e o seu contexto, para então examinar sua legitimidade. A abordagem é, pois, qualitativa, não se pretendendo uma análise estatística, não obstante dados sobre a utilização dos aplicativos de mensagens no Brasil, já produzidos por outros pesquisadores, possam ser citados.

Ademais, o trabalho terá objetivo exploratório, porquanto partirá de uma sondagem do conhecimento até então sistematizado sobre o assunto, com o fim de identificar as principais questões jurídicas em torno da controvérsia. Quanto ao procedimento, adota-se a pesquisa bibliográfica e documental, baseada na leitura reflexiva das leis, dos textos científicos e da jurisprudência.

O plano de trabalho percorre três capítulos: o primeiro sobre o bloqueio judicial, o segundo sobre o direito à comunicação e o último dedicado à análise da (in)constitucionalidade da medida.

O primeiro capítulo dedica-se a verificar em quais hipóteses os magistrados têm determinado o bloqueio dos aplicativos de mensagens no Brasil e quais são os principais fundamentos jurídicos para o emprego da medida. Assim, é levantado o histórico das decisões judiciais de bloqueio e examinado o seu conteúdo. Também são comentadas as ações de controle de constitucionalidade sobre o tema, em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

No segundo capítulo, busca-se delimitar o conceito do direito à comunicação e identificar a proteção normativa a ele conferida pelo ordenamento pátrio. Pretende-se, ainda, investigar como o livre acesso aos aplicativos de mensagens relaciona-se a esse direito, e qual é o cenário brasileiro atual em termos do uso dessas plataformas de comunicação.

Já o terceiro capítulo contém uma análise do bloqueio judicial dos aplicativos de mensagens em face do princípio da proporcionalidade, esta considerada em seu sentido amplo. Desse modo, estuda-se se o bloqueio é medida adequada e necessária, especialmente à

luz das ferramentas de segurança e privacidade empregadas pelos aplicativos, dificultando o acesso aos dados em geral requisitados pelos magistrados. Também se examina se o bloqueio é medida proporcional em sentido estrito, ponderando-se o interesse público no fornecimento de dados de comunicação entre os suspeitos de crimes e o direito dos usuários à comunicação protegida. Ainda no terceiro capítulo, aproveita-se para abordar a técnica de construção de *standards* ou parâmetros, outra maneira de realizar a ponderação em hipóteses de conflitos entre normas, aplicando-a ao caso do bloqueio dos aplicativos de mensagens.

1. BLOQUEIO JUDICIAL DOS APLICATIVOS DE MENSAGENS NO BRASIL

Não há dúvidas de que a Internet revolucionou o mundo, especialmente na área da comunicação. Talvez a mais importante mudança nessa seara tenha sido a difusão das redes sociais, consequência da popularização dos *smartphones*, os quais permitem o acesso à rede mundial de computadores literalmente na palma da mão.

Essa revolução foi acompanhada também pela sociedade brasileira, que, em geral, mostrou-se adepta das tecnologias digitais de comunicação. Em pesquisa sobre o comportamento e consumo na Internet, realizada pelo Datafolha em março de 2022 e divulgada pela Folha de São Paulo, 94% dos brasileiros alegaram possuir ao menos uma conta em rede social¹. Desse total, 92% afirmaram fazer o uso do *WhatsApp*, ao passo que 24% afirmaram usar o *Telegram*². Considerando que outras redes sociais, como o *Facebook* e o *Instagram*, também possuem funcionalidades de trocas de mensagens, a exemplo do *Messenger* e do *Instagram Direct*, incontestável é a relevância desse serviço no território nacional.

Com efeito, os aplicativos de mensagens são usados atualmente para os mais diversos fins, seja para realizar comunicações fugazes, seja para desenvolver atividades acadêmicas ou profissionais. Com a eclosão da pandemia de covid-19, que restringiu as atividades presenciais, os aplicativos de mensagens passaram a ser usados, até mesmo, como meio de comunicação de atos processuais, desde que fosse possível identificar o destinatário, por meio da adoção de critérios de autenticidade, conforme definido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no HC n. 641.877³.

Todavia, os aplicativos de mensagens, cujo acesso é amplo, também atraem atividades ilícitas, sendo utilizados pelos grupos criminosos para negociação de drogas e armas, por exemplo, ou para o compartilhamento de conteúdos indevidos, como pornografia infantil. Desse modo, o Ministério Público e as polícias começaram a postular no Judiciário o acesso ao conteúdo das mensagens trocadas nessas plataformas como mecanismo de investigação criminal, por analogia à interceptação telefônica regulada pela Lei n. 9.296/96⁴.

¹ MORAES, Acácio. *94% têm conta em alguma rede social; WhatsApp lidera com 92%*. Folha de S. Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2022/07/94-tem-conta-em-alguma-rede-social-whatsapp-lidera-com-92.shtml>. Acesso em: 27 out. 2022.

² *Ibid.*

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 641.877*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20641877>. Acesso em: 27 out. 2022.

⁴ BRASIL. *Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em: 27 out. 2022.

Os magistrados, por sua vez, passaram a deferir tais requerimentos, requisitando o fornecimento dos dados às empresas desenvolvedoras dos aplicativos de mensagens, com fundamento nos dispositivos da Lei n. 12.965/2014⁵, conhecida como Marco Civil da Internet, e no art. 5º, XII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)⁶.

Ocorre que as empresas desenvolvedoras dos aplicativos de mensagens têm se mostrado recalcitrantes no fornecimento das informações, ao argumento, entre outros, de que suas tecnologias de garantia de privacidade dos usuários criam impossibilidade técnica ao cumprimento da ordem judicial. Essa recalcitrância ensejou as decisões judiciais de suspensão das atividades dos aplicativos no território nacional, como meio de coerção.

Desde o primeiro bloqueio judicial, surgiram controvérsias e o tema passou a dividir opiniões. Por um lado, a medida afeta a liberdade dos milhões de usuários dos aplicativos alheios à investigação criminal. Por outro, está amparada na necessidade de garantir segurança pública, que é de interesse coletivo.

Antes, porém, de adentrar na discussão acerca da compatibilidade do bloqueio judicial dos aplicativos de mensagens com o ordenamento pátrio, convém realizar um levantamento das respectivas decisões e dos seus principais fundamentos, bem como analisar a posição atual do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o assunto.

1.1. HISTÓRICO DAS ORDENS JUDICIAIS DE BLOQUEIO DOS APLICATIVOS DE MENSAGENS NO TERRITÓRIO NACIONAL

Como visto, o aplicativo de mensagens mais usado no Brasil é o *WhatsApp*. Embora outras empresas forneçam o mesmo serviço de troca instantânea de textos, vídeos, áudios e outros arquivos no território nacional, a maioria das ordens judiciais de bloqueio até então conhecidas recaíram sobre a referida plataforma, à exceção de dois casos envolvendo o *Telegram*, que serão abordados mais adiante. Ao todo, o Brasil registrou quatro ordens judiciais de suspensão das atividades do *WhatsApp*⁷.

⁵ BRASIL. *Lei n. 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: 27 out. 2022.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

⁷ PORTAL G1. *WhatsApp bloqueado: relembre todos os casos de suspensão do app*. Disponível em <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/07/whatsapp-bloqueado-relembre-todos-os-casos-de-suspensao-do-app.html>. Acesso em: 27 out. 2022.

O primeiro bloqueio foi determinado pelo juiz Luís Moura Correia, da Central de Inquéritos da Comarca de Teresina, no Piauí, em fevereiro de 2015⁸. Na ocasião, o magistrado ordenou que as empresas de telefonia suspendessem temporariamente o acesso ao aplicativo em todo o Brasil, após a empresa se negar a dar informações referentes à investigação criminal de pedofilia. Contra a decisão monocrática, o *WhatsApp* impetrou mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (TJPI), que concedeu a ordem para anular o bloqueio.

Como o inquérito policial em questão é sigiloso, não é possível ter acesso ao teor da decisão, apenas à nota divulgada à imprensa pelo Núcleo de Inteligência da Secretaria de Segurança Pública do Piauí. De acordo com o documento:

[...] 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 [fevereiro de 2015] os responsáveis pelo WhatsApp não acataram as ordens judiciais. (...)

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 Internet⁹.

Tramitou igualmente em segredo de justiça o mandado de segurança impetrado pela empresa, de modo que não é possível identificar o exato número do processo. No entanto, em consulta à jurisprudência do TJPI, através do sítio eletrônico do tribunal, constam uma série de acórdãos em mandados de segurança sobre o tema, prolatados em junho de 2016, todos de relatoria do Desembargador Raimundo Nonato da Costa Alencar. A título de exemplo, cabe citar a ementa do acórdão proferido no MS n. 2015.0001.001695-3:

MANDADO DE SEGURANÇA – DECISÃO DE MAGISTRADO QUE DETERMINA A SUSPENSÃO DO APLICATIVO “WHATSAPP” EM PROL DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL – MEDIDA QUE NÃO GARANTE O CUMPRIMENTO DE COMANDO DECISÓRIO OU A ELUCIDAÇÃO DOS FATOS - POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS MENOS GRAVOSOS DE INVESTIGAÇÃO – INTERRUÇÃO DO SERVIÇO QUE PREJUDICA MILHÕES DE USUÁRIOS – AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE.

1. A interrupção de acesso ao serviço do aplicativo “whatsapp” em prol de investigação criminal é completamente destituída de razoabilidade porque afeta, direta e surpreendentemente, a comunicação entre um sem número de pessoas, envolvendo não somente os usuários nacionais, mas, também, aqueles que, fora de suas fronteiras, tentem contatar parentes, amigos e afins aqui residentes.

⁸ PORTAL G1. *Decisão de juiz do Piauí manda tirar WhatsApp do ar em todo o Brasil*. Disponível em <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2015/02/decisao-de-juiz-do-piaui-manda-tirar-whatsapp-do-ar-em-todo-o-brasil.html>. Acesso em: 27 out. 2022.

⁹ *Ibid.*

2. Os organismos policiais dispõem de diversos outros meios de investigação, não se mostrando plausível que toda uma investigação passe a depender de informações de natureza telemática.
3. A suspensão de um serviço de comunicação não garante o cumprimento das determinações judiciais, nem que os fatos objeto de investigação criminal serão elucidados ou evitados, pois, sabe-se, há uma infinidade de softwares dessa natureza à disposição de quem quer que seja.
4. Segurança concedida, à unanimidade¹⁰.

O segundo bloqueio partiu do juízo da 1ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo, em dezembro de 2015, que determinou a suspensão do *WhatsApp* por 48 horas¹¹, em razão de a empresa ter descumprido determinação judicial para o fornecimento de informações no bojo de ação criminal, mesmo após a fixação de multa¹².

O *WhatsApp* impetrou mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), autuado sob o número 2271462-77.2015.8.26.0000, de sorte que a decisão foi cassada por liminar concedida pelo relator da 11ª Câmara de Direito Criminal, Desembargador Xavier de Souza¹³. O magistrado entendeu que não se mostrava razoável que milhões de usuários fossem afetados em decorrência da inércia da empresa, especialmente quando não esgotados outros meios disponíveis para a obtenção do resultado desejado. Sendo assim, sugeriu fixação de multa mais alta pelo descumprimento da determinação do juízo¹⁴.

O terceiro bloqueio proveio do juiz Marcel Maia Montalvão, da Vara Criminal de Lagarto, no Sergipe, em maio de 2016¹⁵. Como nos outros casos, o magistrado determinou que as operadoras de telefonia bloqueassem o acesso ao *WhatsApp* por 72h, após a empresa deixar de compartilhar informações que subsidiariam investigação criminal de tráfico de drogas, sustentando que a medida estava amparada pelo Marco Civil da Internet¹⁶.

Novamente, a empresa impetrou o mandado de segurança n. 201600110899, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe (TJSE). Dessa vez, porém, o tribunal negou a liminar para cassar a decisão. Mesmo o processo estando sob segredo de justiça, o TJSE

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. *MS n. 2015.0001.001695-3*. Relator: Desembargador Raimundo Nonato da Costa Alencar. Disponível em: https://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/consulta_processo.php?num_processo_consulta=201500010016953. Acesso em: 27 out. 2022.

¹¹ PORTAL G1, *op. cit.*, nota 8.

¹² PORTAL G1. *WhatsApp bloqueado: operadoras são intimadas a barrar app no país por 48h*. Disponível em <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/12/operadoras-sao-intimadas-bloquear-whatsapp-no-brasil-por-48-horas.html>. Acesso em: 27 out. 2022.

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *MS n. 2271462-772015.8.26.0000*. Relator: Desembargador Xavier de Souza. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tj-sp-suspende-bloqueio-whatsapp.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2022.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ PORTAL G1, *op. cit.*, nota 8.

¹⁶ PORTAL G1. *WhatsApp deve ser bloqueado por 72 horas, ordena Justiça*. Disponível em <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/05/justica-do-sergipe-manda-operadoras-bloquearem-whatsapp.htm>. Acesso em: 27 out. 2022.

emitiu um comunicado sobre a decisão do Desembargador Cezário Siqueira Neto, responsável pela decisão que indeferiu a liminar, citando trechos da manifestação do magistrado:

Analisando o argumento trazido no MS sobre a desproporcionalidade da decisão cautelar da suspensão do aplicativo, o desembargador explicou que a empresa impetrante vale-se da alegação de que deve resguardar o direito à privacidade dos usuários do aplicativo para refutar a ordem judicial, encobrindo o interesse patrimonial da Empresa Facebook.

‘Em verdade, o direito à privacidade dos usuários do aplicativo encontra-se em conflito aparente com o direito à segurança pública e à livre atuação da Polícia Federal e do Poder Judiciário na apuração de delitos, em favor de toda a sociedade. Neste primeiro momento, percebo que a impetrante, em verdade, minimiza a importância da investigação criminal de componentes de organização criminosa que utilizam o aplicativo em questão, escamoteando a gravidade do delito supostamente praticado (tráfico interestadual de drogas), sob a pecha de garantir o direito à intimidade de seus usuários. Ora, o uso do aplicativo por quem quer que seja e para qualquer fim não pode ser tolerado sem ressalvas. Deve, sim, sofrer restrição quando atinge outros direitos constitucionalmente garantidos, como no caso em comento’.

(...)

‘Na hipótese dos autos, vejo que está em jogo a ordem social e o direito à segurança de toda uma sociedade. Convém ressaltar que outras medidas anteriores foram determinadas, visando ao acesso à interceptação da comunicação, em tempo real, pelo aplicativo, entre os investigados, a exemplo da aplicação de multas diárias, posteriormente majoradas, em desfavor da empresa reincidente, culminando com a ordem de prisão do seu Vice-Presidente na América Latina, Sr. Diego Jorge Dzordan, reformada em sede de liminar de habeas corpus, ainda pendente de julgamento definitivo. Porém, todas sem o êxito pretendido. Assim, está claro que o Poder Judiciário não pode ficar de mãos atadas frente à resistência de empresas internacionais, com atuação no território brasileiro, em cumprir ordens judiciais legitimamente emanadas’, completou¹⁷.

Apenas após pedido de reconsideração, o Desembargador Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima revogou a suspensão do *WhatsApp*¹⁸. Para o desembargador, a medida afeta diretamente o bem comum:

Sem adentrar na discussão a respeito da necessidade de decreto regulamentador para imposição das penalidades (art. 11, § 4º), o fato é que o caos social gerado pela interrupção dos serviços de whatsapp, acrescenta mais um princípio constitucional à disputa principiológica já referida (sigilo x bem comum x acesso à informação).

É certo que a Justiça, ao decretar a interrupção dos serviços de whatsapp, o está fazendo como punição para garantir o bem comum. Este mesmo bem comum deve ser resguardado com o desembaraço no uso da internet e das comunicações. No primeiro caso o bem comum é consequência, enquanto no segundo ele é imediato¹⁹.

O quarto e último bloqueio do *WhatsApp* foi ordenado em julho de 2016 pela juíza Daniela Barbosa Assunção de Souza, da 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias, no Rio de

¹⁷ FRANCESCO, Wagner. *Desembargador nega recurso do WhatsApp e mantém bloqueio de 72h*. Disponível em: <https://wagnerfrancesco.jusbrasil.com.br/noticias/332955610/desembargador-nega-recurso-do-whatsapp-e-mantem-bloqueio-de-72h>. Acesso em: 30 nov. 2022.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe. *MS n. 2016000110899*. Relator: Desembargador Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima. Disponível em https://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2016/tjse_201600110899_03052016.pdf. Acesso em: 27 out. 2022.

¹⁹ *Ibid.*

Janeiro. Ela determinou a suspensão do aplicativo por tempo indeterminado, devido ao descumprimento reiterado de determinação judicial para a interceptação de mensagens de supostos criminosos²⁰.

A decisão acabou sendo cassada pelo STF, em liminar deferida na APDF n. 403, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS). A ação de controle de constitucionalidade, na verdade, foi inicialmente proposta em face da decisão proveniente do Sergipe, mas com o advento da decisão do Rio de Janeiro, o partido aditou a inicial, e a liminar deferida pelo relator Ministro Ricardo Lewandowski alcançou ambos os objetos.

Desde então, não foram proferidas mais decisões judiciais ordenando a suspensão do *WhatsApp* no território nacional, e a matéria aguarda a solução a ser dada pelo STF no julgamento da ADPF n. 403 e da ADI n. 5527, que serão estudadas no próximo tópico.

Sem embargo, o tema voltou à ordem do dia em março de 2022, quando o Ministro Alexandre de Moraes, do STF, ordenou o bloqueio de outro aplicativo de mensagens: o *Telegram*²¹. A decisão atendeu ao pedido formulado pela Polícia Federal, na Pet. n. 9.935/DF, após a empresa descumprir ordens judiciais para a interrupção de perfis, a indicação de usuários, o fornecimento de dados cadastrais e a suspensão de monetização das contas vinculadas a Allan Lopes dos Santos, blogueiro investigado no inquérito das *fake news* e dos atos antidemocráticos²². A ordem de bloqueio buscou fundamento legal nos dispositivos do Marco Civil da Internet:

As atividades desenvolvidas na internet são regulamentadas no Brasil, em especial, pela Lei 12.965/14 ("Marco Civil da Internet"), destacando-se que tais atividades também estão sujeitas ao princípio da inafastabilidade jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF), conforme previsto expressamente em diversos dispositivos da referida lei, por exemplo: para fins de quebra de sigilo de dados ou de comunicações (art. 7º, II e III, e art. 10), para deixar indisponível o conteúdo ilícito gerado por terceiros (arts. 19 e 20), e para obter prova em processo judicial (art. 22). A Lei 12.965/14 prevê algumas hipóteses de suspensão temporária ou proibição de exercício de determinadas atividades por parte de provedores de conexão e de aplicações de internet, conforme se infere do seu art. 12, III e IV (...)

O ordenamento jurídico brasileiro prevê, portanto, a necessidade de que as empresas que administram serviços de internet no Brasil atendam às decisões judiciais que determinam o fornecimento de dados pessoais ou outras informações que possam

²⁰ PORTAL G1. *Justiça do Rio de Janeiro determina bloqueio do WhatsApp em todo o país*. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2016/07/justica-do-rio-de-janeiro-determina-bloqueio-do-whatsapp-em-todo-o-pais.html>. Acesso em: 27 out. 2022.

²¹ RODAS, Sérgio. *Alexandre de Moraes ordena bloqueio de aplicativo de mensagens Telegram no país*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-18/alexandre-moraes-ordena-bloqueio-aplicativo-telegram>. Acesso em: 27 out. 2022.

²² Trata-se do Inq. n. 4.781, em trâmite no STF desde 2019, sob a relatoria do Ministro de Alexandre de Moraes, instaurado para apurar a divulgação de notícias falsas, os ataques à Corte e outros atos antidemocráticos supostamente perpetrados por políticos e outros apoiadores do Governo Bolsonaro.

contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, circunstância que não tem sido atendida pela empresa TELEGRAM²³.

O Ministro Alexandre de Moraes também destacou que o *Telegram* já sofreu sanções em outros países pelo descumprimento de ordens judiciais, com base em sua política de privacidade, e encerrou:

O desrespeito à legislação brasileira e o reiterado descumprimento de inúmeras decisões judiciais pelo TELEGRAM, – empresa que opera no território brasileiro, sem indicar seu representante – inclusive emanadas do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – é circunstância completamente incompatível com a ordem constitucional vigente, além de contrariar expressamente dispositivo legal (art. 10, § 1º, da Lei 12.965/14).

Dessa maneira, estão presentes os requisitos necessários para a decretação da suspensão temporária das atividades do TELEGRAM, até que haja o efetivo e integral cumprimento das decisões judiciais, nos termos destinados aos demais serviços de aplicações na internet, conforme o art. 12, III, do Marco Civil da Internet²⁴.

A decisão foi revogada poucos dias depois, após a empresa cumprir uma série de determinações do STF.

Não obstante, em abril de 2023, o *Telegram* foi novamente retirado do ar por decisão da Justiça Federal do Espírito Santo, tomada após a empresa se recusar a entregar à Polícia Federal dados cadastrais de participantes de grupos neonazistas, suspeitos de envolvimento no ataque a uma escola situada na cidade de Aracruz, que deixou quatro mortos²⁵. A empresa argumentava que as informações solicitadas eram tecnologicamente impossíveis de obter.

O bloqueio durou cerca de três dias, até que a decisão foi reformada pelo Desembargador Flávio Oliveira Lucas, da Segunda Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. De acordo com o magistrado, a decisão não era razoável, “considerando a afetação ampla em todo território nacional da liberdade de comunicação de milhares de pessoas absolutamente estranhas aos fatos sob apuração”²⁶. No entanto, foi mantida a multa diária de R\$1.000.000,00 pelo descumprimento da obrigação.

Traçado um breve histórico dos bloqueios judiciais, convém examinar o atual estágio do controle concentrado de constitucionalidade da medida.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet. n. 9.935/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/alexandre-moraes-ordena-bloqueio.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2022.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ PORTAL G1. *Telegram não entrega dados completos à PF sobre neonazistas, e Justiça determina suspensão da plataforma no país*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/04/26/telegram-nao-entrega-dados-completos-a-pf-sobre-neonazistas-e-justica-determina-suspensao-da-plataforma-no-pais.ghtml>. Acesso em: 30 maio. 2023.

²⁶ IG ÚLTIMO SEGUNDO. *Justiça derruba ordem de suspensão do Telegram no Brasil*. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2023-04-29/justica-derruba-ordem-suspensao-telegram.html>. Acesso em: 30 maio. 2023.

1.2. ANÁLISE DA ADPF N. 403 E DA ADI N. 5527

Como mencionado, tramitam no STF duas ações de controle direto de constitucionalidade que questionam as ordens judiciais de bloqueio de aplicativos de mensagens, bem como a interpretação dada pelos magistrados que assim determinaram aos dispositivos do Marco Civil da Internet.

A primeira demanda a ser ajuizada, em 3 de maio de 2016, trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 403, proposta pelo PPS, atual CIDADANIA, contra a decisão do juiz Marcel Maia Montalvão da Vara Criminal de Lagarto, no Sergipe.

Como preceito fundamental violado, o partido indicou o art. 5º, inciso IX, da CRFB/88, segundo o qual “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”²⁷. Argumentou que a suspensão do *WhatsApp* em todo o território nacional viola o direito à comunicação, ressaltando que o aplicativo, usado por quase metade da população brasileira à época, representa o meio mais democrático para o cidadão brasileiro se comunicar, em razão da sua plataforma gratuita, simples e interativa²⁸.

Antes da análise do pedido de tutela de urgência pelo STF, o TJSE cassou o bloqueio do aplicativo por meio da decisão do Desembargador Ricardo Múcio Santana de Abreu, no mandado de segurança n. 201600110899. Desse modo, a fim de que a ADPF prosseguisse, o PPS requereu que fosse reconhecida a violação ao preceito fundamental à comunicação de qualquer decisão judicial que determinasse a suspensão do *WhatsApp*²⁹, inclusive aquela posteriormente proferida pela juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza, da 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias³⁰.

O então Presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, acabou deferindo a liminar, ao argumento de que a suspensão do *WhatsApp* em todo o território nacional seria desproporcional:

No Brasil, contudo, já se procurou dar contornos legais à matéria. A Lei 12.965/2014 surgiu, exatamente, com o propósito de estabelecer “princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”.

²⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 403*, Petição inicial. eDOC 1. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4975500>. Acesso em: 30 nov. 2022.

²⁹ *Ibid.*, Petição simples. eDOC 13.

³⁰ *Ibid.*, Petição simples. eDOC 34.

Em seu art. 3º, I, o citado diploma dispõe que o uso da internet no País tem como um dos princípios a “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal”. Além disso, há expressa preocupação com “a 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” (art. 3º, V).

Ora, a suspensão do serviço do aplicativo WhatsApp, que permite a troca de mensagens instantâneas pela rede mundial de computadores, da forma abrangente como foi determinada, parece-me violar o preceito fundamental da liberdade de expressão aqui indicado, bem como a legislação de regência sobre o tema. Ademais, a extensão do bloqueio a todo o território nacional, afigura-se, quando menos, medida desproporcional ao motivo que lhe deu causa³¹.

Posteriormente, o Ministro Edson Fachin, relator da ação, convocou, juntamente com a Ministra Rosa Weber, relatora da ADI n. 5.527, audiência pública simultânea sobre os artigos 10, §2º, e 12, incisos III e IV, do Marco Civil da Internet, e a suspensão do aplicativo *WhatsApp* por decisões judiciais no Brasil³². O ato foi autuado como Audiência Pública n. 21 e realizou-se nos dias 2 e 5 de junho de 2017³³.

Em paralelo, várias entidades apresentaram manifestações escritas nos autos, além das empresas Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. e WhatsApp Inc. e do Ministério Público Federal. Merecem destaque os pareceres do Ministério da Justiça e da Polícia Federal, bem como as petições dos *amici curiae* admitidos pelo tribunal, como o Instituto Beta para Democracia de Internet (IBIDEM), o Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS), a Associação de Magistrados do Brasil (AMB), a Defensoria Pública da União (DPU), o Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), a União Brasileira de Compositores (UBC) e a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (PROTESTE).

Findo o trâmite instrutório, iniciou-se o julgamento da ADPF n. 403 na sessão do dia 27 de maio de 2020. Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o Ministro Edson Fachin deu o seu voto, julgando procedente a ação, mas o julgamento foi suspenso por um pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes, e não há previsão de retorno.

Concomitantemente à ADPF n. 403, no dia 13 de maio de 2016, o Partido da República (PR) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5527 contra os artigos 10, §2º, e 12, incisos III e IV, da Lei n. 12.965/2014.

³¹ *Ibid.*, Medida cautelar.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Convocação conjunta de audiência pública simultânea sobre os arts. 10, §2º, e 12, III e IV, da Lei nº 12.965/2017 - Marco Civil da Internet (ADI 5.527 - Rel. Min. Rosa Weber) e a suspensão do aplicativo WhatsApp por decisões judiciais no Brasil (ADPF 403- Rel. Min. Edson Fachin)*. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADPF403_CONVOCACAO_CONJUNTA_DE_AUDIENCIA_PUBLICA.pdf. Acesso em: 5 dez. 2022.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiências Públicas Realizadas*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Acesso em: 30 nov. 2022.

O partido destacou que é possível identificar um padrão nas justificativas das decisões judiciais que determinaram o bloqueio de aplicativos de mensagem no Brasil, as quais comumente recorrem aos referidos dispositivos legais³⁴. Ressaltou, ainda, que o objetivo da ADI é a declaração da inconstitucionalidade da aplicação das penalidades de suspensão temporária ou proibição do exercício das atividades, em decorrência do descumprimento de ordem judicial por parte das empresas responsáveis pelos mecanismos de troca de mensagens on-line³⁵.

Atuaram na ADI praticamente os mesmos *amici curiae* da ADPF n. 403. Após a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU) e do Senado Federal, como visto, a Ministra Relatora Rosa Weber convocou, juntamente com o Ministro Edson Fachin, a Audiência Pública n. 21. Realizado o ato e ouvidas a Procuradoria-Geral da República (PGR) e a empresa WhatsApp Inc., o julgamento iniciou-se também na sessão de 27 de maio de 2020.

Weber chegou a apresentar o seu voto para, em suma, julgar procedente o pedido de interpretação conforme a Constituição do art. 10, § 2º, da Lei n. 12.965/2014, a fim de assentar que o conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial nos casos e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º, e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Ela também julgou parcialmente procedente o pedido de interpretação conforme a Constituição do art. 12, incisos III e IV, da Lei n. 12.965/2014, a fim de afastar qualquer exegese que estenda a sua hipótese de incidência à sanção por inobservância de ordem judicial de disponibilização de conteúdo de comunicações, passíveis de obtenção tão só mediante fragilização deliberada dos mecanismos de proteção da privacidade inscritos na arquitetura da aplicação³⁶.

Posteriormente, o julgamento foi suspenso, mas antes que se aposentasse, deixando a presidência do STF, a Ministra Rosa Weber incluiu a ADI n. 5527 na lista de julgamento virtual entre os dias 22 e 29 de setembro de 2023, reajustando o seu voto — ainda não publicado — para modificar apenas a interpretação dada ao art. 12, incisos III e IV, da Lei n. 12.965/2014, de modo a assentar que está autorizada a imposição das penalidades de suspensão temporária das atividades e de proibição de exercício das atividades aos provedores

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 5527*, Petição inicial, eDOC 1. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4983282>. Acesso em: 30 nov. 2022.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*, Certidão, eDOC 153.

de conexão e de aplicações de internet, nos casos de descumprimento a) da legislação brasileira quanto à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como aos direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros, inclusive em face do descumprimento, no âmbito de investigação criminal ou de instrução processual penal, b) de ordem judicial para disponibilização de registro de conexão e de acesso a aplicações de internet e dados pessoais, ou c) de ordem judicial para disponibilização do conteúdo de comunicações privadas específicas quando materialmente possível o seu cumprimento, nas hipóteses e na forma de lei que estabeleça prévio leque de infrações definidas como especialmente graves, a ponto de justificar a natureza da medida. Todavia, salientou que se mantém afastada qualquer exegese que estenda a sua hipótese de incidência de modo a abarcar o sancionamento de inobservância de ordem judicial de disponibilização de conteúdo de comunicações passíveis de obtenção tão só mediante fragilização deliberada dos mecanismos de proteção da privacidade inscritos na arquitetura da aplicação³⁷. Devido ao pedido de destaque do Ministro Alexandre de Moraes, o julgamento foi novamente suspenso, sem previsão de retorno.

Antes disso, porém, uma vez exarada a decisão do Ministro de Alexandre de Moraes na Pet. n. 9935/DF, que determinou a suspensão do *Telegram*, o então Advogado-Geral da União, Bruno Bianco Leal, peticionou nos autos da ADI n. 5527, requerendo a concessão de cautelar para fixar a interpretação conforme a Constituição ao art. 12, incisos III e IV, da Lei n. 12.965/2014, no sentido de que as penalidades nele previstas não podem ser impostas por inobservância de ordem judicial³⁸.

Em decisão datada de 8 de abril de 2022, contudo, a Ministra Rosa Weber sequer conheceu o pedido, sustentando que o Advogado-Geral da União estaria atuando, na verdade, na tutela de interesse individual e situação concreta em processo objetivo de controle de constitucionalidade:

AÇÃO DIRETA. LEI Nº 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA INTERNET). SUSPENSÃO OU INTERRUÇÃO DOS SERVIÇOS FORNECIDOS POR PROVEDORES DE CONEXÃO OU APLICAÇÕES DE INTERNET DETERMINADA POR ORDEM JUDICIAL. JULGAMENTO DE MÉRITO JÁ INICIADO. CONTINUAÇÃO SUSPensa EM RAZÃO DE PEDIDO DE VISTA. FORMULAÇÃO DE PEDIDO INCIDENTAL DE MEDIDA CAUTELAR URGENTE. POSTULAÇÃO DIRIGIDA CONTRA DECISÃO PROFERIDA POR MINISTRO RELATOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INADMISSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE PEDIDO INCIDENTAL COMO INDEVIDO SUCEDÂNEO DO RECURSO DE AGRAVO INTERNO. LEGITIMAÇÃO ESPECIAL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO COMO

³⁷ *Ibid.*, Certidão, eDOC 167.

³⁸ *Ibid.*, Petição simples, eDOC 155.

CURADOR DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE. PAPEL PROCESSUAL QUE NÃO LHE CONFERE PODERES PARA PLEITEAR A TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E SITUAÇÕES CONCRETAS EM PROCESSOS OBJETIVOS.

1. Depreende-se do próprio teor da petição veiculadora deste pedido de tutela provisória incidental que a pretensão cautelar manifestada pelo Advogado-Geral da União – a pretexto de buscar a tutela objetiva da ordem jurídica – dirige-se, na realidade, contra decisão de Ministro Relator desta Suprema Corte proferida em processo de índole subjetiva.
2. As ações de controle concentrado de constitucionalidade não podem ser utilizadas indevidamente como plataforma para a veiculação de expedientes destinados a servir, por via indireta, como sucedâneos do recurso de agravo interno contra decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal proferidas em outros processos. Precedentes.
3. Inadmissível a utilização da via do controle de controle de constitucionalidade para a discussão de direitos e interesses subjetivos ou a tutela de situações concretas. Precedentes.
4. O papel especial do Advogado-Geral da União como curador da presunção de constitucionalidade das leis (CF, art. 103, § 3º) confere ao Chefe da Advocacia Pública da União a função de opinar sobre a validade constitucional das leis e atos normativos e até de opor embargos de declaração. Essa legitimação especial, contudo, não legitima a atuação do Advogado-Geral da União, em processos objetivos, na defesa de interesses concretos da União, do Poder Executivo Federal ou de terceiros, sob a alegação de estar exercendo a curadoria da constitucionalidade das leis.
5. Pedido não conhecido³⁹.

Percorrido o caminho processual, salienta-se que, com base na análise das manifestações dos diversos atores da ADPF n. 403 e da ADI n. 5527, é possível identificar os contornos com que a discussão foi levada à apreciação do STF.

Em relação aos argumentos contrários ao bloqueio judicial dos aplicativos de mensagens, vale esmiuçar a fundamentação trazida pelo PR na inicial da ADI n. 5527, devido à sua abrangência, sendo certo que os demais envolvidos a tomaram como referencial em suas próprias petições.

Inicialmente, o partido sustentou a necessidade de que o art. 10, §1º, da Lei n. 12.965/2014⁴⁰ fosse interpretado de modo a assentar que a quebra de sigilo das comunicações só pode ser cogitada no âmbito da persecução penal, e não em procedimentos de outra natureza⁴¹, à luz do que dispõe o art. 5º, inciso XII, da CRFB/88⁴². Argumentou, ainda, que o serviço fornecido pelo *WhatsApp* e congêneres, embora prestado por particulares, deve

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão interlocutória na ADI n. 5527*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350632175&ext=.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2022.

⁴⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 5. Art. 10. [...] § 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

⁴¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 32.

⁴² BRASIL, *op. cit.*, nota 6. Art. 5º [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

receber proteção do Estado em razão do interesse da sociedade na sua continuidade, ou seja, seria uma atividade econômica de interesse público que, por essa razão, atrairia a incidência de algumas normas do direito público⁴³.

No mais, o PR suscitou uma série de normas constitucionais que seriam violadas pela suspensão dos aplicativos de mensagem como sanção pelo descumprimento de ordens judiciais de fornecimento de dados. Tratou dos princípios da intranscendência e da individualização da pena (art. 5º, incisos XLV e XLVI, da CRFB/88, respectivamente), já que a suspensão penaliza os usuários do aplicativo, e não só a empresa responsável⁴⁴. Também abordou a livre iniciativa (artigos 1º, inciso IV e 170, *caput*, da CRFB/88), tanto sob a perspectiva dos fornecedores do serviço de mensagens instantâneas quanto sob a perspectiva dos usuários dos aplicativos. No tocante àqueles, o bloqueio seria uma restrição arbitrária ao exercício da atividade econômica, geraria insegurança jurídica e provocaria a exclusão dos brasileiros do comércio internacional⁴⁵. No tocante a estes, prejudicaria o desenvolvimento do negócio de inúmeros usuários que usam os aplicativos de mensagens em suas empresas⁴⁶.

O demandante trouxe a lume, ainda, a livre concorrência (art. 170, inciso IV, da CRFB/88), destacando que os bloqueios judiciais são capazes de gerar inestimáveis prejuízos aos agentes econômicos, pois ocasionam a perda de usuários para aplicativos concorrentes, “resultante não da melhor ou pior qualidade no oferecimento de serviços de comunicação, mas sim de fator exógeno à dinâmica concorrencial do mercado”⁴⁷. Igualmente, sustentou vulneração da defesa do consumidor (art. 170, inciso V, da CRFB/88)⁴⁸ e, por fim, preconizou a desproporcionalidade da medida:

71. Ao restringir o direito fundamental de milhares de brasileiros, a penalidade de suspensão de serviço de troca de mensagens pela internet fere a lógica que deriva do princípio constitucional da proporcionalidade.

72. Tal princípio, tem sua densidade definida por três princípios parciais (ou subprincípios): a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. (...)

73. Já o subprincípio da necessidade impede que o Estado adote meios mais gravosos do que o necessário. Ou seja, há uma exigibilidade material, que impõe que o meio eleito cause a menor desvantagem possível. Além disso, a medida adotada também deve atender a uma exigibilidade pessoal, ou seja: é limitada à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados. No caso das penalidades ora questionadas, o que se percebe é que, em razão do comportamento de um número reduzido de pessoas, sacrifica-se o direito à liberdade de comunicação de quase metade da população do país.

⁴³ BRASIL, *op. cit.*, nota 32.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

74. Por fim, por meio do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ‘meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de <medida> ou <desmedida> para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim’³¹. Ou seja, a constitucionalidade das medidas restritivas de direitos deve ser verificada a partir de uma análise de custo e benefício entre os princípios em colisão.

75. Analisando as normas questionadas, percebe-se claramente [sic] o objetivo de forçar as empresas de internet a fornecer os dados de usuários poderia ser atingido com outras medidas coercitivas menos gravosas, como a imposição de multas. De fato, inimaginável que se ordene a suspensão do serviço de comunicação telefônica em todo o país, em detrimento de todos os consumidores, no caso de determinada empresa descumprir ordem judicial de ou disponibilização de dados. A mesma lógica deve ser aplicada aos serviços de comunicação digital que atingem milhares de usuários. É necessário guardar o mesmo paralelismo.

76. Em verdade, este talvez seja um dos mais emblemáticos casos da aplicação do princípio da proporcionalidade, tendo em vista a total falta de razoabilidade da sanção, que atinge direitos de terceiros-usuários, que sequer são os sujeitos da norma sancionadora. Em outras palavras, como o direito de livre comunicação dos usuários é afetado de maneira abrupta sem que se tenha qualquer relação com o fato apenado, a medida desproporcional *prima facie*⁴⁹.

A tais argumentos, somou-se a observação de que o art. 12, incisos III e IV, da Lei n. 12.965/2014⁵⁰ está inserido na Seção II do Marco Civil da Internet, intitulada “Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas”. Logo, o objetivo da norma seria punir a empresa que ferisse a privacidade dos usuários da internet, falhando no tratamento dos dados pessoais, e não o de sancionar a empresa que descumpra ordem judicial para o fornecimento desses dados. Ademais, observada a legalidade estrita, as sanções previstas no art. 12 só poderiam ser aplicadas na hipótese de infração à legislação brasileira sobre coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações, conforme art. 11, *caput*, da Lei n. 12.965/2014⁵¹. Nesse sentido manifestaram-se o Senado Federal⁵², a DPU⁵³, o IBIDEM⁵⁴, o ITS⁵⁵, o NIC.br⁵⁶, a PROTESTE⁵⁷ e, até mesmo, o Procurador-Geral da República Augusto Aras⁵⁸.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 5. Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa:

[...]

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

IV - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11.

⁵¹ *Ibid.* Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

⁵² *Ibid.*, Petição simples, eDOC 21.

⁵³ *Ibid.*, Petição simples, eDOC 21. A mesma petição foi incluída pela DPU nos autos da ADPF n. 403, eDOC 274.

⁵⁴ *Ibid.*, Petição simples, eDOC 135. A mesma petição foi incluída pelo IBIDEM nos autos da ADPF n. 403, eDOC 48.

Em paralelo, os atores contrários ao bloqueio judicial sustentaram haver alternativas para o acesso às comunicações por meio dos aplicativos de mensagens, a exemplo da busca e apreensão de *smartphones* e computadores. Também asseveraram existir alternativas à própria quebra de sigilo comunicativo, como a infiltração de agentes policiais em organizações criminosas⁵⁹.

Isoladamente, a Frente Parlamentar pela Internet Livre e Sem Limites problematizou a interpretação dada ao art. 10 da Lei n. 12.965/2014, no sentido de que haveria um dever de guarda contínua de registros de acesso e de conexão e de conteúdos de mensagens, alegando violação à intimidade e à privacidade, além de imposição de ônus excessivo às empresas desenvolvedoras dos aplicativos⁶⁰. Na mesma linha, o NIC.br ressaltou os efeitos extraterritoriais dos bloqueios dos aplicativos no Brasil, registrados em países vizinhos que utilizam estruturas da telefonia nacional, como Argentina, Uruguai, Chile e Venezuela, defendendo, por conseguinte, ofensa ao princípio da territorialidade da jurisdição⁶¹.

Em relação aos argumentos favoráveis, merece destaque a manifestação contundente da AMB na ADI n. 5527, repetida na ADPF n.403. A associação ressaltou que não seria a lei ou os magistrados que dariam causa à suspensão dos aplicativos de comunicação, mas os próprios aplicativos, ao criarem sistema de criptografia inexpugnável que os impede de cumprir decisões de quebra de sigilo⁶². Além disso, preconizou a ilicitude do próprio *WhatsApp*, ao utilizar sistema de criptografia que não permitiria a incidência da norma constitucional que autoriza a quebra de sigilo de comunicações no âmbito da persecução penal. Afinal, nenhum meio de comunicação poderia ficar imune à atuação do Estado⁶³.

A AMB também destacou que a suspensão dos aplicativos que descumprem ordem judicial não estaria fundamentada apenas no Marco Civil da Internet, mas também no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.296/96, que estende as disposições ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática⁶⁴, e no art. 319, inciso VI, do Código de Processo Penal, que prevê como medida cautelar diversa da prisão a suspensão de atividade econômica

⁵⁵*Ibid.*, Petição simples, eDOC 46. A mesma petição foi incluída pelo ITS nos autos da ADPF n. 403, eDOC 105.

⁵⁶ BRASIL, *op.cit.*, nota 26, Petição simples, eDOC 206.

⁵⁷*Ibid.*, eDOC 123.

⁵⁸*Ibid.*, eDOC 295.

⁵⁹ BRASIL., *op. cit.*, nota 32, Petição simples, eDOC 21.

⁶⁰ *Ibid.*, Petição simples, eDOC 31.

⁶¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 26, Petição simples, eDOC 206.

⁶² BRASIL., *op. cit.*, nota 32, Petição simples, eDOC 92. A mesma petição foi incluído pela AMB nos autos da ADPF n. 403, eDOC 233.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 4.

quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais⁶⁵. Afirmou que todos os demais meios de prova são demorados e menos eficazes comparativamente à interceptação das comunicações, porque não oportunizam a informação em tempo real⁶⁶. Finalmente, rebateu a fundamentação da inicial:

Não viola o princípio da livre comunicação e da continuidade do serviço, porque a eventual decisão de suspensão ou de proibição do serviço decorrerá da conduta do whatsapp ou congêneres de não se submeter à legislação penal brasileira.

Não viola o princípio da intranscendência e da individualização da pena, porque diante da hipótese de descumprimento da ordem judicial, a suspensão ou proibição estará sendo imposta exatamente à empresa que realiza a atividade econômica e que se negou a cumprir ordem judicial.

O fato de decisão dessa natureza alcançar, indiretamente, os usuários do *whatsapp* e congêneres, decorrerá da CONDUTA dos dirigentes das empresas que exploram essa atividade e, portanto, eles é que terão de responder aos seus clientes.

Não viola o princípio da livre iniciativa, porque qualquer aplicativo de comunicação, que permita a quebra de sigilo pelo Estado Brasileiro, na exceção constitucional prevista, poderá continuar funcionando regularmente.

Não viola o princípio da restrição indevida aos direitos dos consumidores porque, como dito anteriormente, o fato de decisão, que vier a suspender ou proibir a atividade de aplicativo de comunicação, alcançar, indiretamente, os usuários do whatsapp e congêneres, decorrerá mais uma vez da CONDUTA dos dirigentes das empresas que exploram essa atividade e, portanto, eles é que terão igualmente de responder aos seus clientes.

Finalmente, não viola o princípio da proporcionalidade porque em um Estado Democrático de Direito não se pode admitir a existência, válida, de meio de comunicação insuscetível de acesso pelo Estado, por meio de ordem judicial, para a investigação criminal⁶⁷.

Na mesma linha manifestou-se a PGR que, à época da elaboração do parecer, era chefiada por Raquel Dodge. Assim, diferentemente da ADPF n. 403 — em que atuou Augusto Aras—, na ADI n. 5527, o Ministério Público mostrou-se favorável aos bloqueios judiciais dos aplicativos de mensagens como sanção pelo descumprimento de ordem judicial, trazendo como argumento principal a necessidade de ponderação entre a liberdade de expressão e de comunicação com outros direitos assegurados na Constituição, como o direito social à segurança e aqueles atacados pelas práticas criminosas sob investigação, a exemplo da proteção da criança e do adolescente⁶⁸. A PGR também argumentou que não haveria lesão aos direitos dos usuários, pois a suspensão de um aplicativo não impediria que eles utilizassem os concorrentes, além de que o serviço de troca de mensagens instantâneas não poderia ser encarado como serviço essencial⁶⁹. Convém transcrever parte da ementa do parecer:

⁶⁵ BRASIL. *Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 5 dez. 2022.

⁶⁶ BRASIL., *op. cit.*, nota 32, Petição simples, eDOC 92.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*, Petição simples, eDOC 103.

⁶⁹ *Ibid.*

[...] 6. Não é inconstitucional a incidência do art. 12, III e IV, da Lei nº 12.965/2014 aos serviços de trocas de mensagens instantâneas pela internet. A suspensão temporária ou a proibição do exercício das atividades de aplicativos que disponibilizem esse tipo de serviço, em caso de descumprimento das normas estabelecidas pelo Marco Civil da Internet, notadamente daquelas destinadas a tutelar a intimidade e privacidade dos usuários, não viola a liberdade de expressão e o correlato direito à comunicação (arts. 5º, IV e IX, da CF/88, respectivamente), tendo em vista que o exercício destes direitos permanece plenamente garantido por outros meios, inclusive com a utilização de aplicativos idênticos e igualmente gratuitos.

7. A tecnologia dos aplicativos de trocas de mensagens instantâneas pela internet constitui um “Serviço de Valor Adicionado” (art. 61 da Lei nº 9.472/1997), melhorando a experiência de trocas de mensagens e afins, não constituindo, entretanto, serviço essencial de telecomunicações, uma vez que, sem sua presença no cenário nacional, não há interrupção da comunicação.

8. A equiparação dos serviços prestados pelos aplicativos de trocas de mensagens virtuais à própria “internet” constitui indevida aproximação ou erro de generalização, tendo em vista que o acesso à internet não fica prejudicado com o bloqueio das atividades de aplicativo determinado. Deste modo, o art. 7º da Lei nº 12.965/2014, ao dispor que “o acesso à Internet é essencial para o exercício da cidadania”, não representa óbice à suspensão temporária ou proibição das atividades de aplicativos de comunicação virtual.

9. A aplicação das penalidades do art. 12, III e IV, da Lei nº 12.965/2014 às empresas responsáveis pelas ferramentas de trocas de mensagens pela internet não ofende os princípios da intranscendência e da individualização da pena (CF, art. 5º, XLV e XLVI, respectivamente), tampouco vulnera a proteção do consumidor (CF, arts. 5º, XXXII e 170, V), uma vez que há múltiplos canais de comunicação à disposição dos usuários, os quais, portanto, não são afetados no seu direito de livremente expressar-se e comunicar-se, em decorrência de ordem judicial de bloqueio das atividades de determinado aplicativo. Nesta situação, quando muito, o incremento de um dos diversos meios de comunicação é temporariamente restringido, com vistas à proteção de direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República.

10. A suspensão temporária ou a proibição do exercício das atividades dos aplicativos de comunicação virtual, em caso de descumprimento dos deveres impostos pelos arts. 10 e 11 do Marco Civil da Internet, não afronta os princípios da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF/88) e da livre concorrência (art. 170, *caput*, da CF), tendo em vista que estes somente tutelam os agentes econômicos que atuam em conformidade com o ordenamento jurídico nacional.

- Parecer pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade⁷⁰.

Por fim, merece destaque a manifestação do Ministério da Justiça na ADPF n. 403. Citando informações prestadas pelo Departamento da Polícia Federal, a pasta ministerial registrou que a alegação de impossibilidade técnica no acesso ao conteúdo das mensagens tem pouca importância, pois é o aplicativo que tem que se adaptar à legislação brasileira, e não o contrário⁷¹. Ademais, a suspensão como sanção e meio de coerção para o cumprimento de ordem judicial estaria inserida no poder geral de cautela do juiz⁷².

O Ministério da Justiça também defendeu que o interesse público na apuração do fato criminoso prepondera sobre a liberdade de expressão e de comunicação e que não se pode

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 26, Petição simples, eDOC 102.

⁷² *Ibid.*

confundir o meio de comunicação com a comunicação em si para falar em violação a direito fundamental⁷³.

Em sua defesa, o *WhatsApp* sustenta em apertada síntese: a) que está tecnicamente impossibilitado de ler as mensagens de seus usuários e, portanto, não é capaz de cumprir as ordens de interceptação no sistema de criptografia ponta a ponta; b) a criptografia não é proibida, e sim incentivada pelo Decreto Federal n. 8.771/2016⁷⁴, que regulamentou o Marco Civil da Internet, como meio de garantir a privacidade dos usuários; c) impor-lhe a alteração do sistema de criptografia viola o seu direito à livre concorrência e à livre iniciativa; e d) a suspensão do aplicativo viola os direitos fundamentais dos usuários, como a liberdade de expressão e comunicação e o princípio da proporcionalidade⁷⁵.

Verifica-se, por todo o exposto, a complexidade do debate, que possui grande repercussão econômica e social. O STF deverá investigar primeiramente se há arcabouço normativo que autorize o bloqueio judicial dos aplicativos de mensagens no Brasil, para depois enfrentar a questão da proporcionalidade da medida do ponto de vista da adequação, analisando a suposta impossibilidade técnica da interceptação do conteúdo das mensagens e do ponto de vista da proporcionalidade em sentido estrito, a partir da ponderação entre uma série de direitos fundamentais e princípios constitucionais. A conclusão dessa árdua tarefa é com o que a presente pesquisa busca contribuir.

1.3. A AUDIÊNCIA PÚBLICA N. 21 E OS ESCLARECIMENTOS SOBRE A CRIPTOGRAFIA

Como visto, no bojo da ADPF n. 403 e da ADI n. 5527, foi realizada a Audiência Pública n. 21, nos dias 2 e 5 de junho de 2017.

As audiências públicas são instrumentos processuais previstos no art. 9º, §1º, da Lei n. 9.868/1999⁷⁶ e no art. 6º, §1º, da Lei n. 9.882/1999⁷⁷, destinadas à oitiva de peritos e

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ BRASIL. *Decreto n. 8.771, de 11 de maio de 2016.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8771.htm. Acesso em: 5 dez. 2022.

⁷⁵ BRASIL, *op.cit.*, nota 26, Petição simples, eDOC 252.

⁷⁶ BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.* Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 5 dez. 2022. Art. 9º (...)

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

⁷⁷ BRASIL. *Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 5 dez. 2022. Art. 6º (...)

pessoas com experiência e autoridade na matéria discutida judicialmente, com vistas ao esclarecimento de questões fáticas interdisciplinares que envolvam áreas do saber distintas do Direito. Assim, considerando que a discussão sobre a possibilidade de suspensão dos aplicativos de mensagens como sanção pelo descumprimento de ordem judicial de acesso ao conteúdo das comunicações pressupõe o esclarecimento sobre a própria viabilidade técnica desse acesso, os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber decidiram convocar a audiência pública.

Como ensinam Margarida Lacombe, Siddharta Legale e Rodrigo F. Johann, é possível verificar dois modelos de audiência pública no STF, batizados por eles de “Modelo Gilmar Mendes” e de “Modelo Luiz Fux”. No primeiro, observa-se a predominância da função de legitimação jurídica e política de caráter institucional das audiências públicas, com a prevalência de argumentos jurídico-políticos. Já no segundo, há uma predominância da função instrutória ou de legitimação técnica para a tomada de decisões, além de ênfase em argumentos técnico-científicos, circunscrevendo a participação dos experts ao esclarecimento de questões fáticas de caráter interdisciplinar⁷⁸.

Da análise dos atos convocatórios e das transcrições das exposições realizadas na Audiência Pública n. 21, extraem-se elementos tanto de um modelo quanto do outro.

No primeiro despacho proferido pelo Ministro Edson Fachin na ADPF n. 403, nota-se uma forte preocupação com a elucidação técnica do sistema de criptografia, tendo o magistrado apresentado as seguintes perguntas a serem respondidas:

- 1 – Em que consiste a criptografia ponta a ponta (end to end) utilizada por aplicativos de troca de mensagens como o WhatsApp?
- 2 – Seria possível a interceptação de conversas e mensagens realizadas por meio do aplicativo WhatsApp ainda que esteja ativada a criptografia ponta a ponta (end to end)?
- 3 – Seria possível desabilitar a criptografia ponta a ponta (end to end) de um ou mais usuários específicos para que, dessa forma, se possa operar interceptação juridicamente legítima?
- 4 – Tendo em vista que a utilização do aplicativo WhatsApp não se limita a apenas uma plataforma (aparelhos celulares/smartphones), mas permite acesso e utilização também em outros meios, como, por exemplo, computadores (no caso do WhatsApp mediante o WhatsApp Web/Desktop), ainda que a criptografia ponta a ponta (end to end) esteja habilitada, seria possível “espelhar” as conversas travas no aplicativo

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

⁷⁸ LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta; JOHANN, Rodrigo F. As Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal nos Modelos Gilmar Mendes e Luiz Fux: a legitimação técnica e o papel do cientista no laboratório de precedentes. In: VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio do; MARQUES, Gabriel Lima (Org.). *Democracia e suas instituições: V Fórum de Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Imo's, 2014, p. 204.

para outro celular/smartphone ou computador, permitindo que se implementasse ordem judicial de interceptação em face de um usuário específico?⁷⁹

Logo em seguida, com a prolação do despacho conjunto entre Fachin e Weber para a realização de audiência pública simultânea, observa-se a atenção à legitimação política, por meio da inclusão das questões constitucionais nas exposições. Adicionaram-se, contudo, a necessidade de explicações sobre como são operacionalizados os registros de conexão e de acesso a aplicações de internet e como são processadas as operações de coleta, armazenamento, tratamento e guarda de registros, de dados pessoais e de comunicações privadas, tanto por provedores de conexão quanto de aplicações de internet⁸⁰.

Os expositores, por sua vez, alternaram-se entre aqueles que se debruçaram sobre a técnica e aqueles que aventaram aspectos jurídicos. Sem considerar os representantes das entidades diretamente interessadas no objeto das ações, como a Polícia Federal, o Ministério Público Federal, o *WhatsApp* e o *Facebook*, no primeiro grupo é possível incluir: Demi Getchko (NIC.br), Anderson Nascimento (Universidade de Washington), Diego de Freitas Aranha (Instituto de Computação da Universidade de Campinas), Marcos Antônio Simplício Júnior (Departamento de Engenharia de Computação e Sistemas Digitais da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo), Fábio Wladimir Monteiro Maia (Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação), Thiago Guimarães Moraes e Marcelo Amarante (Laboratório de Pesquisa Direito Privado e Internet da Universidade de Brasília), Pablo de Carmargo Cerdeira (Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da FGV-Rio), Alexandre Melo Braga (Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações) e Nelson Posse Lago (Centro de Competência em Software Livre do Instituto de Matemática e Estatística da USP). Já no segundo, tem-se: Renato Opice (INSPER), Dennys Marcelo Antonialli (Associação Internetlab de Pesquisa em Direito e Tecnologia), Ronaldo Lemos da Silva Júnior (ITS), Maximiliano Salvadori Martinhão (Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações), Eduardo Levy Cardoso Moreira e Volnys Bernal (Federação Brasileira de Telecomunicações), Alberto Pavie Ribeiro (AMB), Alexandre Rodrigues Atheniense e Claudia Lima Marques (Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil), Thiago Rodovalho (Instituto dos Advogados de São Paulo), Paulo Rena da Silva Santarém (IBIDEM), Juliano Souza de Albuquerque Maranhão

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão de convocação de audiência pública para discutir o bloqueio do aplicativo WhatsApp por decisões judiciais no Brasil*, p. 9-10. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADPF403DESPACHOCONVOCATRIO.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2022.

⁸⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 31.

(Núcleo Direito, Incerteza e Tecnologia da Faculdade de Direito da USP) e Rafael Augusto Ferreira Zanatta (Instituto Brasileiro de Defesa ao Consumidor).

Apenas pelo número de expositores em cada grupo, poder-se-ia concluir que a Audiência Pública n. 21 aproximou-se mais do Modelo Gilmar Mendes. Todavia, o exame do teor das exposições revela que até mesmo quem abordou o problema do bloqueio judicial dos aplicativos de mensagens sob um viés predominantemente jurídico, o fez em torno da questão das limitações impostas pela criptografia. Logo, pode-se dizer que o ato aproximou-se mais do Modelo Luiz Fux.

Com efeito, o cerne da Audiência Pública n. 21 foi o de discutir se a criptografia de ponta a ponta, sistema usado pelos aplicativos de mensagens mais difundidos na sociedade brasileira para garantia da privacidade e da segurança dos usuários, comporta a interceptação.

Nesse sentido, o cofundador do *WhatsApp*, Brian Acton, buscou responder às perguntas postas pelos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber nos despachos de convocação.

Em resposta sobre o funcionamento da criptografia de ponta a ponta, Acton usou um diagrama:

[...] Em primeiro lugar, Excelências, os senhores me pediram que explicasse como funciona a criptografia ponto a ponto do WhatsApp. Para descrever totalmente todos os detalhes do nosso sistema, levaria mais tempo do que nós temos aqui disponível hoje. A forma mais fácil de explicar é através de um diagrama. Esse diagrama mostra o processo passo a passo para dois usuários. Neste caso, a Ana e o Bernardo. Observando a tela, os senhores poderão ver que a Ana instalou o WhatsApp no telefone dela. Ao fazer isso, o telefone dela gerou um par de chaves relacionadas matematicamente. Uma, é uma chave privada, armazenada unicamente no telefone dela. E a outra, é uma chave pública, que o telefone dela manda para o servidor de WhatsApp, para que o Bernardo, ou qualquer outra pessoa, possam usar. Da mesma maneira, o Bernardo instalou o WhatsApp no telefone dele, que manda também chaves públicas para o servidor para que a Ana possa usar para mandar mensagens para ele. Então, agora, a Ana quer mandar uma mensagem para o Bernardo. Em primeiro lugar, ela pede a chave pública do Bernardo, do servidor. E, depois, o telefone dela constrói o que nós chamamos de sessão. A sessão é o início de uma conversa criptografada. Para isso, o Bernardo e a Ana passam por uma troca compartilhada de chaves. Este método permite que dois usuários criem uma chave compartilhada para criptografia, através de um canal que não é seguro. O tipo de troca de chaves que nós usamos evita que uma terceira parte, incluindo o próprio WhatsApp, obtenha informação que permita a leitura da mensagem. Isso ocorre porque apenas os dois telefones, dos dois usuários, têm a informação correta para criptografar e retirar a criptografia das suas mensagens. Uma vez que a sessão é criada, eles podem começar a se comunicar com segurança e cada um dos seus telefones cria chaves de mensagens singulares com base num cálculo matemático. Portanto, se a Ana quer mandar uma mensagem para o Bernardo, o telefone dela vai criptografar a mensagem usando a chave⁸¹.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Transcrição da Audiência Pública n. 21*, p. 32-33. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI5527ADPF403AudinciaPblicaMarcoCivildIn terneteBloqueioJudicialdoWhatsApp.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2023.

Sobre a possibilidade de interceptação das mensagens ou da desativação da criptografia, Acton foi contundente em dar uma resposta negativa:

Agora, a segunda pergunta feita. Os senhores queriam saber se seria possível interceptar mensagens e conversas enviadas através do WhatsApp, mesmo com a criptografia ponta a ponta ativada. A resposta é que não. Não numa forma legível. Não há jeito do WhatsApp interceptar conteúdo legível com seu sistema atual, porque não tem acesso às chaves privadas dos usuários e nem às chaves de mensagens utilizadas para retirar a criptografia das mensagens. Uma vez que o armazenamento da chave e a retirada da criptografia ocorre somente no telefone do usuário, usando chaves que são singulares, é impossível ler ou interceptar qualquer comunicação entre nossos usuários.

A terceira pergunta deste Tribunal tinha a ver com se seria possível desativar a criptografia ponta a ponta de um ou mais usuários, de forma que suas mensagens pudessem ser interceptadas e lidas. Mais uma vez, a resposta é que não. O WhatsApp foi construído de forma que só pode enviar mensagens sob criptografia. (...) Mesmo que houvesse esse jeito, essa mudança efetivamente evitaria que o usuário enviasse ou recebesse qualquer mensagem pelo WhatsApp. Essencialmente, o WhatsApp seria inutilizado para aquele usuário. (...)

Além disso, se o WhatsApp substituísse as verdadeiras chaves de criptografia com chaves de criptografia falsas, o processo de verificação do código de segurança falharia e o usuário saberia que estaria monitorado. A única forma de desativar a criptografia para um usuário seria desativar para todos os usuários. [...]⁸²

Quanto à possibilidade de espelhamento:

A quarta pergunta é sobre se seria possível espelhar contas para um outro smartphone ou computador, permitindo que a ordem de interceptação fosse dirigida a um usuário específico. E o Tribunal observou, especificamente, que achava que o WhatsApp Web já era um exemplo desse tipo de cópia. A resposta é: no nosso sistema, não é possível espelhar contas para outro dispositivo, quer seja um smartphone, um tablet ou um computador. Com relação ao WhatsApp Web, usa um túnel seguro, diretamente conectado ao seu telefone para sincronizar as mensagens, de forma que se possa ver todas as mensagens nos dois dispositivos. É uma extensão ao aplicativo WhatsApp e não é possível usá-lo sem uma conta do WhatsApp num smartphone que esteja ativamente conectado com a internet. E há vários motivos pelos quais o espelhamento para o WhatsApp (ininteligível) não funcionaria no nosso sistema atual. Em primeiro lugar, o aplicativo mostra todos os eventos do WhatsApp Web ligados a uma conta. O alvo conseguiria ver uma sessão extra, desconhecida. (...)

Em segundo lugar, o WhatsApp no telefone do usuário, deve escanear um código QR apresentado pelo WhatsApp Web e usado para verificação. Isso tem que ocorrer antes do WhatsApp Web ter acesso a qualquer mensagem. Assim sendo, pela primeira vez, ao menos, o telefone tem que estar presente no mesmo local que o WhatsApp Web para que funcione o escaneamento do código QR⁸³.

Por fim, em relação a como operam a conexão e os logs de acesso para aplicativos da Internet e como os dados pessoais e as comunicações privadas são coletados, armazenados e processados, Acton ressaltou que cada plataforma tem o seu próprio funcionamento.

Todos os demais expositores enquadrados anteriormente no grupo técnico, de modo geral, ratificaram as conclusões do *WhatsApp*. Cuidaram de explicar que não se trata de uma

⁸² *Ibid.*, p. 35-36.

⁸³ *Ibid.*, p. 37-38.

impossibilidade técnica absoluta de interceptação da troca de mensagens criptografadas, mas que os mecanismos existentes para tanto implicam criar uma falha proposital na segurança do sistema — o que chamam de porta dos fundos —, cuja finalidade pode ser desvirtuada por terceiros, como *hackers*. Ademais, em última análise, tais mecanismos mostram-se ineficazes, pois são facilmente perceptíveis pelos criminosos, que podem simplesmente usar outros aplicativos ou inserir informações falsas para ludibriar os investigadores.

Trata-se, portanto, de caso complexo, uma vez que ou o Estado obriga os aplicativos a enfraquecerem a segurança digital, extremamente importante na sociedade atual, ou se impossibilita a interceptação das comunicações, prejudicando a investigação estatal. Em todo caso, o substrato técnico-científico resultante da Audiência Pública n. 21 parece apontar desfavoravelmente ao bloqueio judicial dos aplicativos de mensagens, na medida em que ratifica a impossibilidade de acesso ao conteúdo da comunicação, pondo em xeque a adequação da sanção à finalidade enunciada. Este aspecto será melhor abordado no capítulo 3 do presente trabalho.

2. DIREITO À COMUNICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Apresentado o panorama da discussão sobre o bloqueio judicial de aplicativos de mensagens no Brasil, antes de discorrer sobre a constitucionalidade da medida, objeto central desta pesquisa, cabe, ainda, esmiuçar a lente através da qual se pretende fazê-lo: o direito à comunicação.

Embora o direito à comunicação não esteja formalmente positivado nos principais documentos internacionais sobre direitos humanos, à medida que evolui a sociedade da informação⁸⁴, cresce na academia e na sociedade civil um movimento para consolidá-lo como direito essencial ao desenvolvimento humano pessoal e coletivo.

Um dos grandes marcos desse movimento, sem dúvidas, foi o Relatório MacBride⁸⁵, elaborado pela Comissão Internacional para Estudo dos Problemas da Comunicação da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), no final da década de 1970, com o objetivo de analisar os problemas da comunicação na sociedade moderna, mormente em relação à comunicação de massa. Conforme esclarecem Silva, Aragão e Pretto, o documento estabeleceu, em suma, a defesa de que a comunicação deve pertencer à sociedade, e não ao Estado ou ao mercado, privilegiando o diálogo, a emancipação dos povos e a democracia⁸⁶. A partir de então, como expõe Wimmer:

[...] tem-se vindo a encarar o direito à comunicação como um direito de mão dupla, que permite aos cidadãos não apenas receber estaticamente informações selecionadas por terceiros, mas, sobretudo, interagir, participar e decidir com liberdade sobre as informações que desejam acessar e as opiniões que desejam emitir⁸⁷.

⁸⁴ “Sociedade da informação” é termo que se cunhou para descrever o estágio atual da sociedade pós-industrial, em que o desenvolvimento das Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC) modificou a estrutura política, social e econômica. De acordo com a Declaração de Princípios de Genebra, seria a sociedade “voltada para as pessoas, inclusiva e orientada para o desenvolvimento, em que todos possam criar, acessar, utilizar e compartilhar informação e conhecimento, permitindo indivíduos, comunidades e povos empregar todo o seu potencial na promoção do desenvolvimento sustentável e da melhor qualidade de vida, com base nos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas, respeitando plenamente e defendendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos”. NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. *Documentos da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação: Genebra 2003 e Túnis 2005*. Tradução Marcelo Amorim Guimarães. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2014, p. 16.

⁸⁵ O Relatório MacBride recebeu esse nome em homenagem ao presidente da Comissão que o elaborou, o jornalista e jurista Sean MacBride. Publicação no Brasil: UNESCO. *Um mundo e muitas vozes: comunicação e informação na nossa época*. Tradução Eliane Zagury. São Paulo: FGV, 1983.

⁸⁶ SILVA, Lilian Bartira Santos; ARAGÃO, Carla Azevedo de; PRETTO, Nelson De Luca. Relatório Macbride: Releitura à luz de ameaças ao direito à comunicação nas plataformas digitais. *Ámbitos Revista Internacional de Comunicación*. Sevilha, n. 51, p. 82, jan. 2021.

⁸⁷ WIMMER, Miriam. O direito à comunicação na Constituição de 1988: o que existe e o que falta concretizar. *Revista Eco-pós*. Rio de Janeiro, v. 11, n.1, p. 147, jan./jul. 2008.

Com efeito, o direito à comunicação e as garantias dele decorrentes são fundamentais para a cidadania e, conseqüentemente, para a democracia, pois viabilizam a livre circulação de conhecimento e a propagação dos diversos pontos de vista dos atores do debate democrático. A circulação de informação, contudo, não beneficia apenas o debate público, mas também se coloca como pressuposto fático para o gozo de todos os demais direitos do indivíduo.

Nessa toada, a difusão de dispositivos digitais, como *smartphones*, produziu grande mudança na dinâmica da comunicação. Como colocam Silva, Aragão e Pretto⁸⁸, a comunicação “um-todos”, característica central dos meios massivos, foi substituída por uma comunicação “todos-todos”. É nesse contexto que os aplicativos de troca instantânea de mensagens, a exemplo do *WhatsApp* e do *Telegram*, surgem como ferramenta de trabalho, estudo e, até mesmo, militância política, não havendo dúvidas de que lhes garantir o acesso é garantir o direito à comunicação.

2.1. CONTEÚDO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO

Mas afinal, o que se entende por direito à comunicação?

Não há consenso sobre o conceito, tampouco sobre a abrangência do direito à comunicação. Essa confusão conceitual deve-se, em parte, ao fato de que ele não está formalmente previsto nas cartas internacionais de direitos humanos como um direito autônomo. Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe:

Artigo 19 Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras⁸⁹.

Do mesmo modo, prevê a Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão
1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha⁹⁰.

⁸⁸ SILVA; ARAGÃO; PRETTO, *op. cit.*, p. 87.

⁸⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 12 out. 2022.

⁹⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 12 out. 2022.

E, ainda, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem:

ARTIGO 10º

Liberdade de expressão

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia⁹¹.

Nota-se, portanto, que a prerrogativa de se comunicar é sempre atrelada à liberdade de expressão. Até mesmo a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já se manifestou nesse sentido, na Opinião Consultiva (OC) n. 05/85, como esclarecem Siddharta Legale e Tayara Causanilhas⁹².

A referida OC foi elaborada a pedido do governo da Costa Rica, que, em julho de 1985, solicitou que a CIDH se manifestasse sobre a compatibilidade da *Ley Orgánica del Colegio de Periodistas* de Costa Rica n. 4420 de 1969, que impôs a associação obrigatória de jornalistas para o exercício da profissão, com os artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Para tanto, a Corte dividiu a liberdade de expressão em duas dimensões:

[...] Da dimensão individual, ressaltou o direito de cada indivíduo promover, publicar e esgotar suas ideias no âmbito público. Da social, chamou atenção para a necessidade da promoção e proteção ao acesso à informação. Ambas as dimensões devem ser garantidas simultaneamente.

Na dimensão individual, a liberdade de expressão não se esgota no reconhecimento teórico do direito de falar e escrever, compreendendo, inseparavelmente, o direito de utilizar qualquer meio apropriado para difundir o pensamento e torná-lo público. Entendeu-se e entende-se que a CADH, ao afirmar o direito de difundir ideias e informações por qualquer procedimento, perpetuou que a expressão e a difusão de pensamentos são indivisíveis, de forma que o direito compreende, portanto, ambos os aspectos de forma concomitante.

Na dimensão social, a liberdade de expressão foi consagrada pela CADH como um meio de intercâmbio de ideias e informações com finalidade social. Para a sociedade, é tão fundamental que a informação seja difundida quanto é para o particular o ato de propagá-la. O conhecimento, especificamente sua divulgação, é, portanto, protegido no aspecto da tutela da do direito à informação correta pelos cidadãos⁹³.

Assim, o direito a falar e escrever mensagens e a acessar as ferramentas disponíveis para sua emissão e circulação é encarado pela CIDH como um pressuposto da liberdade de

⁹¹ UNIÃO EUROPEIA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 12 out. 2022.

⁹² LEGALE, Siddharta; CAUSANILHAS, Tayara. *A Opinião Consultiva N. 07/86 da Corte IDH: dimensões e restrições da liberdade de expressão*. Disponível em: <https://nidh.com.br/oc5/>. Acesso em: 30 jan. 2023.

⁹³ *Ibid.*

expressão, tanto do ponto de vista individual quanto do ponto de vista social, caso em que interessa à evolução da sociedade democrática.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não se distancia desse padrão, já que a única menção à comunicação no título “Dos Direitos e Garantias e Fundamentais” é feita no artigo 5º, inciso IX, o qual dispõe, como já visto, que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura e licença”⁹⁴. Posteriormente, no título “Da Ordem Social”, que compõe o capítulo dedicado à “Comunicação Social”, entre os artigos 220 a 224, o constituinte elenca uma série de garantias e princípios voltados à imprensa.

Vê-se, pois, que também no ordenamento jurídico interno o direito à comunicação não é formalmente dissociado da liberdade de expressão, grande parte em razão do passado ditatorial do qual a nova ordem buscou desvencilhar-se. Isso repercute nos trabalhos acadêmicos que se debruçam sobre a comunicação do ponto de vista jurídico, os quais, em geral, abordam a regulação estatal da mídia, preocupando-se com a garantia do livre intercâmbio de ideais na sociedade democrática.

Nessa toada, autores como Sandoval da Costa e Eliana Pulcinelli, por exemplo, analisando o disposto no artigo 5º, incisos IV, IX e XIV, da CRFB/88⁹⁵, entendem que a liberdade de comunicação é um dos componentes da liberdade de expressão⁹⁶. Outros, como Antônio Pasquali e Romel Jurado, por sua vez, fazem justamente o oposto, abordando a liberdade de expressão como uma das vertentes do direito à comunicação, que também englobaria a liberdade de opinião, de difusão, de informação e de acesso aos meios de comunicação e às tecnologias da informação⁹⁷.

O único tratado internacional a abordar o tema de maneira diversa é a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, que no seu artigo 9º, itens 1 e 2, estabelece que “toda

⁹⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

⁹⁵ *Ibid.* Art. 5º (...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

⁹⁶ COSTA, Sandoval da; PULCINELLI, Eliana. Bloqueios do Whatsapp no Brasil: uma análise fática e jurídica. In: GOMES, Daniel; GOMES, Maria Paulina (Org.). *Coletâneas Acadêmicas IV: Curso de Direito*. Rio de Janeiro: Facha, 2020, p. 41.

⁹⁷ PASQUALI, Antonio; JURADO, Jomel. *Propuesta de formulación del derecho a la comunciación*. Disponível em: <https://www.movimientos.org/pt-br/node/1019>. Acesso em: 1 mar. 2023.

pessoa tem direito à informação”⁹⁸ e que “toda pessoa tem direito de exprimir e de difundir as suas opiniões no quadro das leis e dos regulamentos”⁹⁹. Contudo, também se observa que o direito à comunicação não ganha autonomia, sendo associado ao direito à informação.

Todavia, embora o direito à informação e o direito à comunicação sejam interdependentes, são conceitos que não se confundem. Quem bem explica essa distinção é Aluizio Ferreira, partindo da etimologia dos termos “informação” e “comunicação”. Segundo ele:

Os termos “informação” e “comunicação” são ambíguos, sendo empregados para significar ora uma ação ou atividade, ora o correspondente produto, efeito ou resultado, e apresentando-se comumente como sinônimos. A análise etimológica evidencia a impropriedade do uso da palavra “informar” com o significado de dar ou prestar informação: “informar” é “dar forma”, “pôr em forma”, logo não envolve a noção de emitir ou transmitir; onde esta noção está presente é na palavra “comunicar”, que etimologicamente significa “pôr em comum”, “tornar comum”, e que supõe troca, logo, transmissão. Podendo-se empregar os termos “comunicação” e “informação” para significar o conceito de “interação humana simbólica”, a palavra “comunicação” é a que melhor exprime a complexidade e a processualidade desse fenômeno, sendo o vocábulo “informação” o apropriado para designar o conteúdo da comunicação¹⁰⁰.

Sendo assim, os direitos à informação e à comunicação se identificam no que concerne ao objeto mediato, que é a informação, mas se distinguem no que tange ao objeto imediato ou conteúdo. Isso porque, para Ferreira, o direito à informação compreende as faculdades de colher e receber informações, considerando-se no pleno gozo do seu direito o sujeito que dispõe da informação, que está informado. Por outro lado, o direito à comunicação vai além, compreendendo as faculdades de colher, receber e comunicar, já que a comunicação pressupõe o compartilhamento de informações¹⁰¹.

Com efeito, malgrado a notória interlocução entre direito à comunicação e a liberdade de expressão e de informação, para os fins da presente pesquisa, faz-se necessário “autonomizá-lo”.

Segundo Aristóteles, o homem é um ser político por natureza, destinado a viver em sociedade¹⁰², o que só é possível por meio da comunicação. Comunicar, portanto, é uma necessidade humana básica, o fundamento de todas as relações interpessoais e organizações sociais. Nesse sentido, Desmond Fischer aponta que a comunicação é necessária para o

⁹⁸ ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 12 out. 2022.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação, direito à comunicação: Direitos fundamentais na Constituição brasileira*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 273.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 167-168.

¹⁰² ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução Mário da Gama Kury. Distrito Federal: Editora Universidade de Brasília, 1985, 1253a.

indivíduo porque uma pessoa se conhece a si mesma somente em função de outras pessoas, como pai, filho, amigo ou adversário. A comunicação também é a base da sociedade, pois sem ela não há cooperação¹⁰³.

Deveras, não é difícil visualizar que, na verdade, o processo comunicativo é pressuposto e ferramenta de concretização da maioria dos direitos — se não de todos —, pois é a partir dele que a norma é propagada e o comportamento humano é exteriorizado. É comunicando-se que o indivíduo tem acesso a informações essenciais para a formação de sua personalidade e para o exercício de sua cidadania.

Nessa seara, Aluizio Ferreira define o direito à comunicação como “o direito que têm todas as pessoas de ter e de compartilhar com outras as informações de que dispõem”¹⁰⁴. Logo, o sujeito está no pleno gozo do seu direito quando dispõe da informação — por havê-la buscado ou recebido — e a transmite ou comunica¹⁰⁵.

Pode-se dizer, pois, que o direito à comunicação equivale ao direito de todas as pessoas produzirem, acessarem e difundirem informação e cultura em condições isonômicas. Seus titulares investem-se não só da prerrogativa de agir — produzindo, acessando e difundindo a informação —, como também de exigir cada uma dessas prestações. Afinal, o trânsito de informações só é viável faticamente se as pessoas conseguem usar as tecnologias adequadas para tanto, de modo que não há que se falar em direito à comunicação sem falar em democratização do acesso aos meios de comunicação.

Na verdade, foi a preocupação com a democratização do processo comunicativo que ensejou a elaboração, pela UNESCO, do Relatório MacBride, mencionado anteriormente neste capítulo. O “direito de comunicar”, assim chamado pelos autores do documento, recebeu a seguinte formulação:

[...] Todo mundo tem o direito de comunicar. Os elementos que integram esse direito fundamental do homem são os seguintes, sem que sejam de modo algum limitativos: a) o direito de reunião, de discussão, de participação e outros direitos de associação; b) o direito de fazer perguntas, de ser informado, de informar e outros direitos de informação; c) o direito à cultura, o direito de escolher, o direito à proteção da vida privada e outros direitos relativos ao desenvolvimento do indivíduo. Para garantir o direito de comunicar seria preciso dedicar todos os recursos tecnológicos de comunicação e atender às necessidades da humanidade a esse respeito. Achamos que esse enfoque oferece a perspectiva de um progresso da democratização da comunicação em todos os planos internacional, nacional, local e individual¹⁰⁶.

¹⁰³ FISCHER, Desmond. *O direito de comunicar: expressão, informação e liberdade*. Tradução: Luiz Roberto S. Seabra Malta. Revisão: José W. S. Soares. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 18.

¹⁰⁴ FERREIRA, *op. cit.*, p. 154-155.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 168.

¹⁰⁶ UNESCO. *Um mundo e muitas vozes: comunicação e informação na nossa época*. Tradução Eliane Zagury. São Paulo: FGV, 1983, p. 287, *apud ibid.*, p. 146-147.

Desse modo, o direito de comunicar é concebido como um complexo de direitos que devem conduzir à democratização dos sistemas, meios e processos de comunicação em todos os níveis, internacional, nacional e pessoal.

Ainda nessa perspectiva, o reconhecimento do direito à comunicação implica uma modificação de paradigma do indivíduo como mero receptor do conteúdo dos veículos de mídia tradicionais para o indivíduo que também produz esse conteúdo, detendo o poder de comunicar. Como preconiza Wimmer, não se trata de defender somente um fluxo de informação unidirecional, mas um processo de comunicação bidirecional¹⁰⁷. Sobre o tema, também leciona Cicília Peruzzo:

No que concerne ao entendimento do que vem a ser direito à comunicação, tradicionalmente as abordagens teóricas tendem a enfocá-lo sob o ângulo do direito ao acesso à informação ou como direito à liberdade de informação e de expressão. Tal concepção também está expressa nos ordenamentos jurídicos que abordam o tema.

A nosso ver, tal concepção vem sendo renovada ao incluir a dimensão do direito à comunicação enquanto acesso ao poder de comunicar. As liberdades de informação e de expressão postas em questão na atualidade não dizem respeito apenas ao acesso da pessoa à informação como receptor, ao acesso à informação de qualidade irrefutável, nem apenas no direito de expressar-se por “quaisquer meios” – o que soa vago, mas de assegurar o direito de acesso do cidadão e de suas organizações coletivas aos meios de comunicação social na condição de emissores-produtores e difusores – de conteúdos. Trata-se, pois, de democratizar o poder de comunicar [...] ¹⁰⁸.

Na mesma linha, cita-se Armand Mattelart:

A falência da visão linear dos valores acaba enaltecendo a diversidade das culturas e dos meios de comunicação. O novo paradigma destaca a singularidade das culturas, como uma fonte de identidade, de significado, de dignidade e de inovação social. Fala-se já da interdependência e da necessidade de um diálogo de culturas. É sobre este pano de fundo que foi reconhecida a necessidade de um direito mais amplo: o direito humano à Comunicação. Nas instituições internacionais, o modelo vertical do fluxo de mão única simplesmente para distribuir conteúdos começa e ficar ultrapassado; surge, então, uma representação da Comunicação como um processo dialógico e recíproco, no qual o acesso e a participação tornam-se fatores essenciais. Há uma recusa de uma comunicação da elite para as massas, do centro para a periferia, dos ricos para os pobres. Começa a crescer o princípio da diferença: sem distinção de qualquer origem nacional, étnica, lingüística ou religiosa ¹⁰⁹.

Dessa forma, é fácil tecer conexões entre o direito à comunicação e vários outros, como o direito à linguagem e o direito à cultura, ou, ainda, discutir a sua dimensão coletiva,

¹⁰⁷ WIMMER, *op. cit.*, p. 147.

¹⁰⁸ PERUZZO, Cicília. Direito à comunicação comunitária, participação popular e cidadania. *Revista do Programa de Pós-graduação em Comunicação*, Juiz de Fora, v. 1, n. 1, jun. 2007, p. 11-12.

¹⁰⁹ MATTELART, Armand. A construção social do direito à comunicação como parte integrante dos direitos humanos. Tradução de Edgard Rebouças. *Intercom - Revista Brasileira de Ciências da Comunicação*, São Paulo, v. 32, n. 1, jan./jun. 2009, p. 38.

que tem a ver com as mídias alternativas. Contudo, por necessidade metodológica, para os fins desta pesquisa, o que se considera como direito à comunicação, em suma, é o direito fundamental de produzir, acessar e compartilhar informações, bem como o direito de dispor de meios para tanto, considerando o estágio do desenvolvimento tecnológico.

Insta salientar que a “fundamentalidade” do direito à comunicação não se justifica só pela sua relação com a liberdade de expressão ou por seu conteúdo, mas também está garantida pelo disposto no art. 5º, §2º, da CRFB/88, segundo o qual “os direitos e garantias expostos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]”¹¹⁰. Embora não esteja expresso no ordenamento, o direito à comunicação revela-se essencial para a implementação da dignidade da pessoa humana, pois possibilita o estabelecimento de relações interpessoais e a propagação de ideias na democracia, como evidenciado pelo trecho a seguir, transcrito da “Carta de Brasília”, documento resultante do Encontro Nacional de Direitos Humanos de 2005:

1.A Comunicação é um direito humano que deve ser tratado no mesmo nível e grau de importância que os demais direitos humanos. O direito humano à comunicação incorpora a inalienável e fundamental liberdade de expressão e o direito à informação, ao acesso pleno e às condições de sua produção, e avança para compreender a garantia de diversidade e pluralidade de meios e conteúdos, a garantia de acesso equitativo às tecnologias da informação e da comunicação, a socialização do conhecimento a partir de um regime equilibrado que expresse a diversidade cultural, racial e sexual; além da participação da sociedade na definição de políticas públicas, tais como conselhos de comunicação, conferências nacionais e regionais e locais. A importância do direito humano à comunicação está ligada ao papel da comunicação na construção de identidades, subjetividades e do imaginário da população, bem como na conformação das relações de poder¹¹¹.

Como a maioria dos direitos fundamentais, o direito à comunicação exige do Estado não só uma abstenção, no sentido de não constranger a livre criação, expressão e difusão das mensagens e informações, mas também uma postura proativa de criar condições materiais para seu efetivo exercício, promovendo o acesso amplo e equitativo às tecnologias de informação e de comunicação, assim como a ampliação da privacidade e da segurança nos processos comunicativos¹¹². É nesse ponto, repita-se, que o direito à comunicação entra em rota de colisão com as ordens judiciais de bloqueio dos aplicativos de mensagens, que sem dúvida estão entre as ferramentas comunicativas mais difundidas e relevantes na atualidade, como será exposto oportunamente. De acordo com Fischer:

¹¹⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

¹¹¹ ENCONTRO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 2005, Brasília. *Carta de Brasília*. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/ endh_carta_brasilia. Acesso em: 30 jan. 2023.

¹¹² *Ibid.*, p. 147-148.

Não basta, portanto, reconhecer a existência de um direito humano de comunicar. Se a necessidade de comunicar é fundamental para a existência humana, isto é, existência como ser humano capaz de chegar à consecução de seu pleno potencial, então o direito deve ser capaz de ser exercitado tanto quanto for possível dentro das limitações e restrições implícitas em qualquer situação concreta. Em contrapartida, isto impõe à pessoa, comunidade, nação ou fórum internacional que reconheçam na existência do direito de comunicar uma obrigação de assegurar as condições nas quais ele pode ser exercitado¹¹³.

Sobre a essencialidade do direito à comunicação, afirma Mattelart:

O Direito à Comunicação é uma parte inseparável dos direitos civis e sociais. Se não forem garantidas as condições políticas e econômicas, sociais e culturais que permitem aos seres humanos, condições de exercer aquilo que Spinoza chamou de *conatus*, é impossível que se chegue ao poder de transformação e de mudança que lhes permita continuar na luta pelo reconhecimento da dignidade humana de todos e de todas. Trata-se de criar e condições para o desdobramento dos potenciais humanos. O reconhecimento desses direitos, incluindo o direito à comunicação, é o reconhecimento do direito de todos a participar na transformação da sociedade¹¹⁴.

Portanto, deixar de reconhecer o direito à comunicação acarreta o que Gomes chama de diminuição da capacidade de ser gente, isto é, uma limitação do próprio direito de ser¹¹⁵, de tal sorte que a tutela jurídica das faculdades que o compõe torna-se imperiosa. Deveras, o direito à comunicação possui *status* de direito fundamental, a ser ponderado em toda a hipótese de colisão entre outros do mesmo escalão, sendo certo que qualquer restrição ao seu conteúdo no caso concreto deve observar o princípio da proporcionalidade. Esse fenômeno é o que será estudado no próximo capítulo.

2.2. A PRIVACIDADE COMO CONDIÇÃO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO

Além do acesso às tecnologias disponíveis para comunicar, a efetivação plena do direito à comunicação só se observa com a proteção dos processos comunicativos contra interferências externas. Afinal, o indivíduo tem o direito de escolher os destinatários da informação por ele compartilhada, mormente quando se trata de relações pessoais. Neste ponto, verifica-se uma interface menos óbvia, porém igualmente relevante, do direito à comunicação com o direito à vida privada e à intimidade, e com o direito à proteção dos

¹¹³ FISCHER, *op. cit.*, p. 67.

¹¹⁴ MATTELART, *op. cit.*, p. 43.

¹¹⁵ GOMES, Pedro Gilberto. O direito de ser: a ética da comunicação na América Latina. São Paulo, Paulinas, 1989, *apud* MARRA, Milena; PAULINO, Fernando. Os direitos humanos à comunicação e à informação: reflexões a partir do cárcere brasileiro. *Paradoxos*, Uberlândia, v. 4, n. 1, jan./jun. 2019, p. 40.

dados pessoais, consagrados, respectivamente, nos incisos X¹¹⁶ e LXXIX¹¹⁷ do art. 5º da CRFB/88.

Vida privada, intimidade e proteção de dados podem ser consideradas partes do espectro do direito à privacidade, em relação ao qual não se pode deixar de citar a clássica doutrina de Samuel Warren e Louis Brandeis, subscritores do artigo “The Right to Privacy”, publicado no final do século XIX. Advogando a necessidade de se tutelar juridicamente a privacidade na *common law*, esses autores argumentam que a tradicional proteção da pessoa e da propriedade contra interferências físicas é insuficiente diante das mudanças sociais, especialmente diante do desenvolvimento da imprensa¹¹⁸. Sustentam que deve ser protegida a prerrogativa imaterial do indivíduo de determinar qual extensão dos seus pensamentos e emoções será comunicada ao público. Nesse sentido:

*The common law secures to each individual the right of determining, ordinarily, to what extent his thoughts, sentiments, and emotions shall be communicated to others.[16] Under our system of government, he can never be compelled to express them (except when upon the witness-stand); and even if he has chosen to give them expression, he generally retains the power to fix the limits of the publicity which shall be given them. (...) In every such case the individual is entitled to decide whether that which is his shall be given to the public.[22] No other has the right to publish his productions in any form, without his consent. This right is wholly independent of the material on which, or the means by which, the thought, sentiment, or emotion is expressed. [...]*¹¹⁹

Desse modo, Warren e Brandeis concluem que a privacidade deve ser tutelada por si mesma. Em outras palavras, toda divulgação indevida de informação da vida privada do indivíduo deve ser reparada, pouco importando se os fatos são verdadeiros ou falsos, ou se são injuriosos, difamatórios e caluniosos. A reparação justifica-se pela violação do próprio direito à privacidade, ou seja, do direito de livre disposição que o indivíduo tem sobre aquela informação, e não pelo valor do seu conteúdo. Para eles, a privacidade integraria um direito mais amplo, que denominam “*the right to be let alone*”¹²⁰, direito este que ressalta a impossibilidade de interferência externa na esfera particular do indivíduo, concepção própria do contexto liberal em que os autores estão inseridos.

Contudo, ao longo dos anos, essa concepção negativa do direito à privacidade desenvolveu-se, acompanhando a evolução da própria noção de dignidade da pessoa humana.

¹¹⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 6. Art. 5º. [...]X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

¹¹⁷ *Ibid.* Art. 5º [...] LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

¹¹⁸ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*. Boston, v. IV, n. 5, 15 dez. 1890. Disponível em: https://h2o.law.harvard.edu/text_blocks/5660. Acesso em: 30 maio. 2023.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Ibid.*

Nessa toada, Stefano Rodotà propõe a transição paradigmática da privacidade como direito a ficar sozinho para a privacidade como direito à autodeterminação informativa. Neste conceito, estariam englobados o direito de manter o controle sobre as próprias informações, o direito de escolher aquilo que será revelado e o direito de determinar a maneira de construir a própria esfera particular¹²¹. Assim, inserida no contexto da sociedade da informação, a autodeterminação informativa eleva a proteção dos dados pessoais ao patamar de direito fundamental.

Considerando que o direito à comunicação recai sobre o compartilhamento de informações em sua maioria pessoais, torna-se evidente que as ferramentas do processo comunicativo devem assegurar a privacidade dos interlocutores, sob pena do esvaziamento da própria interlocução. Mesmo no compartilhamento de informações públicas, as tecnologias da comunicação devem garantir ao indivíduo a possibilidade de determinar livremente qual é a extensão da informação que será compartilhada e com quem ela será compartilhada. Ademais, quando se pensa nos aplicativos de mensagens e afins, cuja utilização exige uma identidade digital por assim dizer (*username*, número de telefone, endereço eletrônico, etc.), o êxito da comunicação depende da confiança dos usuários de que os seus dados estão protegidos. Qualquer interferência externa pode implicar a ineficácia daquele meio de comunicação e, dependendo da distância geográfica entre os interlocutores ou da maior ou menor disponibilidade de meios alternativos, a inviabilidade absoluta da troca da informação.

Insta salientar que, embora tenha se tratado até aqui vida privada, intimidade e privacidade como sinônimos, não se olvida que os estudos específicos sobre a matéria apontam distinções entre tais direitos. Recorrendo à obra de Robert Alexy, Zilda Consalter, por exemplo, afirma:

Genericamente e de maneira bem simples, pode-se dizer que a vida privada abrange todos os aspectos que, por qualquer razão, não se quer ver cair no domínio público. Ela depende, portanto, do modo de ser do indivíduo, a forma como escolheu para viver a sua vida e administrar suas coisas, o que varia conforme o seu status, que é a forma pela qual ele se insere no agrupamento social. É a esfera da vida resguardada do indivíduo a quem a mais pessoas é dado o conhecimento e a participação. Já a privacidade é o refúgio impenetrável pela coletividade, sendo que, dentro dele, existe um núcleo que se protege com maior zelo, com maior força, porque é o que se tem de essencial na configuração de cada pessoa, compreendendo parcelas reservadas da existência do ser humano a que poucos conhecem ou fazem parte. Quando pouquíssimas pessoas, ou até mesmo nenhuma, tomam conhecimento ou participam de aspectos da vida em resguardo do indivíduo, a isto se denomina intimidade¹²².

¹²¹ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 240.

¹²² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 360, *apud* CONSALTER, Zilda Mara. *Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 127.

Posteriormente, ela reforça essa classificação com base na teoria alemã das esferas, desenvolvida por Henrich Hubmann e Henrich Henkel, e consolidada pelo Tribunal Constitucional Alemão. De acordo com essa teoria, a existência humana é dividida em três esferas concêntricas, a mais ampla representando a vida privada, a intermediária representando a privacidade e a mais fechada representando a intimidade. A vida privada consistiria, assim, na convivência social na família, no trabalho e na política, que embora goze de certa restrição, dá maior acesso às pessoas. A privacidade comportaria a convivência mais confidencial, com pessoas com as quais se tem relação mais intensa, como no âmbito doméstico. Finalmente, a intimidade abrangeria as mais profundas manifestações espirituais da pessoa, que pouquíssimos ou, até mesmo, ninguém conhece, a não ser o próprio indivíduo¹²³.

O maior rigor técnico no uso dos termos em nada prejudica a correlação ora defendida entre eles e o direito à comunicação. Afinal, a comunicação perpassa todas as três esferas, não só como meio de estabelecimento de relações interpessoais, mas também como parâmetro para identificação entre informações que compõem a vida privada, a privacidade ou a intimidade. É o nível de compartilhamento da informação pessoal, estabelecido pelo próprio indivíduo, que define o seu nível de sigilo e, conseqüentemente, de proteção jurídica.

Note-se que as mensagens trocadas via aplicativos nada mais são do que uma correspondência escrita digital, “uma das formas de compartilhamento da intimidade, pois, no momento em que a escreve, o indivíduo abre uma parcela reservada de si mesmo e a divide com aquele a quem a correspondência é destinada”¹²⁴. É possível afirmar, por conseguinte, que ao se comunicar o indivíduo irradia a sua personalidade, o que faz com que a tutela do ordenamento jurídico sobre a privacidade também incida.

Portanto, a eficiência da comunicação, considerada no seu aspecto humano existencial, tal qual se defende na presente monografia, depende da segurança dos meios, dos recursos usados para tanto. A privacidade é condição do êxito do processo comunicativo, e também parâmetro para avaliação da sua qualidade. Logo, não basta reconhecer um direito à comunicação, sendo necessário reconhecer um direito à comunicação protegida.

Essa ideia é relevante no que tange ao bloqueio judicial dos aplicativos de mensagens, que surgem como sanção pelo não fornecimento de dados referentes às

¹²³ *Ibid.*, p. 131-132.

¹²⁴ COELHO, Luiza Tângari. A proteção da intimidade na correspondência eletrônica: extensão da tutela da correspondência tradicional?. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 61, p. 365, jul./dez. 2012.

comunicações estabelecidas entre usuários dos programas. Isso porque, normalmente, a colheita dos dados requisitados exige a flexibilização geral dos mecanismos de segurança e sigilo dos aplicativos. Dito de outra forma, a determinação judicial que visa à salvaguarda da segurança pública — já que os dados são solicitados comumente para o andamento da persecução penal —, pode acabar comprometendo a segurança dos dados de toda uma rede de usuários, que ficam expostos ao ataque de criminosos cibernéticos.

Destarte, a discussão sobre a possibilidade de suspensão dos aplicativos de mensagens como método coercitivo para o cumprimento de decisões judiciais de fornecimento dados é, em última análise, uma discussão sobre os limites da intervenção estatal na vida privada estabelecida em ambiente virtual, e na esfera de direitos fundamentais básicos dos cidadãos.

Nessa linha, Kelly Baião e Kalline Gonçalves fazem a seguinte reflexão:

Restrições a direitos privados, em virtude da proteção de interesses públicos, devem ser consideradas com cautela, visto que podem implicar em uma flexibilização de direitos essenciais à democracia. As flexibilizações precisam necessariamente estar voltadas a um ganho maior de autonomia para os indivíduos. Ademais, por ser um direito fundamental, as limitações ao direito à privacidade somente podem ser consideradas legítimas nos casos de conflito com outros direitos da mesma categoria, logo, igualmente fundamentais¹²⁵.

Em complemento ao raciocínio acima, Stefano Rodotà leciona que a mera disponibilidade de uma tecnologia não legitima todas as suas formas de utilização¹²⁶. Em se tratando da dignidade — na qual está inserido o direito à comunicação protegida —, não se pode aceitar que a necessidade de segurança ou eficiência sempre prevaleçam, em detrimento de outros princípios significativamente importantes.

Tais ponderações também serão objeto do terceiro capítulo deste trabalho.

2.3. APLICATIVOS DE MENSAGENS E A EFETIVAÇÃO DA COMUNICAÇÃO PROTEGIDA

Já na década de 1980, Desmond Fischer, grande advogado do direito à comunicação, enxergava que o mundo experimenta a transformação de uma sociedade industrial para uma sociedade da informação, em que a ênfase está se desviando da fabricação e serviços para o processamento da informação. Para ele, o “casamento” entre os computadores e os sistemas

¹²⁵ BAIÃO, Kelly. C. Sampaio; GONÇALVES, Kalline Carvalho. A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. *civilistica.com*, v. 3, n. 2, p. 13, 10 dez. 2014.

¹²⁶ RODOTÀ, *op. cit.*, p. 241.

de comunicação torna possível um vasto aumento da capacidade de gerar, produzir, distribuir e armazenar informação, capaz, até mesmo, de gerar uma poluição informativa¹²⁷.

Esse fenômeno, segundo Fischer, torna as definições tradicionais de liberdade de informação, de expressão, de imprensa, entre outras, insuficientes, por diversas razões:

1. Existe agora uma compreensão mais profunda da importância fundamental do ato de comunicação propriamente dito, tanto para o desenvolvimento do indivíduo como para o bem-estar da sociedade da qual ele ou ela fazem parte.
2. Há uma nova aceitação de que a filosofia, as políticas e as práticas de comunicação existentes derivam de umas poucas e particulares cosmovisões e de uns poucos *back-grounds* culturais e que outras opiniões e culturas devem ser levadas em conta na determinação de princípios gerais.
3. A crescente percepção da interdependência não só de indivíduos mas também de comunidades, regiões e nações cria uma pressão visando uma compreensão mais ampla de necessidades mundiais de comunicação e dos direitos e deveres aos quais tais necessidades dão origem.
4. Como resultado dos modernos desenvolvimentos tecnológicos, a escassez anterior de possibilidades de comunicação está mudando para uma relativa abundância, ainda que distribuída desigualmente.
5. O reconhecimento da necessidade de uma nova ordem econômica e de uma nova ordem de informação no mundo dá ênfase à necessidade correlata de expandir as formulações ora existentes dos direitos de comunicação para atender às mutáveis exigências e circunstâncias¹²⁸.

Nota-se, pois, que diferentemente dos antepassados, cuja preocupação preponderante era garantir a proteção ao conteúdo da mensagem — isto é, a liberdade de se dizer o que quiser —, a realidade da virada do século XX para o XXI trouxe à tona a preocupação com o processo comunicativo em si, em geral bastante desigual.

Ao longo do século XX, observou-se em todo o planeta um modelo de comunicação unidirecional, em que oligopólios capitalistas manipulavam quase que exclusivamente as tecnologias de comunicação em massa disponíveis, como o rádio e a televisão. Do ponto de vista político, esse modelo representava uma monopolização da narrativa e, conseqüentemente, um entrave à concretização do direito à comunicação, como abordado no tópico anterior. Como se sabe, os meios de comunicação sempre determinaram as estruturas políticas e sociais, e quem controla de maneira eficaz a comunicação, controla a sociedade.

Todavia, no início do século XXI, a difusão da Internet e a ampliação do uso de dispositivos digitais, como os *smartphones*, provocaram mudanças significativas nesse cenário. Como indica Fischer, o desenvolvimento tecnológico nas comunicações trouxe a capacidade de comunicar ao alcance de muito mais pessoas, de sorte que a comunicação não é vista simplesmente como uma recepção estática, mas como participação ativa, uma via de

¹²⁷ FISCHER, *op. cit.*, p. 12-13.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 14-15.

mão dupla¹²⁹. No mesmo sentido, Silva, Aragão e Pretto, citando os ensinamentos de Joan Ferrés i Prats, explicam que houve uma descentralização narrativa, pois o consumidor da informação passa a ter a possibilidade de também produzi-la, em uma interação constante. É o que chama de *prosumer*, termo cunhado na década de 80 para designar o interlocutor que é ao mesmo tempo *producer* e *consumer*, isto é, que consumidor que produz ou produtor que consome¹³⁰. Para os autores, isso favorece o direito à comunicação:

Diante dessa conjuntura disruptiva apresentada pelas tecnologias digitais, surgiu uma esperança no sentido da promoção do direito à comunicação, uma vez que o acesso a esse novo espaço e seus suportes (*smartphones*, *tablets*, computadores pessoais) apontam para a descentralização das narrativas, logo, uma possibilidade real à liberdade de expressão. A comunicação um-todos, característica central dos meios massivos como a televisão em rede, passa a ser substituída, pelo menos potencialmente, para uma comunicação todos-todos. [...] ¹³¹.

Considerando-se o direito à comunicação como o direito a uma interlocução, ou seja, a um fluxo horizontal, e não verticalizado de comunicações, a mera existência de uma tecnologia faz com que ela passe a integrar o conteúdo desse direito. Afinal, o ideal a ser perseguido é de que todos tenham capacidade de usar os recursos de comunicação disponíveis em determinado contexto histórico e socioeconômico.

Sendo assim, fica fácil concluir que as redes sociais desempenham um papel fundamental no processo comunicativo contemporâneo. Sobre o tema, vale citar novamente Silva, Aragão e Pretto:

Desde os primeiros periódicos impressos no século XVI, passando em seguida pela fotografia, cinema, rádio, televisão, os conteúdos narrativos foram sendo construídos, vertical e linearmente, para um consumo massivo e minimamente participativo. Com as tecnologias digitais, novas possibilidades foram surgindo e demandando reflexões concernentes à produção, veiculação e interação em rede. Com os dispositivos móveis e a ampliação do acesso às redes, através de aplicativos e plataformas *web*, o volume de publicações cresce significativamente levando as empresas proprietárias dessas plataformas a atuarem na introdução de novos recursos com o objetivo de impulsionar novas demandas, tornando os ambientes cada vez mais interativos e dinâmicos. [...] ¹³²

Deveras, as redes sociais e, especificamente, os aplicativos e funcionalidades de troca de mensagens on-line revolucionaram as sociabilidades, alterando a forma de acessar e produzir conhecimento, de trabalhar, de consumir, de se relacionar. No que tange ao *WhatsApp* e ao *Telegram*, aplicativos que já foram objeto de bloqueio judicial, sua gratuidade

¹²⁹ *Ibid.*, p. 29.

¹³⁰ FERRÉS I PRATS, Joan. Educomunicação e cultura participativa. In: APARICI, Roberto (Org.), *Educomunicação: para além do 2.0*. Paulinas, 2014, p. 268, *apud* SILVA; ARAGÃO PRETTO, *op. cit.*, p. 86-87.

¹³¹ *Ibid.*, p. 87.

¹³² *Ibid.*, p. 89.

e a possibilidade de o usuário autogerir seus conteúdos colocam-se como uma probabilidade significativa de promoção ao direito à comunicação.

No Brasil, o uso dos aplicativos de mensagens como ferramenta ou local de trabalho cresce vertiginosamente. A pesquisa *Global Digital Overview 2020*, realizada pela agência *We Are Social* em parceria com o *Hootsuite*, identificou que ao menos 3,8 bilhões de pessoas no planeta estão nas redes sociais, o que representa aproximadamente 60% da população mundial. O resultado nacional acompanha a tendência global, de modo que 140 milhões de brasileiros, 66% do total de habitantes, estão nas redes sociais. Não bastasse, o país ocupa o terceiro lugar no *ranking* de populações que passam mais tempo na *social media*, com uma média diária de 3h31min, atrás apenas de Filipinas (3h53min) e Colômbia (3h45min)¹³³.

Outro levantamento realizado pela empresa NordVPN, em janeiro de 2022, concluiu que os internautas brasileiros passam mais de 41 anos na Internet, o que equivale a 54% do tempo de vida médio da população¹³⁴. Vale lembrar, ainda, os dados trazidos no capítulo 1, de pesquisa elaborada pelo Datafolha em março de 2022, segundo a qual 92% dos brasileiros que afirmaram possuir contas em redes sociais usam o *WhatsApp*, ao passo que 24% usam o *Telegram*¹³⁵.

Percebe-se, pois, que os aplicativos de mensagens fazem parte do cotidiano dos indivíduos, e arrisca-se dizer que são o meio de comunicação mais usado atualmente, substituindo as já antiquadas ligações telefônicas. Esses programas são usados para a troca das mais diferentes espécies de informação, cada qual correspondente a uma necessidade humana tão básica quanto relevante.

Aluizio Ferreira, preocupando-se em sistematizar o estudo jurídico sobre informação e comunicação, traz diversas categorizações dos tipos de informações existentes. Entre elas, vale citar:

Os seres humanos podem necessitar de conhecimentos e informações seja apenas para o seu entretenimento ou deleite pessoal — informações finalísticas —, seja para atuarem profissionalmente ou se orientarem nas várias relações intersubjetivas que protagonizam enquanto realizadores ou defensores de interesses próprios e/ou de outrem — informações contextuais ou instrumentais —, seja, ainda, para simplesmente viabilizarem suas abordagens e contatos afetivos, ou seja, pelo

¹³³ MORENO, Diego. *Brasileiro fica 3 horas e 31 minutos por dia nas redes sociais*. Disponível em: <https://www.agenciavisia.com.br/news/brasileiro-fica-3-horas-e-31-minutos-por-dia-nas-redes-sociais/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

¹³⁴ RAMOS, Guilherme. *Brasileiros passam mais da metade de suas vidas na Internet, estima pesquisa*. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2022/05/brasileiros-passam-mais-da-metade-de-suas-vidas-na-internet-estima-pesquisa.ghtml>. Acesso em: 15 mar. 2023.

¹³⁵ MORAES, *op. cit.*

imperativo existencial de busca de congruência comunicativa — informações prétextuais ou expressivas¹³⁶.

Nesse sentido, é possível afirmar que os aplicativos de mensagens são, atualmente, veículos de intercâmbio de todos os tipos de informações acima referidas, tanto finalísticas quanto instrumentais e expressivas.

Em primeiro lugar, tais aplicativos são notoriamente usados para o estabelecimento e manutenção de relações pessoais, por meio da troca cotidiana entre familiares, amigos e interesses amorosos sobre amenidades, entretenimento e lazer. No contexto da recente Pandemia de covid-19, em que muitos indivíduos sofreram restrições à liberdade de deslocamento e de reunião, essa tecnologia foi essencial para a conexão entre as pessoas.

Além disso, os aplicativos de mensagens, aliados às demais redes sociais, têm sido utilizados como instrumento de mobilização social e política. Manifestações anteriormente organizadas por meio da distribuição de panfletos nas ruas, agora são planejadas em grupos de *WhatsApp* e afins, ganhando potencial de se estenderem internacionalmente, como se observou, por exemplo, na onda de protestos pelo assassinato de George Floyd por policiais estadunidenses em 2020¹³⁷. Apesar da acertada crítica sobre os riscos da criação de “bolhas sociais” on-line, é imperioso reconhecer que os meios de comunicação digital permitem que mais pessoas participem da vida política e que a articulação seja mais rápida e eficiente.

Há de se citar, ainda, a importância que os aplicativos de mensagens têm adquirido na seara profissional. Especialmente para os empreendedores e profissionais liberais, tal tecnologia representa um canal de comunicação direta com clientes, fornecedores e colaboradores, além de um espaço de publicidade e propaganda para a captação de novas parcerias. Na verdade, as facilidades oferecidas pelos aplicativos e redes sociais, caracterizados, como visto, pela gratuidade de acesso, fizeram diversas empresas migrarem do ambiente físico para o virtual e fomentaram a criação de várias outras.

Esse fenômeno de profusão de modelos de negócios voltados à oferta de produtos e serviços pela Internet é denominado empreendedorismo digital, e apresentou um crescimento exponencial no Brasil desde a eclosão da Pandemia de covid-19. Segundo o Índice de Transformação Digital *Dell Technologies* 2020, 87,5% das empresas brasileiras aceleraram seus projetos de transformação digital em 2020, ao passo que, de acordo com a

¹³⁶ FERREIRA, *op. cit.*, p. 92.

¹³⁷ PORTAL G1. *Protestos contra a morte de George Floyd pelo mundo nesta sexta-feira*. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/06/05/protestos-contr-a-morte-de-george-floyd-pelo-mundo-nesta-sexta-feira-5-fotos.gh.html>. Acesso em: 06 abr. 2023.

pesquisa *Panorama de Negócios Digitais Brasil 2020*, promovida pela Spark Hero, na mesma data, 54% dos empreendedores digitais haviam começado seus negócios há menos de um ano¹³⁸. Considerando que a crise sanitária foi acompanhada por uma grave crise econômica, com a diminuição de empregos formais, é nítida a relevância que os aplicativos de mensagens tiveram para a retomada econômica, como ferramenta do empreendedorismo digital.

Em suma, nota-se que, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a discussão sobre a possibilidade ou não do bloqueio judicial dos aplicativos de mensagens não é supérflua, mas tem significativa implicação jurídica, social, política e econômica. Sendo certo que esses aplicativos são instrumento para o exercício do direito à comunicação, integrando, dessa forma, o seu próprio conteúdo, cabe ao Estado garantir-lhes acesso universal e isonômico.

Insta salientar que o acesso aos aplicativos de mensagens não deve ser apenas universal e isonômico, como também seguro. Como visto anteriormente, o direito à comunicação não pode ser exercido plenamente sem que as ferramentas usadas para o compartilhamento de informações assegurem sua privacidade. É o que a presente pesquisa denominou direito à comunicação protegida.

Destarte, as tecnologias de segurança aplicadas pelos desenvolvedores dos aplicativos de mensagens, na condição de componentes de um direito à comunicação protegida, merecem atenção estatal. Com efeito, as técnicas de sigilo das mensagens acabam por também atrair para si a proteção jurídica, porquanto os aplicativos só podem ser considerados como meios eficientes de comunicação se garantirem aos seus usuários a gerência sobre o processo comunicativo, por meio da escolha de com quem e em que termos querem compartilhar tal ou qual informação.

Tanto o *WhatsApp* quanto o *Telegram*, aplicativos mais difundidos no Brasil, utilizam a criptografia, que é a conversão de dados de um formato legível para um texto cifrado, cuja decodificação só é possível mediante uma sequência determinada de números denominada chave criptográfica. Quanto mais complexa for a chave criptográfica, mais segura será a criptografia, pois se torna mais difícil desvendá-la por meio de testes de combinações aleatórias¹³⁹. Sobre o tema, explicam Tarcisio Teixeira, Paulo Henrique Sabo e Isabela Sabo:

¹³⁸ MARTINS, Thays. *Pandemia impulsiona empreendedorismo digital de pequenos e grandes no Brasil*. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/cidades-df/2021/08/4943244-pandemia-impulsiona-empendedorismo-digital-de-pequenos-e-grandes-no-brasil.html>. Acesso em: 06 abr. 2023.

¹³⁹ KASPERSKY. *O que é criptografia de dados? Definição e explicação*. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/resource-center/definitions/encryption>. Acesso em: 30 maio. 2023.

A palavra criptografia é formada pelos termos gregos *kryptos*, que significa secreto, oculto, ininteligível, e *grapho*, que significa escrita, escrever. Trata-se da ciência/arte de se comunicar secretamente. O objetivo básico da criptografia é tornar uma mensagem ininteligível para um adversário, que possa vir a interceptar a mensagem. Hoje a criptografia é um campo de estudos abrangente, incluindo diversos aspectos da segurança de dados em geral, razão pela qual se tornou alvo de extensas pesquisas científicas. Não só quem manda a mensagem, mas também quem a intercepta, deve possuir um considerável poder computacional¹⁴⁰.

Ademais, do ponto de vista das chaves, a criptografia pode ser realizada por meio de dois métodos distintos: simétrico e assimétrico. No primeiro, a chave usada para codificar a mensagem é a mesma usada para decodificar, ao passo que, no segundo, uma chave privada será mantida em segredo pelo emissor da mensagem e outra chave pública será compartilhada com os destinatários autorizados para decodificação¹⁴¹. Tarcisio Teixeira, Paulo Henrique Sabo e Isabela Sabo também trazem esclarecimentos sobre essa classificação:

O modelo mais simples de criptografia é denominado de cifra simétrica. Trata-se de uma chave secreta compartilhada entre o emissor e o receptor. O emissor cifra a mensagem com a chave secreta e gera uma nova mensagem cifrada, ao passo que o receptor, ao receber a mensagem cifrada e, tendo em mãos a chave secreta para decodificá-la, recupera a mensagem original. Essa técnica é eficiente, porém apenas até o momento em que um terceiro descubra a chave secreta. Uma vez descoberta, ele pode interceptar as mensagens e decodificá-las em tempo real, além de poder se passar pelo emissor ao enviar mensagens cifradas. (...)

O modelo mais seguro de troca de mensagens na rede atualmente utilizado é denominado criptografia de chave pública, ou de cifra assimétrica. (...) Nesse modelo assimétrico todos os membros do sistema de comunicação possuem a sua chave pública, que é compartilhada com todos, e uma chave privada, mantida secretamente. Estas duas são complementares neste modelo. O texto cifrado com a chave pública só pode ser decifrado com a chave privada. Assim, ao enviar uma mensagem ao receptor, o emissor cifra a mensagem com a chave pública do receptor, e o receptor de posse da mensagem possui a sua chave privada para decifrar a mensagem. O inverso também é possível. O texto cifrado com a chave privada só pode ser decifrado com a chave pública, de forma que para o emissor ser autenticado, ele cifra a mensagem com sua chave privada, e o receptor de posse da mensagem faz uso da chave pública do emissor para decifrar a mensagem em um texto claro¹⁴².

É possível, ainda, separar a criptografia em criptografia de ponta a ponta e criptografia cliente-servidor. Naquela, o servidor que realiza a transmissão dos dados não possui acesso ao seu conteúdo. O texto cifrado só é decodificado pelo destinatário final. Nesta, ao passar pelo servidor, a mensagem é decodificada e armazenada em nuvem, sendo

¹⁴⁰ TEIXEIRA, Tarcisio; SABO, Paulo Henrique; SABO, Isabela Cristina. Whatsapp e a criptografia ponto-a-ponto: tendência jurídica e o conflito privacidade vs. interesse público. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, p. 615, jul./dez. 2017.

¹⁴¹ KASPERSKY, *op. cit.*

¹⁴² TEIXEIRA; SABO; SABO, *op. cit.*, p. 615-617.

posteriormente remetida ao destinatário final com nova codificação. Isso implica que o servidor tem acesso ao conteúdo dos dados transmitidos¹⁴³.

O *WhatsApp*, como amplamente debatido na Audiência Pública 21 do STF, abordada no capítulo 1, usa a criptografia de ponta a ponta, assimétrica. É o que também afirma a Política de Privacidade divulgada pela empresa:

Por que o WhatsApp oferece criptografia de ponta a ponta e o que essa proteção significa para a segurança dos usuários?

A segurança é essencial no serviço oferecido pelo WhatsApp. Nós vimos várias situações em que hackers criminosos obtiveram ilegalmente grandes quantidades de dados privados e fizeram uso indevido de tecnologia para prejudicar pessoas usando informações roubadas. Desde que a criptografia de ponta a ponta foi implementada em 2016, a segurança digital se tornou ainda mais importante.

O WhatsApp não pode ver o conteúdo de mensagens nem ouvir chamadas feitas no app, porque a criptografia e a descryptografia de mensagens enviadas e recebidas no WhatsApp ocorrem inteiramente no seu aparelho. Antes de uma mensagem sair do seu celular, ela é protegida com um cadeado de criptografia e somente a pessoa com quem você está conversando tem as chaves para abri-lo. Além disso, as chaves mudam com cada mensagem que é enviada. Embora tudo isso aconteça em segundo plano, você pode confirmar que suas conversas estão protegidas ao conferir o código de segurança em seu aparelho. Saiba mais sobre a criptografia de ponta a ponta em nosso artigo técnico. [...] ¹⁴⁴

Observe-se que foi justamente a falta de acesso ao conteúdo das mensagens pelo servidor na criptografia de ponta e ponta o fundamento para o *WhatsApp* descumprir ordens judiciais de fornecimento de dados, alegando impossibilidade técnica. Teixeira, Paulo Henrique e Isabela Sabo ratificam essa impossibilidade técnica, defendendo, inclusive, que não estaria em desacordo com a legislação brasileira.

A partir do instante em que a empresa não disponibiliza o conteúdo (as mensagens não são arquivadas no servidor), o qual está em mãos apenas dos usuários, e ainda protegido por um sistema criptográfico eficiente, infere-se que a responsabilidade civil, da forma como é colocada na legislação, é excluída com o método de criptografia E2E, por tornar inviável e improvável o acesso do WhatsApp às mensagens compartilhadas entre os usuários. Isso porque não é possível tornar indisponível aquilo que se origina indisponível:

Por oportuno, cabe observar que a posição tomada pela empresa, em uma interpretação literal da lei, não fere o previsto no art. 15 do Marco Civil da Internet,⁴⁴ tendo em vista que o dispositivo menciona o dever de manutenção de “registros de acesso a aplicações de Internet”, e não de mensagens/comunicações particulares compartilhadas entre os usuários das aplicações de Internet¹⁴⁵.

¹⁴³ FERNANDES, Rodrigo. *Telegram é seguro? Entenda polêmicas sobre app quase bloqueado no Brasil*. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2022/03/telegram-e-seguro-entenda-polemicas-sobre-app-quase-bloqueado-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 30 maio. 2023.

¹⁴⁴ WHATSAPP. Central de Ajuda. *Privacidade*. Disponível em: https://faq.whatsapp.com/820124435853543/?locale=pt_BR. Acesso em: 30 maio. 2023.

¹⁴⁵ TEIXEIRA; SABO; SABO, *op. cit.*, p. 624-625.

O *Telegram*, por sua vez, não usa a criptografia de ponta a ponta como padrão, e sim a criptografia cliente-servidor, de modo que o conteúdo das mensagens é armazenado em nuvem. A criptografia de ponta a ponta só empregada pelo aplicativo nos chamados “chats secretos”, que dependem da opção do usuário e geram algumas restrições de recursos, como a impossibilidade de captura de tela e o encaminhamento das mensagens para terceiros¹⁴⁶. Conforme os termos da Política de Privacidade da empresa:

3.3.1 Chats em nuvem

Telegram é um serviço baseado em nuvem. Armazenamos mensagens, fotos, vídeos e documentos de seus chats em nuvem em nossos servidores para que você possa acessar seus dados de qualquer um de seus dispositivos a qualquer momento, sem ter que depender de backups de terceiros. Todos os dados são armazenados utilizando criptografia forte e as chaves de criptografia, em cada caso, são armazenados em vários outros data centers em diferentes jurisdições. Desta forma, engenheiros locais ou atacantes físicos não podem obter acesso aos dados do usuário¹⁴⁷.

Conclui-se, portanto, que, em relação às mensagens trocadas nos *chats* comuns, não haveria, ao menos em tese, impossibilidade técnica de fornecimento do seu conteúdo às autoridades pelo *Telegram*. Todavia, a resistência no cumprimento de ordens judiciais que ensejam algum tipo de controle sobre o conteúdo veiculado no aplicativo tende a ser política da empresa, cujas atividades já foram também restringidas em diversos países na Europa e na Ásia, como Alemanha, Noruega, China e Rússia¹⁴⁸. Veja-se outro trecho da Política de Privacidade do referido aplicativo:

8.3. Autoridades policiais

Se o Telegram receber uma ordem judicial que confirme que você é um suspeito de terrorismo, podemos divulgar o seu endereço IP e seu número de telefone para as autoridades competentes. Até agora, isso nunca aconteceu. Quando isso acontecer, Incluiremos tais solicitações em um relatório de transparência semestral publicado em: <https://t.me/transparency>.

O Telegram é um serviço seguro que protege ativistas e pessoas comuns de monopólios de dados e governos autoritários. No entanto, caso o Telegram receba uma ordem judicial de um país democrático, como o Brasil, em relação ao uso da plataforma pública do Telegram para atividades proibidas pelos Termos de Uso – como terrorismo e abusos contra crianças e adolescentes – os endereços de IP e números de telefone de suspeitos podem ser disponibilizados para as autoridades competentes¹⁴⁹.

¹⁴⁶ FERNANDES, *op. cit.*

¹⁴⁷ TELEGRAM. *Política de Privacidade*. Disponível em: <https://telegram.org/privacy/br>. Acesso em: 30 maio. 2023.

¹⁴⁸ BBC BRASIL. *Os países que restringiram ou baniram o Telegram*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cx8p40q7qgvo>. Acesso em: 30 maio. 2023.

¹⁴⁹ TELEGRAM, *op. cit.*

Portanto, a empresa já prevê de antemão que os dados que se dispõe a compartilhar com as autoridades são apenas os telefones e endereços de IP de suspeitos, e não o conteúdo das mensagens compartilhadas.

Além da criptografia, ambos os aplicativos de mensagens contam com outras ferramentas de segurança, como a verificação em duas etapas, a possibilidade de limitação do tempo que as mensagens ficam visíveis, o cadastramento de senhas para visualização de conversas, etc. Assim, resta nítido que os aplicativos de mensagens são meios eficazes para o exercício do direito à comunicação protegida, conforme desenvolvido no presente capítulo, o que justifica sua significativa difusão na sociedade contemporânea.

Nessa toada, ao se analisar a constitucionalidade das ordens judiciais de suspensão desse tipo de serviço não se deve presumir que estão em jogo apenas o interesse público de um lado e os interesses financeiros das empresas desenvolvedoras dos aplicativos de outro. O debate necessariamente deve ponderar a restrição ao direito à comunicação que a medida enseja.

3. ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO BLOQUEIO JUDICIAL DOS APLICATIVOS DE MENSAGENS

Analisado o estado da arte da discussão sobre a constitucionalidade do bloqueio judicial dos aplicativos de mensagens no Brasil, bem como delimitado o enfoque escolhido para exploração do tema (direito à comunicação), cumpre passar para o exame da questão central deste trabalho: são constitucionais as decisões judiciais que determinam a suspensão geral dos aplicativos de mensagens como coerção ao fornecimento de dados?

Como visto, o problema surge de casos em que, a pedido da autoridade policial, o Poder Judiciário determina que os aplicativos forneçam o conteúdo das mensagens ou outros dados relativos a usuários suspeitos da prática de crimes, a fim de que tais informações instruam inquéritos e ações penais que, em geral, apuram delitos graves, como crimes contra crianças e adolescentes, crimes contra o Estado Democrático de Direito ou mesmo tráfico de drogas. As empresas, por sua vez, resistem ao cumprimento da ordem judicial, argumentando que suas tecnologias de garantia da privacidade impedem tecnicamente o fornecimento das informações requisitadas, ao que os magistrados reagem com a determinação de suspensão do funcionamento dos aplicativos em todo o Brasil, até que suas ordens sejam cumpridas. Desse modo, o bloqueio do aplicativo é usado não só como meio coercitivo, mas também como sanção.

Ocorre que a suspensão genérica do serviço repercute na esfera jurídica não só das empresas desenvolvedoras dos aplicativos e dos indivíduos investigados, como também de um enorme número de usuários, que veem o seu direito à comunicação restringido, ainda que temporariamente. Portanto, está-se diante de clássico caso de conflito entre direitos e interesses fundamentais, que precisa ser decidido a partir do emprego de técnicas de ponderação, sendo certo que o *status* constitucional dos elementos em cotejo impede que simplesmente um pereça em favor do outro.

No presente trabalho, pretende-se lançar mão de duas técnicas de ponderação distintas: o princípio da proporcionalidade e a construção de *standards*. Desse modo, cabe primeiramente avaliar se o bloqueio judicial dos aplicativos de mensagens em nome da segurança pública configura restrição proporcional ao direito à comunicação dos usuários das plataformas. Depois, cabe perquirir se é ou não possível a definição de parâmetros para a solução de casos que envolvam tal conflito normativo.

3.1. BLOQUEIO JUDICIAL DOS APLICATIVOS DE MENSAGENS SOB O CRIVO DA PROPORCIONALIDADE

Inúmeros são os trabalhos acadêmicos que se dedicam a estudar o princípio da proporcionalidade, bem como a aplicá-lo na solução de controvérsias sobre a restrição de direitos fundamentais. É o que também se pretende no caso concreto, por meio do uso da aludida ferramenta para analisar se o bloqueio judicial dos aplicativos de mensagens é ou não medida proporcional, especialmente frente ao direito à comunicação dos usuários. Tal análise será feita com base no conceito de proporcionalidade trazido por Robert Alexy em sua teoria sobre os direitos fundamentais.

De acordo Alexy, as normas jurídicas dividem-se em regras e princípios, sendo estes mandados de otimização, isto é, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas¹⁵⁰. Para ele, essa ideia está umbilicalmente ligada ao princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios, de sorte que a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade definem o que se deve entender por “otimização”¹⁵¹. Aqui vale destacar que “idoneidade” é sinônimo de “adequação”, termo mais comum nos textos brasileiros, porém, por ora, dar-se-á preferência ao primeiro, em homenagem ao autor.

Isso posto, insta salientar que Alexy lança mão do princípio da proporcionalidade para rebater as críticas feitas à premissa por ele defendida de que os direitos fundamentais são normas do tipo princípios e, portanto, mandados de otimização. Segundo os críticos, tal premissa levaria à conclusão de que a ponderação, na hipótese de conflito entre direitos fundamentais, só admite uma única solução, aquela que leva todos os direitos em questão ao ponto mais alto possível, ao ponto máximo diante das circunstâncias fáticas e jurídicas. Dessa forma, a margem de discricionariedade do legislador — cabe lembrar que Alexy trabalha os limites constitucionais à atividade legislativa — estaria totalmente comprometida¹⁵².

Contudo, ao explicar a aplicabilidade de cada um dos subprincípios da proporcionalidade, Alexy refuta tal crítica, demonstrando que há sim espaço de discricionariedade, e que a ponderação não leva a uma única solução para o caso. Começando

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, ano 22, n. 66, p. 26, set. a dez. 2002. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=289390>. Acesso em: 03 nov. 2023.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*

pela idoneidade, ele traz o seguinte exemplo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão:

Un peluquero había colocado una máquina de tabaco en su establecimiento sin contar con un permiso explícito de la Administración. A consecuencia de ello, un funcionario administrativo le impuso una multa por quebrantar la ley de comercio al por menor. Esta ley exigía un permiso, que sólo podía ser otorgado si el solicitante demostraba el «conocimiento técnico profesional indispensable» para ejercer la actividad comercial de que se trataba. Esta circunstancia podía acreditarse mediante la prueba de la formación como comerciante o de la práctica de muchos años en un establecimiento de comercio, o mediante un examen especial, en el que se demostraran los conocimientos como comerciante (43). El peluquero buscó protección jurídica ante los tribunales. (...)

Este alto Tribunal llegó a la decisión de que la exigencia de probar los conocimientos técnicos específicos para el comercio de mercancías, es decir, también para el comercio mediante una máquina de tabaco, vulneraba la libertad de profesión y oficio, garantizada por el art. 12.1 LF. Su fundamentación se apoyó básicamente en que, en el caso del establecimiento en donde se había instalado la máquina de tabaco, la prueba de conocimientos comerciales específicos no era idónea para proteger a los consumidores de daños económicos o de daños para la salud (44). En consecuencia, esta medida resultaba prohibida por el principio de idoneidad y vulneraba por tanto el derecho fundamental a la libertad de profesión y oficio.

Esta argumentación expresa la idea de optimización. Hay dos principios en juego: el de libertad de profesión y oficio (P1) y el de protección de los consumidores (P2). Debido a la falta de idoneidad, el medio adoptado M, o sea, la prueba de conocimientos técnicos, no está en condiciones de favorecer al principio P2 y, sin embargo, sí impide la realización del principio P1. En esta situación, si se omite M, no se originan costes ni para P2 ni para P1 y, en cambio, si se adopta M sí resultan costes para P1. Si se renuncia a M, en conjunto P1 y P2 pueden realizarse en su mayor medida, de acuerdo con las posibilidades fácticas¹⁵³.

Logo, no caso narrado, a exigência de autorização da Administração Pública e da comprovação dos conhecimentos técnicos por parte do cabelereiro, para que pudesse instalar uma máquina de tabaco no seu salão de beleza, é medida que não favorece a proteção dos

¹⁵³ *Ibid.*, p. 27-28. “Um cabeleireiro havia colocado uma máquina de tabaco em seu estabelecimento sem permissão explícita da Administração. Como resultado, um funcionário administrativo o multou por violar a lei sobre comércio varejista. Essa lei exigia uma licença, que só poderia ser concedida se o candidato demonstrasse o ‘conhecimento técnico profissional indispensável’ para realizar a atividade comercial em questão. Isso poderia ser comprovado por meio de prova de treinamento como comerciante ou de muitos anos de prática em um estabelecimento comercial, ou por um exame especial, no qual o conhecimento como comerciante fosse demonstrado (43). O cabeleireiro buscou proteção legal perante os tribunais (...). Esse tribunal superior chegou à decisão de que a exigência de comprovar conhecimento técnico específico para o comércio de mercadorias, ou seja, também para o comércio por meio de uma máquina de tabaco, infringia a liberdade de profissão e comércio, garantida pelo Art. 12.1 da LF. Seu raciocínio baseou-se essencialmente no fato de que, no caso da loja em que a máquina de tabaco havia sido instalada, a prova de conhecimento comercial específico não era adequada para proteger os consumidores de danos econômicos ou danos à saúde (44). Consequentemente, essa medida foi proibida pelo princípio da adequação e, portanto, violou o direito fundamental à liberdade de profissão e comércio. Essa argumentação expressa a ideia de otimização. Dois princípios estão em jogo: o princípio da liberdade de profissão e comércio (P1) e o princípio da proteção ao consumidor (P2). Devido à sua inadequação, o meio adotado M, ou seja, o teste de conhecimento técnico, não está em posição de promover o princípio P2, mas impede a realização do princípio P1. Nessa situação, se M for omitido, não haverá custos para P2 ou P1, mas se M for adotado, haverá custos para P1. Se M for omitido, P1 e P2 poderão ser realizados na maior medida possível, de acordo com as possibilidades factuais”. (tradução livre)

consumidores e, ainda por cima, prejudica a liberdade de profissão e de comércio. Assim, a medida revela-se inidônea ou inadequada ao fim a que se propõe.

Alexy esclarece que esse exemplo mostra como o crivo da idoneidade não consiste em realizar os princípios em jogo no seu ponto máximo, mas funciona melhor como um critério negativo, mais útil para identificar as medidas que não são adequadas, diante das possibilidades fáticas¹⁵⁴. Para ser idônea ou adequada, uma medida deve, ao menos em tese, ser apta a alcançar o fim a que se destina.

Passando ao subprincípio da necessidade, Alexy explica que ele exige que, entre os meios igualmente idôneos, seja escolhido aquele mais benéfico para o direito fundamental a ser restringido¹⁵⁵. Em outras palavras, deve ser verificado se aquela medida idônea é o método menos gravoso para alcançar o fim pretendido. Caso contrário, ela não deverá ser adotada. Nesse sentido, Alexy traz outro exemplo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão:

Uma ordenanza del Ministerio federal para la juventud, la familia y la salud establecía la prohibición de que circularan en el mercado dulces y confites que, si bien contuvieran cacao en polvo, estuvieran hechos esencialmente de arroz inflado y, por lo tanto, no fueran productos de chocolate que cumplieran todas las exigencias. El fin de esa ordenanza era proteger a los consumidores de posibles errores a la hora de comprar este tipo de productos. El Tribunal Constitucional Federal consideró que una prohibición de circulación semejante sí era idónea para proteger a los consumidores. Si una mercancía no puede ser introducida en el comercio disminuye el peligro de que sea comprada por equivocación. Sin embargo, la prohibición de tráfico no era necesaria, porque existía un medio igualmente idóneo pero menos restrictivo. Se trataba del deber de marcar y etiquetar estos productos, que podía prevenir el peligro de confusiones y equivocaciones «de una manera igualmente eficaz, pero menos gravosa» (46)¹⁵⁶.

No caso supratranscrito também estão em conflito a liberdade de profissão e de comércio e a proteção dos consumidores. Para esta, tanto a proibição de circulação das mercadorias quanto a correta etiquetagem dos produtos trariam benefício. Contudo, do ponto de vista da liberdade profissional, a correta etiquetagem é medida muito menos restritiva e, por conseguinte, preferível. Assim, novamente não se trata de levar os direitos fundamentais em

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 28.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.* “Uma portaria do Ministério Federal da Juventude, Família e Saúde proibiu a circulação no mercado de doces e confeitos que, apesar de conterem cacau em pó, eram essencialmente feitos de arroz tufado e, portanto, não eram produtos de chocolate que atendiam a todos os requisitos. O objetivo dessa portaria era proteger os consumidores de possíveis erros na compra desses produtos. O Tribunal Constitucional Federal considerou que essa proibição de circulação era de fato adequada para a proteção dos consumidores. Se as mercadorias não puderem ser introduzidas no comércio, o perigo de compras equivocadas será reduzido. Entretanto, a proibição de circulação não era necessária, pois havia um meio igualmente adequado, mas menos restritivo, disponível. Esse era o dever de marcar e rotular essas mercadorias, o que poderia evitar o perigo de confusão e erros ‘de uma maneira igualmente eficaz, mas menos onerosa’”. (tradução livre)

jogo ao ponto máximo, mas de lhes evitar sacrifícios desnecessários, diante das possibilidades fáticas¹⁵⁷.

Obviamente a análise da idoneidade e da necessidade de uma medida nem sempre é tão fácil, como alerta Alexy. Primeiramente porque esses critérios consistem em relações de meio e fim, sendo por vezes complicado conceber prognósticos, ou seja, prever corretamente as consequências da medida em questão. Depois, porque podem existir situações em que mais de dois princípios entrem em conflito. Logo, “[...] *aparecen medios más benignos con el derecho fundamental afectado, que a su vez favorecen efectivamente en igual medida el fin perseguido por el Legislador, pero que también implican la desventaja de restringir un tercer principio o fin*”¹⁵⁸. São essas as hipóteses em que o terceiro subprincípio, o da proporcionalidade em sentido estrito, passa a operar. Deixa-se o terreno das possibilidades fáticas e passa-se ao terreno das possibilidades jurídicas, o que exige a ponderação¹⁵⁹.

De acordo com Alexy, a proporcionalidade em sentido estrito expressa o que significa a otimização no que tange a princípios que jogam em sentido contrário, sendo idêntica à primeira lei da ponderação, a qual estabelece que, quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios, maior deve ser a importância da satisfação do outro¹⁶⁰. Portanto, a proporcionalidade em sentido estrito ou lei da ponderação deve ser dividida em três passos: a) definir o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios; b) definir a importância da satisfação do princípio contrário; e c) definir se a importância da satisfação desse princípio contrário justifica a afetação do outro.

Novamente refutando críticas, Alexy assevera que a definição desses graus de afetação e de importância da satisfação não é feita de maneira arbitrária, mas com base em juízos racionais. Para provar, ele traz o seguinte exemplo:

Así ocurre con el deber de los productores de tabaco de colocar en sus productos advertencias sobre el peligro para la salud que implica el fumar, lo que constituye una intervención relativamente leve en la libertad de profesión y oficio. Por el contrario, una prohibición total de cualquier tipo de productos del tabaco debería ser catalogada como una intervención grave. En medio de casos de este tipo, leves y graves, pueden colocarse otros casos en los cuales la intensidad de la intervención es media. Un ejemplo sería la prohibición de tener máquinas expendedoras de tabaco, aunada a que la venta de tabaco se restringiera a determinados establecimientos. De esta manera, se forma una escala con los grados «leve», «medio» y «grave». Nuestro ejemplo muestra que es posible concebir una ordenación válida de dichos grados. Para ello, basta imaginar que alguien

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 29.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 30. “[...] surgem meios mais benignos para o direito fundamental afetado, que por sua vez favorecem efetivamente na mesma medida o fim perseguido pelo Legislador, mas que também envolvem a desvantagem de restringir um terceiro princípio ou fim”. (tradução livre)

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 31.

¹⁶⁰ *Ibid.*

*catalogara la prohibición de todos los productos derivados del tabaco como una intervención leve en la libertad de profesión y oficio y, por el contrario, el deber de colocar advertencias en los paquetes como una intervención intensa. Sería difícil tomarse en serio estas apreciaciones.*¹⁶¹.

Segundo ele, além da lógica e da plausibilidade, os graus de afetação também são definidos considerando-se as razões que levam a tal afetação. No exemplo do tabaco, a necessidade de advertências nas embalagens justifica-se pelo fato de que o fumo pode ocasionar câncer e enfermidades cardiovasculares extremamente perigosas para a saúde. Logo, tamanha é a importância da justificativa para a intervenção, que se admite um grau de afetação um pouco mais alto na liberdade profissional e de comércio¹⁶².

Alexy também não ignora que esses juízos sobre o grau de afetação e de importância de satisfação de um ou outro princípio sejam influenciados pelo contexto, elemento externo à lei da ponderação. Todavia, ele entende que essa circunstância não tira sua racionalidade, pois esta será demonstrada por meio da argumentação¹⁶³.

Retomando os passos da proporcionalidade em sentido estrito, tem-se na etapa “a” que o grau de afetação ou não satisfação de um princípio pode ser leve, médio ou grave. Dessa forma, o grau de afetação pode ser lido como intensidade da intervenção, esta sempre considerada do ponto de vista concreto, ou melhor, no caso concreto a ser decidido¹⁶⁴.

Outrossim, na etapa “b”, o grau de importância da satisfação do princípio contrário pode ser leve, médio ou grave. Esse grau de importância também deve ser considerado do ponto de vista concreto. Isso porque se abstratamente este princípio contrário tem um peso maior do que aquele a ser afetado, a ponderação torna-se despicienda. Porém, quando os pesos em abstrato dos princípios em colisão são equivalentes, o que é mais comum em casos de conflito entre direitos fundamentais, a ponderação é necessária e só pode ser realizada com base em seus pesos no caso concreto¹⁶⁵. Essa importância concreta da satisfação do princípio

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 33. “Esse é o caso do dever dos fabricantes de tabaco de colocar advertências em seus produtos sobre os riscos do fumo para a saúde, o que constitui uma intervenção relativamente branda na liberdade de profissão e comércio. Por outro lado, a proibição total de produtos de tabaco de qualquer tipo deve ser considerada uma intervenção grave. Entre esses casos leves e graves, outros casos podem ser colocados em que a intensidade da intervenção é média. Um exemplo seria a proibição de máquinas de venda automática de tabaco, juntamente com a restrição da venda de tabaco a determinados estabelecimentos. Dessa forma, forma-se uma escala com graus “leve”, “médio” e “severo”. Nosso exemplo mostra que é possível conceber uma ordenação válida desses graus. Para isso, basta imaginar que alguém classificaria a proibição de todos os produtos de tabaco como uma interferência menor na liberdade de profissão e comércio, e a obrigação de colocar advertências nos maços como uma interferência maior. Seria difícil levar essas avaliações a sério”. (tradução livre)

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Ibid.*, 36-37.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 37-38.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 38.

contrário é extraída, segundo Alexy, do cálculo sobre quão intensa seria a intervenção nesse princípio caso a afetação do outro não fosse realizada¹⁶⁶.

Na etapa “c”, os graus a que se chegou nas duas primeiras etapas devem ser comparados¹⁶⁷. Assim, segundo Alexy, o princípio a ser afetado prevalecerá se o seu grau de afetação for grave e o grau de importância da satisfação do princípio em sentido contrário for leve ou médio, ou ainda, se o seu grau de afetação for médio e o grau de importância da satisfação do princípio em sentido contrário for leve. Por outro lado, o princípio em sentido contrário prevalecerá se o grau de afetação do outro for leve e o grau de importância de sua satisfação for grave ou médio, ou ainda, se o grau de afetação do outro for médio e o grau de importância de sua satisfação for grave¹⁶⁸.

O problema surge quando há um empate, ou seja, quando os graus de afetação de um princípio e o grau de importância da satisfação do princípio contrário são os mesmos. Segundo Alexy, é nesse momento que surge a margem de discricionariedade do legislador, que pode escolher atuar ou não atuar. Afinal, se as razões para a intervenção são tão fortes como as razões que jogam contra, a intervenção não é desproporcional. Da mesma forma, se as razões para que a proteção seja omitida são fortes como as razões para outorgar a proteção, a omissão da proteção não é desproporcional¹⁶⁹.

Além de analisar a lei da ponderação do ponto de vista material, Alexy também o faz do ponto de vista epistêmico. Ele aborda o problema da incerteza empírica que se enfrenta quando uma medida é submetida ao crivo da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, pois, como mencionado, nem sempre é possível realizar previsões precisas sobre as consequências da sua adoção ou da sua omissão. Sendo assim, Alexy advoga o emprego do princípio formal democrático da competência do legislador para tomar as decisões difíceis, inclusive em cenários de incerteza¹⁷⁰.

Com efeito, não se pode admitir que o legislador só intervenha em direitos fundamentais quando baseado em premissas sobre cuja verdade exista certeza, sob pena de se

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 39.

¹⁶⁷ A teoria de Alexy foi constantemente revisitada ao longo do tempo. Talvez seja na definição de critérios de ponderação que a doutrina mais divide sobre o tema. Em vez de adotar essa comparação de graus, Humberto Ávila, por exemplo, entende que se a medida implicar a não-realização, ou seja, a anulação total do princípio — direito fundamental restringido —, será desproporcional (ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 2015, p. 159, jan./mar. 1999). Willis Santiago Guerra Filho, por sua vez, entende que a medida não pode atingir o núcleo essencial do direito fundamental em jogo (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade. *Revistas dos Tribunais*, n. 718, p. 59, 1995 *apud* SILVA, *op. cit.*, p. 41).

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 40.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 40-46.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 52-53.

engessar o legislador e de impedi-lo de perseguir seus fins legítimos. Todavia, também não se pode admitir que o legislador intervenha de maneira intensa em direitos fundamentais, ainda quando baseado em premissas elevadamente incertas¹⁷¹. Portanto, para Alexy, deve ser adotada uma solução intermediária, que culmina em uma segunda lei da ponderação: “[c]uanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención”¹⁷². A diferença em relação à primeira lei da ponderação é que a ênfase não é na importância material das razões que sustentam a intervenção no direito fundamental, mas na sua qualidade epistêmica¹⁷³.

Apresentado o conceito de proporcionalidade, cumpre trazer a ressalva feita por Virgílio Afonso da Silva¹⁷⁴, estudioso da teoria de Alexy, de que a proporcionalidade não se confunde com a razoabilidade, noções comumente tratadas como sinônimos no cenário jurídico de modo açodado.

Enquanto a proporcionalidade surgiu na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, a razoabilidade está relacionada à tradição inglesa e norte-americana. Aquela é mais abrangente que esta, uma vez que a razoabilidade implica em avaliar simplesmente a relação de meio-fim, ou seja, a compatibilidade entre a medida empregada e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade desses fins¹⁷⁵. Logo, a razoabilidade corresponderia somente à adequação (idoneidade), um dos elementos da regra de proporcionalidade. Ademais, o controle de razoabilidade costuma se manifestar quando uma medida é notoriamente absurda, o que não ocorre com a proporcionalidade. É perfeitamente possível haver um ato ou norma desproporcional que não seja irrazoável¹⁷⁶.

Por fim, destaca-se que os subprincípios da proporcionalidade em sentido estrito se organizam conforme uma lógica de subsidiariedade. Assim, o exame da necessidade só será realizado se a medida tiver superado o da idoneidade. Do mesmo modo, o exame da proporcionalidade em sentido estrito só será realizado se a medida tiver superado o da necessidade.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 53-54.

¹⁷² *Ibid.*, p. 55. “Quanto mais intensa seja uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas que sustentam a intervenção”. (tradução livre)

¹⁷³ *Ibid.*, p. 55.

¹⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4567833/mod_resource/content/1/2.%20SILVA%2C%20Virg%C3%A0Dlio%20Afonso%20da.%20O%20Proporcional...%20p.%2023-50.pdf. Acesso em: 20 jul. 2023.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 32-33.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 30.

Lançado o alicerce, cabe agora submeter o bloqueio dos aplicativos de mensagem ao crivo triplo da proporcionalidade, de sorte a responder ao questionamento central da presente pesquisa.

Como visto no primeiro capítulo, todas as ordens judiciais de suspensão dos aplicativos de mensagens no Brasil foram tomadas como medida de coerção das empresas desenvolvedoras ao fornecimento de dados relevantes para investigações criminais, especialmente o conteúdo das mensagens trocadas entre suspeitos. Também foi mencionado que essa suspensão impacta diversos direitos e interesses dos atores envolvidos, mas, por uma escolha metodológica, esta monografia limita-se a avaliar o seu impacto sobre o direito à comunicação dos usuários, conceito apresentado no segundo capítulo. Portanto, os direitos fundamentais em jogo no caso concreto são, de um lado, a segurança pública e, do outro, o direito à comunicação, com ênfase na segurança do processo comunicativo.

Desse modo, à primeira vista, o bloqueio dos aplicativos parece ser medida idônea para alcançar o fim proposto, já que os prejuízos financeiros decorrentes da suspensão das atividades, com a migração dos usuários para aplicativos concorrentes, parecem, ao menos em tese, gerar o efeito coercitivo pretendido sobre as empresas.

Todavia, a questão que deve ser colocada não é simplesmente a eficácia coercitiva da medida, e sim, como leciona Alexy, se na análise dos princípios (ou direitos fundamentais) em questão, a medida é apta a favorecer aquilo que se pretende realizar. Ou seja, deve-se questionar se o bloqueio dos aplicativos de mensagens favorece, em última análise, a segurança pública, consubstanciada no sucesso da persecução penal. É aqui que entra o problema da criptografia ponta a ponta.

Nos capítulos anteriores, também foi abordado que a criptografia é um mecanismo que transforma dados em um código cifrado, que só pode ser decodificado com o uso de uma chave criptográfica. Foi explicado que os aplicativos de mensagens usam a criptografia ponta a ponta ou assimétrica, por meio da qual cada usuário possui duas chaves, uma pública e uma privada. Assim, para que duas pessoas possam trocar mensagens, elas devem trocar suas chaves públicas, por intermédio do servidor, e usar suas chaves privadas, armazenadas em seus dispositivos, para decodificar o conteúdo. Logo, o servidor, isto é, o *WhatsApp*, o *Telegram*, etc., não possui acesso ao conteúdo das mensagens, pois apenas opera as chaves públicas, necessárias para a transmissão dos dados.

Dessa forma, o fornecimento do conteúdo das mensagens às autoridades implicaria necessariamente introduzir vulnerabilidades no sistema criptográfico. Tais vulnerabilidades são conhecidas por diferentes nomenclaturas, como chave-mestra e técnica *man-in-the-*

middle, sendo coletivamente denominadas *backdoors* (portas dos fundos). Como explicou a WhatsApp Inc., em manifestação nos autos da ADPF 403:

35. Uma “chave-mestra” ou “chave dourada” é um termo genérico usado para se referir a um mecanismo de *backdoor* capaz de decifrar qualquer mensagem de qualquer usuário. O principal aspecto desse mecanismo é que ele introduz uma vulnerabilidade no sistema, porque o remetente e o destinatário da mensagem não serão mais os únicos capazes de ler o conteúdo da mensagem.

36. A técnica *man-in-the-middle* discutida na audiência pública é também baseada na alteração da forma como o *WhatsApp* gerencia as chaves. Essa técnica envolveria a troca das chaves públicas dos usuários, de forma que o *WhatsApp* pudesse secretamente se inserir no meio de um fluxo de comunicação fingindo ser o destinatário pretendido da mensagem¹⁷⁷.

Ocorre que essas falhas propositais de segurança expõem todos os usuários dos aplicativos ao ataque de criminosos cibernéticos, pois não há como garantir que sejam usadas apenas pelas autoridades públicas. Como bem salientado pelo Ministro Edson Fachin, em seu voto na ADPF 403, “[n]ão existe acesso apenas para as pessoas boas. *Backdoor* apenas para *good guys* não funciona”¹⁷⁸. Ademais, elas são facilmente perceptíveis pelos criminosos, que poderiam articular suas comunicações para enganar os investigadores, ou simplesmente trocar de meio de comunicação. Finalmente, para que os *backdoors* sejam eficazes, eles devem ser implantados a nível global, já que o mesmo aplicativo usado no Brasil é usado em outros países. Caso contrário, os grupos criminosos continuariam tendo acesso às versões dos programas com criptografia perfeita.

As alegações da WhatsApp Inc. foram corroboradas pelas manifestações técnicas na Audiência Pública n. 21. O representante do Lapin ressaltou:

Começo pelos “*backdoors*”, ou “portas de fundo”, que ocorrem quando uma falha de segurança propositalmente é implantada em um aplicativo. Nesse caso, o próprio desenvolvedor cria essa entrada especial, que normalmente é realizada através de uma chave mestra, um código especial que vai acessar o conteúdo daqueles dados, de forma que esse terceiro que possui essa chave possa ter acesso direto ao conteúdo das mensagens sendo trocadas naquele canal de comunicação.

Isso pode gerar, ao menos, dois problemas, que queríamos trazer.

O primeiro problema é a questão da confiança. Nós falamos hoje de uma sociedade que cada vez mais se preocupa com o resguardo dos seus dados. Ao se implementar “*backdoor*”, a simples suspeita de existir “portas de fundo” em um aplicativo gera uma desconfiança do consumidor e faz com que ele busque alternativas em que aquele espaço seja considerado mais seguro.

Já houve alguns escândalos em outras situações, envolvendo a Microsoft ou a Apple, em que a simples suspeita de que alguns dos seus serviços oferecidos possuíam “*backdoors*” fizeram com que alguns consumidores migrassem para produtos concorrentes.

¹⁷⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 28, eDOC 230, p. 11.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Relator Ministro Edson Fachin na ADPF 403*, p. 70. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF403voto.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2023.

Então, forçar a implementação de "*backdoors*" pode gerar esse efeito negativo sob a ótica concorrencial e sob a qualidade do serviço oferecido aos consumidores, claro.

O segundo problema, que queríamos trazer sobre o uso do "*backdoors*", é a questão da guarda de chaves. Se essas chaves mestras serão utilizadas por autoridade investigativas, deverão ser armazenadas em algum lugar que, teoricamente, deveria ser 100% seguro. Esse ambiente, hoje, não existe. Como podemos lembrar - caso já citado nesta audiência -, o escândalo, o ataque *cyber* terrorista do *malware* "*WannaCry*" envolveu o uso de tecnologia que foi furtada da NSA, Agência Nacional de Segurança Norte-Americana, a princípio, considerada uma das instituições mais seguras que conhecemos hoje.

E isso não foi suficiente para evitar que seus dados fossem obtidos. Portanto, o "*backdoor*", como um todo, é uma alternativa muito perigosa para ser forçada a ser utilizada em serviços de tecnologia¹⁷⁹.

Outro caminho possível, em tese, para que os investigadores tivessem acesso ao conteúdo das mensagens trocadas na criptografia de ponta a ponta seria o espelhamento, como ocorre no recurso *WhatsApp Web*, em que as mensagens trocadas via *smartphones* são replicadas na tela do computador. Todavia, uma série de dificuldades técnicas emerge, especialmente a necessidade da presença física do celular a ser espelhado, ao menos uma vez, para estabelecer a conexão, como também explicou o representante da WhatsApp Inc. na Audiência Pública n. 21:

E há vários motivos pelos quais o espelhamento para o *WhatsApp* (ininteligível) não funcionaria no nosso sistema atual. Em primeiro lugar, o aplicativo mostra todos os eventos do *WhatsApp Web* ligados a uma conta. O alvo conseguiria ver uma sessão extra, desconhecida. Se o *WhatsApp* desativasse essa visibilidade, as modificações do software seriam detectadas e publicadas pelos pesquisadores em segurança. Os usuários, inclusive os criminosos, saberiam e não confiariam, nem usariam o produto.

Em segundo lugar, o *WhatsApp* no telefone do usuário, deve escanear um código QR apresentado pelo *WhatsApp Web* e usado para verificação. Isso tem que ocorrer antes do *WhatsApp Web* ter acesso a qualquer mensagem. Assim sendo, pela primeira vez, ao menos, o telefone tem que estar presente no mesmo local que o *WhatsApp Web* para que funcione o escaneamento do código QR.

Em terceiro lugar, as mensagens enviadas entre os dois sistemas são criptografadas de ponta a ponta usando um túnel seguro para o qual o *WhatsApp* não tem a chave. Mesmo deixando de lado o *WhatsApp Web*, o *WhatsApp* não pode espelhar uma conta de WhatsApp de forma que as mensagens sejam entregues a outros *smartphones* ou outros computadores nos seus sistemas atuais. Uma vez que as mensagens são criptografadas de ponta a ponta, não podem ser retiradas da criptografia. Se nós tentássemos construir uma porta dos fundos para espelhar as mensagens, isso seria detectado pelos pesquisadores de segurança, uma vez que a mudança exigiria uma atualização do *software* de todos os usuários no mundo e não apenas no Brasil¹⁸⁰.

Além das dificuldades técnicas, o espelhamento não seria capaz de assegurar a autenticidade do conteúdo interceptado, pois, usando o *WhatsApp Web*, por exemplo, os próprios investigadores podem enviar e apagar mensagens sem deixar rastros. Tal argumento

¹⁷⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 81, p. 268-270.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 38-39.

seria facilmente levantado pelas defesas dos réus nas ações penais, o que reduz a utilidade dos dados como meio de prova.

Portanto, observa-se que o bloqueio dos aplicativos não favorece a segurança pública, pois a quase impossibilidade técnica de interceptação do conteúdo das mensagens criptografadas está confirmada cientificamente. Não adianta coagir as empresas a cumprirem ordem judicial cujo cumprimento é quase impossível, ainda mais quando o “quase” depende do comprometimento da segurança e da privacidade dos milhões usuários dos aplicativos. Ou seja, o bloqueio não só não favorece a persecução penal, como restringe o direito à comunicação protegida de todos os usuários. Por todo o exposto, conclui-se que se trata de medida inidônea, que esbarra já na primeira etapa do crivo da proporcionalidade.

Não obstante, a fim de se prolongar o debate, convém assumir que o bloqueio judicial dos aplicativos de mensagens revelou-se medida idônea ao objetivo almejado para se proceder ao exame seguinte da necessidade.

Como visto, para que a medida seja considerada necessária, é preciso que ela seja, dentre as possibilidades existentes, a menos gravosa ao princípio a ser restringido, no caso, o direito à comunicação. Nesse sentido, insta salientar que o ordenamento jurídico brasileiro adota um sistema amplo de meios coercitivos, autorizando que medidas não previstas em lei sejam adotadas pelos magistrados, com base no seu poder geral de cautela, consagrado atualmente no artigo 297, *caput*, do Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/15¹⁸¹. Apesar disso, o meio coercitivo mais comum é a aplicação de multa.

Nos casos que envolveram o bloqueio dos aplicativos de mensagens, a multa foi aplicada diversas vezes, em valores milionários, sem que houvesse o cumprimento das ordens judiciais de fornecimento de dados. No caso de Lagarto, em Sergipe, foi até mesmo decretada a prisão do Vice-Presidente do *WhatsApp* na América Latina, também sem sucesso. Sendo assim, por mais que obviamente existam medidas menos gravosas que a suspensão dos aplicativos, a questão deve ser avaliada diante das possibilidades fáticas, como leciona Alexy. No contexto do imenso poderio econômico das empresas desenvolvedoras desses aplicativos, em sua maioria de caráter transnacional, percebe-se que não há medidas verdadeiramente eficazes que sejam menos gravosas ao direito à comunicação que o bloqueio dos aplicativos. Por conseguinte, o bloqueio — ignorando-se a quase impossibilidade técnica que resultou no fracasso do exame idoneidade, vale lembrar — seria medida necessária.

¹⁸¹ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 10 jan. 2024. Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Ainda no exercício de supor que o bloqueio dos aplicativos de mensagens passou tanto no exame da idoneidade quanto da necessidade, passa-se ao subprincípio mais complexo, que é a proporcionalidade em sentido estrito em cada uma das suas três etapas.

No tocante à definição do grau de não satisfação ou de afetação do princípio contrário (etapa “a”), não se pode olvidar a importância que os aplicativos de mensagens, com todo o seu aparato de segurança e garantia da privacidade, detêm no mundo atual. Como visto, trata-se, talvez, do meio de comunicação mais usado no Brasil atualmente para a realização das mais diferentes tarefas, desde a troca de mensagens banais até transações comerciais de grande monta. Considerando-se as ideias já defendidas neste trabalho, de que o direito à comunicação é um direito a uma interlocução, que as tecnologias de comunicação integram o próprio conteúdo desse direito e que ele não pode ser exercido plenamente sem que o compartilhamento de informações assegure a privacidade, é evidente que a suspensão dos aplicativos de mensagens não pode ser considerada uma intervenção leve na esfera jurídica dos milhões de usuários.

É certo que os aplicativos de mensagens não são o único meio de comunicação disponível, de modo que os usuários podem sempre migrar para as ligações telefônicas, o correio eletrônico, o serviço postal ou, simplesmente, para outros aplicativos, na hipótese de bloqueio de apenas um ou alguns deles. Igualmente é certo que a intenção é que esses bloqueios sejam temporários. Contudo, a rotina é crucial para determinadas interações, e a quebra na constância do fluxo de informações na sociedade contemporânea é extremamente prejudicial. Ressalta-se que a intervenção nos aplicativos de mensagens não afeta um pequeno grupo, mas toda a coletividade, inclusive para além das fronteiras nacionais, já que muitos brasileiros usam os aplicativos para se comunicarem com pessoas e empresas que estão no exterior. Ademais, a gratuidade, a facilidade do manuseio e a possibilidade de mandar áudios faz com que os aplicativos sejam um dos meios de comunicação mais acessíveis às pessoas mais pobres e sem instrução. Pelo exposto, há de se reconhecer que o grau de afetação do direito à comunicação protegida é grave.

Paralelamente, no que tange à definição da importância da satisfação do outro princípio (etapa “b”), não é possível reduzi-la ao grau leve. Insta salientar que os casos de bloqueio de aplicativos de mensagens pelo não fornecimento de dados têm por pano de fundo a investigação da criminalidade organizada, responsável por delitos graves, como pedofilia, corrupção, tráfico de drogas e de armas, lavagem de dinheiro e atentados terroristas e antidemocráticos. Incontestavelmente há um interesse público, no sentido mais puro do termo, no sucesso da persecução penal em situações desse tipo. No entanto, cabe mais uma vez

lembrar o ensinamento de Alexy, quando afirma que o grau de importância da satisfação de um princípio deve ser avaliado em concreto na ponderação.

Como mencionado, na etapa “b” perquire-se o quão intensa é a intervenção no princípio caso a afetação do outro não seja realizada. Logo, a questão é definir o quanto a segurança pública será prejudicada caso não se admita a suspensão dos aplicativos de mensagens, em detrimento ao direito à comunicação. Nesse sentido, convém salientar que a lei brasileira prevê vários mecanismos próprios para a investigação do crime organizado, como se extrai do artigo 3º da Lei nº 12.850/2013¹⁸², que traz a colaboração premiada, a interceptação telefônica, a ação controlada e a infiltração de agentes, por exemplo. Além desse rol, o Judiciário tem competência para autorizar a busca e apreensão e a quebra de dados de aparelhos celulares. Portanto, os órgãos de segurança podem ter acesso às informações trocadas pelos aplicativos de outras maneiras que não a vulneração da criptografia de ponta a ponta. Sem contar que a possibilidade de manipulação dos dados criptografados pela autoridade policial existe e descredibiliza a prova obtida, de sorte que o sucesso da persecução penal não é automaticamente garantido com o acesso. Por fim, não é demais afirmar que a inserção de um *backdoor* no aplicativo pode ser facilmente percebida pelos criminosos, os quais estão cada vez mais qualificados em matéria de tecnologia, fazendo com que troquem informações falsas para confundir os investigadores, ou, ainda, migrem para outros aplicativos.

Sendo assim, conclui-se que não há uma relação de causalidade absoluta, ou seja, coagir as empresas a interceptarem o conteúdo das mensagens por meio do bloqueio de seus aplicativos — o que só se pode fazer com a vulneração da criptografia de ponta a ponta, vale frisar — não significa necessariamente que os criminosos serão identificados e punidos, e que a prática criminosa será paralisada. Do mesmo modo, não aplicar o bloqueio como método coercitivo não significa necessariamente que a investigação dos crimes está obstada, visto que

¹⁸² BRASIL, Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm. Acesso em: 16 fev. 2024. Art. 3º Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

a autoridade policial poderá recorrer aos outros mecanismos legais, embora, é claro, a interceptação das mensagens em tempo real fosse um pouco mais eficiente, garantindo uma intervenção mais rápida dos órgãos de segurança. Destarte, deve ser atribuído o grau médio à importância de satisfação da segurança pública.

Na etapa “c”, os graus obtidos nas etapas anteriores são comparados. Ora, se o grau de afetação do direito à comunicação protegida é grave, ao passo que o grau de importância da satisfação da segurança pública é médio, evidentemente o primeiro é que deve prevalecer. Sequer é necessário no caso concreto delegar a solução à discricionariedade do legislador ou do juiz, pois não restam dúvidas de que bloqueio dos aplicativos de mensagens é medida inconstitucional, que viola a proporcionalidade.

Para encerrar a análise à luz da teoria de Alexy, cumpre ressaltar que o estágio atual do conhecimento científico confere certeza suficiente para o resultado alcançado por meio da ponderação. Afinal, os danos causados pela vulneração da criptografia de ponta a ponta dos aplicativos de mensagens é consenso técnico, como se pode observar nas manifestações da comunidade científica na audiência pública realizada no bojo da Audiência Pública n. 21.

Em suma, a suspensão dos aplicativos de mensagens não passa pelo crivo da proporcionalidade em sentido amplo.

3.2. *STANDARDS* PARA O BLOQUEIO JUDICIAL DOS APLICATIVOS DE MENSAGENS

Apesar de amplamente difundida nacional e internacionalmente, a ponderação por meio da proporcionalidade e seus subprincípios não é a única técnica existente para a solução de conflitos entre direitos fundamentais. No presente tópico, busca-se elucidar a técnica de *standards* ou parâmetros, bem como aplicá-la também na análise do bloqueio judicial dos aplicativos de mensagens, diante da colisão entre o direito à comunicação e a segurança pública.

Como se sabe, o crivo da proporcionalidade em sentido amplo enfrenta algumas limitações, sobretudo no que concerne ao perigo da subjetividade exacerbada. Afinal, a mesma estrutura utilizada para considerar determinada medida proporcional pode ser utilizada para considerá-la desproporcional. Além disso, como já antecipado por Alexy, há grande dificuldade, na prática, de determinar os graus de adequação e necessidade da medida, assim como os graus de afetação ou importância da satisfação dos princípios em jogo. Assim, a

proporcionalidade já não racionaliza tão bem a tomada de decisões¹⁸³. É nesse cenário que os *standards* podem dar sua contribuição.

Ao contrário da proporcionalidade, não há muita produção acadêmica a respeito dos parâmetros no Brasil, e, por isso, a presente pesquisa socorre-se dos ensinamentos dos professores Siddharta Legale e Ana Paula de Barcellos, uns dos poucos a tratarem do tema.

De acordo com Legale, os parâmetros constituem temática da tradição judicial norte-americana. Eles surgem a partir do direito da responsabilidade civil e dos atos ilícitos, com o objetivo de tornar vinculante certos comportamentos ou interesses sociais em relações obrigacionais, como “tipos médios de conduta social”¹⁸⁴. Contudo, o grande marco judicial do uso dos parâmetros como técnica de ponderação foi a decisão proferida pela Suprema Corte no caso *United States v. Carolene Products*, em 1938. Nela, foram desenvolvidos os seguintes critérios para lidar com a constitucionalidade de normas, aplicáveis até hoje:

- (i) Caso se trate de regulação da atividade econômica, então, o controle jurisdicional em relação aos critérios do Legislador e da Administração devem ser mais brandos;
- (ii) Quanto às restrições aos direitos civis básicos e as liberdades, o controle será mais rígido (*strict scrutiny*) por considerar suspeitas tais restrições e por tolerá-las apenas nos casos em que estejam justificadas por necessidades públicas essenciais e indeclináveis;
- (iii) quanto as normas que instituíssem discriminações, à luz da noção de *equal protection of laws*, opera com parâmetros que consideram suspeitos alguns critérios utilizados pelo Legislador para desigualar as pessoas, tais como raça, religião, descendência e etc. Dessa forma, a legislação nessas hipóteses se submetem a um controle mais rigoroso do que a mera razoabilidade¹⁸⁵.

Já na doutrina, para Legale, é Roscoe Pound quem melhor explica o instituto, ao afirmar que as sociedades modernas precisam de mecanismos abstratos que permitam ao Judiciário lidar com os inúmeros interesses divergentes, a fim de incorporar e concretizar os valores, deveres e critérios de cuidado e responsabilidade. Os parâmetros, por conseguinte, possuem três dimensões: a) moral, ao valorar comportamentos; b) prática, por empregar critérios extra-jurídicos, como a experiência; e c) de flexibilização, que torna possível a adaptação de regras aos casos concretos¹⁸⁶. Nas décadas de 1950 e 1960, os *standards* são revisitados por Ronald Dworkin, no contexto da contestação do positivismo jurídico,

¹⁸³ LEGALE, Siddharta. Standards: o que são e como criá-los? *THEMIS- Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*. Fortaleza, v. 7, n. 2, jan./jul. 2009, p. 17. Disponível em: <https://revistathemis.tjce.jus.br/THEMIS/article/view/132/128>. Acesso em: 17 fev. 2024.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 21-22.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 24.

¹⁸⁶ POUND, Roscoe. *An Introduction to the Philosophy of Law*. New Haven: Yale University Press, 1954, p. 5 *apud ibid.*, p. 23.

passando a ser enxergados como diretrizes que estabelecem relações entre regras e princípios¹⁸⁷.

Com efeito, os parâmetros consistem em diretrizes ou pontos de apoio teórico-prático para tomada de decisões judiciais, administrativas ou legislativas. Legale assim conceitua:

Em sentido estrito, os parâmetros representam uma técnica de ponderação para atingir fundamentações racionais e justas, que procura estabelecer “relações de precedência condicionada”, presunções ou preferências em favor de um dado direito ou interesse quando presentes certas condições (*preferred rights* ou *preferred interests*). Seu emprego, na doutrina constitucional tradicional, consiste em detectar diante de quais variáveis de um interesse ou princípio deve prevalecer em relação ao outro ou, até mesmo, excepcionalmente, poderá afastar a incidência de uma regra no caso concreto. Em geral, tais preferências podem ser estabelecidas a partir da generalização de elementos comuns de alguns casos ou a experiência prática da vida que se transformam em padrão decisório para os demais¹⁸⁸.

Como os elementos do caso concreto são tão importantes para a ponderação, Ana Paula de Barcellos questiona retoricamente se é possível ou mesmo útil estabelecer parâmetros, mas logo responde afirmativamente à sua indagação. Segundo ela:

A relação extremamente próxima que há entre a ponderação e o caso concreto concentra, ao mesmo tempo, a força e a fragilidade dessa técnica de decisão jurídica. É sua força porque, como referido, fornece ao intérprete um instrumento poderoso, capaz de resolver casos para os quais não há solução pré-fabricada no ordenamento. Por outro lado, como também já se examinou nos capítulos iniciais, não parece compatível com a ideia de Estado de direito ou com a opção por uma Constituição rígida autorizar que boa parte da interpretação e aplicação das disposições constitucionais (incluindo os direitos fundamentais) seja definida em função de juízos exclusivamente pessoais (bem ou mal intencionados), puramente casuísticos e que, muitas vezes, serão contraditórios entre si¹⁸⁹.

Ocorre que por conta da complexidade da sociedade democrática contemporânea, a ponderação torna-se inevitável, e os parâmetros servem para balizar e controlar a interpretação jurídica, de modo a assegurar, ao menos, a aplicação isonômica do Direito¹⁹⁰. De mais a mais, os parâmetros não se prestam a funcionar como elementos rígidos e imutáveis, mas sim como preferências, conforme também alertou Legale no conceito supratranscrito. Logo, embora os parâmetros devam ser observados regularmente pelo intérprete, ele não está totalmente impedido de afastá-los no caso concreto, em razão de

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking the rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p.22 *apud ibid.*, p. 25.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 30.

¹⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 159-160.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 160.

peculiaridades que sejam capazes de ilidir a presunção neles contida. Incumbirá ao intérprete, no entanto, o ônus de bem fundamentar essa opção¹⁹¹.

Nas palavras de Legale:

A utilização dos parâmetros preocupa-se em atribuir ao intérprete, com seus valores e pré-compreensões, o dever de reconstruir o sistema jurídico à luz das inúmeras variáveis que o caso apresenta. A reconstrução da norma, de um lado, opera preservando a unidade e coerência do sistema jurídico e, de outro, possibilita a tomada de decisões racionais, previsíveis, isonômicas e justas¹⁹².

Desse modo, malgrado seu caráter preferencial, e não absoluto, os parâmetros são, na maior parte dos casos, ferramentas eficazes para controlar as diversas possibilidades que a ponderação oferece, assegurando, em alguma medida, a racionalidade da decisão. Isso porque parâmetros pré-definidos proporcionam uma previsibilidade da solução a ser dada ao problema e evitam que a cada caso todos os argumentos envolvidos na ponderação sejam novamente mobilizados, apesar de não dispensarem a eventual necessidade de adaptações dos seus enunciados¹⁹³.

Entre as críticas ao emprego dos parâmetros para a solução de conflitos entre direitos fundamentais está a suposta usurpação da função legislativa pelos magistrados e, conseqüentemente, a violação à separação dos poderes e ao Estado Democrático de Direito, argumento esse usado contra as técnicas de ponderação em geral. Todavia, não falta legitimidade democrática para a fixação de *standards* judiciais, já que eles buscam “harmonizar os diversos interesses em conflito, notadamente entre as normas constitucionais, os interesses das maiorias governamentais momentâneas e os Poderes e instituições envolvidas”¹⁹⁴. Ademais, servem, não raro, para proteger os direitos das minorias, no exercício do papel contramajoritário do Poder Judiciário, constitucionalmente consagrado¹⁹⁵.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 161-162.

¹⁹² LEGALE, *op. cit.*, nota 182, p. 36.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 37.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 39.

¹⁹⁵ Sobre o papel contramajoritário do Poder Judiciário e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal enquanto tribunal constitucional, ver BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018, p. 2171-2228. Em suma, Barroso leciona que os tribunais constitucionais, na maior parte dos países democráticos, detêm o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo e do Executivo, de modo que os juízes, que jamais receberam voto popular, podem sobrepor sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo. Apesar de parecer um contrassenso, “[a] legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política⁹⁶, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos” (p. 2198).

Cumpra destacar, ainda, que embora o enfoque seja a atuação judicial, o Legislativo e o Executivo também podem atuar mediante parâmetros, o que esvazia mais a crítica¹⁹⁶.

Além de conceituar e fundamentar os *standards*, Legale classifica as espécies de parâmetros conforme quatro critérios distintos. Quanto à origem, afirma que eles podem ser normativos, jurisprudenciais ou doutrinários, a depender do grau de generalidade e da margem de ponderação. Como o Poder Legislativo tem competência para instituir normas gerais e abstratas e deve observar tão somente os limites constitucionais, os parâmetros por ele traçados, por consequência, aproximam-se mais de diretrizes normativas. Por outro lado, o Judiciário, o Executivo e a doutrina têm competência interpretativa e devem observar tanto limites constitucionais quanto legais, além de se preocuparem com questões concretas. Logo, seus parâmetros assumem contornos mais precisos. Não obstante, os parâmetros jurisprudenciais incidem de forma mais forte se comparados aos parâmetros doutrinários¹⁹⁷.

Quanto à função, os parâmetros podem ser orgânico-funcionais, procedimentais ou materiais. Os primeiros delineiam as capacidades institucionais dos órgãos do Estado, estabelecendo limites e possibilidades de atuação. Os segundos voltam-se a conferir maior fluidez e precisão ao encadeamento dos atos jurídicos. Os terceiros, por sua vez, pautam a tomada de decisões por parte das instituições, considerando o conteúdo dos atos¹⁹⁸.

Quanto ao grau de precisão, há parâmetros gerais e especiais. Os parâmetros gerais são, na verdade, “metaparâmetros”, pois servem para orientar a criação e a aplicação de novos parâmetros. Já os especiais envolvem conflitos normativos específicos, como, por exemplo, o conflito entre a liberdade de imprensa e de informação e o direito à intimidade, à vida privada e à honra¹⁹⁹. Especialmente essa classificação também é empregada por Barcellos, que define os parâmetros gerais como aqueles aplicáveis a qualquer espécie de conflito ou, ao menos, úteis na maioria absoluta deles, e os parâmetros especiais como aqueles que se ocupam das colisões entre disposições específicas²⁰⁰. Essa distinção será mais profundamente abordada logo adiante, quando for explanado o roteiro de aplicação dos parâmetros defendido pela autora.

Antes, porém, cabe mencionar a última classificação dos parâmetros. Quanto à forma, os parâmetros podem ser diretrizes, testes específicos de ponderação, relações de

¹⁹⁶ LEGALE, *op. cit.*, nota 182, p. 38-39.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 31-33.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 33-34.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 34.

²⁰⁰ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 163.

precedência condicionada ou deveres *prima facie*. Para melhor entendimento sobre essas categorias, vale citar diretamente a explicação de Legale:

As *diretrizes* consubstanciam linhas gerais dentro das quais uma atuação deve se enquadrar. Os testes específicos de ponderação através de conceitos específicos, como próprio nome indica, são ideias que pautam a solução de um rol de problemas precisos, por exemplo, no direito norte-americano fala-se em “dano claro e iminente” (*clear and present damage*) em razão dos quais o Estado pode atuar para restringir a liberdade de expressão, por exemplo, para conter o *hate speech*. Do contrário, enquanto permanecerem como palavras apenas, o Estado não deve cercar a liberdade de expressão. Ou ainda, a ideia de *reasonable man* para as hipóteses de responsabilização civil por negligência. Por fim, o estabelecimento de parâmetros pode ser implementado por meio de as “relações de precedência condicionada” que via de regra fazem conexões entre normas, determinando a calibragem dos efeitos. Por exemplo, se um princípio for efetivado, outro princípio ou outra consequência fática deverá ser mais implementada. Outro exemplo é a realização em igual medida, em menor ou maior proporção, conforme o caso concreto. Podem se manifestar ainda como deveres *prima facie* que significam “deveres condicionais”, isto é, presentes certas condições são extraídas certas consequências, a não ser que existam outras condições capazes de afastá-las²⁰¹.

Isso posto, cabe agora abordar o procedimento de confecção dos *standards* e sua aplicação ao caso concreto. Nesse ponto, os autores aqui trabalhados divergem. Ao passo que Ana Paula de Barcellos defende a existência de três etapas que mesclam parâmetros gerais e especiais, Siddharta Legale estabelece um roteiro baseado no estudo de caso.

Para Barcellos, existem dois parâmetros gerais — fundados no sistema jurídico como um todo, sem vinculação a nenhuma circunstância fática específica — que devem ser aplicados a qualquer conflito. São eles: a) em uma situação de ponderação, regras devem ter preferência sobre princípios; e b) as normas que atribuem ou promovem diretamente direitos fundamentais dos indivíduos devem ter preferência sobre as que com elas por acaso se choquem e se liguem à realização desses direitos apenas de forma indireta²⁰². Complementando a aplicação desses dois parâmetros, o intérprete deve construir parâmetros especiais ou particulares, sempre levando em conta os comandos gerais.

De acordo com Barcellos, o primeiro parâmetro geral, de que as regras devem ter preferências sobre princípios, fundamenta-se na própria estrutura desses dois tipos normativos. Enquanto “as regras enunciam desde logo efeitos determinados e o caminho que os liga às condutas por eles exigidas”²⁰³, os princípios podem ser divididos em dois grupos:

O primeiro grupo congrega os princípios que descrevem efeitos relativamente indeterminados, cujo conteúdo, em geral, é a promoção de fins ideais, valores ou metas políticas. E essa indeterminação, ainda que relativa, decorre de a compreensão

²⁰¹ LEGALE, *op. cit.*, nota 182, p. 35.

²⁰² BARCELLOS, *op. cit.*, p. 163-164.

²⁰³ *Ibid.*, p. 173.

integral do princípio depender de concepções valorativas, filosóficas, morais e/ou de opções ideológicas.

O segundo grupo também pretende produzir efeitos associados a metas valorativas ou políticas, assim como acontece com o primeiro, mas os fins aqui descritos são determinados, o que aparentemente os aproximaria das regras. A dificuldade, porém, é que a identificação das condutas necessárias e exigíveis para a realização dos efeitos desses princípios não depende apenas da complexidade do próprio efeito e/ou da variedade de circunstâncias fáticas sobre as quais ele incide, como nas regras. Por conta da natureza do efeito pretendido, não se trata apenas de empreender um raciocínio lógico-jurídico para apurar as condutas exigíveis; cuida-se, diversamente, de escolher entre diferentes condutas possíveis a partir de distintas posições políticas, ideológicas e valorativas. Se há um caminho que liga o efeito às condutas no caso das regras, há uma variedade de caminhos que podem ligar o efeito do princípio a diferentes condutas, sendo que o critério que vai definir qual dos caminhos escolher não é exclusivamente jurídico ou lógico²⁰⁴.

Portanto, a indefinição dos princípios está associada a disputas entre concepções morais e políticas distintas, de modo que a escolha desses elementos não decorre de um juízo puramente jurídico. Nas regras, por outro lado, a variedade de condutas exigíveis decorre da mera necessidade de ajuste entre o efeito previsto no seu enunciado e a complexidade das situações de fato sobre as quais vai incidir²⁰⁵.

Não obstante tal diferença, Barcellos alerta que os princípios, tanto do primeiro quanto do segundo grupo, possuem um núcleo que funciona como regra e uma margem reservada à deliberação democrática. Segundo a jurista:

Dito de forma direta, as duas categorias de princípios podem ter sua estrutura descrita como dois círculos concêntricos. O círculo interior corresponderá — quanto ao primeiro grupo de princípios — a um núcleo de efeitos que acabam tornando-se *determinados* por decorrerem de forma inafastável do seu sentido e, conseqüentemente, adquirem a natureza de regra. Isto é: cuida-se de um conjunto mínimo de efeitos determinados (e a partir deles as condutas necessárias e exigíveis deverão ser construídas) contidos no princípio. Ainda que haja disputa sobre a existência de outros efeitos a partir desse núcleo, a ideia é a de que quanto a estes haverá consenso. O espaço intermediário entre o círculo interno e o externo (a coroa circular) será o espaço de expansão do princípio reservado à deliberação democrática; esta é que definirá o sentido, dentre os vários possíveis em uma sociedade pluralista, a ser atribuído ao princípio a partir de seu núcleo.

O mesmo pode ocorrer com a segunda categoria de princípios. Embora a definição das condutas necessárias para realizar o efeito normativo dependa de avaliações políticas, em muitos casos será possível identificar condutas básicas indispensáveis para a realização do efeito indicado pelo princípio, independentemente de colorações ideológicas. Desse modo, a imagem de dois círculos concêntricos também aqui pode ser empregada de forma útil: o círculo interior ocupado por condutas mínimas, elementares, e exigíveis e o exterior a ser preenchido pela deliberação democrática²⁴⁵. A estrutura que se acaba de descrever revela um dado da maior importância, descrito a seguir. Os princípios em questão operam na realidade de duas formas distintas: relativamente ao seu núcleo, funcionam como regras e, apenas em relação a sua área não nuclear, funcionam como princípios propriamente ditos²⁰⁶.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 173-174.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 176-177.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 181.

Ora, se a regra e a área nuclear dos princípios determinam a produção de efeitos determinados, de sorte que a não verificação importa em violação das mesmas, em caso de conflito com a margem dos princípios, que permitem uma realização mais ou menos ampla, a depender da concepção moral e política dominante no contexto, é evidente que os primeiros devem prevalecer. Em outras palavras, uma vez que as regras aplicam-se conforme o modelo “tudo ou nada”, ao passo que os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, podendo ser restringidos por regras que os excepcionem ou pela ponderação com outros princípios opostos, as regras terão preferência sobre os princípios nas hipóteses de colisão²⁰⁷. Deixar de lado essa máxima pode ter efeitos perniciosos, como explica Barcellos:

Ao se afastar uma regra sob o fundamento de que ela se oporia a alguma conduta derivada da área não nuclear de um princípio, incorre-se em um conjunto de distorções. Em primeiro lugar, caso se trate de uma regra infraconstitucional, o intérprete estará conferindo à sua concepção pessoal acerca do melhor desenvolvimento do princípio maior importância do que à concepção majoritária, apurada pelos Órgãos legitimados para tanto. A situação é ainda mais grave se a regra envolvida consta da Constituição. Nesse caso, o intérprete estará afastando a incidência de uma regra elaborada pelo poder constituinte originário e que, como padrão, veicula consensos básicos do Estado organizado pela Constituição. Por fim, como a solução do caso baseou-se na percepção individual do intérprete, muito frequentemente ela não se repetirá em circunstâncias idênticas, ensejando violações do princípio da isonomia²⁰⁸.

Em suma, diante de um conflito insuperável entre regra e princípio, a regra constitucional — inclusive o núcleo dos princípios — deve ser preservada, e o princípio, comprimido. Lembrando, contudo, que a regra deve sempre ser interpretada conforme a equidade, e que sua prevalência poderá ser excepcionada quando se caracterizar uma imprevisão legislativa ou quando determinada norma, produzida pela incidência da regra, for inconstitucional, embora o enunciado da regra permaneça válido em tese. Fora desses casos, a regra não poderá ser afastada a pretexto de ponderação²⁰⁹.

As limitações ao parâmetro geral da prevalência da regra justificam-se porque é possível que a incidência da regra no caso concreto seja manifestamente injusta. Dessa forma, especialmente nos enunciados que trazem elementos indefinidos, como cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados, o intérprete deve sempre buscar a aplicação conforme a equidade²¹⁰. Pode ser, ainda, que a situação fática sobre a qual deva incidir a regra tenha se alterado de tal forma que sua aplicação torna-se inconveniente e indesejável, afastando-se do que o legislador previu ao editar o enunciado. Por fim, é possível que, embora o enunciado da

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 180-183.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 190.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 211-212.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 225-226.

regra possa ser aplicado ao caso do ponto de vista linguístico, exista uma disparidade quanto aos pressupostos fáticos entre o caso específico e as situações em geral às quais ele é comumente aplicado. Assim, surge a necessidade de declarar a inconstitucionalidade da norma produzida ao se aplicar o enunciado ao caso, apesar de este se manter válido em abstrato²¹¹.

O parâmetro geral da prevalência da regra sobre o princípio e suas exceções possuem especial relevância quando estão em conflito normas com estruturas distintas. Contudo, ele não é capaz de solucionar o conflito normativo entre dois princípios. Sendo este o caso, para Barcellos, será necessário avançar para as etapas seguintes da construção de parâmetros particulares e do emprego do segundo parâmetro geral, qual seja a prevalência da norma que realiza mais diretamente o direito fundamental.

Barcellos descreve o segundo parâmetro geral nos seguintes termos: “a norma que de forma direta promova e/ou proteja a dignidade humana deve ter preferência sobre outra norma que apenas indiretamente está associada com a proteção ou promoção da dignidade humana”²¹². No entanto, para fins de simplificação, a própria autora substitui “dignidade humana” por “direitos fundamentais do indivíduo”. Desse modo, diferentemente do primeiro parâmetro geral, em que se observa a estrutura das normas em colisão, a comparação no segundo parâmetro é de natureza substancial, isto é, entre os conteúdos das normas em conflito.

Como já sugerido na exposição da teoria, o segundo parâmetro geral só deve ser empregado caso a questão não tenha se resolvido pelo primeiro, pois todos os princípios, diante da sua indefinição característica, podem ser reconduzidos à proteção da dignidade da pessoa humana, de modo que a maioria dos casos se resolveria no afastamento da regra, o que subverte a lógica do sistema jurídico²¹³.

Voltando à descrição do parâmetro, Barcellos leciona que é preciso identificar qual das normas em conflito realiza o direito fundamental de maneira mais direta, pois é certo que a promoção da dignidade da pessoa humana não é alcançada apenas por meio de providências diretas, mas também por meio de instituições e normas que a organizam, as quais, indiretamente, contribuem para o mesmo objetivo. É o que ocorre, por exemplo, com a separação dos poderes, cujo objetivo é organizar o poder político de modo a conter abusos e

²¹¹ *Ibid.*, p. 229-232.

²¹² *Ibid.*, p. 235.

²¹³ *Ibid.*, p. 238-241.

arbitrariedades. Em última análise, visa proteger a dignidade da pessoa humana, mas o faz de maneira indireta²¹⁴. Nas palavras de Barcellos:

Note-se, portanto, ainda que sob outra perspectiva, que as diferentes normas que o processo de ponderação venha a apurar sempre podem, em alguma medida, ser reconduzidas à ideia de dignidade humana. O propósito do parâmetro é conferir preferência àquela que o faz de forma mais direta. Essa preferência, porém, não se funda em qualquer espécie de desprezo pelas estruturas que, indiretamente, promovem a dignidade das pessoas, mas sim e apenas na necessidade de decidir entre uma coisa e outra.

[...]

Mas, antes de qualquer outra, é possível visualizar uma razão lógica bastante simples: se existem fins, e há meios para alcançá-los, e se, em determinadas circunstâncias, os meios conflitam com os próprios fins que buscam realizar, não se deve privilegiar o meio em detrimento do fim²¹⁵.

Essa opção por privilegiar normas que diretamente promovam os direitos fundamentais, segundo a autora, está amplamente justificada na Constituição de 1988, que fez uma opção clara pela centralidade da dignidade da pessoa humana, como se vê logo no seu artigo 1º²¹⁶, bem como no Direito Internacional, o que se extrai dos diversos tratados de direitos humanos, alguns já citados ao longo deste trabalho.

Finalmente, Barcellos trata da construção dos parâmetros particulares para os conflitos normativos específicos, que deve levar em conta a estrutura normativa, as circunstâncias fáticas envolvidas em sua aplicação com maior frequência, outros elementos normativos existentes no sistema e as diferentes normas que surgem nesses contextos²¹⁷. Para a análise dessa perspectiva múltipla, ela sugere que o intérprete faça três grupos de perguntas:

A proposta que segue descrita de forma bastante objetiva emprega três grupos de perguntas com essa finalidade. As perguntas reunidas no *primeiro grupo* estão relacionadas de forma preponderante com a estrutura do enunciado normativo e já incorporam as preocupações do primeiro parâmetro geral (regras preferem princípios).

O *segundo conjunto* de perguntas está associado ao conteúdo material do enunciado: os efeitos que ele pretende produzir no mundo dos fatos, as condutas necessárias e exigíveis à realização desses efeitos e, afinal, as prerrogativas que ele confere. As respostas obtidas aqui, dentre outras utilidades, auxiliarão o intérprete a visualizar o núcleo dos princípios e a empregar o segundo parâmetro geral proposto acima (preferência das normas que de forma direta promovem os direitos fundamentais dos indivíduos, sobre aquelas que o fazem apenas de forma indireta), caso isso seja necessário. O *terceiro grupo* de perguntas procura identificar circunstâncias que interferem de forma relevante na definição do sentido e propriamente com a aplicação do enunciado.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 242-243.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 244-245.

²¹⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 6. 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: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

²¹⁷ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 275.

Seguindo este método que alia os parâmetros gerais aos parâmetros particulares, Barcellos entende que é possível realizar uma ponderação mais técnica e racional.

Legale, contudo, discorda dessa fórmula pela sua lógica dedutiva, que parte da norma para o caso concreto. Para ele, se a ideia dos *standards* é encontrar uma solução generalizada para um grupo de casos da vida real, é mais adequado inverter a ordem, para que as perguntas sejam feitas a partir do caso, comparando-se seus elementos fáticos relevantes e, só depois, sopesando-se as regras e princípios relevantes²¹⁸. Para ele, “[a] lógica aplicada seria a indutiva e não a dedutiva, tomando como referencial a realidade, ao invés da norma. O caso concreto, ao invés do enunciado normativo”²¹⁹.

Sendo assim, Legale sugere um roteiro composto por três etapas: a) estudo de caso; b) catálogo dos casos; e c) condensação linguística para obtenção dos parâmetros. A primeira etapa consiste em estudar o caso concreto, e, para tanto, ele sugere subdividi-la em outras três etapas: a.1) pontuar os fatos e as controvérsias relevantes; a.2) agrupar os fundamentos da decisão que poderiam conduzir a uma decisão e, depois, os que poderiam conduzir a decisão contrária; e a.3) comentar a decisão final, observando os argumentos contrários e favoráveis à tomada de decisão²²⁰. Legale resume esse processo da seguinte forma:

Nem sempre é fácil pontuar os fatos e as controvérsias relevantes suscitadas. O objetivo, com isso, é extrair a norma do caso concreto que vincula as partes também os tribunais inferiores (*holding ou ratio decidendi*), colocando em segundo plano as considerações marginais que, normalmente, produzem efeitos meramente persuasivos (*obiter dictum*). Para tal extração da *holding*, será importante examinar elementos como (i) os fatos relevantes para o caso concreto; (ii) a questão posta em juízo; (iii) a fundamentação; (iv) o que restou efetivamente decidido.

[...]

Uma vez que no início do primeiro parágrafo já foram transmitidas as controvérsias relevantes, resta ao parágrafo subsequente expor a primeira os argumentos encontrados no voto do relator e daqueles que o acompanharam, seja pelos mesmos argumentos, seja por argumentos diferentes ou acrescentando novos. No terceiro, faz-se o mesmo, expondo argumentos dos votos divergentes.

Por fim, no parágrafo conclusivo, esclarece-se a posição prevalente no tribunal seja destacando a importância da decisão em análise, seja realizando uma crítica. O comentário do caso pode lançar mão de duas alternativas. A primeira procede a uma comparação com demais precedentes antecedentes e subsequentes, dando uma feição eminentemente jurisprudencial ao comentário. A segunda opção é destacar um dos assuntos abordados na decisão com intuito de explicar melhor um determinado conceito jurídico empregado, o enquadramento jurídico e as classificações no qual ele está envolvido, as conexões existentes com os demais institutos jurídicos e as possíveis aplicações práticas. Nessa hipótese, o comentário ganha contornos mais doutrinários²²¹.

²¹⁸ LEGALE, *op.cit.*, nota 182, p. 39-41.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 41.

²²⁰ *Ibid.*, p. 43.

²²¹ *Ibid.*, p. 44.

A segunda etapa consiste na construção de um catálogo dos casos, reunindo julgados de casos anteriores que sejam relativos ao assunto para o qual se deseja estabelecer parâmetros e, se não existirem, buscando julgados de tribunais estrangeiros, de preferência de países com semelhanças culturais. Para Legale, é possível, ainda, usar atos administrativos, exemplos históricos e matérias jornalísticas subsidiariamente²²².

Por fim, a terceira etapa envolve a construção dos parâmetros propriamente ditos, reunindo-se as observações parciais em uma só proposição. Sobre esse processo, Legale explica:

Em termos mais claros, os parâmetros devem ser colocados em formulações sintéticas, obtidas a partir da reunião de observações parciais e comparações entre os diversos elementos do catálogo. Ocorre uma verdadeira condensação linguística da proposta de parâmetro que representa um esforço de a generalização da experiência, balizada, ainda que *a posteriori*, nos princípios, regras e interesses. Essa condensação linguística resulta da comparação das variáveis envolvidas no processo de comparação, em geral, expressam-se basicamente de duas formas.

A primeira delas formula locuções que acabam sendo empregadas de forma típica para resolução de um nicho de casos. [...] É ilustrativo o caso do parâmetro “clear and present damage” para apenas guiar a possibilidade de restringir, no direito norte-americano, à liberdade de expressão. Quando se tratar apenas de as palavras a ações, a liberdade é plena. A restrição é admitida, diante da possibilidade de causar dano. Nos Estados Unidos, chegou-se a admitir o discurso do ódio (hate speech), vedando-o quando estejam prestes a causar danos a alguém ou constitua crime de ameaça. A segunda opção consiste, como bem observou Robert Alexy, em estabelecer relações de precedência condicionada, isto é, circunstância em razão da qual um princípio ou interesse deve prevalecer em relação ao outro. Imagine-se, por exemplo, a colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. A circunstância dessa colisão ocorrer em um local público ou envolver uma pessoa pública faz com que a liberdade de expressão prevaleça, a princípio, sobre o direito à imagem. [...] Em geral, as relações de precedência condicionada podem ser expressas nos seguintes termos: “quanto mais..., mais...”; “quanto mais..., menos...”; “quanto menos... , menos...”; “se..., então...”; “Isso têm preferência *prima facie* sobre aquilo”²²³.

Assim como Barcellos, Legale reconhece que a implementação do seu roteiro nem sempre é tarefa fácil, mas entende que ele pode auxiliar o intérprete nos casos de conflitos entre direitos fundamentais²²⁴.

Aplicando-se ambos os métodos ao objeto desta pesquisa, é possível chegar à mesma conclusão do tópico anterior, de que o bloqueio judicial dos aplicativos de mensagens como meio de coerção ao fornecimento do conteúdo das comunicações é ilegítimo.

Como visto, as normas em conflito no caso concreto são a segurança pública e o direito à comunicação. Seguindo os passos de Barcellos, de plano, constata-se que o primeiro parâmetro geral não é adequado para a hipótese, pois se está diante de duas normas com

²²² *Ibid.*, p. 46.

²²³ *Ibid.*, p. 49-50.

²²⁴ *Ibid.*, p. 51.

estruturas de princípios, ou seja, o conflito não envolve regras. Por outro lado, a aplicação do segundo parece adequada, cabendo realizar a comparação de conteúdos e verificar qual norma realiza mais diretamente o direito fundamental dos indivíduos.

Nesse sentido, insta salientar que o bloqueio judicial dos aplicativos de mensagens não necessariamente leva ao sucesso das investigações criminais e, por conseguinte, ao incremento da segurança pública. Primeiramente porque a suspeita policial sobre os usuários interceptados pode simplesmente não se confirmar. Ademais, porque, repita-se à exaustão, a interceptação só é possível por meio da vulneração da criptografia de ponta a ponta, ferramenta de privacidade usada pelos aplicativos, o que expõe todos os usuários a crimes cibernéticos. Por fim, vale reiterar que a interceptação pode ser facilmente percebida pelos criminosos e a possibilidade de manipulação das conversas pelas autoridades policiais descredibilizam a prova obtida.

Por outro lado, a restrição ao direito à comunicação é imediata: suspenso o aplicativo, o fluxo de dados é interrompido, os prejuízos são instantâneos, e a possibilidade de migração para outro programa ou meio de comunicação não é capaz de recompô-los. Convém aqui fazer novamente alusão ao argumento usado pelo Desembargador Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima, do TJSE, que revogou a suspensão do *WhatsApp* decretada pelo juiz Marcel Maia Montalvão, no caso de Lagarto. Conforme exposto no primeiro capítulo do trabalho, para o magistrado, a suspensão dos aplicativos como coerção e sanção evidentemente busca o bem comum, mas este mesmo bem comum é resguardado quando não se causa embaraço ao uso da Internet e das comunicações. No primeiro caso, o bem comum é consequência, enquanto no segundo, ele é imediato²²⁵.

Essa ideia pode ser melhor desenvolvida na construção de parâmetros particulares para o conflito entre a segurança pública e o direito à comunicação, a qual exige a análise do pano de fundo fático. Como visto, existe consenso científico sobre a quase impossibilidade técnica da interceptação do conteúdo das mensagens trocadas entre usuários dos aplicativos de mensagens, uma vez que ela só é possível mediante a inserção de falhas propositais no sistema de criptografia de ponta a ponta, ferramenta de privacidade que deve ser incentivada no mundo digital, de acordo com o mesmo consenso. Ademais, a suspensão de todo o serviço afeta não só os supostos criminosos, como toda a coletividade, que desenvolve suas atividades cotidianas através dos aplicativos. Portanto, nos casos em que a requisição judicial envolver o fornecimento do conteúdo das mensagens protegidas pela criptografia, o direito à

²²⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 18.

comunicação deve prevalecer sobre a segurança pública, devendo as autoridades policiais buscar outros meios investigativos para a obtenção das informações, como busca e apreensão dos aparelhos celulares seguida de quebra de sigilo, ou infiltração de agentes. Igualmente, o direito à comunicação deve prevalecer sobre a segurança pública quando a requisição judicial envolver dados cadastrais dos usuários ou outros registros não protegidos pela criptografia, sendo, porém, possível nesse caso o uso de outros meios coercitivos e sancionatórios que não a suspensão dos aplicativos.

Seguindo agora o roteiro de Legale, cumpre registrar que as etapas de estudo de caso e de catálogo dos casos foram, de certo modo, realizadas no primeiro capítulo desta pesquisa. Nele foram resumidos todos os casos de bloqueio de aplicativos de mensagens no Brasil, bem como expostos os principais argumentos dos magistrados que decretaram a medida e daqueles que a revogaram. Não obstante, para facilitar o estudo, é importante trazer um resumo.

Foram quatro as decisões judiciais de suspensão do *WhatsApp* e duas do aplicativo *Telegram*, proferidas entre os anos de 2015 e 2022, todas no bojo de investigações de crimes graves como pedofilia, tráfico de drogas, *fake news*, atos antidemocráticos e homicídios. Em todas as decisões que envolveram o bloqueio do *WhatsApp*, a requisição judicial era de interceptação das mensagens trocadas pelos criminosos ou do fornecimento do seu conteúdo em tempo real. Já em relação ao *Telegram*, os casos envolveram a requisição de dados cadastrais ou o banimento de usuários específicos. Os principais argumentos favoráveis à suspensão dos aplicativos foram o suposto respaldo legal no artigo 12, III, do MCI²²⁶, a resistência das empresas a cumprirem as ordens judiciais por um longo período de tempo, a aplicação prévia de multas sem sucesso, a gravidade dos delitos e a possibilidade de restrição do direito à privacidade dos usuários face à segurança pública, uma vez que a apuração dos delitos favoreceria toda a sociedade e nenhum direito é absoluto. Os principais argumentos contrários à suspensão dos aplicativos foram a falta de razoabilidade da medida, por afetar os milhões de usuários das plataformas, a existência de outros meios de investigação não esgotados, o fato de o bloqueio não garantir o sucesso da persecução penal e a violação à liberdade de expressão.

No fim dos trâmites processuais, como visto, prevaleceu a corrente contrária à suspensão dos aplicativos de mensagens, o que também se verificou, grosso modo, nos votos

²²⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 5. Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa:

[...]

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

dos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, relatores da ADPF n. 403 e da ADI n. 5527, em que o STF aprecia o tema com ineditismo²²⁷. Primeiramente porque uma leitura sistemática do Marco Civil da Internet demonstra uma preferência do legislador pela preservação da intimidade e da privacidade, no tocante à guarda e disponibilização de dados pelas aplicações da Internet, de sorte que as sanções nele previstas, especialmente a suspensão de que trata o mencionado artigo 12, referem-se ao descumprimento dessas cautelas. Destarte, não há respaldo legal para a suspensão dos aplicativos como sanção pelo descumprimento de ordem judicial. Ademais, conforme amplamente exposto no tópico anterior, de fato, o bloqueio revela-se desproporcional.

Evidentemente que no caso concreto enxerga-se um conflito entre a segurança pública e uma série de outros direitos e princípios, como a liberdade de expressão e a livre iniciativa, por exemplo. Entretanto, a opção desta pesquisa, diante da vastidão do tema, foi analisar especificamente o conflito entre a segurança pública e o direito à comunicação, que, embora não citado nominalmente em todos os casos estudados, está implícito no argumento central daqueles que se opõem ao bloqueio dos aplicativos: o impacto sobre os milhões de usuários que nada têm a ver com os crimes investigados, que traduz a desproporcionalidade ou falta de “razoabilidade” — termo empregado sem o rigor técnico — da medida.

Assim, chega-se aos mesmos parâmetros construídos anteriormente: a) nos casos em que a requisição judicial envolver o fornecimento do conteúdo das mensagens protegidas pela criptografia, o direito à comunicação deve prevalecer sobre a segurança pública, devendo as autoridades policiais buscar outros meios investigativos para a obtenção das informações; e b) o direito à comunicação deve igualmente prevalecer sobre a segurança pública quando a requisição judicial envolver dados cadastrais dos usuários ou outros registros não protegidos

²²⁷ Enquanto o Ministro Edson Fachin foi categórico em seu voto, ao declarar a inconstitucionalidade da suspensão dos aplicativos de mensagens como sanção pelo descumprimento de ordem judiciais de requisição de dados, a Ministra Rosa Weber adotou posição mais temperada, que não se coaduna totalmente às conclusões dessa pesquisa. Ao interpretar o artigo 12 do MCI, ela entendeu que está autorizada a imposição das penalidades de suspensão temporária das atividades e de proibição de exercício das atividades, nos casos de descumprimento a) da legislação brasileira quanto à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como aos direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros, inclusive em face do descumprimento, no âmbito de investigação criminal ou de instrução processual penal, b) de ordem judicial para disponibilização de registro de conexão e de acesso a aplicações de internet e dados pessoais, ou c) de ordem judicial para disponibilização do conteúdo de comunicações privadas específicas, quando materialmente possível o seu cumprimento, nas hipóteses e na forma de lei que estabeleça prévio leque de infrações definidas como especialmente graves, a ponto de justificar a natureza da medida. Todavia, negou a extensão das sanções pela inobservância de ordem judicial de disponibilização de conteúdo de comunicações passíveis de obtenção tão só mediante fragilização deliberada dos mecanismos de proteção da privacidade inscritos na arquitetura da aplicação. Em outras palavras, para a Ministra, se o caso envolver dados que possam ser fornecidos sem a vulneração da criptografia de ponta a ponta, a suspensão dos aplicativos é possível. Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto da Relatora Ministra Rosa Weber na ADI n. 5527. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5527voto.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2024.

pela criptografia, sendo, porém, possível nesse caso o uso de outros meios coercitivos e sancionatórios que não a suspensão dos aplicativos.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o presente trabalho analisou a constitucionalidade do bloqueio judicial dos aplicativos de mensagens como meio de coerção e sanção pelo descumprimento de ordens para o fornecimento de dados relevantes para investigações criminais.

Foi possível identificar um total de seis casos de bloqueio judicial de aplicativos no Brasil, quatro deles envolvendo o *WhatsApp*. O primeiro foi determinado em fevereiro de 2015 pelo juiz Luís Moura Correia, do Piauí, no bojo de investigação criminal de pedofilia. A decisão foi reformada em sede de mandado de segurança impetrado perante o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. O segundo partiu do juízo da 1ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo, em dezembro de 2015, também revogado por decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferida no mandado de segurança n. 2271462-77.2015.8.26.0000. O terceiro bloqueio proveio do juízo da Vara Criminal de Lagarto, no Sergipe, em maio de 2016, no bojo de investigação de tráfico de drogas. Novamente, o Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe reformou a decisão no mandado de segurança n. 201600110899. O quarto e último bloqueio do *WhatsApp* foi ordenado em julho de 2016 pelo juízo da 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias, no Rio de Janeiro, mas a decisão acabou sendo cassada pelo Supremo Tribunal Federal em liminar deferida na APDF n. 403.

Os outros dois casos de bloqueio envolveram o aplicativo *Telegram*. Uma das decisões partiu do Ministro Alexandre de Moraes, em março de 2022, atendendo a pedido formulado pela Polícia Federal na Pet. n. 9.935/DF, ante o descumprimento de ordens judiciais para a interrupção de perfis, a indicação de usuários, o fornecimento de dados cadastrais e a suspensão de monetização das contas vinculadas a Allan Lopes dos Santos, blogueiro investigado no inquérito das *fake news* e dos atos antidemocráticos. A decisão foi revogada poucos dias depois, após a empresa cumprir uma série de determinações do STF. A outra ordem de bloqueio foi dada em abril de 2023, por decisão da Justiça Federal do Espírito Santo, mediante a recusa ao fornecimento de dados cadastrais de participantes de grupos neonazistas, suspeitos de envolvimento no ataque a uma escola da cidade de Aracruz. O bloqueio durou cerca de três dias, até que a decisão foi reformada pela Segunda Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

A análise dos casos citados permitiu averiguar os principais argumentos favoráveis e contrários à suspensão dos aplicativos, bem como reconhecer o conflito entre diversos direitos fundamentais. Entre os argumentos favoráveis estão a resistência das empresas a cumprirem as ordens judiciais por um longo período de tempo, a aplicação prévia de multas sem sucesso,

a gravidade dos delitos e a possibilidade de restrição do direito à privacidade dos usuários face à segurança pública, uma vez que a apuração dos delitos favoreceria toda a sociedade e nenhum direito é absoluto. Já entre os argumentos contrários estão a falta de razoabilidade da medida, por afetar os milhões de usuários das plataformas, a existência de outros meios de investigação não esgotados, o fato de o bloqueio não garantir o sucesso da persecução penal e a violação à liberdade de expressão.

O trabalho também trouxe um resumo das ações diretas de constitucionalidade em trâmite sobre a questão, a ADPF n. 403 e a ADI n. 5527. Da maneira como a questão foi levada ao STF, nota-se uma ênfase na violação ao direito à comunicação, à privacidade e à livre concorrência, assim como na necessidade de interpretação conforme a Constituição dos dispositivos do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), especialmente os artigos 10, §2º, e 12, incisos III e IV. Demonstrou-se a importância da realização da Audiência Pública n. 21, sobretudo para esclarecer a viabilidade técnica de acesso das empresas desenvolvedoras dos aplicativos ao conteúdo das mensagens trocadas pelos usuários.

Nesse sentido, as manifestações dos especialistas demonstraram que os aplicativos de mensagens utilizam a criptografia de ponta a ponta, de modo que cada usuário possui um par de chaves criptográficas, uma privada e uma pública. Apenas a chave pública é compartilhada com o servidor para permitir a troca de mensagens, mas o conteúdo das mesmas só pode ser acessado por meio da chave privada, armazenada no telefone do usuário. Em outras palavras, as empresas apenas realizam a troca de mensagens, mas não acessam ou armazenam seu conteúdo. A única forma de interceptar as mensagens é por meio da inclusão de falhas propositalmente no sistema de segurança, chamadas genericamente de *backdoors* ou portas dos fundos, as quais poderiam ser desvirtuadas por terceiros e facilmente percebidas pelos grupos criminosos. Portanto, a comunidade científica ratifica a quase impossibilidade do fornecimento do conteúdo das comunicações, ao menos sem pôr em xeque a privacidade de todos os usuários.

Do mesmo modo se confirmou a ineficácia do espelhamento das mensagens trocadas entre os suspeitos para as autoridades policiais, como na ferramenta *WhatsApp Web*, já que seria necessária a presença física do smartphone a ser espelhado pelo menos uma vez, para estabelecer a conexão. Além disso, o espelhamento permite que os investigadores manipulem os dados, enviando e apagando mensagens sem deixar evidências, o que comprometeria a credibilidade da prova em eventual ação penal.

Verificado o estado da arte do tema, em seguida, a pesquisa debruçou-se sobre o direito à comunicação, princípio escolhido entre aqueles em colisão com a segurança pública,

nos casos de bloqueio dos aplicativos de mensagens. Apesar de não estar formalmente positivado nos principais documentos internacionais de direitos humanos e na Constituição de 1988, há grande tendência acadêmica e social de consolidá-lo como direito autônomo, mormente a partir da década de 1970, quando foi elaborado o Relatório MacBride pela UNESCO.

Com efeito, o direito à comunicação comumente aparece na legislação associado com a liberdade de expressão ou com o direito à informação, mas, embora interdependentes, são conceitos que não se confundem. O direito à comunicação equivale ao direito de todas as pessoas produzirem, acessarem e difundirem informação e cultura em condições isonômicas. Seus titulares investem-se não só da prerrogativa de agir — produzindo, acessando e difundindo a informação —, como também de exigir cada uma dessas prestações. Afinal, o trânsito de informações só é viável faticamente se as pessoas conseguem usar as tecnologias adequadas para tanto, de modo que não há que se falar em direito à comunicação sem falar em democratização do acesso aos meios de comunicação.

Em outras palavras, para os fins da pesquisa, o direito à comunicação pode ser definido como o direito fundamental de produzir, acessar e compartilhar informações, bem como o direito de dispor de meios para tanto, considerando o estágio do desenvolvimento tecnológico. Assim, mostrou-se a necessidade de uma modificação de paradigma do indivíduo como mero receptor do conteúdo dos veículos de mídia tradicionais para o indivíduo que também produz esse conteúdo, detendo o poder de comunicar.

Além da conceituação do direito à comunicação, foi abordado como a privacidade é condição para sua efetivação plena, que só se observa com a proteção dos processos comunicativos contra interferências externas. Isso porque, ao indivíduo, cabe escolher livremente qual é a extensão da informação que será compartilhada e com quem ela será compartilhada. Ademais, quando se pensa nos aplicativos de mensagens, o êxito da comunicação depende da confiança dos usuários de que os seus dados pessoais estão protegidos. Desse modo, os aplicativos de mensagens, com seus sistemas criptográficos, integram o próprio conteúdo do direito à comunicação, falando-se em direito à comunicação protegida.

Por fim, delineado o conflito entre o direito à comunicação e a segurança pública, adjacente à questão do bloqueio judicial dos aplicativos de mensagens, foram empregadas duas técnicas distintas de ponderação para avaliar a constitucionalidade da medida: o princípio da proporcionalidade e a construção de *standards* ou parâmetros.

Primeiramente, a suspensão dos aplicativos foi submetida ao crivo da proporcionalidade e seus subprincípios, conforme a teoria de Robert Alexy. Já na análise da idoneidade, a medida revelou-se desproporcional, uma vez que não favorece a segurança pública, pois a quase impossibilidade técnica de interceptação do conteúdo das mensagens criptografadas está confirmada cientificamente. Não adianta coagir as empresas a cumprirem ordem judicial cujo cumprimento é quase impossível, ainda mais quando o “quase” depende do comprometimento da segurança e da privacidade dos milhões de usuários dos aplicativos. Ou seja, o bloqueio não só não favorece a persecução penal, como restringe o direito à comunicação protegida de todos os usuários. Assim, conclui-se que se trata de medida inidônea.

Não obstante, foi proposto o exercício de *supor* que o bloqueio superou o primeiro exame da idoneidade, a fim de se avançar para os subprincípios seguintes. Nessa toada, quanto à necessidade, diante do imenso poderio econômico das empresas desenvolvedoras dos aplicativos, em sua maioria de caráter transnacional, percebe-se que não há medidas verdadeiramente eficazes que sejam menos gravosas ao direito à comunicação, porquanto as multas, por exemplo, mostraram-se inócuas. Por conseguinte, o bloqueio, ignorando-se a quase impossibilidade técnica que resultou no fracasso do exame idoneidade, seria sim medida necessária.

Ainda nesse exercício de suposição, foi realizado o exame da proporcionalidade em sentido estrito, ele próprio subdividido em três etapas. No tocante à definição do grau de não satisfação ou de afetação do princípio contrário (etapa “a”), ante a importância que os aplicativos detêm no mundo atual, sendo, talvez, o meio de comunicação mais usado no Brasil, concluiu-se que o bloqueio implicaria restrição grave. Paralelamente, no que tange à definição da importância da satisfação do outro princípio (etapa “b”), tendo em vista que os casos que envolveram o bloqueio dos aplicativos tiveram por pano de fundo a investigação da criminalidade organizada, responsável por delitos graves, mas que, por outro lado, existem outros meios investigativos mais eficazes, concluiu-se que a importância da segurança pública seria média. Por fim, na etapa “c”, comparando-se os graus obtidos nas etapas anteriores, não restaram dúvidas de que bloqueio dos aplicativos de mensagens é medida inconstitucional, que viola a proporcionalidade.

Quanto à construção de *standards*, a técnica foi explicada com base nos ensinamentos de dois juristas: Ana Paula de Barcellos e Siddharta Legale. Ambos conceituam a ponderação por meio de parâmetros, grosso modo, como a tentativa de estabelecer presunções ou preferências para a solução de conflitos normativos, de modo a

tornar as decisões mais racionais e isonômicas. Contudo, Barcellos propõe método por meio do qual o intérprete deve aplicar dois parâmetros gerais do sistema jurídico — preferência de regras sobre princípios e preferência das normas que promovem diretamente direitos fundamentais sobre aquelas que o façam de forma indireta — em conjunto com parâmetros particulares, específicos para o caso concreto, a serem construídos a partir de uma perspectiva múltipla do conflito normativo em questão. Legale, por sua vez, sugere um roteiro informado por uma lógica indutiva, composto por três etapas: estudo de caso, catálogo dos casos e condensação linguística para obtenção dos parâmetros.

Mediante o aproveitamento das informações colhidas nos capítulos e tópicos anteriores, o resultado da adoção dos dois procedimentos foram os seguintes *standards*: a) nos casos em que a requisição judicial envolver o fornecimento do conteúdo das mensagens protegidas pela criptografia, o direito à comunicação deve prevalecer sobre a segurança pública, devendo as autoridades policiais buscar outros meios investigativos para a obtenção das informações; e b) o direito à comunicação deve igualmente prevalecer sobre a segurança pública quando a requisição judicial envolver dados cadastrais dos usuários ou outros registros não protegidos pela criptografia, sendo, porém, possível, nesse caso, o uso de outros meios coercitivos e sancionatórios que não a suspensão dos aplicativos.

Portanto, o estudo ora realizado confirma a hipótese de que o bloqueio judicial dos aplicativos de mensagens como meio de coagir as empresas e sancioná-las pelo descumprimento de ordens de requisição de dados é incompatível com a ordem constitucional. Sem embargo, é certo que a assertiva vale para o atual estágio de desenvolvimento tecnológico, devendo ser revista com a evolução do mundo digital através do tempo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, ano 22, n. 66, p. 13-64, set. a dez. 2002. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=289390>. Acesso em: 03 nov. 2023.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução Mário da Gama Kury. Distrito Federal: Editora Universidade de Brasília, 1985.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 2015, p. 151-179, jan./mar. 1999.

BAIÃO, Kelly. C. Sampaio; GONÇALVES, Kalline Carvalho. A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. *civilistica.com*, v. 3, n. 2, p. 1-24, 10 dez. 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BBC BRASIL. *Os países que restringiram ou baniram o Telegram*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cx8p40q7qgvo>. Acesso em: 30 maio. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. *Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 05 dez. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 8.771, de 11 de maio de 2016*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8771.htm. Acesso em: 05 dez. 2022.

BRASIL. *Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 05 dez. 2022.

BRASIL. *Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 05 dez. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 16 fev. 2024.

BRASIL. *Lei n. 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: 27 out. 2022.

BRASIL. Portal STF. *Audiências públicas realizadas*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 641.877*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20641877>. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 5527*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4983282>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 403*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4975500>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública 21: Marco civil da internet e suspensão do aplicativo WhatsApp por decisões judiciais no Brasil*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Acesso em 05 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Convocação conjunta de audiência pública simultânea sobre os arts. 10, §2º, e 12, III e IV, da Lei nº 12.965/2017: Marco Civil da Internet (ADI 5.527 - Rel. Min. Rosa Weber) e a suspensão do aplicativo WhatsApp por decisões judiciais no Brasil (ADPF 403- Rel. Min. Edson Fachin)*. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADPF403_CONVOCACAO_CONJUNTA_DE_AUDIENCIA_PUBLICA.pdf. Acesso em: 05 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão de convocação de audiência pública para discutir o bloqueio do aplicativo WhatsApp por decisões judiciais no Brasil*. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADPF403DESPACHOCONVOCATRIO.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão interlocutória na ADI n. 5527*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350632175&ext=.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na ADPF n. 403*. Relator: Ministro Edson Fachin. Relator p/decisão: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309988799&ext=.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet. n. 9.935/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/alexandre-moraes-ordena-bloqueio.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2022

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. *MS n. 2015.0001.001695-3*. Relator: Desembargador Raimundo Nonato da Costa Alencar. Disponível em https://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/consulta_processo.php?num_processo_consulta=201500010016953. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *MS n. 2271462-772015.8.26.0000*. Relator: Desembargador Xavier de Souza. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tj-sp-suspende-bloqueio-whatsapp.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe. *MS n. 2016000110899*. Relator: Desembargador Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima. Disponível em https://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2016/tjse_201600110899_03052016.pdf. Acesso em: 27 out. 2022.

COELHO, Luiza Tângari. A proteção da intimidade na correspondência eletrônica: extensão da tutela da correspondência tradicional?. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 61, p. 355-395, jul./dez. 2012.

CONSALTER, Zilda Mara. *Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual*. Curitiba: Juruá, 2017.

COSTA, Sandoval Marinho da; PULCINELLI, Eliana. Bloqueios do Whatsapp no Brasil: uma análise fática e jurídica. In: GOMES, Daniel Machado; GOMES, Maria Paulina (org.). In: *Coletâneas Acadêmicas IV: Curso de Direito*. Rio de Janeiro: Facha Ed., 2020, p. 30-50.

ENCONTRO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 2005, Brasília. *Carta de Brasília*. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/endh_cartabrasilia. Acesso em: 30 jan. 2023.

FERNANDES, Rodrigo. *Telegram é seguro? Entenda polêmicas sobre app quase bloqueado no Brasil*. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2022/03/telegram-e-seguro-entenda-polemicas-sobre-app-quase-bloqueado-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 30 maio. 2023.

FERREIRA, Aluízio. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

FISCHER, Desmond. *O direito de comunicar: expressão, informação e liberdade*. Tradução: Luiz Roberto S. Seabra Malta. Revisão: José W. S. Soares. São Paulo: Brasiliense, 1984.

FRANCESO, Wagner. *Desembargador nega recurso do WhatsApp e mantém bloqueio de 72h*. Disponível em: <https://wagnerfrancesco.jusbrasil.com.br/noticias/332955610/desembargador-nega-recurso-do-whatsapp-e-mantem-bloqueio-de-72h>. Acesso em: 30 nov. 2022

IG ÚLTIMO SEGUNDO. *Justiça derruba ordem de suspensão do Telegram no Brasil*. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2023-04-29/justica-derruba-ordem-suspensao-telegram.html>. Acesso em: 30 maio 2023.

KASPERSKY. *O que é criptografia de dados? Definição e explicação*. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/resource-center/definitions/encryption>. Acesso em: 30 maio. 2023.

LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta; JOHANN, Rodrigo F. As Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal nos Modelos Gilmar Mendes e Luiz Fux: a legitimação técnica e o papel do cientista no laboratório de precedentes. In: VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio do; MARQUES, Gabriel Lima (Org.). *Democracia e suas instituições: V Fórum de Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Imo's, 2014, p. 181-209.

LEGALE, Siddharta. Standards: o que são e como criá-los? *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, Fortaleza, v. 7, n.2, p. 15-56, jan./jul. 2009. Disponível em: <https://revistathemis.tjce.jus.br/THEMIS/article/view/132/128>. Acesso em: 17 fev. 2024.

LEGALE, Siddharta; CAUSANILHAS, Tayara. *A Opinião Consultiva N. 07/86 da Corte IDH: dimensões e restrições da liberdade de expressão*. Disponível em: <https://nidh.com.br/oc5/>. Acesso em: 30 jan. 2023.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; ROSSETTO, Guilherme Ferreira. O Marco Civil da Internet e o bloqueio de aplicativos de comunicação no Brasil: reflexões à luz do princípio da proporcionalidade. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 64-86, jan./jun. 2018.

MARRA, Milena; PAULINO, Fernando. Os direitos humanos à comunicação e à informação: reflexões a partir do cárcere brasileiro. *Paradoxos*, Uberlândia, v. 4, n. 1, jan./jun. 2019, p. 40.

MARTINS, Thays. *Pandemia impulsiona empreendedorismo digital de pequenos e grandes no Brasil*. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/cidades-df/2021/08/4943244-pandemia-impulsiona-empendedorismo-digital-de-pequenos-e-grandes-no-brasil.html>. Acesso em: 06 abr. 2023.

MATTELART, Armand. A construção social do direito à comunicação como parte integrante dos direitos humanos. Tradução de Edgard Rebouças. *Intercom - Revista Brasileira de Ciências da Comunicação*, São Paulo, v. 32, n. 1, p. 33-50, jan./jun. 2009.

MORAES, Acácio. *94% têm conta em alguma rede social; WhatsApp lidera com 92%*. Folha de S. Paulo. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2022/07/94-tem-conta-em-alguma-rede-social-whatsapp-ldera-com-92.shtml>. Acesso em: 27 out. 2022.

MORENO, Diego. *Brasileiro fica 3 horas e 31 minutos por dia nas redes sociais*. Disponível em: <https://www.agenciavisia.com.br/news/brasileiro-fica-3-horas-e-31-minutos-por-dia-nas-redes-sociais/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. *Documentos da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação: Genebra 2003 e Túnis 2005*. Tradução Marcelo Amorim Guimarães. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2014.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 12 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 12 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 12 out. 2022.

PASQUALI, Antonio; JURADO, Jomel. *Propuesta de formulación del derecho a la comunicación*. Disponível em: <https://www.movimientos.org/pt-br/node/1019>. Acesso em: 01 mar. 2023.

PERUZZO, Cicilia. Direito à comunicação comunitária, participação popular e cidadania. *Revista do Programa de Pós-graduação em Comunicação*, Juiz de Fora, v. 1, n. 1, p. 1-29, jun. 2007.

PORTAL G1. *Decisão de juiz do Piauí manda tirar WhatsApp do ar em todo o Brasil*. Disponível em <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2015/02/decisao-de-juiz-do-piaui-manda-tirar-whatsapp-do-ar-em-todo-o-brasil.html>. Acesso em: 27 out. 2022.

PORTAL G1. *Justiça do Rio de Janeiro determina bloqueio do WhatsApp em todo o país*. Disponível em <https://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2016/07/justica-do-rio-de-janeiro-determina-bloqueio-do-whatsapp-em-todo-o-pais.html>. Acesso em: 27 out. 2022.

PORTAL G1. *Protestos contra a morte de George Floyd pelo mundo nesta sexta-feira*. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/06/05/protestos-contr-a-morte-de-george-floyd-pelo-mundo-nesta-sexta-feira-5-fotos.ghtml>. Acesso em: 06 abr. 2023.

PORTAL G1. *Telegram não entrega dados completos à PF sobre neonazistas, e Justiça determina suspensão da plataforma no país*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/04/26/telegram-nao-entrega-dados-completos-a-pf-sobre-neonazistas-e-justica-determina-suspensao-da-plataforma-no-pais.ghtml>. Acesso em: 30 maio. 2023.

PORTAL G1. *WhatsApp bloqueado: operadoras são intimadas a barrar app no país por 48h*. Disponível em <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/12/operadoras-sao-intimadas-bloquear-whatsapp-no-brasil-por-48-horas.html>. Acesso em: 27 out. 2022.

PORTAL G1. *WhatsApp bloqueado: relembre todos os casos de suspensão do app*. Disponível em <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/07/whatsapp-bloqueado-relembre-todos-os-casos-de-suspensao-do-app.html>. Acesso em: 27 out. 2022.

PORTAL G1. *WhatsApp deve ser bloqueado por 72 horas, ordena Justiça*. Disponível em <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/05/justica-do-sergipe-manda-operadoras-bloquearem-whatsapp.htm>. Acesso em: 27 out. 2022

RAMOS, Guilherme. *Brasileiros passam mais da metade de suas vidas na Internet, estima pesquisa*. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2022/05/brasileiros-passam-mais-da-metade-de-suas-vidas-na-internet-estima-pesquisa.ghtml>. Acesso em: 15 mar. 2023.

RODAS, Sérgio. *Alexandre de Moraes ordena bloqueio de aplicativo de mensagens Telegram no país*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-18/alexandre-moraes-ordena-bloqueio-aplicativo-telegram>. Acesso em: 27 out. 2022.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, Lilian Bartira Santos; ARAGÃO, Carla Azevedo de; PRETTO, Nelson De Luca. Relatório Macbride: Releitura à luz de ameaças ao direito à comunicação nas plataformas digitais. *Ámbitos Revista Internacional de Comunicación*. Sevilha, n. 51, p. 79-96, jan. 2021

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2022. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4567833/mod_resource/content/1/2.%20SILVA%2C%20Virg%C3%ADlio%20Afonso%20da.%20O%20Proporcional...%20p.%2023-50.pdf. Acesso em: 20 jul. 2023.

TEIXEIRA, Tarcisio; SABO, Paulo Henrique; SABO, Isabela Cristina. Whatsapp e a criptografia ponto-a-ponto: tendência jurídica e o conflito privacidade vs. interesse público. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, p. 607-638, jul./dez. 2017.

UNESCO. *Um mundo e muitas vozes: comunicação e informação na nossa época*. Tradução Eliane Zagury. São Paulo: FGV, 1983.

UNIÃO EUROPEIA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 12 out. 2022.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*. Boston, v. IV, n. 5, 15 de dezembro de 1890. Disponível em: https://h2o.law.harvard.edu/text_blocks/5660. Acesso em: 30 maio. 2023.

WIMMER, Miriam. O direito à comunicação na Constituição de 1988: o que existe e o que falta concretizar. *Revista Eco-pós*. Rio de Janeiro, v. 11, n.1, p. 146-165, jan./jul. 2008.