

Exma. Sra. Ministra Rosa Weber, Dda Relatora da ADI n. 5527

A **Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB**, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 34.102.228/0001-04, representativa dos interesses dos magistrados brasileiros, com sede no SCN, Quadra 2, Bloco D, Torre B, Sala 1302, Shopping Liberty Mall, Brasília-DF, CEP: 70712-903, vem, respeitosamente, por seus advogado, nos autos da **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5527**, proposta pelo **Partido da República**, requerer a sua intervenção no feito, inclusive para fins de sustentação oral, na qualidade de

amicus curiae

(Lei nº 9.868/98, art. 7º, c/c art. 131, § 3º, do RISTF)

com o objetivo de contribuir no debate dessa Corte quando do julgamento do mérito, apresentando óbice intransponível ao acolhimento da pretensão, conforme demonstrará.

A despeito de haver norma própria de regência do *amicus curiae* da ação direta de inconstitucionalidade pode a AMB invocar igualmente a presença dos requisitos do art. 138 do CPC/15, uma vez que presente a “relevância da matéria” assim como a “especificidade do tema objeto da demanda” e a “repercussão social da controvérsia” decorrente da pretensão deduzida pelo autor, no sentido (a) da declaração de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 12 da Lei n. 12.965/14, e a interpretação conforme do art. 10, parágrafo 2º, a fim de que seja limitado o seu alcance aos casos de persecução criminal (b) ou ainda a declaração de nulidade sem redução de texto do art. 12, III e IV, da Lei n. 12.965/14, de forma a afastar a sua aplicação aos aplicativos de tora de mensagens virtual, ou (c) por último, que se dê interpretação conforme a tais dispositivos, condicionando-se a aplicação das sanções de suspensão temporária e de proibição do exercício das atividades somente após as sanções previstas no art. 12, I e II, mostrarem-se frustradas.

I - A representatividade da AMB e a relevância da matéria que justifica o seu ingresso na ação como *amicus curiae*

O PR propôs a ADI indicando como suporte fático que levaria à declaração de nulidade de dispositivos da Lei do Marco Civil ou a interpretação conforme, decisões jurisdicionais que determinaram a suspensão do aplicativo de mensagens *whatsapp*, em sede de procedimentos criminais, que invocaram a exceção ao sigilo das comunicações previsto na parte final do art. 5º, inciso XII, da CF.

Investe o PR, como se pode depreender, em face do exercício de jurisdição, que a Constituição Federal e as leis nacionais atribuíram aos órgãos do Poder Judiciário, ou seja, aos magistrados.

O eventual deferimento do pedido final veiculado na ação importará na redução ou limitação do exercício da atividade judicante especialmente no curso da instrução de processos criminais ou da execução das decisões proferidas em processos penais.

A “barreira à atuação jurisdicional” foi apontada pelo PGR no parecer que apresentou sobre o pedido de cautelar da ADPF 403, que contém pedido conexo ao presente:

“O pleito, em última análise, impossibilita ex ante que autoridades judiciais apreciem as peculiaridades de cada caso e apliquem a legislação pertinente, independentemente das circunstâncias, dos fundamentos e da causa de pedir, além de militar em favor de empresa específica de comunicação.

Além de criar barreira à atuação jurisdicional, o pedido de impedir a priori decisões judiciais que determinem bloqueio do aplicativo WhatsApp Messenger envolve análise da Lei do Marco Civil da Internet (Lei 12.965, de 23 de abril de 2014), seja para declarar inconstitucionalidade de alguns dispositivos, seja para conferir-lhes interpretação conforme a Constituição.”

Eventual decisão deferitória proferida na presente ADI implicará, portanto, na redução da efetividade das decisões jurisdicionais como instrumento de composição das lides ou de eficácia das decisões, especialmente os feitos de natureza criminal.

Daí a necessidade de a AMB comparecer nos presentes autos para o fim de demonstrar a constitucionalidade dos dispositivos legais impugnados na petição inicial, uma vez que estão presentes os requisitos legais que autorizam e justificam a sua intervenção nessa ação direta de inconstitucionalidade.

* * *

Ainda que assim não fosse, as circunstâncias apontadas justificam a intervenção da requerente, na qualidade de legítima representante dos magistrados, pois uma de suas finalidades institucionais é a defesa do regular funcionamento do Poder Judiciário, que será inegavelmente alcançado.

Com efeito, as finalidades institucionais da requerente não se restringem à defesa dos interesses corporativos dos seus associados, mas também à defesa do próprio funcionamento do Poder Judiciário, conforme já decidiu essa eg. Corte (STF, Pleno, ADI 1303, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ. 01.09.00):

“EMENTA: MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DE SANTA CATARINA: § 2º DO ART. 45: REDAÇÃO ALTERADA PELA RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 062/95-TRT/SC: PROMOÇÃO POR ANTIGÜIDADE: JUIZ MAIS ANTIGO; VOTO SECRETO. PRELIMINAR: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB; LEGITIMIDADE ATIVA; PERTINÊNCIA TEMÁTICA. DESPACHO CAUTELAR, PROFERIDO NO INÍCIO DAS FÉRIAS FORENSES, AD REFERENDUM DO PLENÁRIO (art. 21, IV e V do RISTF). 1. Preliminar: esta Corte já sedimentou, em sede de controle normativo abstrato, o entendimento da pertinência temática relativamente à legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, admitindo que sua atividade associativa nacional busca realizar o propósito de aperfeiçoar e defender o funcionamento do Poder Judiciário, não se limitando a matérias de interesse corporativo (ADI nº 1.127-8). (...)”

Ademais, os requisitos da legitimação para ingressar nas ações de controle concentrado de constitucionalidade como *amicus curiae* (terceiros intervenientes) não são os mesmos da legitimação para a propositura da ação.

Isso restou claro no julgamento da ADI n. 3045, quando essa Corte enfrentou a preliminar de suposta impossibilidade de a REBRAAF ingressar no processo como *amicus curiae*, sob a alegação de que não preencheria os requisitos (a) de ser associação de classe, mas sim de outras associações; (b) e de não possuir vínculo de pertinência temática com a matéria discutida, como se pode ver do voto do relator, Min. Celso de Mello (DJ. 01.06.07):

“Cabe-me analisar, inicialmente, questão preliminar suscitada pelos eminentes Advogado-Geral da União (fls. 160) e Procurador-Geral da República (fls. 169, item n. 5), consistente na impossibilidade de intervenção processual, na presente causa, da REBRAAF – Rede Brasileira de Entidades Assistenciais Filantrópicas, sob a alegação de que, por tratar-se de associação de associações e por não se verificar, quanto a ela, o atendimento da exigência relativa à pertinência

temática, essa entidade não se subsume à qualificação de “amicus curiae”, seja porque se trata de associação de associações, seja porque não satisfaz a exigência concernente ao vínculo da pertinência temática, seja, ainda, porque sustenta a inconstitucionalidade da norma legal em questão sob fundamento diverso (ofensa à liberdade de associação) daquele invocado pelo autor desta ação direta, que apoia a sua pretensão no suposto desrespeito ao postulado da autonomia jurídica das entidades desportivas.”

Em seguida, o em. Min. Celso de Mello rejeitou a preliminar, demonstrando que os requisitos para ser autor de ação direta de inconstitucionalidade são distintos dos requisitos para ser *amicus curiae*, até porque, para esse último, a qualificação necessária é de que seja um “terceiro” interveniente e prescindida, por decorrência, da necessidade de possuir legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade. Veja-se o restante do voto:

“Rejeito a preliminar suscitada, quer porque se acham atendidas, no caso as condições ficadas no art. 7º, § 2º da Lei n. 9.868/99, quer porque a qualificação como “amicus curiae” – que constitui terceiro interveniente – prescinde, por isso mesmo, ao contrário do que pretendido pelo eminente Advogado-Geral da União, da necessidade de “possuir legitimidade ativa para a ação de controle abstrato” (fls. 160).

Cumpra assinalar, neste ponto, que a REBRAF congrega mais de 700 (setecentas) entidades assistenciais filantrópicas, valendo destacar aquelas que compõem o seu Conselho Gestor, relacionadas a fls. 51/56 e cabendo mencionar as que intervieram em sua fundação, mencionadas a fls. 56/60 destes autos, tudo a evidenciar que essa Instituição possui significativa e adequada representatividade que a qualifica para os fins a que alude o § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99.

É certo que o Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que (...)

A Lei n. 9.868/99, ao regular o processo (...) A razão de ser dessa vedação legal (...)

Não obstante tais razões, cumpre lembrar a regra inovadora constante do art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, que, em caráter excepcional, abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistenciais, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade.

A norma legal em questão, ao excepcionalmente admitir a possibilidade de ingresso formal de terceiros no processo de controle normativo abstrato, assim dispõe: (...)

No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, a figura do “amicus curiae”, permitindo, em conseqüência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.

Cabe advertir, no entanto, que a intervenção do “amicus curiae”, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional.

Impõe-se destacar, neste ponto, por necessário, a ideia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do “amicus curiae” no processo de fiscalização normativa abstrata.

Não se pode perder de perspectiva que a regra inscrita no art. 7º, § 2º da Lei n. 9.868/99, que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do “amicus curiae” – tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte (...), quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade.

Então, além de não ser exigível do terceiro que pretenda ingressar na relação processual da ação direta de inconstitucionalidade que possua a mesma legitimação do autor desta, o que se revela necessário é que apresente “razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional”.

No caso sob exame, a AMB teria legitimidade ativa até mesmo para propor ação oposta à ADI, vale dizer, uma ADC, em face da Lei do Marco Civil, razão pela qual, com maior motivo, possui legitimidade para se apresentar na ação que foi proposta pela PR para sustentar a constitucionalidade dos dispositivos impugnados.

Daí porque estão presentes os requisitos legais que autorizam e justificam a intervenção da AMB como *amicus curiae* na presente ação.

II – Não é a lei ou os magistrados que dão causa à suspensão das atividades dos aplicativos de comunicação, mas os próprios aplicativos, ao criarem sistema de criptografia inexpugnável que os impedem de cumprir decisões de quebra de sigilo

Assinala o Partido da República que o escopo específico da ação é o de discutir a constitucionalidade da pena de suspensão de aplicações na internet que permitem a troca de mensagens via *web* em razão de descumprimento de decisão judicial, tendo em vista a função social peculiar desse tipo de serviço prestado.

Afirmou ainda o Partido da República que a sociedade brasileira teria assistido, atônita, decisões judiciais de bloqueio de aplicativos tecnológicos que viabilizam a troca de mensagens e dados de seus usuários por meio da internet.

Indicou, para tanto, 3 decisões que foram claramente proferidas em processos de natureza criminal. Um Inquérito objeto de decisão do Juiz da Central de Inquéritos de Teresina/PI. Um procedimento de interceptação telefônica objeto de decisão do Juiz da 1ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo/SP. E Um Inquérito objeto de decisão do Juiz da Vara Criminal de Lagarto/SE.

Em outro trecho da petição inicial, no entanto, o próprio Partido da República reconhece que a Constituição Federal contempla exceção ao princípio do sigilo das comunicações, no inciso XII, do art. 5º, ao ressaltar a quebra de sigilo de comunicações por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução de processo penal.

Então, o Partido da República reconhece que as decisões por ele indicadas, que teriam deixado a sociedade brasileira atônitas, foram proferidas exatamente na sede de processos criminais, porque um determinado aplicativo (*whatsapp*) se negara a dar cumprimento às decisões judiciais que impunham a quebra do sigilo das comunicações (interceptação em tempo real, como se dá com as ligações telefônicas, e não o registro ou arquivo de texto das comunicações já feitas).

A partir desse quadro o Partido da República faz uma inaceitável comparação do Brasil com países que realizam censura prévia ou até mesmo a proibição do tráfego da internet, sem compreender que o que tem ocorrido no Brasil é a conduta ilícita dos aplicativos de negarem acesso ao Poder Judiciário às comunicações realizadas por esses aplicativos, na sede de processos criminais.

A contradição da argumentação apresentada é evidente, d.v., na medida em que, ao reconhecer que o texto constitucional estabelece determinadas exceções ao sigilo das comunicações, mas sustentar que o aplicativo poderia negar a eficácia do texto constitucional -- negando a quebra de sigilo nas hipóteses legais -- restará a conclusão de que ele se tornou ilegal e não que haveria ilegalidade das decisões.

E a ilegalidade da conduta dos aplicativos decorre apenas do fato de eles mesmos terem criado um sistema de criptografia que eles, confessadamente, afirmam não ser suscetível de acesso por qualquer pessoa que não seja o remetente e o destinatário da informação.

E aí é importante registrar que essa situação de ilegalidade não decorre da existência do aplicativo no formato que existia inicialmente, até o ano de 2015, mas apenas do formato que passou a ter a partir daquele ano.

Então, quando o Partido da República afirma que as decisões judiciais que suspendem as atividades dos aplicativos estariam apenando e prejudicando a sociedade, faz uma afirmação de um abuso ou de uma ilegalidade inexistente que estaria sendo perpetrada pelos magistrados.

Omite o PR, convenientemente, que a suspensão das atividades do aplicativo decorre de um DESCUMPRIMENTO DA NORMA CONSTITUCIONAL por parte do aplicativo, que poderia não ocorrer, caso não tivesse criado e implementado um sistema de criptografia que ele mesmo afirma não ser passível de acesso por qualquer pessoa que não seja o remetente e o destinatário da informação.

O que se pode depreender, portanto, é que os aplicativos é que dão causa às decisões judiciais de suspensão do seu funcionamento, seja ao criarem uma criptografia inexpugnável, seja ao negarem a quebra de sigilo determinada por ordem judicial em sede de processos criminais.

III – A dificuldade de conhecimento da “ADI”, porque os dispositivos da Lei do Marco Civil se reportam a outras leis, que a CF afirmou serem as destinadas à instrução criminal. As decisões que suspenderam o *whatsapp* foram proferidas em processos criminais

O Partido da República afirmou ainda na petição inicial que *“a interpretação constitucionalmente adequada é aquela que categoriza os aplicativos de troca de mensagens pela internet como comunicação telefônica, de maneira que a quebra de sigilo somente pode ser autorizada por ordem judicial para fins de persecução penal”*.

Compreende o Partido da República que *“o Marco Civil da internet não disciplina adequadamente a matéria, pois apenas determina que a quebra de sigilo do conteúdo das mensagens trocadas pela internet seja autorizada por ordem judicial, silenciando-se sobre a necessidade de se tratar de investigação criminal”*.

Com a ressalva do devido respeito, o exame da Lei do Marco Civil não permite concluir que houvesse duas ou mais interpretações, além dessa assinalada pelo Partido da República, tanto assim que as decisões que suspenderam as atividades do aplicativo *whatsapp* foram proferidas em processos de natureza criminal, em face da negativa do aplicativo de cumprir a ordem judicial de quebra do sigilo das comunicações havidas em grupos de criminosos.

Logo, inexistindo mais de uma interpretação possível do texto legal em face da norma constitucional, não há como falar na possibilidade de ser dada uma interpretação conforme, conforme assentado na jurisprudência:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA.

(...)

*IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. **Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade.** Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.*

(ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214-01 PP-00043)

Por outro lado, compreende a AMB que não há o déficit legislativo alegado pelo Partido da República, pelo fato de a lei do Marco Civil silenciar sobre a necessidade de que a quebra do sigilo do conteúdo das mensagens somente ser possível na hipótese de investigação criminal.

E não há essa deficiência da lei, porque para aplicar as sanções do artigo 12 (advertência, multa, suspensão das atividades e proibição das atividades), o § 2º do artigo 10 se reporta, expressamente, às HIPÓTESES e à FORMA que a LEI ESTABELECE.

Seria ou será impugnável eventual lei que venha a prever a quebra do sigilo de comunicações fora da hipótese de investigação criminal, única excepcionada pelo texto constitucional (CF, art. 5º, XII).

A Lei do Marco Civil, ao se reportar às outras leis, quanto a possibilidade de o conteúdo de comunicações ser disponibilizada mediante ordem judicial, não padece portanto de qualquer inconstitucionalidade, d.v.

Em hipótese assemelhada, de lei que se reportou a edição de outra lei, esse STF ao julgar determinada ação direta de inconstitucionalidade, considerou-a improcedente exatamente porque a eventual inconstitucionalidade estaria presente na outra lei.

Refere-se a AMB à ADI n. 790, na qual se impugnou norma contida na lei ordinária (o § 1º, do art. 231, do Estatuto do Servidor Público, já revogado pela Lei n. 9.783/99) que não fixava, desde logo, alíquota progressiva, mas apenas autorizava a fixação dessa por meio de outra lei, como se pode ver da lei e da ementa do acórdão:

Lei n. 8.112/90:

Art. 231. O Plano de Seguridade Social do servidor será custeado com o produto da arrecadação de contribuições sociais obrigatórias dos servidores dos três Poderes da União, das autarquias e das fundações públicas.

§ 1º A contribuição do servidor, diferenciada em função da remuneração mensal, bem como dos órgãos e entidades, será fixada em lei.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - MAJORAÇÃO PERCENTUAL - CAUSA SUFICIENTE - DESAPARECIMENTO - CONSEQUENCIA - SERVIDORES PUBLICOS FEDERAIS. O disposto no artigo 195, PAR. 5., da Constituição Federal, segundo o qual "nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio", homenageia o equilíbrio atuarial, revelando princípio indicador da correlação entre, de um lado, contribuições e, de outro, benefícios e serviços. O desaparecimento da causa da majoração do percentual implica o conflito da lei que a impôs com o texto constitucional. Isto ocorre em relação aos servidores públicos federais, considerado o quadro revelador de que o veto do Presidente da República relativo ao preceito da Lei n. 8.112/90, prevendo o custeio integral da aposentadoria pelo Tesouro Nacional, foi derrubado pelo Congresso, ocorrendo, no interregno, a edição de lei - a de n. 8.162/91 - impondo percentuais majorados. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - SERVIDORES PUBLICOS. A norma do artigo 231, PAR.1. da Lei n. 8.112/90 não conflita com a Constituição Federal no que dispõe que "a contribuição do servidor, diferenciada em função da remuneração mensal, bem como dos órgãos e entidades, será fixada em lei".

(ADI 790, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/1993, DJ 23-04-1993 PP-06918 EMENT VOL-01700-01 PP-00077 RTJ VOL-00147-03 PP-00921)

Essa eg. Corte considerou o dispositivo legal impugnado constitucionalmente válido, porque não estava fixando alíquota alguma. Isso está claro no voto proferido pelo relator, Ministro Marco Aurélio:

“Preceitua o citado parágrafo que “a contribuição do servidor, diferenciada em função da remuneração mensal, bem como dos órgãos e entidades, será fixada em lei”. Em um primeiro plano, constata-se que o texto não é explícito relativamente à forma da diferenciação nele contemplada, ou seja, junte-se à remuneração do servidor sem especificar, em si, o fator percentual. Destarte, considerado o trecho atacado -- e o exame da harmonia do ato normativo com a lei básica federal faz-se unicamente pelo cotejo de ambos – não se pode cogitar de inconstitucionalidade.

Em realidade S.Exa chegou a criticar a norma, afirmando que “previsão obstaculizadora da fixação em valor absoluto único” seria um desprezo à remuneração --- mas a considerou sem eficácia normativa passível de glosa pela nulidade inconstitucional, porque haveria ainda de ser fixada em lei, como se pode ver do trecho final do voto:

“Já sob o ângulo da eficácia do ato normativo, depreende-se da parte final do preceito a submissão a lei. A contribuição do servidor, diferenciada, é certo – previsão obstaculizadora da fixação em valor absoluto único, em verdadeiro desprezo à remuneração -- “será fixada em lei”.

É o que ocorre também na lei do Marco Civil. A leitura do § 2º do art. 10, assim como os incisos III e IV do art. 12 da Lei do Marco Civil, é necessária para a compreensão:

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

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

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:

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

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

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

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

Está claro, claríssimo, que para aplicar as sanções do artigo 12, **será necessária a existência de outra lei** prevendo as hipóteses de quebra do sigilo das comunicações.

Até o presente momento, não há um dispositivo legal que esteja admitindo a quebra do sigilo de comunicações, que não seja em processo de natureza criminal.

Da mesma forma, até o presente momento somente se tem notícia das decisões judiciais mencionadas pelo próprio autor, que foram proferidas claramente na sede de procedimentos de natureza criminal.

Não há notícia de outras decisões judiciais -- e o autor não indicou -- que tivessem suspenso o funcionamento do *whatsapp* ou de algum aplicativo assemelhado, na sede de processo civil, trabalhista, tributário ou de outra matéria que NÃO fosse a criminal.

Parece evidente não apenas a ausência de interesse de agir do Partido da República, como o próprio não cabimento da ação, se a lei por ele impugnada não prevê hipóteses de quebra de sigilo diversas das admitidas na Constituição Federal e se as decisões judiciais que se tem notícia possuem a mesma fundamentação que o Partido da República afirma ser a constitucionalmente mais adequada.

A pretensão deduzida pelo Partido da República, no sentido de que, fora da exceção constitucional, não poderiam decisões judiciais realizar a quebra de sigilo de comunicação, já está contemplada na legislação, afinal NÃO há lei alguma estabelecendo algo diverso do que previsto na CF.

Daí porque, não há como cogitar da violação aos princípios constitucionais apontados na petição inicial (princípios da livre comunicação e da continuidade do serviço, da intranscendência e da individualização da pena, da livre iniciativa, da livre concorrência, da restrição indevida aos direitos dos consumidores, e da proporcionalidade).

Não pode a AMB deixar de registrar, no entanto, que o resultado da audiência pública revelou-se catastrófico para a pretensão deduzida pelo Partido da República, na medida em que os próprios dirigentes do *whatsapp* CONFESSARAM que não têm como acessar as informações criptografadas enviadas e recebidas pelos usuários.

Eles confessaram a INCOSNTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE do *whatsapp*, pelo menos a partir do momento em que passou a transmitir informações criptografadas, já que o sistema não está permitido a incidência da norma constitucional (art. 5º, XII).

IV – Nenhum meio de comunicação pode ficar imune à atuação do Estado, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, sob pena de ser inconstitucional e, portanto, inválido

Como visto dos últimos parágrafos do capítulo antecedente, a audiência pública realizada revelou informação da maior relevância, quer pelo representante legal do *whatsapp*, quer pelos técnicos e cientistas que foram ouvidos: o sistema de criptografia implementado pelo *whatsapp* seria insuscetível de quebra de sigilo (ou extremamente trabalhosa e onerosa de sorte a torna-la impraticável).

A informação mais relevante, no entanto, veio do próprio representante legal do *whatsapp*: para ele o sistema de criptografia seria insuscetível de quebra de sigilo pelo próprio *whatsapp*.

No entender da AMB essa informação é suficiente para o fim de que esse eg. STF julgue improcedentes os pedidos formulados nessa ação e proclame a inconstitucionalidade dessa modalidade de comunicação, pelo menos no sistema criptografado, enquanto esse se revelar indevassável pelo Estado ou pelo provedor do serviço de comunicação.

Com efeito, diante do quadro legal e constitucional existente no Brasil, não se pode aceitar a validade -- existência no plano da atividade legal e autorizável -- de um meio de comunicação de dados que seja insuscetível de acesso pelo Estado, para fins de investigação criminal ou instrução penal. Basta ver o disposto no inciso XII, do art. 5º da CF:

“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.”

Aí está a norma da Constituição Federal que, ao mesmo tempo em que afirma a existência do sigilo das comunicações telefônicas, esclarece que ele não é absoluto.

Não é só. Esse dispositivo constitucional teve a sua parte final regulamentada pela lei n. 9.296/96, como se pode ver do seu artigo 1º e parágrafo único:

“Art. 1º **A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.**
Parágrafo único. O disposto nesta Lei **aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.**”

Esse dispositivo equiparou o fluxo de comunicações existente em sistemas de informática e telemática ao fluxo das comunicações telefônicas.

Há mais. O Código de Processo Penal, na parte que toca as medidas cautelares, dispôs de forma expressa no inciso VI do art. 319 o seguinte:

“Art. 319. **São medidas cautelares diversas da prisão:**

(...)

VI - **suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;”**

Como se pode ver, o inciso VI, do art. 319, do CPP é claro ao afirmar que a atividade de natureza econômica, utilizada para a prática de infrações penais, pode ser SUSPENSA.

Há, ainda, a Lei do Marco Civil que dispôs, em especial, nos artigos 10, 11 e 12, o seguinte:

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

(...)

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

(...)

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

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

Ora, o § 2º do artigo 10 da Lei do Marco Civil é claro ao afirmar que o conteúdo das informações privadas pode ser disponibilizado mediante ordem judicial na forma que a lei estabelecer (outra lei). E aí ninguém pode negar que, para esse fim, existem (a) a lei processual penal e (b) a Lei da Interceptação Telefônica.

O *caput* do artigo 11 da Lei do Marco Civil, por sua vez, é claro ao submeter à legislação brasileira, inclusive quanto “ao sigilo de comunicações”, as operações de comunicações e de aplicações de internet quanto um dos atos ocorre em território nacional.

Então, quando a Lei do Marco Civil determina a observância da legislação brasileira nas comunicações por aplicações de internet é preciso compreender a necessidade de observar a Constituição Federal, quando ela excepciona do sigilo as comunicações realizadas para a prática de atividade criminosa, assim como o CPP e a Lei de Interceptação Telefônica.

Portanto, quando o meio de comunicação denominado *whatsapp* -- ou outro similar -- infringe o artigo 11 da Lei do Marco Civil ele se submete, tanto às sanções dos incisos I e II do artigo 12 (advertência e multa), como as sanções dos incisos III e IV (suspensão e proibição de funcionamento).

Não é só. O *caput* do art. 12 da Lei do Marco Civil é claro ao dizer que as sanções previstas nos incisos I a IV poderão ser aplicadas SEM prejuízo das demais sanções cíveis, criminais e administrativas, ou seja, às ordens emanadas com base na Lei da Interceptação Telefônica e no CPP.

Como se pode ver, o magistrado brasileiro possui um leque de opções na legislação, que tem por base a Constituição, para suspender e até proibir as atividades do *whatsapp* e de qualquer outro aplicativo que não observe o sigilo das comunicações com as exceções previstas na Constituição Federal.

Então, a conclusão que se pode chegar é que o *whatsapp* ou qualquer outro meio de comunicação somente pode existir, de forma válida, no Brasil, se dispuser de algum meio que permita ao Estado realizar a quebra do sigilo da comunicação.

Se o *whatsapp* ou qualquer outro meio de comunicação não puder disponibilizar esse meio -- de quebra do sigilo ou de interceptação da comunicação -- estará fadado à ilegalidade e à marginalidade. Não poderá subsistir.

V – As manifestações do “whatsapp” na ADPF 310 constituem a confissão da situação de ilegalidade e inconstitucionalidade do aplicativo, acrescido da “soberba” de afirmar que não está obrigado a obedecer ordem judicial de quebra de sigilo

Como se pode ver, os fatos que levaram ao surgimento de decisões que culminaram com a suspensão nacional do *whatsapp*, não decorreram da existência do aplicativo, mas sim do sistema de criptografia que foi nele implementado.

E aí, o exame das manifestações apresentadas pelo “whatsapp” na ADPF revelam uma soberba repugnante, de confessar que criou um sistema de criptografia que seria inexpugnável, mas que o Estado brasileiro não poderia lhe impor uma ordem para promover a quebra de sigilo das comunicações que realiza.

Na primeira petição que apresentou na ADPF 310, sustentou o Whatsapp uma defesa dividida nos seguintes capítulos:

II. HISTÓRICO

A. O WhatsApp é uma importante ferramenta de comunicação para milhões de brasileiros (...)

B. Os Tribunais de Justiça reformaram correta e imediatamente as ordens de bloqueio, pois violavam direitos constitucionais e impunham sanções desproporcionais

(...)

III. ORDENS DE BLOQUEIO QUE BUSCAM FORÇAR O CUMPRIMENTO DE ORDENS JUDICIAIS DE INTERCEPTAÇÃO SÃO INCONSTITUCIONAIS, IMPÕEM SANÇÃO DESPROPORCIONAL E VIOLAM O MARCO CIVIL DA INTERNET

(...)

A. AS ORDENS DE BLOQUEIO VIOLAM OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS BRASILEIROS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE COMUNICAÇÃO, IMPEDINDO-OS DE SE EXPRESSAREM E DE ACESSAREM OS SEUS MEIOS DE COMUNICAÇÃO PREFERIDOS

(...)

1. As Liberdades de Expressão e de Comunicação são Direitos Constitucionais que Exigem Estrita Proteção

(...)

2. O WhatsApp é uma importante ferramenta de comunicação para milhões de brasileiros e ordens de bloqueio violam diretamente as garantias constitucionais de expressão e de comunicação

(...)

B. ORDENS DE SUSPENSÃO DO WHATSAPP EM FUNÇÃO DO ALEGADO DESCUMPRIMENTO DE ORDENS JUDICIAIS DE INTERCEPTAÇÃO CONSTITUEM UMA SANÇÃO DESPROPORCIONAL AOS USUÁRIOS

(...)

1. As ordens de bloqueio são inapropriadas, ineficazes e não servem ao objetivo pretendido de auxiliar as autoridades

(...)

2. Existem alternativas para as ordens de bloqueio que são menos onerosas aos direitos individuais

(...)

3. As ordens de bloqueio sacrificam direitos fundamentais

(...)

4. Diversas decisões dos Tribunais de Justiça revogaram as ordens de bloqueio devido à sua desproporcionalidade

(...)

5. O Congresso Nacional propôs um projeto de lei para alterar o Marco Civil da Internet devido às sérias preocupações com as ordens de bloqueio

(...)

C. ORDENS DE BLOQUEIO VIOLAM OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DO WHATSAPP À LIVRE INICIATIVA, À LIVRE CONCORRÊNCIA E À IGUALDADE

D. CONTRARIAMENTE ÀS ORDENS DE BLOQUEIO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, O MARCO CIVIL DA INTERNET NÃO AUTORIZA E, NA VERDADE, PROÍBE ORDENS DE BLOQUEIO QUE SUSPENDAM O SERVIÇO DO WHATSAPP

(...)

1. O bloqueio do WhatsApp para seus usuários não é permitido pelo Marco Civil da Internet por duas razões

(...)

2. As sanções de "suspensão temporária" e de "proibição" previstas no artigo 12 estão limitadas pelo artigo 11 do Marco Civil da Internet

(...)

3. Os juízes de primeira instância aplicaram erroneamente o Marco Civil da Internet ao bloquearem o acesso dos usuários ao serviço do WhatsApp

(...)

4. O Marco Civil, na verdade, proíbe a suspensão do serviço WhatsApp

(...)

E. A DISCRICIONARIEDADE DOS JUÍZES PARA BASEAREM SUAS ORDENS DE BLOQUEIO NOS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO PERMITE A VIOLAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS, A IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES DESPROPORCIONAIS OU A INOBSERVÂNCIA DO MARCO CIVIL DA INTERNET

O único capítulo que trata de algum tema que poderia se opor às ordens de suspensão do funcionamento do whatsapp é o intitulado “*existem alternativas para as ordens de bloqueio que são menos onerosas aos direitos individuais*”.

Efetivamente, se houvesse algum meio de o Estado realizar a quebra de sigilo das comunicações feitas pelo referido aplicativo, sem necessidade de impor qualquer multa ou suspensão da atividade do whatsapp, estaria resolvido o impasse.

Não é isso porém o que ocorre e que está confessado pelo whatsapp na sua manifestação.

Veja-se quais são as “alternativas” apresentada pelo whatsapp para que não promovesse a quebra de sigilo:

“2. Existem alternativas para as ordens de bloqueio que são menos onerosas aos direitos individuais

*Não somente o bloqueio nacional de todos os usuários brasileiros do WhatsApp não contribui para alcançar os objetivos das autoridades policiais, como também **há outros meios de investigação** mais eficazes e menos onerosos aos direitos constitucionais individuais.*

*Entre esses meios, podemos citar: a obtenção de ordens judiciais válidas para **busca e apreensão de dispositivos de modo a acessar o conteúdo das comunicações** neles armazenados e ordens para obter **acesso às informações armazenadas junto aos provedores de serviços "em nuvem"**, além de outros métodos clássicos de investigação, **como oitivas, interrogatórios, agentes infiltrados, informações que podem ser acessadas pela Internet, prisões preventivas, depoimentos, acordos de delação**, entre outros.*

Como bem observou o Desembargador Raimundo Nonato da Costa Alencar, do Tribunal de Justiça do Piauí:

"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."

*Como um exemplo recente que confirma o sucesso desses métodos alternativos, a investigação da Polícia Federal na chamada "Operação Hashtag" resultou na prisão e denúncia contra vários cidadãos brasileiros suspeitos de organizarem um ataque terrorista durante os Jogos Olímpicos Rio 2016. A Polícia Federal **usou um agente infiltrado para investigar e obter dados**, incluindo conversas, contra os suspeitos, **sem a necessidade de interceptação**."*

O raciocínio desenvolvido é teratológico: como existem outros meios de prova NÃO seria necessária a INTERCEPTAÇÃO da comunicação.

Primeira consideração: todos os meios de prova mencionados são mais demorados e menos ineficazes, comparativamente, à interceptação de comunicações, porque não oportunizam a informação em "tempo real".

Segunda consideração: **para o whatsapp NÃO poderia haver interceptação das comunicações**, a despeito de o inciso XII, do art. 5º da CF excepcionar da inviolabilidade das comunicações, a ordem judicial para fins de investigação criminal ou a instrução do processo penal.

E para o whatsapp seria irrelevante a existência da lei federal que regulamentou essa exceção da Constituição Federal (Lei n. 9.296/96), para fixar a possibilidade da interceptação da comunicação em “tempo real” (art. 1º e § único):

*“Art. 1º A **interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza**, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e **dependerá de ordem do juiz** competente da ação principal, sob sigredo de justiça.
Parágrafo único. O disposto nesta Lei **aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.**”*

* * *

Acresce que, após a realização da audiência pública, o whatsapp apresentou nova manifestação na ADPF n. 310, assim sintetizada:

*“À luz dos questionamentos feitos pelo Eminentíssimo Relator deste processo e tratados na audiência pública realizada em 2 e 5 de junho de 2017, o WhatsApp **apresenta este arrazoado para esclarecer os seguintes pontos adicionais:***

O WhatsApp está tecnicamente impossibilitado de ler as mensagens de seus usuários e, portanto, não é capaz de cumprir as ordens de interceptação no seu sistema atual de criptografia ponta-a-ponta;

A criptografia não é proibida, e sim expressamente autorizada e incentivada pela legislação brasileira;

A imposição de sanções com o objetivo de obrigar o WhatsApp a alterar o seu sistema de criptografia, de forma a possibilitar o cumprimento das ordens de interceptação, violaria:

Os direitos fundamentais de mais de 120 milhões de cidadãos, organizações e órgãos governamentais no Brasil, dentre os quais a liberdade de expressão, a privacidade e o sigilo das comunicações;

Os direitos do próprio WhatsApp à livre iniciativa e livre concorrência;

O princípio constitucional de proporcionalidade das decisões judiciais.”

Com efeito, o whatsapp inicia sua manifestação afirmando que “*está tecnicamente impossibilitado de ler as mensagens de seus usuários*” e que “*está tecnicamente impossibilitado de ler as mensagens de seus usuários.*”.

Nesse ponto o whatsapp simplesmente confessa que está praticando uma conduta manifestamente ilegal e inconstitucional, porque confessa que as comunicações realizadas/transmitidas pelo seu aplicativo são insuscetíveis de qualquer quebra de sigilo, seja por ele mesmo, seja pelo Estado.

Em seguida, no entanto, passa a sustentar que “*a criptografia não é proibida, e sim expressamente autorizada*”, o que configura um raciocínio evasivo, porque é óbvio que a criptografia não é proibida. O que é vedado é a recusa de quebra do sigilo das comunicações quando determinado pela autoridade judicial competente.

O lamentável é a soberba com que o whatsapp conclui sua manifestação, ao afirmar que a “*imposição de sanções com o objetivo de obrigar o WhatsApp a alterar o seu sistema de criptografia, de forma a possibilitar o cumprimento das ordens de interceptação, violaria*” os princípios que enumera, a saber:

Os direitos fundamentais de mais de 120 milhões de cidadãos, organizações e órgãos governamentais no Brasil, dentre os quais a liberdade de expressão, a privacidade e o sigilo das comunicações;

Os direitos do próprio WhatsApp à livre iniciativa e livre concorrência;

O princípio constitucional de proporcionalidade das decisões judiciais.”

Não aceita -- ou não quer aceitar - que há uma norma constitucional que excepciona todos esses direitos, e que permite ao Estado brasileiro, impor a qualquer meio de comunicação a quebra de sigilo, por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou a instrução do processo penal.

Para o whatsapp ninguém poderia lhe impor a quebra do sigilo decorrente da criptografia. Ele compreende que está acima da Constituição Federal e da lei nacional. É de uma soberba inaceitável, d.v.

Ora, se a CF e a lei federal excepcionaram, da inviolabilidade das comunicações, a ordem judicial para fins de investigação criminal ou a instrução do processo penal, impossível o whatsapp sustentar que NÃO poderia haver interceptação das comunicações realizadas por seu aplicativo.

**VI – As sanções de suspensão e proibição de atividade,
por ilegalidade, não padecem de qualquer
inconstitucionalidade**

O pedido de nulidade das sanções previstas nos incisos III e IV do art. 12 da Lei do Marco Civil está vinculado ao descumprimento do parágrafo 2º do art. 10 assim como do parágrafo 1º do art. 11. Vejam-se os textos:

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

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

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

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

*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:***

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

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

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

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

Para o Partido da República as sanções previstas nos incisos III e IV (suspensão ou proibição de atividades) seriam violadoras dos princípios (a) da livre comunicação e da continuidade do serviço, (b) da intranscendência e da individualização da pena, (c) da livre iniciativa, (d) da livre concorrência, (e) da restrição indevida aos direitos dos consumidores, e (f) da proporcionalidade.

Nada mais equivocado, d.v.

Primeiro, porque independentemente da eventual qualificação jurídica que se dê ao serviço de comunicação prestado pelo *whatsapp* e congêneres -- se deveria ser objeto de autorização estatal ou não -- ele sempre estará submetido às leis brasileiras e às ordens judiciais.

Uma empresa de transporte de “encomendas” que faz concorrência com os Correios nessa atividade econômica -- que esse STF considerou possível por inexistir monopólio dos Correios quanto a “encomendas” no julgamento da ADPF n. 46 -- estará submetida, como os Correios a qualquer ordem judicial que determinar, por exemplo, a “busca e apreensão” de determinada encomenda que seja suspeita de integrar uma conduta criminosa (encomenda de “drogas” por exemplo).

São inúmeros os precedentes jurisprudenciais considerando validas as buscas e apreensões de drogas em agências dos correios, como se pode ver do seguinte:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. VENDA DE MEDICAMENTOS DE USO CONTROLADO SEM AUTORIZAÇÃO E SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES POR MEIO DA INTERNET - REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. LEGALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA IMPROCEDENTE. ARGUIÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA POR INDEFERIMENTO DO REQUERIMENTO DE REQUERIMENTO DE REFAZIMENTO DE EXAMES PERICIAIS REJEITADA. 1. Habeas corpus visando o trancamento da ação penal instaurada contra os pacientes ou, alternativamente, o refazimento de exames periciais, nos autos em que os os pacientes foram denunciados por tráfico de medicamentos de uso controlado, sem autorização, e substâncias entorpecentes através da internet - rede mundial de computadores. 2. Não há relevância na alegação de nulidade da prisão em flagrante, já que o auto encontra-se formalmente em ordem, e os pacientes foram presos porque, em cumprimento a mandado de busca e apreensão expedido pela autoridade judiciária, foram encontrados em sua residência comprimidos de substâncias entorpecentes, sem autorização legal e regulamentar. Ainda que assim não fosse, eventuais nulidades da prisão em flagrante ou do inquérito policial não contaminam a ação penal deles conseqüente, consoante pacífico entendimento jurisprudencial. 3. **É possível a apreensão de correspondência, não obstante a garantia esculpida no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, pois o dispositivo protege as comunicações de dados, bem como as comunicações telegráficas e a correspondência, vedando a interceptação das mesmas, ainda que por ordem judicial, permitindo-se esta apenas para a interceptação de comunicações telefônicas.** 4. **Não se encontra vedado, contudo, o acesso aos registros dos dados já transmitidos e recebidos, como também não se encontra impedido o acesso à correspondência já recebida ou ainda não expedida, e aos registros decorrentes das comunicações telegráficas já consumadas.** Dessa forma, não há que se falar em violação do sigilo da correspondência em razão da apreensão, na residência dos pacientes de envelopes ainda não postados. 5. Tampouco há que se falar em violação do sigilo da correspondência em

*razão da apreensão, pela autoridade policial, na agência dos Correios, de envelopes contendo drogas, pois a **garantia da inviolabilidade da correspondência constante da Constituição visa proteger a comunicação entre pessoas feita por via postal, e não a remessa de objetos, bens ou mercadorias.** 6. São compatíveis com a Constituição as normas da Lei nº 6.538 de 22/06/1978 (Lei dos Serviços Postais), que proíbem a remessa de substâncias entorpecentes por via postal e prevêm a abertura e apreensão dos envoltórios que as contenham. 7. Inexistência de plausibilidade jurídica na alegação de cerceamento de defesa em razão do indeferimento da repetição do exame pericial, já que o requerimento formulado não aponta qualquer nulidade ou falha técnica nos laudos, limitando-se a discordar da conclusão, sem qualquer fundamentação. 8. Alegações de divergências entre depoimentos prestados por co-réus e testemunhas na fase inquisitorial e perante o Juízo devem ser avaliados pelo Magistrado, por ocasião da sentença, não ocasionando qualquer nulidade da ação penal, nem configuram questão que possa ser dirimida na estreita via do habeas corpus, já que demandam profunda análise da prova. 9. Ordem denegada. (TRF 3ª Reg., 1ª Ta, HC n. 01135382720064030000, Rel. Juiz Convocado Márcio Mesquita, DJ. 30/3/07)*

Obviamente, que as empresas concorrentes dos correios que fazem o transporte de encomendas também estão submetidos à mesma possibilidade jurídica.

Nem os Correios, nem qualquer empresa de Transporte de “encomenda” cogita negar autoridade e eficácia a decisão judicial de busca e apreensão de encomenda suspeita de integrar conduta criminosa.

Afinal, se uma transportadora viesse a negar o cumprimento de uma ordem judicial de busca e apreensão -- ainda que fosse uma FEDEX, ou uma UPS ou DHL -- poderia o Poder Judiciário, na hipótese de ocorrer uma NEGATIVA ABSOLUTA, impor a medida prevista no inciso VI, do art. 319, do CPP, de suspensão da “atividade de natureza econômica” pois estaria configurada a hipótese de “sua utilização para a prática de infrações penais”.

E se o “comando” logístico da companhia estivesse sediado no Brasil, restaria à empresa de transporte, para não prejudicar os seus demais clientes, transferir as atividades que estavam sendo realizadas no Brasil para outro País.

No Brasil, não poderia uma empresa de transporte de encomendas -- repita-se e insista-se, ainda que fosse uma das maiores do planeta -- exercer sua atividade econômica com a promessa aos seus clientes de que suas encomendas seriam INDEVASSÁVEIS.

Esse é um dos exemplos que se pode dar para o fim de demonstrar a erronia do raciocínio desenvolvido pelo PR na petição inicial.

Por mais que a atividade econômica desenvolvida pelo *whatsapp* e congêneres possa ser tida como não passível de regulamentação pelo Estado brasileiro, ainda assim estará submetida à Constituição Federal e às normas penais, assim como à Lei do Marco Civil, porque esta também alcança a atividade econômica referida.

O que se pode depreender, portanto, é que a Lei do Marco Civil, ao se reportar a outras leis que, por sua vez, preveem a interceptação de comunicações, na hipótese excepcionada pela CF, não viola qualquer dos princípios enumerados na petição 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 criminal.

VII – O caso concreto do Juízo de Lagarto (Estado de Sergipe) que proferiu várias decisões, de forma gradativa, para exigir o acesso às comunicações, e teve desrespeitadas todas elas

A AMB teve a oportunidade de ser acionada pelo Juiz da Comarca de Lagarto para auxiliá-lo na defesa que teve de apresentar perante o Conselho Nacional de Justiça em Reclamação Disciplinar oferecida por determinado parlamentar.

Teve, assim, a oportunidade de ter acesso às várias decisões proferidas no referido processo, a saber: (a) duas do Juiz de 1º grau, (b) uma do Desembargador que a manteve e (c) e uma do Desembargador que reconsiderou a decisão do 1º Desembargador para suspender a decisão de 1º grau.

A decisão inicial do Juiz de 1º grau foi proferida em 17 de novembro de 2015, contendo 8 laudas o que já seria um indicativo da sua ampla fundamentação.

O seu exame revela que o Juiz **atendeu a uma solicitação feita por Delegado da Policia Federal** objetivando **apurar crime de tráfico interestadual de entorpecentes** praticado por organização criminosa, na qual o Delegado apontou para o fato de que **a simples interceptação das conversas telefônicas** e demais transmissões telemáticas tradicionais **não estavam possibilitando êxito na investigação**, razão pela qual **seria necessário proceder à INTERCEPTAÇÃO também das transmissões de dados feitas pelo whatsapp**.

Depois de demonstrar que Facebook e *whatsapp* integram o mesmo grupo econômico e que, por isso, poderia impor à primeira a obrigação de fazer na segunda, passou o Juiz a esmiuçar os dispositivos da Lei n. 9.296/96 (que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da CF ou seja a interceptação de comunicações telefônicas), da CF, e da Lei n. 12.965/14 (Marco Civil da Internet), para DECRETAR a quebra do sigilo telefônico e telemático dos terminais de telefone indicados “alinhados ao WhatsApp”.

Não tratou, em qualquer momento, de determinar que fosse transferido algum “registro pretérito” eventualmente existente em algum “banco de dados”, como maliciosamente se atribuiu à decisão que proferiu.

Efetivamente não. A ordem foi de implementação da interceptação para obtenção de dados em “tempo real”, tal como se dá com a interceptação telefônica. A decisão visou a possibilitar a coleta das informações e repassar para a autoridade policial. Veja-se o seu dispositivo:

“a) Oficie-se à empresa FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRAS. LTDA CNPJ 13.347.016/0001-17 a qual é a controladora do WhatsApp, localizado na Rua Leopoldo Couto de Magalhães Junior. a. 700. quinto andar. São Paulo/São Paulo, bairro Itaim Bibi, CEP 04542-00, para que implemente a interceptação do aplicativo do Whatsapp e forneça acesso irrestrito às conversas de texto, fotografias, vídeos, conversas de voz, agenda de contatos, bem como ao conteúdo dos grupos aos quais os usuários estiverem adicionados, dos alvos/terminais acima relacionados.

*b) Considerando que o Facehook disponibiliza canal próprio para a comunicação com os órgãos encarregados da imposição da lei através do sítio eletrônico www.facebook.com/records, determino ao Facehook, que disponibilize, a cada período de 24h, através de canal próprio vinculado aos Policiais Federais ligados à DREIDRCOR/SR/DI'F/SE a partir da utilização do e-mail dre.srse@dpf.gov.br, **todas as conversas de texto, fotografias, vídeos, conversas de voz, agenda de contatos bem como ao conteúdo dos grupos aos quais OS usuários estiverem adicionados, dos alvos/terminais acima relacionados**, para a continuidade das investigações, inclusive as mensagens eventualmente excluídas pelo usuário.”*

E para tanto o Juiz fixou, inicialmente, uma multa de R\$ 50.000,00 por dia, com base no artigo 12, da Lei n. 12.965/14, com a advertência de que poderia ser aumentada em até 10%:

*“c) No caso de decumprimcnto, fica, desde já, estipulada **multa diária** no valor inicial de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a contar da efetiva notificação podendo ser aumentada em até 10% do valor do faturamento do grupo econômico, Lei 12.965/2014, artigo 12, incluindo do controlador facebook. bloqueio do(s) backbone(s) infraestrutura de transferência de dados que transmite os pacotes do aplicativo whatsapp e bloqueio de download:”*

Essa foi a 1ª decisão.

Outras decisões foram proferidas, antes da última que determinou a suspensão do serviço do *whatsapp* por 72 hs, nas quais **a multa chegou a ser majorada para R\$ 1.000.000,00**, assim como a **prisão do representante legal no Brasil do Facebook**, em razão do **descumprimento de ordem judicial**.

Diante desse quadro de **reiteração do descumprimento da ordem judicial** é que a Polícia Federal requereu a suspensão do serviço do *whatsapp* por 72 horas, como forma de impor o cumprimento da ordem judicial.

E o pedido apresentado pela Polícia Federal estava apoiado em PROVAS de que SERIA POSSÍVEL (a) tanto a interceptação dos dados, (b) como também a coleta de dados já transferidos, (c) assim como a quebra da criptografia recém criada no *whatsapp*.

Isso está claro na decisão proferida em 26 de abril de 2016, que suspendeu o funcionamento do *whatsapp* por 72 horas. Veja-se alguns trechos da fundamentação:

“1 Trata-se de pedido de suspensão do aplicativo conhecido no mercado mundial por WhatsApp, de responsabilidade de empresa de mesmo nome, adquirida pela Facebook me, também responsável solidária, fazendo parte estas pessoas jurídicas diversas de um mesmo conglomerado bilionário mundial e, no Brasil, representados pela Facebook Serviços On Une do Brasil Ltda, com sede na cidade de São Paulo/Capital, em que pese os esforços destas, pública e notoriamente, tentarem convencer este País de que não estariam na mesma cadeia de responsabilidade por serem distintas e que se submeteriam à legislação americana e não à brasileira;

*2 Afirma-se pela Autoridade Policial Federal, Dr. Renato Beni da Silva, fls 02/13, de que a suspensão por 72h, do aplicativo WhatsApp', de propriedade da Facebook inc é medida que se impõe, segundo entende tipificada na artigo 12, inciso 111, da Lei 12.965/2014, tendo em vista encontrar-se, **AINDA**, a Facebook Serviços On Line do Brasil Ltda em mora, apesar das multas arbitradas por este Juízo Criminal impostas na tentativa de ser cumprida a ordem de interceptação de mensagens em tempo real e, finalmente, da prisão em 01 de março de 2016 do representante neste País do seu Vice-Presidente para a América Latina, Sr. Diego Jorge Dzordan, por ordem deste mesmo Magistrado considerando o artigo 2, parágrafo 1º, da Lei das Organizações Criminosas, de a. 12,850/2013 e denunciado pelo Ministério Público do Estado de Sergipe, estando aquele em liberdade desde 02 de março de 2016, beneficiado por uma liminar em sede de habeas corpus, cujo mérito não foi apreciado;*

(...)

5 - Parecer favorável do Digno Representante do Ministério Público do Estado de Sergipe, Dr. Renê Antônio Erba, fls 19/21, sob o pálio de que aquela Empresa chamada de Facebook Serviços On Une do Brasil Uda confessaria, nacionalmente, de que não cumpre a legislação brasileira e que, ao fim, a criptografia 'end to end', segundo documento acostado aos autos, tí 18, pelo Sr.

Delegado de Polícia Federal, em Parecer técnico do órgão Federal, em Brasília, poderia ser 'desabilitada', 1120

19 - Segundo documento acostado aos autos, (Is 14/7, pela Autoridade Policial Federal, t. AS investigações policiais, ..continuam impedidas de prosseguimento, considerando a resistência dos representantes da empresa Facebook. ..no que tange a interceptação de comunicações entre os alvos investigados. ..**A interceptação de mensagens—em tempo real, devidamente descritografadas, se faz essencial para a atuação do estado—dispensando o aprofundamento de maiores comentários sobre o prejuízo que toda a sociedade sofre com tal resistência da empresa Facebook em cumprir as determinações judiciais sob os mais variados argumentos, vários deles até mesmo de sinceridade duvidosa, a possibilidade técnica do aplicativo em transmitir tais dados em tempo real para os órgãos de investigação quando instados judicialmente, não resta dúvida de sua possibilidade— foi solicitado o espelhamento de tais mensagens em tempo real, a fim de dar seguimento às investigações, como decorre normalmente uma interceptação de comunicações telefônicas e de mensagens SMS.. em nenhum momento foram solicitadas mensagens pretéritas...**entre os vários e rasos argumentos amplamente divulgados pela empresa ... está a impossibilidade de espelhamento de tais diálogos, o que novamente não condiz com a realidade, basta verificar a ferramenta de envio de diálogos via email e a opção do Whatsapp Web, onde o usuário do sistema pode ter acesso ao seu aplicativo em um computador da mesma forma que em seu Smartphone. **Outra questão muito divulgada pelos representantes do Whatsapp é a impossibilidade de encaminhar tais mensagens devidamente descritografadas, sendo tal argumento novamente desmascarado considerando que foi a própria empresa a responsável em produzir o sistema, não sendo razoável esperar que a criatura supere o criador e se transforme em um sistema autônomo em que a própria empresa desconheça sua engenharia de programação a legislação nacional é clara ... Exemplo do que estamos falando foi o comportamento da empresa detentora do sistema Blaekberry, que explora o ramos (..) de comunicações criptografadas ... direcionando em tempo real as comunicações de indivíduos investigados. ..mundialmente conhecido por sua integridade e segurança...**";

"20. **Às fls. 16/7, consta reportagem do UOL, carreado também por aquela Autoridade Federal, sob título "Em site, WhatsApp cita possibilidade de guardar dados de usuários" datado de 10 de março de 2016, em que "... No entanto, a página de termos de serviço do WhatsApp cita (em inglês) a possibilidade de guardar mais informações dos usuários, como data e hora das mensagens enviadas associadas aos respectivos celulares da conversa, além arquivos trocados. Esses dados ficariam nos servidores por um "curto período de tempo" e depois seriam deletados. "O WhatsApp pode guardar informações de data e hora associadas a mensagens entregues com sucesso e os números de telefone celular envolvidos nas mensagens, bem como qualquer outra informação que WhatsApp seja legalmente obrigado a recolher. Arquivos que são enviados através do serviço WhatsApp irão residir em nossos servidores após a entrega por um curto período de tempo, mas não excluídos e despojados de qualquer informação identificável por um curto período de tempo, de acordo com as nossas condições gerais de retenção", diz o site (www.WhatsApp.com/legal/);**

"21. **Segundo Informativo Técnico da Polícia Federal, n. 31/2016-SRCC/DICOR/DPF, fl. 18, elaborado após a suposta implantação da criptografia "end do end" ou "ponta a ponta", "não há nenhum indicativo de qual protocolo de criptografia utilizado, como é feita a gestão das chaves, tampouco se esta encriptação é realmente fim-a-fim ou se é apenas entre cliente e o servidor ... Como a implementação da criptografia fim-a-fim foi incremental e considerando a implementação de clientes de terceiros encontrados na internet, há forte indícios que a criptografia fim-a-fim seja opcional e teoricamente poderia ser desabilitada mediante parâmetros configuráveis nos equipamentos servidores da empresa ... Recursos adicionais, como o whatsapp Web e o serviço de notificações teoricamente podem ser utilizados para permitir a duplicação das mensagens e posterior interceptação mediante ordem judicial";**
(...)

23 - Mas é público e notório que a Facebook divulgou notícias afirmando que, para desfrutar da suposta criptografia 'fim-a-fim', os usuários deveriam utilizar a sua nova versão. Apesar disso, ainda que as mensagens estivessem criptografadas por esta nova ferramenta de segurança, o relatório técnico da Polícia Federal brasileira informa que seria, sim, possível, a descriptação¹ da mesma forma como ocorre com a Empresa Blaekberrv e que é sediada no Canadá. Basta qualquer acesso a um telefone celular sinartphone e desde que se disponha do aplicativo guerreado, para que se leia duas mensagens diversas e de autoria da representada:
(...)
(...)
Vale dizer, **exatamente como afirmado pela Polícia Federal é uma escolha disponibilizada pela própria Facebook/WhatsApp se um consumidor/usuário quer utilizar a criptografia (se existente) ponta-a-ponta ou não. Logo, não há fundamento para o que foi divulgado em todo o Brasil de que todas as operações utilizando-se este aplicativo estariam na nova criptação.**"

Essa decisão do Juiz de 1º grau, que foi mencionada na petição inicial, possui 18 (dezoito) laudas, com ampla fundamentação técnica e jurídica, demonstrando que havia um descumprimento de ordem judicial INJUSTIFICADO por parte do Facebook/WhatsApp.

Tanto assim, que ao ser impugnada essa decisão de 1º grau perante o Tribunal de Justiça, entendeu o Desembargador Cezário Siqueira Neto do TJSE, também em decisão amplamente fundamentada, com 15 laudas, que não havia plausibilidade do direito do Facebook/WhatsApp para suspender a decisão de 1º grau.

Essa eg. Corte precisa ter conhecimento da ampla fundamentação utilizada, tanto pelo Juiz de 1º Grau, ao deferir o pedido de suspensão do funcionamento do WhatsApp, como pelo Desembargador do TJSE, para o fim de manter aquela decisão.

A decisão do Desembargador mostra-se passível de ser reproduzida, nos seus trechos principais:

“Desembargador Cezário Siqueira Neto (Desembargador Plantonista):

- Trata-se de Mandado de Segurança com pedido liminar impetrado pelo Whatsapp Inc. em face da decisão do MM Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Lagarto/SE, nos autos do processo nº 201655090027, que determinou o bloqueio por 72 (setenta e duas) horas do aplicativo Whatsapp, pelos fatos a seguir delineados.

Aduz a empresa impetrante que o procedimento criminal que motiva o presente mandamus é a apuração de possíveis crimes praticados e previstos na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) e na Lei nº 12.850/2013 (Marco Civil da Internet).

Esclarece a impetrante que, no decorrer da investigação acima, da qual não é investigada, houve determinação judicial para quebra do sigilo telefônico e telemático de 36 (trinta e seis) usuários, possuidores de terminais do aplicativo Whatsapp, discriminando um a um. Acrescenta a impetrante que a quebra do sigilo estava condicionada ao fornecimento irrestrito das conversas de texto, fotografias, vídeos, conversas de voz, agendas de contatos, bem como conteúdo dos

grupos nos quais os envolvidos participavam, e foi direcionada à Facebook Brasil LTDA (dorovante Facebook Brasil), sob o equívoco argumento de que seria subsidiária do acionista de Whatsapp Inc, sem representação no Brasil.

Ocorre que, diante da suposta mora da impetrante, o magistrado de primeiro grau, após parecer favorável do Ministério Público, determinou a suspensão por 72 (setenta e duas) horas do aplicativo Whatsapp, nos termos do artigo 12, inciso III da Lei nº 12.965/2014.

Inconformado com a decisão, o Whatsapp impetra o presente writ aduzindo sua ilegalidade sob as seguintes vertentes: desproporcionalidade, impossibilidade jurídica de se ordenar a suspensão dos aplicativos lícitos no Brasil, impossibilidade jurídica de se determinar a interceptação do conteúdo, ad impossibilita nemo tenetur e a inexistência de descumprimento de ordem judicial. Por fim, discorre sobre a criptografia e a impossibilidade técnica de interceptação das mensagens privadas pelo Whatsapp.

Requer, liminarmente, a suspensão da decisão impugnada, determinando a imediata intimação até a prolação da sentença de mérito no presente writ.

Ao fim, pede a concessão da segurança, conformando a decisão liminar, reformando a decisão que determinou a suspensão dos serviços do Whatsapp.

É o relatório.

Passo a decidir.

Sabe-se que, para a concessão de liminar da segurança, necessária se faz, além das condições gerais da ação, a existência concomitante do periculum in mora e do fumus boni iuris, nos termos do artigo 7º, III, da Lei nº 12.016/2009, in verbis:

Art. 7º - Ao despachar a inicial o juiz ordenará:

I - (...)

III- que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Outrossim, é regra comezinha do cabimento do mandado de segurança o disposto na Súmula nº 267 do STF: "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição".

Entretanto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores admite, excepcionalmente, a impetração de mandado de segurança contra ato jurisdicional, desde que esse seja flagrantemente ilegal ou teratológico, passível de causar dano irreparável à parte.

Nesse sentido: RMS 34.181/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 04/09/2012, DJe 11/09/2012 e AgRg na MC 20.757/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02/05/2013, DJe 16/05/2013 e AgRg no MS 16.007/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, julgado em 05/12/2011, DJe 27/04/2012.

Noutro lado, há de se assentar que a expressão "direito líquido e certo" deve ser entendida como a condição que torna o mandado de segurança a ação adequada para o impetrante tutelar a afirmação de seu direito, não necessitando de dilação probatória.

A propósito do tema, o mestre Hely Lopes Meirelles leciona:

(...)

Analizando o conjunto probatório dos autos, não visualizo teratologia ou ilegalidade na decisão combatida.

Senão vejamos.

Cuidam os autos sobre irresignação mandamental em face da decisão do Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Lagarto que determinou a suspensão do aplicativo "Whatsapp", de propriedade da Whatsapp e de sua controladora Facebook Inc, pelo prazo de 72 (setenta e duas) horas, com ordem para que as operadoras de telefonia suspendessem temporariamente o tráfego de qualquer dado do referido aplicativo, a fim de impedir a sua utilização por qualquer meio.

Compulsando os autos, verifica-se que a decisão combatida foi prolatada em processo criminal que apura suposta prática de crime de tráfico interestadual de drogas, e a justificativa da medida foi justamente a necessidade de interceptação de comunicações enviadas via Whatsapp, diante da comprovada utilização do aplicativo, oferecido pela representada Facebook, pelos componentes da organização criminosa, consignando que todas as outras medidas anteriores não foram cumpridas.

I – DA ALEGADA DESPROPORCIONALIDADE DA DECISÃO

O primeiro argumento da empresa impetrante é a suposta desproporcionalidade da decisão, pois, no seu entender, a suspensão do serviço utilizado por dezenas de milhões de usuários no Brasil foi motivada pela utilidade prática advinda da interceptação de “apenas 36 números de telefonia celular”.

A meu ver, 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.

Ora, segundo o art. 144, da Constituição Federal, “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.”

Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “o direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas.” (RE 559.646-AgR, rel. min. Ellen Gracie, julgamento em 7-6-2011, Segunda Turma, DJE de 24-6-2011.) Já o direito à personalidade, previsto no inc. X do art. 5º da Constituição Federal, emana proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem da pessoa, mesmo depois de falecida, em benefício de seus parentes. Reza o dispositivo citado:

“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.”

Yussef Said Cahali (in Dano Moral, 1998, p.544-545) define este último como sendo:

“O direito do indivíduo de conduzir sua própria vida protegida contra interferência em sua vida privada e familiar; interferência em sua integridade física ou mental ou sua liberdade moral e intelectual; ataques à sua honra e reputação; sua indevida exposição; a divulgação de fatos irrelevantes e embaraçosos relativos a sua vida privada; uso de seu nome, identidade ou semelhança; espionagem; interferência em sua correspondência; uso indevido de suas comunicações privadas; divulgação de informação dada ou recebida por ele em segredo profissional.”

*Considerando que não pode haver antinomia formal entre preceitos constitucionais, com o fito de harmonizar os princípios aparentemente conflitantes, deve-se utilizar o **método da “ponderação”** como bem fundamentado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes:*

“No processo de ‘ponderação’ desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o

Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação."

Valendo-se desse estudo, o Ministro Celso de Melo proferiu decisão no Agravo de Instrumento nº 595395/SP, em que complementa:

"Torna-se importante salientar, neste ponto, presente o contexto em exame, que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais - como aqueles concernentes à liberdade de informação (que não se reveste de caráter absoluto, posto que inexistem, em nosso sistema jurídico, direitos absolutos), de um lado, e à preservação da honra, de outro - há de resultar da utilização, pelo Poder Judiciário, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, "hic et nunc", em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais."

Assim sendo, pode-se concluir, de acordo com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que a superação de antagonismos existentes entre direitos fundamentais resolve-se, em cada situação ocorrente, pelo método da ponderação concreta de interesses, cabendo ao Poder Judiciário, mediante ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito, definir, em cada situação ocorrente, uma vez configurado esse contexto de tensão dialética, a liberdade que deve prevalecer no caso concreto.

Tendo-se tal preceito em mente, 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. Nas palavras do juiz prolator da decisão, " o interesse privado pode ser mitigado quando o que se pretende é garantir os direitos fundamentais, tendo em vista a garantia da ordem social. Em que pese o direito à privacidade, sabe-se que nenhum dos direitos fundamentais é absoluto, inclusive, o da vida, em caso de guerra externa declarada, artigo 5º, inciso XLVII, da CF/88."

Desse modo, o caso em tela vai muito além do que a interceptação de " apenas 36 números de telefonia celular" .

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.

Ademais, é indubitável a relevância do aplicativo para as mais diversas atividades do cotidiano. Porém, repita-se, há direitos e princípios constitucionais que devem ser prestigiados, visando, sempre, ao bem comum.

II – DA ALEGADA AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA SUSPENSÃO

Já no tocante à alegação de que inexistente previsão legal apta a autorizar a suspensão do Whatsapp, tenho que não se sustenta.

A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, mais conhecida como o “ Marco Civil da Internet” , foi criada em virtude do crescente aumento das comunicações pela rede e estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. O art. 12 prevê a suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11, segundo o qual, “ 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.”

Numa interpretação sistemática de seus dispositivos, deve-se admitir a suspensão do serviço não só quando o próprio aplicativo descuida da privacidade das comunicações e dados de quem o utiliza, mas também quando existe risco à segurança de todos os usuários.

Por oportuno, transcrevo dispositivos da referida legislação que autorizam a violabilidade das comunicações, desde que amparadas em ordem judicial, como no caso em testilha:

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

(...)

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

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

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

§ 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.

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

Nesse diapasão, tenho que a decisão objurgada não ofende o Marco Civil da Internet. Pelo contrário, a aludida legislação dá suporte à medida imposta.

Inclusive, a Lei de Interceptação Telefônica (nº 9296/96), desde 1996, já previa a possibilidade de se impor a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, de informática e de telemática. (art. 1º, e seu parágrafo 1º)

Ora, ao se suspender a comunicação via Whatsapp, força-se a utilização, pelos investigados, de ligações telefônicas, cuja quebra é autorizada para fins de prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependendo de ordem do juiz competente da ação principal, como foi no caso em análise, em que a sua realização mostrou-se necessária à apuração da infração.

Por certo que a decisão ora impugnada vai desagradar a maioria dos brasileiros, que desconhecem os reais motivos de sua prolação. Porém, deve-se considerar que existem inúmeros outros aplicativos com funções semelhantes à do Whatsapp, a exemplo daqueles citados pelo julgador de primeiro grau (Viber, Hangouts, Skype, Kakaotalk, Line, Kik Messenger, Wechat, GroupMe, Facebook Messenger, Telegram etc).

Além disso, o juiz não pode decidir contra a ordem jurídica, pensando apenas em agradar a determinados setores da sociedade. Deve, sim, pautar seu ofício no cumprimento do nosso ordenamento, nem que para isso seja preciso adotar medidas, à primeira vista, impopulares.

III – DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE SE DETERMINAR A INTERCEPTAÇÃO DE CONTEÚDO.

Equivoca-se a parte impetrante ao alegar discricionariedade ampla e restrita do juiz para autorizar a quebra de comunicações pela internet. Toda decisão judicial deve ser fundamentada nos termos do art. 93, inciso IX, CF: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

Compulsando os autos, nota-se que a decisão refutada foi fundamentada no Estado Democrático de Direito e nos Direitos Fundamentais.

Outro equívoco há em mencionar ‘quebra indiscriminada’ de sigilo das comunicações. Observa-se que a quebra de dados refere-se a usuários estritamente especificados, trinta e seis usuários, para apuração de crimes previstos na Lei Federal nº 11.343/2006 e na Lei Federal nº 12.850/2013.

O impetrante suscitou os incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal espelhados pelos incisos I, II e III do Marco Civil da Internet que tutelam direito à privacidade.

Entretanto, a própria Lei do Marco Civil da Internet traz a possibilidade de o provedor de internet responsável disponibilizar os registros de conexão e acesso, bem como, o conteúdo das comunicações, com previsão nos parágrafos §1º e §2º do art. 10.

Ademais, os princípios constitucionais da intimidade, vida privada, honra, e imagem, bem como, sigilo da correspondência e comunicações, não podem se sobrepor aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil nem aos seus princípios.

Assim, os direitos individuais não podem servir como salvo-conduto para violação de outros direitos, como o direito à vida, à integridade física, à saúde, e à segurança pública. A República Federativa do Brasil tem como um dos objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, possuindo como um dos princípios a prevalência dos direitos humanos.

Dessa forma, como já afirmado, não há que se falar em medida desproporcional ou prejudicial à privacidade, sem fundamento legal, e de caráter antijurídico, uma vez que a supremacia do interesse público na salvaguarda de direitos de toda a sociedade à vida, à liberdade, à segurança pública devem prevalecer. Não obstante a alegação de que a decisão fere a livre iniciativa constitucional, prevista no art. 170, caput, da CF, obrigando a impetrante mudar seus padrões técnicos de operação, não fez ela prova nesse sentido.

Se a própria impetrante cria um sistema de criptografia, não é crível que a mesma seja incapaz de ter acesso a essas 'chaves', não trazendo fundamento técnico para refutar a decisão combatida.

Situação bem ponderada pelo magistrado ao considerar: "Segundo informativo Técnico da Polícia Federal, n. 31/2016 – SRCC/DICOR/DPF, fl. 18. elaborado após suposta implantação da criptografia 'end to end' ou ponta a ponta', '... não há nenhum indicativo de qual protocolo de criptografia utilizado, como é feita a gestão das chaves, tampouco se esta encriptação é realmente fim-a-fim ou se é apenas entre cliente e o servidor... Como a implementação da criptografia fim-a-fim foi incremental e considerando a implementação de clientes de terceiros encontrados na internet, há fortes indícios que a criptografia fim-a-fim seja opcional e teoricamente poderia ser desabilitada mediante parâmetros configuráveis nos equipamentos servidores da empresa... Recursos adicionais, com o whatsapp Web e o serviço de notificações teoricamente podem ser utilizados para permitir a duplicação das mensagens e posterior interceptação mediante ordem judicial."

IV - DA AD IMPOSSIBILITA NEMO TENETUR

Sustenta, ainda, a impetrante que somente poderia cumprir o comando se estivesse na posse dos dados requisitados. Aduz que segundo as leis brasileiras, as empresas provedoras de internet só estão obrigadas a manter os respectivos registros de acesso à internet pelo prazo de seis meses, e, que os dados não são de manutenção obrigatória. Alega que o serviço é utilizado por aproximadamente 1 bilhão de pessoas. Afirma que tal exigência se constitui em obrigação de cumprimento impossível.

Não merecem prosperar tais argumentos.

A decisão combatida é suficientemente clara ao dispor que não se refere a dados pretéritos, mas a dados em tempo real:

"Segundo documento acostado aos autos, fls. 14/7, Pela Autoridade Policial Federal: (...) A interceptação de mensagens ... em tempo real, devidamente descriptografadas, se faz essencial para a atuação do estado... dispensando o aprofundamento de maiores comentários sobre o prejuízo que toda a sociedade sofre com tal resistência da empresa Facebook em cumprir as determinações judiciais sob os mais variados argumentos, vários deles até mesmo de sinceridade duvidosa... a possibilidade técnica do aplicativo em transmitir tais dados em tempo real para os órgãos de investigação quando instados judicialmente, não resta dúvida de sua possibilidade.... foi solicitado o espelhamento de tais mensagens em tempo real... a fim de dar seguimento às investigações, como decorre normalmente uma interceptação de comunicações telefônicas e de mensagens SMS... em nenhum momento foram solicitadas mensagens pretéritas... entre os vários e rasos argumentos amplamente divulgados pela empresa..." (grifei)

A quantidade de usuários dos serviços, aproximadamente 1 bilhão de pessoas, também não é motivo razoável para não cumprimento da ordem judicial, se tal pleito somente refere-se a trinta e seis usuários, estando todos identificados.

Refutados, portanto, os argumentos de obrigação de cumprimento impossível.

V – DA ALEGADA INEXISTENCIA DE DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL

No tocante à inexistência de descumprimento de ordem judicial, em razão da impetrante jamais ter sido destinatária do comando judicial, melhor sorte não amparo o pleito do impetrante.

Como bem se observa do site wikipédia, o Whatsapp é empresa subsidiária do Facebook, juntamente com Oculus, VR, PrivateCore e Instagram. Estas compõem um poderoso Grupo Econômico Cibernético, sendo responsáveis pelos atos praticados em desconformidade com a legislação brasileira.

Observa-se, no caso, que já era conhecimento da impetrante as ordens judiciais para interceptação de dados telemáticos do Whatsapp, como ocorreu no arbitramento da multa e na prisão do Vice-Presidente do Facebook.

Portanto, não há que se falar em desconhecimento ou ausência de notificação do impetrante, pois as ordens anteriores da autoridade coatora sempre direcionaram em ter acesso a dados telemáticos de determinadas contas.

VI – DA CRIPTOGRAFIA

Por fim, a criptografia também não é empecilho para o cumprimento da ordem judicial prolatada pela autoridade coatora.

Como já elucidado na decisão combatida, a criptografia seria um conjunto de técnicas para esconder informação de acesso não autorizado.

Ocorre que a criptografia não é justificativa para não fornecer os dados telemáticos requeridos no procedimento criminal. Isso é o que se extrai das informações técnicas prestadas pela autoridade policial Renato Beni da Silva:

“...a possibilidade técnica do aplicativo em transmitir tais dados em tempo real para órgãos de investigação quando instados judicialmente, não resta dúvida de sua possibilidade...entre os vários e rasos argumentos amplamente divulgados pela empresa...está a impossibilidade de espelhamento de tais diálogos, o que novamente não condiz com a realidade, basta verificar a ferramenta de envio de diálogos via email e a opção do Whatsapp Web, onde o usuário do sistema pode ter acesso ao seu aplicativo em um computador da mesma forma que seu Smartphone.

Outra questão muito divulgada pelos representantes do Whatsapp é a impossibilidade de encaminhar tais mensagens descriptografadas, sendo tal argumento novamente desmascarado considerando que foi a própria empresa a responsável em produzir o sistema, não sendo razoável esperar a criatura supere o criador e se transforme em um sistema autônomo em que a própria empresa desconheça sua engenharia de programação...”

No mesmo sentido foi o parecer técnico da Polícia federal: “Como a implementação da criptografia fim-afim foi incremental e considerando a implementação de clientes de terceiros encontrados na internet, há fortes indícios que a criptografia fim-a-fim seja opcional e teoricamente poderia ser desabilitada mediante parâmetros configuráveis nos equipamentos servidores da empresa...Recursos Adicionais, com o Whatsapp Web e o serviço de notificações teoricamente podem ser utilizados para permitir a duplicação das mensagens e posterior interceptação mediante ordem judicial.”

Destarte, observa-se a recalcitrância do Whatsapp em colaborar com as investigações criminais, fatos que já ocorreram com a Google e a Blackberry, mas que foram obrigadas a respeitar as leis brasileiras.

Apesar de toda a argumentação da impetrante sobre sua preocupação na segurança de informações que tramitam em seus aplicativos, através de protocolos de criptografia, valho-me das palavras do magistrado de primeiro grau, que ressaltou: “Não se imagina que uma investigação criminal de tráfico interestadual de drogas, abrangente no território nacional em vários estados, seja impedida de ter sua continuidade por (ir)responsabilidade de uma bilionária empresa com fins meramente comerciais em detrimento da soberania nacional.”

Outrossim, verifica-se da manifestação da autoridade policial a possibilidade de espelhamento das mensagens expedidas pelos usuários, com a duplicação do número receptor, técnica que possibilitaria que as mensagens chegassem aos celulares dos envolvidos, como também no número duplicado. Isso não resultaria em quebra de criptografia.

Enfim, as possibilidades técnicas são as mais diversas, e há de ressaltar-se que o aplicativo, mesmo diante de um problema de tal magnitude, que já se arrasta desde o ano de 2015, e que podia impactar sobre milhões de usuários como ele mesmo afirma, nunca se sensibilizou em enviar especialistas para discutir com o magistrado e com as autoridades policiais interessadas sobre a viabilidade ou não da execução da medida.

Preferiu a inércia, quiçá para causar o caos, e, com isso, pressionar o Judiciário a concordar com a sua vontade em não se submeter à legislação brasileira.

VII – CONCLUSÃO

*Desta forma, não vislumbrando a plausibilidade jurídica a amparar o deferimento da medida antecipatória perseguida, **denego** a liminar pleiteada na inicial.*

Notifique-se a autoridade coatora para prestar as informações, no prazo de 10 (dez) dias, nos termos do artigo 7º, I, da Lei nº 12.016/09.

Após, remetam-se os presentes autos à Procuradoria de Justiça, para emissão de parecer.

Intimem-se.

Aracaju, 03 de maio de 2015.”

Como se pode ver, ambas as decisões estão amparadas em prova técnica sobre a viabilidade da interceptação em tempo real das transmissões de dados pelo *whatsapp*, como também na inexistência de obstáculo decorrente da criptografia dos dados -- dados existentes naquele momento ---, bem ainda na interpretação de dispositivos das Leis n. 9.296/96 (Lei da Interceptação Telefônica) e 12.965/14 (Lei do Marco Civil da Internet), sendo certo, ainda, que mesmo a decisão que veio a atender ao pedido de reconsideração, para revogar a decisão de 1º grau, não tratou de infirmar aqueles fundamentos.

A última decisão, que liberou o funcionamento do *whatsapp*, restringiu-se a fazer considerações sobre a necessidade de restabelecer aquele serviço privado de transmissão de dados. Portanto, a juridicidade da decisão do Juiz de 1º grau, assim como da decisão do Desembargador do TJSE que a mantivera é manifesta.

O que se pode depreender é que o Facebook e o WhatsApp apresentaram um discurso para o público e para a sociedade distinto do existente nos autos, colocando o Poder Judiciário, na pessoa dos magistrados que decidem de forma contrária aos interesses deles, em uma situação de confronto com os seus usuários.

Isso foi demonstrado e comprovado pelo Juiz de 1º grau:

*“25 - **Medidas que tais, de suspensão de serviço** em que uma coletividade seja atingida, certamente traria em seu bojo o desconforto e a revolta de consumidores. No entanto, e como já dito, conta de modo bastante cômodo a Facebook com a revolta de milhões de brasileiros que seriam atingidos, não necessitando esta de maiores esforços para continuar a descumprir ordens judiciais, **bastante aguardar, nas sombras, a repercussão do caso e seus supostos admiradores**, tudo fruto de uma sociedade extremamente individualizada existente nesta nação brasileira. **Este Magistrado determinou a prisão do representante** da Facebook no Brasil e **arbitrou, anteriormente a isso e para evitá-la**, (embora obrigado a isso não estivesse, ao contrário do que entendem alguns operadores do direito, já que os requisitos e pressupostos de uma prisão preventiva, artigo 312 do Código de Processo Penal, não guarda qualquer relação de estipulação de multas, astringentes ou coisa que o valha) **multas de até R\$ 1.000.000,00** (um milhão) de reais/dia, e que, no momento, foram suspensas por determinação de uma liminar em sede de Mandado de Segurança, cujo mérito também não foi julgado. Ora, efetivamente tendo sido preso o Vice-Presidente da América Latina (e solto) por pretensa tipificação no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei das Organizações Criminosas (e não por tipificação supostamente por crime de desobediência, pois se assim entendesse, não teria cabido a decretação de prisão preventiva, já que esta somente pode ser decretada, por assim afirmar, para crimes dolosos cuja pena máxima privativa de liberdade extrapolem o patamar de 04 (quatro) anos) **e os bloqueios suspensos, além de impedimento de serem** arbitradas novas multas com valores acrescidos., em sede de liminar de **mandado de segurança**, pergunta-se; " E ai " ? Que providências a serem tomadas? Quedar-se na inércia? Compartilhar com a recalcitrância da Facebook e colaborar com os criminosos? Alinhar-se na fila da crise de autoridade vivida neste país? (...)*

*28 - **Suposto perigo de dano irreparável** para usuários do referido aplicativo seria alegado, certamente, por quem interessa em permanecer descumprindo a lei brasileira. Ora, tese como esta e outras mais que seriam certamente alegadas em sede própria, não mais do qualificaria o uso que a Facebook faz de seus milhões de usuários neste país, **pois lhe é bastante confortável fazê-lo, diante de abalizadas** Decisões - até o momento, contrárias aos Juízos do 1º grau - de Instâncias superiores do 2º grau. **Ou seja, invocar e transformar seus clientes em verdadeiros 'escudos humanos e que servem de 'cobertores' pura seus interesses**, diante de uma sociedade individualizada e de pensamento individualista;”*

Esse era o quadro fático e jurídico que antecedeu o ajuizamento da ADI.

E aí é da maior importância fixar o marco temporal daquelas decisões: **quando iniciado o processo criminal** no qual o Juiz de Lagarto proferiu as decisões **NÃO havia ainda o sistema de criptografia**, que veio a ser implementado durante o tempo que durou aquele processo.

Ora, como assinalado anteriormente, a norma do inciso XII, do art. 5º da CF é clara ao excepcionar do sigilo as comunicações diante de investigação criminal ou instrução processual penal:

“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”

Se o *whatsapp* resolveu dar aos seus usuários o “benefício” da criptografia, sem criar um sistema que permitisse a quebra desse sigilo, quando solicitado pelo Estado, estava o Juiz de Lagarto autorizado a suspender o funcionamento daquele dispositivo.

Aliás, parece à AMB que não haverá outra solução a ser dada por essa Corte que não seja a de proclamar a inconstitucionalidade seja do *whatsapp*, seja de qualquer meio de comunicação assemelhado, que não permita a atividade estatal prevista na Constituição Federal e nas leis que a disciplinam.

Se o *whatsapp* funcionava sem a criptografia, não há razão para dizer que não poderia voltar a funcionar sem ela, porque ainda assim estará atendendo os seus usuários.

VIII – Os pedidos são incompatíveis, d.v., com a fundamentação, porque se forem deferidos impedirão o Estado de suspender ou de proibir serviço de comunicação que se nega a cumprir decisão judicial de quebra de sigilo em processo criminal

Como visto anteriormente, o próprio Partido da Republica reconhece que a exceção constitucional de quebra de sigilo de comunicações precisa ser observada pelos aplicativos de comunicação, como o *whatsapp* e congêneres.

Apesar de não ter indicado uma única decisão que tivesse levado à suspensão de funcionamento do aplicativo, como decorrência da negativa de quebra do sigilo, afirmou o Partido da República que tais decisões poderiam existir, mas não teriam sido reveladas. Veja-se o parágrafo 21 da petição inicial:

*“**Como os casos de ordem judicial de suspensão temporária de funcionamento** de aplicativos de troca de mensagens online **ocorreram em casos de investigação criminal**, pode parecer que tal recomendação é irrelevante. O fato é que somente os casos de grande repercussão acabam vindo a público, sendo certo que **há risco de juízes ordenarem a quebra do sigilo das mensagens virtuais em casos mais banais**, razão pela qual se impõe a imediata fixação de tal entendimento constitucional na presente ação.”*

O exame dos pedidos da petição inicial revela que o autor reputa inconstitucional as normas que permitiriam ao Estado suspender ou proibir as atividades de aplicativos de comunicações que se mostrassem violadores da exceção constitucional.

Isso mesmo. Para o Partido da República, mesmo havendo a exceção do inciso XII, do art. 5º, da CF, que facultaria ao Estado (Juiz) a quebra de sigilo de comunicações de aplicativos pela internet, não poderia o serviço ser suspenso ou proibido, na hipótese de descumprimento da ordem judicial. É o que se pode depreender do pedido veiculado na alínea “a” do capítulo V:

Ante o exposto, o Partido da República (PR), exercendo seu dever cívico de suscitar questões com o fito de tutelar a ordem constitucional objetiva, requer:

a) A concessão de medida cautelar para suspender a vigência dos incisos III e IV do art. 12 da Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, até o julgamento definitivo do mérito da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade;

O mesmo se pode dizer do pedido veiculado na alínea “b” -- único a tratar da exceção dos casos de persecução criminal -- porque também ele não pode ser aceito, na medida em que pede a inconstitucionalidade das sanções de suspensão e proibição (incisos III e IV do art. 12) da atividade que venha a ser tida como ilegal.

b) No mérito, a declaração da inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 12 da Lei n. 12.965/14, bem como a interpretação conforme do art. 10, §2º, a fim de que seja limitado o seu alcance aos casos de persecução criminal;

O Estado Brasileiro poderia suspender e proibir o funcionamento, por exemplo, de uma concessionária de TV que tivesse a sua concessão extinta, mas não poderia suspender ou proibir o funcionamento de um aplicativo de mensagens que se negasse a obedecer uma ordem de quebra de sigilo em processo criminal.

Por último, quanto ao pedido contido na alínea “c”, de interpretação das sanções dos incisos I a IV do art. 12 da Lei do Marco Civil, para que as dos incisos (III e IV) somente possam ser aplicadas após as sanções dos incisos I e II, conquanto possa parecer plausível, não parece igualmente possível, porque o critério de equidade a ser observado na aplicação das sanções deve se dar caso a caso, havendo situações de tamanha ilegalidade que podem justificar ao Estado a suspensão desde logo da atividade, para posterior decretação da proibição. Veja-se o pedido

c) Subsidiariamente, requer-se a adoção da técnica de declaração de nulidade parcial sem redução de texto do art. 12, III e IV, da Lei nº. 12.965/14, de forma a afastar a sua aplicação aos aplicativos de troca de mensagens virtual; ou, por último, que se dê interpretação conforme a tais dispositivos, condicionando-se, em consequência, a aplicação das sanções de suspensão temporária e de proibição do exercício das atividades somente após as sanções previstas no art. 12, I e II, mostrarem-se frustradas;

Em situação assemelhada, de previsão de inúmeras hipóteses de sanção, a depender do grau de ilicitude da conduta, tem o Poder Judiciário proclamado a constitucionalidade, por exemplo, da Lei de Improbidade, para permitir que o Poder Judiciário fixe a mais adequada:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA. APLICAÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE DA SIMPLES DISPENSA DA SANÇÃO.

1. Reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção. Para tal efeito, não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as conseqüências da infração, individualizando-as, se for o caso, sob os princípios do direito penal. O que não se compatibiliza com o direito é simplesmente dispensar a aplicação da pena em caso de reconhecida ocorrência da infração.

2. Recurso especial provido para o efeito de anular o acórdão recorrido.

(REsp 513.576/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/11/2005, DJ 06/03/2006, p. 164)

Aliás, as decisões que justificaram o ajuizamento dessa ADI revelam exatamente a hipótese de aplicação direta das sanções de suspensão e proibição, porque o aplicativo de comunicação de maior uso no Brasil e no Planeta já confessou que ninguém, nem ele mesmo, conseguiria acessar as informações transitadas entre os seus clientes, revelando, assim, **uma situação de inconstitucionalidade/ilegalidade manifesta a exigir a aplicação direta das sanções mais gravosas.**

Com efeito, enquanto persistir o *whatsapp* ou qualquer aplicativo congênere na conduta de facultar meio de comunicação insuscetível de acesso por qualquer pessoa que não seja o remetente e o destinatário da informação -- **por força de algum sistema de criptografia** -- estarão submetidos à sanção legal mais gravosa da Lei do Marco Civil ou do Código de Processo Penal, qual seja, a da proibição da atividade econômica, sem que se possa apontar qualquer inconstitucionalidade da lei.

IX - Pedido

Por todo o exposto, requer a AMB, preliminarmente, que seja deferida a sua admissão no presente feito na qualidade de *amicus curiae* para todos os efeitos, inclusive para o fim assegurar a realização de sustentação oral no julgamento.

Ao final, requer que essa eg. Corte não conheça da ADI ou, dela conhecendo, que a julgue improcedente, dada à constitucionalidade dos dispositivos da Lei do Marco Civil impugnados, fixando, ainda, o entendimento de que o *whatsapp* ou qualquer outro aplicativo de comunicação, para poder funcionar validamente no Brasil, precisa dispor de sistema que permita a quebra do seu sigilo pelo Estado, nas hipóteses legais.

Brasília, 20 de abril de 2018.

P.p.



Alberto Pavie Ribeiro
(OAB-DF, nº 7.077)

(AMB-STF-ADI-5527-AmicusCurae)