

CONFLITO ENTRE OS INTERESSES EMPRESARIAIS E COLETIVOS NA ERA DO INFORMACIONALISMO: O CASO DA APPLE E DO WHATSAPP

CONFLICT BETWEEN BUSINESS AND COLLECTIVE INTERESTS IN THE AGE OF INFORMATIONALISM: THE APPLE AND WHATSAPP CASE

Rafael José Nadim de Lazari *

Raphael Ribeiro **

SUMÁRIO: Introdução. 1 A internet como agente alterador das regras de mercado: o valor da informação. 2 O caso Apple x FBI. 3 Panorama brasileiro: o caso Whatsapp. 4 Os dados pessoais para além da ótica individual. Conclusão. Referências.

RESUMO: A internet e as tecnologias telemáticas foram agentes alteradores do mercado, propondo uma nova economia mundial, baseada na informação. O novo espaço juntamente com a nova economia fomentaram empresas que detêm como seu único patrimônio a informação e a sua troca e veiculação. Dentro deste cenário, destacam-se os casos da Apple e o WhatsApp, que por sua postura protetiva com a informação de seus usuários, foram alvo de decisões judiciais que determinaram a abertura da comunicação de seus clientes para auxílio em investigações criminais. A postura adotada pelas empresas levou a medidas de desaceitação por parte de governos dos quais originaram as medidas. Neste cenário, discutiu-se o conflito entre fundamentos constitucionais, aplicando método de valoração para solução do conflito entre os mandamentos constitucionais para fim de resolução harmoniosa.

Palavras-chave: Privacidade. Segurança de dados. Apple. WhatsApp. Ponderação de princípios.

ABSTRACT: *The internet and telematics technologies have been market-altering agents, proposing a new economy model to the world, based on information. This new space allied with*

* Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Estágio Pós-Doutoral pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Mestre em Teoria do Estado pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP. Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP - UNIMAR. Professor da Graduação em Direito da Rede Gonzaga de Ensino Superior - REGES, de Dracena/SP. Professor convidado de Pós-Graduação (LFG, EBRADI, Projuris Estudos Jurídicos, IED, dentre outros), da Escola Superior de Advocacia, e de Cursos preparatórios para concursos e Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (LFG, Vipjus, IED, IOB Concursos, PCI Concursos, dentre outros). Professor dos Programas “Saber Direito” e “Academia”, na TV Justiça, em Brasília/DF. Membro da Comissão Estadual de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP. Membro (representando a OAB/SP) do Fórum Inter-Religioso permanente para uma Cultura de Paz e Liberdade de Crença, vinculado à Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Governo do Estado de São Paulo. Membro da UJUCASP - União dos Juristas Católicos de São Paulo.

** Advogado. Foi aluno especial do programa de mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente.

Artigo recebido em 26/07/2018 e aceito em 31/07/2018.

Como citar: LAZARI, Rafael José Nadim de; RIBEIRO, Raphael. Conflito entre os interesses empresariais e coletivos na era do informacionalismo: o caso da Apple e do Whatsapp. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 35, p. 205 jan/jun. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

the new economy model fostered companies that have as their sole asset the information and their exchange and placement. Within this scenario, we highlight the cases of Apple and WhatsApp, who for their protective stance with the information of their users, were the subject of judicial decisions that determined the opening of the communication of their clients for assistance in criminal investigations. The stance adopted by the companies led to measures of de-acceptance by the governments from which the measures originated. In this scenario, we discussed the conflict between constitutional foundations, applying a method of valuation to solve the conflict between the constitutional commandments in order to achieve a harmonious resolution.

Keywords: *Privacy. Data security. Apple. WhatsApp. Principles valuation method.*

INTRODUÇÃO

O advento dos novos meios tecnológicos exige do direito uma dinamicidade que nossos esforços legislativos não conseguem atender, visto a lentidão da agenda legislativa brasileira na tramitação das leis. Com o retardo legislativo, o judiciário se vê desarmado frente aos novos problemas abarcados pelas recentes inovações tecnológicas.

O direito pós-positivista não tem sido eficiente na resolução dos conflitos sociais, o que nos leva a pensar em novas estratégias para consolidação do direito, e que muitas vezes, devido às lacunas legislativas, pedem a aplicação de normas gerais para preencher omissões da lei.

Frente a este cenário dinâmico de inovações, destacado pelo direito alimentado por fontes incompletas e incapazes de prever o cenário moderno, o presente estudo propõe-se a fazer uma análise do conflito entre direitos fundamentais, interesses de mercado e os interesses coletivos, propondo dar solução harmoniosa ao conflito de pressupostos jurídicos

1 A INTERNET COMO AGENTE ALTERADOR DAS REGRAS DE MERCADO: O VALOR DA INFORMAÇÃO

Desde tempos imemoriais, o ser humano sempre buscou extrapolar as barreiras continentais para consolidação dos negócios. O solo brasileiro, segundo a história conhecida, foi descoberto pelas expansões marítimas europeias, no interesse de se encontrar uma rota mais rápida para negociar com os países orientais, como a Índia. Da mesma maneira, caixeiros-viajantes e mascates extrapolavam limites territoriais em busca da efetivação dos negócios, vendendo a outras nações produtos advindos dos mais variados países, construindo a ideia de mercado global. A economia sempre moveu o mundo. Somos ávidos por riqueza, por prosperidade e nos globalizamos graças à nossa ânsia de auferir lucro.

A internet, não distante dos anseios comerciais, ainda que nascida por iniciativa militar, pronta a assegurar a eficiência comunicativa dos Estados Unidos frente à iminência de um ataque nuclear no período da guerra fria, teve seu desenvolvimento intensificado quando se enxergou na inovação o seu potencial econômico, que dentro das universidades norte-americanas, através de estudos e disseminação do conhecimento, deram o passo inicial para a implementação da ferramenta que seria conhecida como um dos principais avanços tecnológicos da humanidade (BENKLER, 1996, p. 28).

Assim, a tecnologia informática, aliada à sede do comércio e riqueza, inovou as questões econômicas, quebrando as barreiras comunicativas para negociar, comprar, vender e oferecer serviços, sem restrição de barreiras territoriais, globalizando as relações de consumo através da internet.

Tal ideia é consolidada nas palavras de Tarcisio Teixeira, que considera a internet como uma ferramenta de aproximação entre as pessoas físicas e jurídicas, disponibilizando ao fornecedor de produto ou serviço um instrumento para comercialização de suas “especiarias” (em alusão aos comércios pré-coloniais) a qualquer pessoa que deles precisem (TEIXEIRA, 2014, p. 189-190).

Os mercados locais, até então estabelecidos na produção industrial em massa e no conhecimento através de documentos escritos, alteraram-se em razão do advento tecnológico, e a obtenção de riqueza deixou de ser vinculada apenas ao comércio e à produção fabril, passando para uma cognição incorpórea de valores, não considerando apenas os produtos finais de processos industriais como únicos possuidores de valor econômico. O crescente uso da internet atribuiu valor à própria informação, em seu sentido lato, resultado de produções técnicas e intelectuais, conforme os interesses do mercado, quebrando velhos paradigmas.

Dentro desta nova dinâmica, aplicativos como o WhatsApp - vendido por 22 bilhões de dólares (aproximadamente 54 bilhões de reais), segundo informaram os tabloides brasileiros¹ -, são exemplos precisos

¹ O portal G1 informou o valor de US\$ 22 bilhões, transacionados no dia 06/10/2014, ocasião na qual o criador do aplicativo (Jam Koun) passou a compor o conselho do *Facebook*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2014/10/preco-de-compra-do-whatsapp-pelo-facebook-sobe-us-22-bilhoes.html>>. Acessado em: 22/05/2016. Já o *site* O Globo, informou a transação concluída em US\$ 21,8 bilhões de reais, após aprovação da União Europeia e órgãos reguladores dos Estados Unidos. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/facebook-oficializa-compra-do-whatsapp-por-us-218-bilhoes-14157940>>. Acessado em: 22/05/2016.

desta nova valoração dada à informação. O valor de venda do aplicativo, em uma análise inicial, impossibilitaria determinar sobre o que, patrimônio ou produto, seriam calculados tamanho valor, vez que o aplicativo é um “mensageiro”, uma plataforma de envio e recebimento de mensagens com o uso da internet, que cobra, anualmente, o módico valor de 1 dólar, aparentemente não possuindo outros meios pelos quais seria integralizado este exorbitante valor pelo qual foi vendido.

Além disso, o WhatsApp não veicula em sua plataforma qualquer tipo de propaganda, determinando que neste preço não estão envolvidos valores frutos de publicidade.

O aplicativo conta como seu principal “patrimônio” um número de usuários que se aproxima da casa de 1 bilhão², o que poderia explicar o enorme valor transacionado, porém esta ideia, a princípio, tratar-se-ia de mera suposição, se não fossem os outros elementos que serão apresentados adiante.

Empresas como o WhatsApp, como tantas outras que trabalham com inovações tecnológicas, necessitam de uma técnica mais apurada para se determinar quais seriam seus valores negociados no mercado. Ao determinarmos o preço de uma empresa desta espécie, é preciso se determinar o valuation, como é tratado nos textos de nicho. O cálculo do valuation sai da lógica do preço pautado no lucro que se obterá com a aquisição do aplicativo, justamente pelo fato de que WhatsApp, excluída a cobrança anual de US\$ 1, não gera outros lucros visíveis. Então, indaga-se, como se calcularia tamanho valor transacionado?

Valuation, ou valor, não se confunde com preço. Valor é o potencial econômico de uma empresa, que pode ser determinado em uma estimativa futura dos lucros, característica que se encontra presente no WhatsApp por este ter crescido três vezes mais do que a sua empresa adquirente, considerando os primeiros quatro anos de sua existência em relação ao mesmo período da compradora³, demonstrando que, apesar de o WhatsApp não exibir lucro, não revelar patrimônio, ainda assim possui um interesse do mercado, que se consubstancia no interesse de adesão

² Segundo informações prestadas pelo G1, Mark Zuckerberg, atual presidente do *WhatsApp*, afirmou que o aplicativo ruma para a casa de 1 bilhão de usuários. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/02/facebook-compra-o-aplicativo-whatsapp-por-us-16-bilhoes.html>>. Acessado em: 21/05/2016.

³ O artigo demonstra a lógica dos negócios contemporâneos, analisando de maneira pormenorizada a aquisição do *WhatsApp* pelo *Facebook* no ano de 2014. Título: O valor de uma empresa. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI197558,61044-O+valor+de+uma+empresa>>. Acessado em: 11/06/2016.

dos seus consumidores ao seu serviço de mensageiro. Logo, o valor do WhatsApp está na quantidade de usuários (cerca de 1 bilhão), e que só tem aumentado ao longo dos anos, despertando o interesse do mercado e da empresa adquirente.

Além disso, agregado à função de mensageiro, o WhatsApp conta com os dados e informações que transitam na prestação de seus serviços, o que, se considerarmos seus Termos de Uso e Política de Privacidade, nos dão margem a colher cláusulas que permitem a utilização de informações não identificáveis do usuário para finalidades publicitárias, ainda que estas se apresentem de forma velada ou demasiadamente abrangentes em seus termos de prestação de serviços⁴, denotando que, além do valuation, a empresa trabalha com valores inerentes às informações que circulam em sua plataforma, ainda que não pratique tais termos.

Assim, podemos entender que a tecnologia informática não só encurtou distâncias e dinamizou os mercados, mas também definiu novos valores, não baseados somente no produto final das cadeias de produção fabril, reconhecendo o valor de empresas que só trabalhem com a informação como único elemento do seu processo produtivo.

Essa economia baseada em informação emergiu no quarto final do século 20, o que fez nascer um novo sistema econômico, estabelecendo o conhecimento da informação (knowledge-information) como novo valor de mercado. Manuel Castells afirma que a emersão deste novo paradigma tecnológico versando sobre as novas tecnologias tornou a informação o próprio produto do processo de produção (CASTELLS, 2010, p. 78).

O novo modelo econômico baseado em informação como produto do mercado é nomeado de informacionalismo, por conta da produtividade e competitividade das unidades e agentes nesta nova realidade econômica fundamentalmente dependerem de sua capacidade para gerar, processar e aplicar a informação captada (CASTELLS, 2010, p. 77), reforçando antigos jargões, notadamente “saber é poder”.

⁴ Conforme os Termos de Serviços disponíveis pelo site *WhatsApp*: “*We may share non-personally-identifiable information (such as anonymous User usage data, referring / exit pages and URLs, platform types, asset views, number of clicks, etc.) with interested third-parties to assist them in understanding the usage patterns for certain content, services, advertisements, promotions, and/or functionality on the WhatsApp Site*”. (Nós poderemos compartilhar suas informações não pessoais com terceiros para auxiliá-los a entender os padrões de uso para determinados conteúdos, serviços, anúncios, promoções e/ou funcionalidade no site do *WhatsApp* - em tradução livre). Disponível em: <<https://www.whatsapp.com/legal/>>. Acessado em: 21/06/2016.

O conceito de informacionalismo tem a informação como a base material e tecnológica da atividade econômica e da organização social, fenômeno novo que não pode ser ignorado pelo direito.

Tal consolidação da informação como produto da cadeia de produção coloca as tecnologias telemáticas, conseqüentemente a internet, como meioriquíssimo tanto para o desenvolvimento econômico, como para o desenvolvimento cultural e intelectual de seus usuários, que hoje já possuem estas tecnologias como componentes inseparáveis de seus cotidianos.

Marcel Leonardi entende que a influência da internet na vida humana é irreversível e, como tal, deve ser adequada à carga de garantias que já foram conquistadas. A importância do direito à privacidade em ambiente digital evidencia a sensibilidade desta relação entre valores econômicos e direitos fundamentais, analisando que muito mais importante do que regular e desenvolver as novas tecnologias telemáticas, para que alcancem seus objetivos e mantenham sua utilidade, é o seu dever de proteção ao direito basilar da privacidade, além de resguardar outros direitos fundamentais de possíveis abusos (LEONARDI, 2012, p. 37-38).

Mais do que optar pela regulamentação propriamente dita, editando novas leis para fim de proteção dos valores apresentados, Yochai Benkler afirma que a resolução dos problemas gerados pelas novas tecnologias se resolve com a simples aplicação de princípios, e não através de regras específicas (BENKLER, 1996, p. 39).

Ante a especialidade das relações desenvolvidas na internet, o conflito com o direito à privacidade é particularmente preocupante, pela violação deste ser exponencialmente facilitada pelas mesmas características e peculiaridades que tornam a Rede tão atraente (LEONARDI, 2012, p. 42), e que nas palavras de Pierre Levy, se deve à dinamicidade, construção e alimentação por todos os agentes que a utilizam (LEVY, 1996, p. 128).

Pierre Levy destaca ainda a discussão sobre o caráter mercantil da internet, propondo que, como instrumento do desenvolvimento coletivo, a internet voltada ao comércio não possuiria motivos para o seu banimento (no seu sentido de proibição, considerando a possibilidade de abusos de direitos), mas sim que deveria continuar a existir preservando uma maneira original de constituir coletivos inteligentes, diferente daquela que o mercado capitalista induz (LEVY, 1996, p. 129).

Percebemos o uso deste desenvolvimento coletivo do meio telemático principalmente quando relacionamos os dados veiculados com os serviços oferecidos, na coleta e uso destes dados principalmente para

fins publicitários, porém desconsideramos outras possibilidades de seu uso, ainda que imperceptíveis aos usuários. Através das tecnologias telemáticas alimentadas por estes dados, é possível a implementação e melhoria dos próprios serviços oferecidos pela Rede, como bem destacam os termos de serviço do WhatsApp, ou seja, abre-se mão da privacidade em prol da melhoria dos produtos ofertados.

O mercantilismo na internet é superdesenvolvido e sua capacidade de uso da massividade de usuários é uma maneira de potencializar a apresentação de seus produtos e serviços, prática que por muitas vezes se sobrepõe a direitos basilares, viciando a ideia proposta por Pierre Levy e evidenciando um mercado em desequilíbrio.

2 O CASO *APPLE* X FBI

A divergência entre interesses empresariais e o direito à privacidade no armazenamento e uso dos dados pessoais se mostrou no final do ano de 2015, quando um atentado terrorista em San Bernadino, Califórnia, deixou quatorze mortos e vinte e dois feridos. No confronto com os policiais, dois dos três terroristas foram mortos⁵.

Pela suspeita de ataque terrorista, tentou-se recuperar os dados de um dos celulares ainda em funcionamento dos suspeitos, o celular de Syed Farook, sendo que os demais aparelhos foram destruídos pelos próprios atiradores antes de morrerem no confronto com os policiais.

Em atenção aos dados, acreditando que estes conteriam informações essenciais às investigações, o FBI requisitou ajuda para o acesso às informações do smartphones primeiro à Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos (National Security Agency), que declarou que não tinha conhecimento para desbloquear tais aparelhos (Iphones), somente de outros que seriam de uso mais comum dos criminosos⁶. Resultado disso, o órgão federal recorreu à própria Apple (produtora do Iphone) para desbloqueio do aparelho.

⁵ Cobertura nacional do incidente, feita pelo portal G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/12/incidente-com-disparos-na-california-deixa-varias-vitimas-dizem-bombeiros.html>>. Acessado em: 10/06/2016.

⁶ Em depoimento à imprensa, o Vice-Diretor da Agência Nacional de Segurança disse: “*If we don't have a bad guy who's using it, we don't do that*” (Se não temos um criminoso que está usando isto [*smartfone Iphone*], não fazemos isso - tradução livre), justificando o porquê da agência não ter condições de desbloquear tal tipo de aparelho. Disponível em: <<http://www.zdnet.com/article/nsa-comes-clean-on-why-it-couldnt-hack-san-bernardino-shooters-iphone/>>. Acessado em: 10/06/2016.

Os smartphones da marca Apple possuem um sistema de segurança que após seis tentativas de acesso por senha incorreta bloqueia permanentemente os dados do aparelho⁷. Assim, por não haver maneira de acessar tais dados, frente ao bloqueio de segurança, o FBI teve de pedir ajuda aos detentores da tecnologia do Iphone, a própria empresa produtora do aparelho, para seu desbloqueio e acesso aos dados, e esta se recusou a ajudar o órgão federal.

Diante a negativa, o FBI acionou a justiça norte-americana, ocasião em que a magistrada Sheri Pym deferiu o pedido do FBI, determinando que a Apple atendesse às solicitações, desbloqueando o Iphone de Syed Farook⁸.

A decisão se fundamentou no All Writs Act, permitindo que a justiça norte-americana emita todos os mandados necessários para auxiliarem as atividades do próprio Judiciário, desde que estejam em conformidade com os usos e princípios do Direito norte-americano⁹. O mandamento judicial determinou ainda que a Apple providenciasse um software, um programa, com um mecanismo de recuperação do aparelho, ou um Software Image File (SIF), que pudesse ser executado no celular do suspeito, possibilitando desbloqueá-lo¹⁰.

⁷ O site da Apple, em sua área de suporte ao usuário, traz o seguinte texto: “If you enter the wrong passcode in to an iOS device six times in a row, you’ll be locked out and a message will say that your device is disabled”. O site traz como solução para o telefone desabilitado apenas o *erase* do aparelho, que é a eliminação de todos os dados do sistema, voltando a sua estaca zero, como se acabasse de sair da fábrica, sem nenhum dado da pessoa que até então o possuía. Disponível em: <<https://support.apple.com/en-us/HT204306>>. Acessado em: 10/06/2016.

⁸ A determinação judicial exarada pela juíza norte-americana pode ser encontrada na íntegra no endereço eletrônico: <<https://assets.documentcloud.org/documents/2714005/SB-Shooter-Order-Compelling-Apple-Asst-iPhone.pdf>>. Acessado em: 28/09/2018.

⁹ —UNITED STATES OF AMERICA. 28 U.S. Code § 1651 - Writs: (a) The Supreme Court and all courts established by Act of Congress may issue all writs necessary or appropriate in aid of their respective jurisdictions and agreeable to the usages and principles of law. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1651>>. Acessado em: 16/07/2016.

¹⁰ Decisão que determinou que a Apple ajudasse o FBI a decifrar o celular de Syed Farook. Segue destaque da decisão: “This matter is before the Court pursuant to an application pursuant to the All Writs Act, 28 U.S.C. § 1651, by Assistant United States Attorneys Tracy Wilkinson and Allen Chiu, requesting an order directing Apple Inc. (‘Apple’) to assist law enforcement agents in enabling search of a digital device seized in the course of a previously issued search warrant in this matter. [...] providing the FBI with a signed Iphone Software file, recovery bundle, or other Software Image File (‘SIF’) that can be loaded onto the SUBJECT DEVICE”. Disponível em: <<https://assets.documentcloud.org/documents/2714001/SB-Shooter-Order-Compelling-Apple-Asst-iPhone.pdf>>. Acessado em: 16/07/2016.

No mais, a juíza norte-americana impôs à Apple prestar ajuda técnica razoável (reasonable technical assistance)¹¹ para recuperação dos dados, além da criação do referido software para acessar o smartfone.

Ainda que a decisão tenha determinado ajuda ao FBI, a Apple insistiu em não cooperar com as investigações policiais, alegando que as demandas do governo ameaçariam a segurança de seus clientes em uma escala sem precedentes, e que as implicações da decisão da magistrada teriam efeitos que iriam além do processo. A criação do software resultaria em uma espécie de chave mestra para desbloqueio de aparelhos da empresa. Na mesma manifestação feita pela Apple, negando cooperar com o FBI, Tim Cook, então CEO da empresa, qualificou a ordem como “extremamente onerosa”, criticando os riscos que um aplicativo como este traria aos seus consumidores e como uma decisão desse tipo prejudicaria a confiança creditada à empresa¹².

Em texto publicado no próprio site da Apple, Tim Cook se manifestou dizendo que as informações precisam ser protegidas de hackers e criminosos que desejam roubá-las para uso indevido sem o conhecimento da empresa, e que a Apple estaria comprometida na proteção dos dados de seus consumidores, alegando ainda que a única forma de uma proteção eficaz desses dados seria através da criptografia oferecida pela empresa¹³.

Declarou, ainda, que um software dessa espécie, se caísse em mãos erradas, seria capaz de desbloquear qualquer aparelho Iphone. Ou seja, o governo dos Estados Unidos estaria obrigando a Apple a hackear seus

¹¹ O julgado determinou que a *Apple* atendesse ao pedido do FBI, garantindo ajuda técnica razoável para desbloqueio do aparelho. Disponível em: <<http://www.nbcnews.com/storyline/san-bernardino-shooting/judge-forces-apple-help-unlock-san-bernardino-shooter-iphone-n519701>>. Acessado em: 10/06/2016.

¹² Em carta publicada e noticiada pela CNN, Tim Cook, presidente da *Apple* afirmou: “*The government is asking Apple to hack our own users and undermine decades of security advancements that protect our customers - including tens of millions of American citizens - from sophisticated hackers and cybercriminals*”. Os noticiários americanos dizem que a discussão se fundamenta no *Protection x Privacy* (Proteção x Privacidade). Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2016/02/16/us/san-bernardino-shooter-phone-apple>>. Acessado em: 16/07/2016.

¹³ A carta foi publicada no site da *Apple* em 16/02/2016, e pode ser acessada na íntegra em: <<http://www.apple.com/customer-letter/>>. O trecho a qual o texto faz referência é: “*The Need for Encryption [...] All that information needs to be protected from hackers and criminals who want to access it, steal it, and use it without our knowledge or permission. Customers expect Apple and other technology companies to do everything in our power to protect their personal information, and at Apple we are deeply committed to safeguarding their data. For many years, we have used encryption to protect our customers’ personal data because we believe it’s the only way to keep their information safe. We have even put that data out of our own reach, because we believe the contents of your iPhone are none of our business*”.

próprios clientes, colocando em risco décadas de avanços em segurança e vulnerabilizando 10 milhões de cidadãos americanos¹⁴.

As declarações da empresa mostraram uma posição aparentemente preocupada com os dados e integridade do consumidor, se posicionando contra uma decisão judicial interessada em resguardar a segurança destes mesmos 10 milhões de usuários, os mesmos que a Apple afirmou proteger, já que o perigo de terrorismo é iminente e concreto nos Estados Unidos. Pautou a defesa de seus usuários na possibilidade de tais dados caírem em mãos de criminosos, hackers, ou dando ao governo americano muito poder com o uso de um software desta espécie. Em miúdos, temos a empresa Apple valendo-se do direito basilar e constitucional da privacidade dos dados de seus usuários, afirmando que a segurança destes dados é importante política de suas atividades.

Analisando mercadologicamente, possível vislumbrar uma estratégia clara de fidelização dos seus consumidores, sob argumento de que sua postura de proteção defenderia o usuário da ação tanto de criminosos, quanto, até mesmo, do próprio Estado, através de seus mecanismos de segurança inquebráveis. No entanto, a mesma empresa que afirmou proteger seus usuários acaba por deixar estes mesmos usuários a mercê de outros crimes, que, possivelmente, caso fossem disponibilizadas as informações do celular de Syed Farook, possibilitariam melhores investigações de crimes que extrapolam a esfera da privacidade e atingem toda a coletividade, tamanha gravidade que possui o crime de terrorismo.

¹⁴ Trecho da declaração da Apple: “*The FBI may use different words to describe this tool, but make no mistake: Building a version of iOS that bypasses security in this way would undeniably create a backdoor. And while the government may argue that its use would be limited to this case, there is no way to guarantee such control. [...] The government is asking Apple to hack our own users and undermine decades of security advancements that protect our customers - including tens of millions of American citizens - from sophisticated hackers and cybercriminals. The same engineers who built strong encryption into the iPhone to protect our users would, ironically, be ordered to weaken those protections and make our users less safe*”. Disponível em: <<http://www.apple.com/customer-letter/>>. Acessado em: 16/07/2016.

A demanda judicial terminou com o FBI declarando que havia conseguido acessar o telefone através da ajuda de um terceiro que não a Apple¹⁵, dispensando o auxílio da empresa.

3 PANORAMA BRASILEIRO: O CASO *WHATSAPP*

A expansão internacional levou as empresas, necessariamente, a respeitarem o direito pátrio dos países em que pretendem atuar, e com isto surgiram inúmeras divergências entre os interesses econômicos e a soberania nacional.

Como já apresentado, o fenômeno das informações de milhares de usuários, utilizadas como moeda de mercado, chocou-se diretamente com interesses estatais de cunho criminal, como é o caso das informações contidas no celular de Syed Farook no ataque terrorista de San Bernadino, conteúdo de interesse investigativo e que se relaciona à segurança nacional dos Estados Unidos.

O fomento comercial e expansão das empresas e seus aplicativos levaram à utilização do WhatsApp em vários países, dentre eles o Brasil, que conta hoje com mais de 100 milhões de usuários utilizando o mensageiro. No Brasil, por três vezes tivemos um caso semelhante ao da Apple e a mesma postura foi adotada pelo WhatsApp, produto do Facebook, negando cumprimento às decisões do Judiciário.

No final do ano de 2015 o aplicativo WhatsApp teve seus serviços bloqueados judicialmente em todo o território nacional pela primeira vez, quando o juiz da 1ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo, no Estado de São Paulo, determinou que o serviço ficasse inoperante por 48 horas, após a empresa não ter colaborado com investigações criminais que necessitaram que o serviço quebrasse o sigilo de suas mensagens. Na ocasião, o pedido foi de que a empresa abrisse o conteúdo das mensagens já trocadas entre os investigados para auxiliar na apuração de crime. O WhatsApp, no entanto, não atendeu ao mandamento judicial, argumentando que uma vez criptografadas era impossível sua decodificação.

¹⁵ Noticiado pelo portal ABC News. Disponível em: <<http://abcnews.go.com/Technology/justice-department-withdraws-request-apple-iphone-encryption-case/story?id=37986428>>. Acessado em: 16/07/2016.

Após a determinação de pagamento de multa, na forma da Lei nº 12.965/2014, não restou outra sanção que não a suspensão do serviço¹⁶. Na situação, o dono do serviço, Mark Zuckerberg, se pronunciou, objetivando a decisão como extremista¹⁷. Situação semelhante aconteceu em maio de 2016, quando a empresa, mais uma vez, após decisão do juiz de 1º grau da comarca de Lagarto, Estado do Sergipe, se negou a cooperar com a descryptografia de suas mensagens para elucidação de um caso de tráfico de drogas. No processo, todos os ditames contidos no Marco Civil da Internet foram cumpridos, chegando à medida extrema de prisão do Vice-Presidente do Facebook na América Latina por não ter atendido à ordem judicial, não restando outra opção em lei que não a suspensão dos serviços¹⁸.

Mais uma vez, em manifestação em sua página no Facebook, Mark Zuckerberg afirmou que “[...] é muita assustadora a ideia de que, em uma democracia, todos no Brasil tenham seu direito à liberdade de comunicação negado desta maneira”¹⁹.

Pela terceira vez, o WhatsApp foi bloqueado em 19 de julho de 2016, após decisão da 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias, Estado do Rio de Janeiro, porém o panorama do caso foi um pouco diferente, pois não houve nesta situação pedido de abertura dos dados e conversas uma vez já feitas, mas sim um pedido de interceptação das conversas dos indivíduos investigados criminalmente. A decisão requisitou ao WhatsApp que

¹⁶ A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da *Internet*), prevê, entre suas sanções, a advertência, a multa, a suspensão do serviço, e até a proibição do exercício das atividades em solo brasileiro, para os provedores de conexão e aplicação que, na forma dos artigos 10, 11, 12, 13 e 15, não disponibilizarem os dados que deveriam ser armazenados por período estipulado em lei (6 meses para registros de aplicação - art. 15 - e 1 ano para registros de conexão - art. 13), após a desobediência de ordem judicial competente que determine a disponibilização de tais dados.

¹⁷ O CEO do *Facebook* e *WhatsApp* se pronunciou na página oficial do aplicativo, afirmando que “*Estou chocado que nossos esforços em proteger dados pessoais poderiam resultar na punição de todos os usuários brasileiros do WhatsApp pela decisão extrema de um único juiz. Esperamos que a justiça brasileira reverta rapidamente essa decisão. Se você é brasileiro, por favor faça sua voz ser ouvida e ajude seu governo a refletir a vontade do povo*”, conforme notícia do site Veja. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/mundo/mark-zuckerberg-critica-a-suspensao-do-whatsapp-no-brasil>>. Acessado em: 22/05/2016.

¹⁸ Noticiado pelo G1 da Globo.com. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/07/whatsapp-bloqueado-relembre-todos-os-casos-de-suspensao-do-app.html>>. Acessado em: 24/10/2018.

¹⁹ *the idea that everyone in Brazil can be denied the freedom to communicate the way they want is very scary in a democracy*”, conforme publicação datada de 03/05/2016 na página pessoal no *Facebook* do Presidente do *WhatsApp*, Mark Zuckerberg. Disponível em: <<https://www.facebook.com/zuck/posts/10102814103934951?pnref=story>>. Acessado em: 20/07/2016.

interceptasse as conversas antes de sofrerem a criptografia utilizada pelo serviço, e, como nos casos anteriores, a empresa requisitada não cumpriu o mandamento judicial.

Na decisão exarada pela juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza, que bloqueou os serviços do WhatsApp, a conduta da empresa foi adjetivada como carregada de desprezo pelas leis brasileiras, uma vez que a resposta aos atos oficiais sequer se deu em língua portuguesa, tendo o WhatsApp respondido às requisições através de e-mail redigido em inglês, e que estavam tratando do país como uma “republicueta”²⁰.

Destacou que a empresa, para atuar em solo pátrio, com filial devidamente estabelecida, se sujeitou às leis e à língua nacional, observando ainda que a mesma funciona de maneira plena, contando com um enorme número de usuários, sendo o país com segundo maior público do aplicativo, e, ainda, que tanto é eficientemente operante em solo nacional que seu aplicativo conta com corretor em língua portuguesa.

A juíza, por fim, salientou que a ordem não esbarra em argumentos como os anteriormente usados, que se pautavam na impossibilidade de descryptografia das mensagens, vez que o respectivo mandamento judicial se consubstanciava em interceptação, uma intervenção antes da implicação de qualquer tecnologia de codificação da mensagem, e que a negativa de cumprimento da empresa sem implicações jurídicas relevantes acabaria por tornar tais empresas intocáveis, atuando sem qualquer respeito aos poderes da federação e à soberania nacional.

Destaca-se a argumentação utilizada na sentença:

Ora, se as decisões judiciais não podem efetivamente ser cumpridas e esta informação é sempre rechaçada por peritos da polícia federal e da polícia civil que afirmam ser possível o cumprimento, como foi possível ao Google do Brasil, em determinada ocasião, cumprir as decisões judiciais que até então alegava ser impossível, deveremos então concluir que o serviço não poderá mais ser prestado, sob pena de privilegiar inúmeros indivíduos que se utilizam impunemente do aplicativo Whatsapp para prática de crimes diversos, orquestrar execuções, tramar todos os tipos de ilícitos, sempre acobertados pelos responsáveis legais do aplicativo Whatsapp, que insistem em descumprir as decisões judiciais, tornando estas condutas impossíveis de serem alcançadas pela Justiça. [...] Como se conclui, não

²⁰ Sentença na íntegra disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/7/art20160719-03.pdf>>. Acessado em: 30/09/2018.

pode um serviço de comunicação de tamanho alcance, ser oferecido a mais de 100 (cem) milhões de brasileiros sem, no entanto, se submeter às Leis do País, descumprindo decisões judiciais e obstruindo investigações criminais em diversas unidades da Federação. Qualquer empresa que se instale no País fornecendo determinado serviço, deverá estar apta a cumprir as decisões judiciais que, porventura, recaiam sobre esta, sob pena de cancelamento do próprio serviço, ainda mais, quando se trata de atividade que envolve lucros vultosos, não sendo crível que seus representantes não sejam capazes de se aparelhar para o devido cumprimento das decisões judiciais. [...] Neste sentido, a finalidade pública da persecução criminal sempre deverá prevalecer sobre o interesse privado da empresa em preservar a intimidade e privacidade de seus usuários, assim como também deverá prevalecer sobre os interesses desses últimos, sobretudo quando são investigados por praticarem crimes, uma vez que não há direito ou garantia constitucional em nosso ordenamento que se repute absoluta. [...] A falta ou a negativa de informação por parte da empresa, deixando de atender a uma determinação judicial, impede aos órgãos de persecução de apurarem os ilícitos e alcançarem os autores dos crimes praticados, constituindo-se a recusa no fornecimento dos dados mera estratégia da empresa a fim de procrastinar e até descumprir a ordem judicial, sob o pálio de impossibilidades técnicas. O prejuízo maior, assim, quando o *Facebook* do Brasil descumpra uma ordem judicial, é da sociedade, ante a impunidade gerada pela negativa em fornecer informações que serão fundamentais para a consecução das investigações e, posteriormente, para robustecer o processo criminal de provas que sejam úteis à formação da convicção das partes e do juiz²¹.

Os trechos em destaque merecem sobrelevação, pois expressam com verdade a ideia que se quer apresentar neste estudo. Destaca intenções meramente mercantis e descomprometidas com as leis brasileiras, escarnecendo o Estado brasileiro. Diminui a importância da perseguição e combate ao crime, deixando em segundo plano os interesses transindividuais e coletivos, sob o argumento mascarado de estarem protegendo estes mesmos interesses, através da proteção à privacidade do indivíduo.

Em uma análise comparativa, a postura adotada pelo WhatsApp é a mesma adotada pela Apple no ataque terrorista de San Bernadino. Ambas

²¹ Sentença na íntegra, disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/7/art20160719-03.pdf>>. Acessado em: 30/09/2018.

se valerem da mesma base argumentativa, afirmando que a abertura dos dados prejudicaria a privacidade de seus usuários; no entanto, podemos estabelecer um claro liame entre a postura adotada e os interesses estritamente comerciais destas empresas em manterem seus usuários confiantes da prestação dos serviços, iludindo-os de que os dados e conversas veiculadas em seus produtos não podem ser acessados por ninguém.

Tal argumento evidencia interesses exclusivamente mercadológicos, já que a posse de informações sensíveis, como dados pessoais, mensagens íntimas, fotos e vídeos ganham credibilidade entre os usuários nas mãos da empresa que afirma tratar como máxima a privacidade destes dados; no entanto, no caso do WhatsApp, analisando as políticas operacionais deste mesmo serviço, encontramos cláusulas que preveem o uso de tais informações em compartilhamento com terceiros, ainda que tais cláusulas afirmem compartilhar apenas os dados inidentificáveis do usuário, evidenciando na verdade intenções que extrapolam qualquer postura protetivista de seu público.

Todas estas questões geram um conflito direto entre bases constitucionais, que na ótica brasileira seria o embate entre segurança pública e privacidade, em muito se assemelhando ao caso norte-americano. Isso nos leva à seguinte indagação: qual destes valores deve prevalecer nos casos apresentados, quando do impasse entre interesses coletivos e empresariais?

4 OS DADOS PESSOAIS PARA ALÉM DA ÓTICA INDIVIDUAL

A interceptação telefônica é situação restrita, mas comum, nas investigações criminais, e que deve ser realizado para melhor elucidação de crimes quando não houver outros meios capazes de produção da prova, autorizado mediante decisão judicial, e permitido por tempo limitado, na forma da lei.

Este instrumento processual utilizado para coleta de informações através da via telefônica nos mostra que o ordenamento pátrio já previa, desde antes do advento dos modernos meios de comunicação telemática, hipóteses em que o direito à privacidade poderia ser limitado em atenção aos interesses estatais e coletivos, como nos casos de investigação criminal, já que é de interesse de toda a sociedade a resolução de seus crimes. A mesma ideia foi transportada para os novos códigos e leis que versam sobre

comunicação, que nos leva a crer que, em situações excepcionais e que haja devida autorização, não há comunicação que não possa ser violada.

Considerando a modernidade e seus novos instrumentos, as comunicações em meio telemático (especificamente aquelas realizadas através da internet) e sua disponibilização para investigação criminal se embasam no art. 10, §1º, do Marco Civil da Internet complementadas pelo art. 4º, III, “d”, da Lei nº 13.709, de 2018. O artigo da lei do Marco Civil da Internet determina que servidores de conexão e aplicativos estarão obrigados a disponibilizarem os dados pessoais e conteúdo de comunicações privadas mediante ordem judicial²², enquanto o segundo dispositivo, recentemente publicado, aclarou obscuridades da lei anterior, estabelecendo diretrizes para consolidação da privacidade dos dados na internet e hipóteses em que estas diretrizes serão mitigadas frente aos interesses nacionais, como a perseguição de crimes. Os mandamentos legais, em todos os casos retromencionados, foram regularmente satisfeitos, conforme já vimos no tópico anterior através de todas as decisões prolatadas.

No entanto, mesmo com as disposições em lei, a empresa WhatsApp por todas as vezes se negou a fornecer o exigido na legislação e requisitado pelos tribunais, argumentando nos dois primeiros casos que não teria como fornecer o conteúdo de suas comunicações, já que uma vez criptografada, ninguém poderia ter acesso à conversa, nem mesmo ela própria, provedora do serviço.

Não obstante isso, e logo em seguida, o WhatsApp afirmou publicamente que enrijeceria sua tecnologia de segurança das mensagens trocadas, adotando um tipo de codificação chamado de Criptografia de Ponta-a-Ponta, que, segundo a própria empresa, se trataria de codificação da informação assim que saísse do aparelho emissor, e somente o aparelho receptor teria a chave válida para decodificação e leitura da informação²³, enrijecendo mais ainda o acesso aos dados trocados entre seus usuários.

A empresa iniciou a adoção da nova tecnologia de criptografia com a seguinte frase: o WhatsApp sempre priorizou a segurança máxima de seus dados e comunicações, exemplificando bem a valoração dada para

²² Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Art. 10, §1º: “O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º”.

²³ O texto se refere à postagem de 05 de abril de 2016, publicada no blog do aplicativo *WhatsApp*. Disponível em: <<https://blog.whatsapp.com/10000618/Criptografia-de-Ponta-a-Ponta>>. Acessado em: 20/07/2016.

a informação e a credibilidade depositada pelos usuários, evidenciando também a relevância comercial dos dados e comunicações, ainda que a postura adotada estivesse em desconformidade com a lei.

Na terceira e última situação, a medida judicial consistiu numa espécie de interceptação, com a diferença de que seria aplicada às comunicações realizadas através da internet, interceptando as mensagens antes de sofrerem encriptação dos dados, ainda na fonte. O cumprimento da determinação vislumbrava-se possível, justo que a empresa não poderia alegar a mesma impossibilidade técnica que vinha justificando para o descumprimento das decisões, justamente por ser solicitada a coleta dos dados antes da incidência de qualquer codificação. Como visto, entretanto, a empresa também não cumpriu a ordem judicial nestes termos.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) prevê que os negócios firmados em solo pátrio deverão ser regidos pela lei brasileira²⁴. Doutro modo, e ainda mais específico, o Marco Civil da Internet determina que, na coleta, armazenamento, guarda e tratamento dos registros em território nacional a lei brasileira deverá ser respeitada²⁵. A lei que versa sobre as hipóteses de armazenamento destes registros e comunicações é justamente o Marco Civil da Internet, e estabelece que os registros de aplicação deverão ser armazenados pelo prazo de seis meses²⁶ e disponibilizados caso requeridos por competente decisão judicial.

Assim, ao tratarmos de servidores de aplicação - e é cediço que, tanto o WhatsApp quanto o Facebook são provedores de aplicação na ótica da lei²⁷, como dispõe a LINDB e é regulamentado pelo Marco Civil da Internet e Lei nº 13.709/18 -, estes devem respeitar todo o ordenamento jurídico pátrio quando exercem atividades em solo brasileiro, pautando

²⁴ Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Art. 9º: “*Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem*”.

²⁵ Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). 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*”.

²⁶ Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Art. 15. “*O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento*”

²⁷ Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Art. 5º [...] “*VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet*”.

suas atividades econômicas em consonância com a legislação, e cumprindo todas as determinações judiciais.

Desta maneira, não houve motivação idônea para descumprimento das ordens judiciais, e a indisponibilidade dos dados após a prolação de regular decisão judicial, negando a possibilidade de disponibilização dos dados, relegam a jurisdição brasileira aos interesses estritamente empresariais, e, conforme palavras do juízo carioca outrora mencionado, diminuem o Brasil ao status de “republicueta”. Conclui-se, portanto, que se a empresa afirma não ter condições de cumprir as regras brasileiras tampouco teria condições de atuar em solo nacional.

No entanto, a discussão não se limita somente ao aspecto da soberania nacional e aplicação das leis. Se passarmos a uma análise crítica, podemos considerar que o Marco Civil da Internet e as demais leis infraconstitucionais que versam sobre proteção de dados possuem contornos inconstitucionais quando valoramos com superioridade o direito à privacidade, alicerçada no superprincípio da dignidade da pessoa humana, de modo que, nesta ótica, poderíamos condicionar que a privacidade dos dados do indivíduo em detrimento da discricionariedade do Estado na obtenção destes dados, ainda que autorizados para investigação criminal, como nas hipóteses de interceptação, constituiria medida desproporcional e inconstitucional na sua obtenção através da quebra de sistemas sigilosos, como as comunicações telefônicas e correspondências. Vemos, entretanto, que este direito é mitigado quando conflitado com outros de igual relevância, como, por exemplo, o direito à segurança pública.

Esta mitigação é fruto de diálogo pautado na proporcionalidade, que deverá olhar para o conflito principiológico sob a luz de três outros subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em seu sentido estrito (ALEXY, 1993, p. 111/112). A este diálogo proposto por Robert Alexy, emerge um modelo de ponderação de princípios, sendo a racionalização das decisões jurídicas, prescrevendo que, quanto maior o grau da não satisfação pela aplicação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação promovida pelo outro.

A solução através da ponderação implica que não haverá princípios aniquilados, mas que um restará rendido frente ao outro, quando preenchidos os requisitos para o embate baseado na proporcionalidade.

Assim, não é sensato tratar a defesa da privacidade como um ideal intocável do Estado Democrático de Direito, somente por integrar o conjunto de princípios que formam uma ideia maior de dignidade da

pessoa humana. Além disso, a falta de um conceito uno de privacidade acaba por dificultar ainda mais a sua tutela, frente sua amplitude de concepções, o que torna mais complexo sopesar este direito basilar frente a outros igualmente fundamentais, como a segurança pública (já dito) e a eficiência das transações comerciais (LEONARDI, 2012, p. 47).

A privacidade é direito da personalidade, que é o primeiro bem da pessoa, assegurada constitucionalmente nas linhas iniciais da Carta Magna. Analisando de maneira ampla o princípio da dignidade da pessoa humana, todo homem tem sua personalidade e direito a ela, tendo como base o princípio irrogado, e por meio das normas do direito positivo a coletividade confere autorização para o homem defender sua personalidade, que se personifica nos direitos da personalidade, os quais abarcam instrumentos de salvaguarda do fundamento constitucional.

Neste entendimento, podemos citar Orlando Gomes, que define direitos de personalidade como “[...] direitos considerados essenciais à pessoa, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade” (GOMES, 1988, p. 85). Em palavras mais tradicionais, Pontes de Miranda trata do assunto como um direito inato, no sentido de que os direitos de personalidade nascem com a pessoa, constituindo no direito subjetivo de alguém exercer os poderes que orbitam no conceito de personalidade (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 216).

Assim, dar ampla abertura para o acesso e uso das informações dos usuários de aplicativos, seja por motivo de persecução penal ou com fundamento de cumprimento das decisões judiciais e efetivação do direito à segurança pública, é esbarrar em argumentos igualmente robustos, dentro dos quais haverá fundamentos rígidos e sustentáveis (como também há para a inacessibilidade dos dados frente ao direito da privacidade, sob a luz do princípio da dignidade da pessoa humana), conflito que deverá ser resolvido com o método de ponderação, proposto por Roberto Alexy.

Resta saber se não estariam sendo valorados de maneira errônea os fundamentos elencados, dando excessiva protetividade aos dados pessoais e à privacidade do indivíduo, mascarando os interesses econômicos das empresas estudadas, e deixando de prestigiar valores igualmente importantes e necessários à construção da ordem democrática, visto que não há princípios constitucionais absolutos.

Assim, deve-se se posicionar com cautela quando o questionamento está pautado no conflito das bases do nosso Estado Democrático de Direito, como os valores da privacidade, contida na premissa maior da dignidade da

pessoa humana, em contraposição à soberania do país, direito à segurança pública, e, até mesmo, o princípio da livre iniciativa das empresas no exercício regular de suas atividades, conforme mandamento constitucional do art. 170, paragrafo único.

CONCLUSÃO

O presente estudo entende que, tanto no caso Apple quanto no WhatsApp, não se tenha ferido qualquer liberdade de comunicação, nem se tenha ofendido valores democráticos. A captura e utilização dos dados sempre se fez presente nas práticas comerciais, para direcionamento publicitário e própria implementação da Rede. Tais práticas se valem dos dados para garantir uma experiência personalizada dos serviços disponíveis, dados estes que incluem as preferências, comportamentos, e até os cliques do usuário.

Assim, entende-se que, para a operacionalidade da rede e melhoria dos mecanismos comerciais e publicitários, a utilização dos dados nunca foi um tabu, percepção esta que muda completamente quando tais dados são requisitados legalmente para utilização na defesa de interesses coletivos.

Esta mesma captura de dados carrega respaldo da lei quando para sua utilização por órgãos estatais e fiscalizadores, em especial as investigações criminais. Assim, não são ilegais as requisições de abertura dos dados, tanto que o Marco Civil da Internet define claramente que estes dados deverão ser armazenados pelas empresas de comunicação como o WhatsApp, mantendo ainda inventário detalhado dos registros de conexão e acessos a aplicações. Além do mais, o WhatsApp, no mesmo período em que passou a ser alvo de decisões judiciais pela quebra das mensagens criptografadas, reforçou a segurança de seus serviços de mensagens, adotando a Criptografia Ponta-a-Ponta, tecnologia que até então era usada restritivamente.

Assim, nos casos aqui comentados, diante da prestação de um serviço de comunicação, o usuário do WhatsApp deve ser compreendido como consumidor, que deve ter suas informações protegidas e mantidas em ambiente sigiloso pelas empresas que detenham tais informações. Por outro lado, lidamos com um cenário em que práticas comerciais estão sendo sobrepostas a decisões do nosso Judiciário, o que nesta hipótese colocaria em xeque os valores democráticos de nosso país e a soberania do Estado.

Desta maneira, adotando o modelo ponderativo, coloca-se em conflito os interesses de 100 milhões de brasileiros, usuários do serviço WhatsApp, que desejam a segurança de seus dados na utilização dos serviços, sendo que do outro lado há a segurança pública de toda uma nação ante a ação de grupos criminosos, além do respeito e cumprimento das decisões judiciais (que uma vez prolatadas não podem ser ignoradas pelos interesses meramente comerciais das empresas de comunicação, sob argumento de preservar a confiabilidade de seus serviços em detrimento da perpetração de crimes e instabilidade da segurança nacional).

Por verdade, não haveria nenhum conflito aqui pendente se desde o início das operações da empresa em solo pátrio o Estado fizesse cumprir suas leis, que como todo o argumentado já existem e determinam de maneira clara as hipóteses em que o direito à privacidade - e, em consequência, princípio da livre iniciativa - será vencido frente aos interesses coletivos de segurança e soberania. Ante o conflito privacidade dos usuários versus segurança pública, manifestamos pendor pelo segundo vetor constitucional, portanto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

APPLE Inc. **Areá de suporte. If you forgot the passcode for your iPhone, iPad, or iPod touch, or your device is disabled**. Disponível em: <<https://support.apple.com/en-us/HT204306>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BENKLER, Yochai. **Rules of the road for the information superhighway: electronic communications and the law**. Saint Paul: West Publishing, 1996.

BLANKSTEIN, Andrew. **NBC News. Judge Forces Apple to Help Unlock San Bernardino Shooter iPhone**. Disponível em: <<http://www.nbcnews.com/storyline/san-bernardino-shooting/judge-forces-apple-help-unlock-san-bernardino-shooter-iphone-n519701>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 04 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.

CASTELLS, Manuel. **The rise of the network society - Information age vol. 1**. 2. ed. Reino Unido: Blackwell, 2010.

COOK, Tim. **A Message to Our Customers**. Disponível em: <<http://www.apple.com/customer-letter/>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

DATE, Jack; LEVINE, Mike; NEWCOMB, Alyssa. ABC News. **Justice Department Withdraws Request in Apple iPhone Encryption Case After FBI Accesses San Bernardino Shooter's Phone**. Disponível em: <<http://abcnews.go.com/Technology/justice-department-withdraws-request-apple-iphone-encryption-case/story?id=37986428>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

GOMES, Orlando. **Direito Civil**. vol. 1. Saraiva: São Paulo, 1988.

O GLOBO. A redação. **Facebook oficializa compra do WhatsApp por US\$ 21,8 bilhões**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/facebook-oficializa-compra-do-whatsapp-por-us-218-bilhoes-14157940>>. Acesso em: 22 maio 2016.

G1. A redação. **Atiradores matam 14 pessoas em San Bernardino, na Califórnia**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/12/incidente-com-disparos-na-california-deixa-varias-vitimas-dizem-bombeiros.html>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. **Facebook compra o aplicativo WhatsApp por US\$ 16 bilhões**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/02/facebook-compra-o-aplicativo-whatsapp-por-us-16-bilhoes.html>>. Acesso em: 21 maio 2016.

_____. **Facebook finaliza aquisição do Whatsapp por US\$ 22 bilhões**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2014/10/preco-de-compra-do-whatsapp-pelo-facebook-sobe-us-22-bilhoes.html>>. Acesso em: 22 maio 2016.

PEREZ, Evans; HUME, Tim. CNN. **Apple opposes judge's order to hack San Bernardino shooter's iPhone**. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2016/02/16/us/san-bernardino-shooter-phone-apple>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

JAN; BRIAN. Blog do oficial do Whatsapp. **Criptografia de Ponta-a-Ponta**. Disponível em: <<https://blog.whatsapp.com/10000618/Criptografia-de-Ponta-a-Ponta>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

LAZARI, Rafael de. **Manual de direito constitucional**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEVY, Pierre. **O que é virtual?** São Paulo: 34 Ltda., 1996.

LIMA, Leandro. **O valor de uma empresa**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI197558,61044-O+valor+de+uma+empresa>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, Tomo I**. 2. ed. Bookseller: Campinas, 2000.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias-RJ. **Inquérito Policial nº 062-00164/2016**. Decisão exarada por Daniela Barbosa Assumpção de Souza, em 19 de julho de 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/7/art20160719-03.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2018.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

UNITED STATES OF AMERICA. **Cornell Law School**. 28 U.S. Code § 1651 – Writs. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1651>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

_____. Central District of California. **Nº ED 15-0451M**. Decisão exarada por Sheri Pym, em 16 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://assets.documentcloud.org/documents/2714001/SB-Shooter-Order-Compelling-Apple-Asst-iPhone.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

VEJA. A Redação. **Mark Zuckerberg critica a suspensão do WhatsApp no Brasil.** Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/mundo/mark-zuckerberg-critica-a-suspensao-do-whatsapp-no-brasil>>. Acesso em: 22 maio 2016.

WHATSAPP. **Informação Legal do WhatsApp.** Disponível em: <<https://www.whatsapp.com/legal/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

WHITTAKER, Zack. ZD Net. **NSA finally admits why it couldn't hack San Bernardino shooter's iPhone.** Disponível em: <<http://www.zdnet.com/article/nsa-comes-clean-on-why-it-couldnt-hack-san-bernardino-shooters-iphone/>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

ZUCKERBERG, Mark. **Publicação no perfil oficial do CEO do Facebook.** Disponível em: <<https://www.facebook.com/zuck/posts/10102814103934951?pnref=story>>. Acesso em: 20 jul. 2016.