

IMPOSSIBILIDADE DE INTERCEPTAÇÃO DE APLICATIVO DE MENSAGENS *WHATSAPP*, SOBERANIA E TRANSNACIONALIDADE

Marcio Gai Veiga

Resumo:

O presente artigo aborda a problemática envolvendo o óbice que as autoridades têm enfrentado, nas investigações criminais, para interceptar, com ordem judicial, e em tempo real, aplicativos de mensagem, meio de comunicação esse amplamente difundido em nível mundial.

Este artigo tem como objetivo discorrer sobre a democracia, a transnacionalidade e as faces do problema alusivo à inviabilização da interceptação em tempo real de mensagens trocadas por aplicativos de mensagens.

Quanto à metodologia empregada utilizou-se o método dedutivo, de modo a, com base em um panorama geral sobre as faces da questão, se obter ao final uma conclusão.

A larga utilização de aplicativos de mensagens tem se mostrado útil para a prática de delitos, sem que possam ser interceptadas, com ordem judicial, pelas autoridades. Diante de interesses econômicos, e sob o argumento de que a criptografia utilizada em grande parte desses aplicativos não permitiria, as empresas detentoras das tecnologias não têm se submetido as normas internas de cada país, não viabilizando a interceptação de tais mensagens, mesmo que diante de ordem judicial determinado tal providência. Tal modo de agir, característico da transnacionalidade, tem ofendido a soberania da maioria dos países do mundo.

Palavras-chave: Soberania, transnacionalidade, WhatsApp, interceptação

Introdução

O direito ao sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas é um direito fundamental assegurado a todos pela Constituição Federal Brasileira. Tal garantia, porém, não é absoluta. A Carta Maior autoriza a interceptação em tempo real dessas comunicações, desde que haja prévia ordem judicial e que tal medida vise a investigação criminal ou a instrução processual penal.

Na atualidade as comunicações telefônicas têm sido substituídas, no dia-a-dia das pessoas, em todo o mundo, por comunicações por meio de aplicativos de mensagens, em aparelhos celulares. Dentre os aplicativos, o chamado *WhatsApp*, é o mais difundido.

O problema da pesquisa, nesse contexto, está vinculado ao fato de que atualmente, no Brasil, e no mundo, as empresas detentoras dos *apps*¹ de mensagens, entre elas o *WhatsApp*, sob o argumento de que a criptografia de ponta a ponta não permite fazer, não cumprem, mundo afora, ordens judiciais que determinam a interceptação em tempo real de conversas mantidas pelos usuários desses meios de comunicação.

Esse cenário, transnacional, no qual os Estados não conseguem determinar, internamente, que se viabilize a interceptação desses aplicativos de mensagens, aponta para a possibilidade de violação da soberania dos Estados envolvidos,

Dessa forma, o presente artigo tem o objetivo de, por meio do método dedutivo, fazer uma rápida análise sobre a soberania, transnacionalidade e o direito transnacional, para, na sequência, tecer considerações a respeito desse fenômeno mundial transnacional que é o *WhatsApp*, especialmente no que concerne ao fato de que o conglomerado dono dessa tecnologia não tem cumprido as legislações dos países em que atua, na medida em que não viabiliza interceptação em tempo real das conversas mantidas.

O objetivo específico é aferir se as vedações de tal tipo de interceptação de comunicações em tempo real ofendem ou não a soberania dos Estados.

¹ "Application" (app) é um software desenvolvido para ser instalado em um dispositivo eletrônico móvel, como um telefone celular, smartphone, smart tv e tablets. (Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Aplicativo_m%C3%B3vel – acesso em 14/6/2022, às 19h40min)

O presente artigo é formado por três capítulos. Um primeiro alusivo à Soberania e um segundo que trata da transnacionalidade e do direito transnacional. O terceiro, trata das questões atinentes a interceptação do aplicativo de mensagens mais utilizado, o *WhatsApp*, identificando primeiro o conglomerado detentor da tecnologia, trazendo a lume o fato de que as empresas detentoras dos *app* de mensagens como o *WhatsApp*, sob o argumento de que a criptografia de ponta a ponta não permite fazer, não cumprem, mundo afora, ordens judiciais que determinam a interceptação em tempo real de conversas mantidas pelos usuários do *app* e analisando tal situação sob o viés da transnacionalidade e da soberania, sugerindo ao final que os óbices técnicos poderiam ser superados caso os Estados, impondo suas soberanias, impusessem o cumprimento das normas internas a essas empresas.

1 Da soberania

A soberania de um Estado está diretamente ligada à sua própria existência.

Sahid Maluf, analisando a teoria geral do Estado, traz importantes considerações a esse respeito, asseverando que "a exata compreensão do conceito de soberania é pressuposto necessário para o entendimento do fenômeno estatal, visto que não há Estado perfeito sem soberania" (MALUF, 2019, p. 71).

O autor pontua ainda que:

Denominava-se o poder de soberania, entre os romanos, *suprema potestas*. Era o poder supremo do Estado na ordem política e administrativa. Posteriormente, passaram a denominá-lo poder de *imperium*, com amplitude internacional.

Etimologicamente, o termo soberania provém de *superanus*, *supremitas*, ou *super omnia*, configurando-se definitivamente através da formação francesa *souveraineté*, que expressava, no conceito de Bodin, "o poder absoluto e perpétuo de uma República". (MALUF, 2019, p. 74)

Pontua ainda que a soberania, no conceito da Escola Clássica, é una, indivisível, inalienável e imprescritível:

UNA porque não pode existir mais de uma autoridade soberana em um mesmo território. Se repartida, haveria mais de uma soberania, quando é inadmissível a coexistência de poderes iguais na mesma área de validade das normas jurídicas.

INDIVISÍVEL é a soberania, segundo a mesma linha de raciocínio que justifica a sua unidade. O poder soberano delega atribuições, reparte competências, mas não divide a soberania. Nem mesmo a clássica divisão do poder em Executivo, Legislativo e Judiciário importa em divisão da soberania. Pelos três órgãos formalmente distintos se manifesta o poder uno e indivisível, sendo que cada um deles exerce a totalidade do poder soberano na esfera da sua competência.

INALIENÁVEL é a soberania, por sua própria natureza. A vontade é personalíssima: não se aliena, não se transfere a outrem. O corpo social é uma entidade coletiva dotada de vontade própria, constituída pela soma das vontades individuais. Os delegados e representantes eleitos hão de exercer o poder de soberania segundo a vontade do corpo social consubstanciada na Constituição e nas Leis.

IMPRESCRITÍVEL é ainda a soberania no sentido de que não pode sofrer limitação no tempo. Uma nação, ao se organizar em Estado soberano, o faz em caráter definitivo e eterno. Não se concebe soberania temporária, ou seja, por tempo determinado.

A esta teoria daremos maior desenvoltura no capítulo do Contrato Social de Rousseau. (MALUF, 2019, p. 81-82)

Dalmo de Abreu Dallari, também pontuando essa teoria geral, esclarece que a soberania está ligada ao fato de que, dentro dos limites territoriais do Estado, o seu poder é superior a todos os demais. A soberania tem assim significação de independência, admitindo-se que haja outros poderes iguais, mas nenhum, porém, que lhe seja superior:

Finalmente, quanto ao objeto e à significação da soberania, verifica-se que o poder soberano se exerce sobre os indivíduos, que são a unidade elementar do Estado, não importando que atuem isoladamente ou em conjunto. Uma diferença importante a ressaltar é que os cidadãos do Estado estão sempre sujeitos ao seu poder soberano, havendo mesmo inúmeras hipóteses em que esse poder é exercido além dos limites territoriais do Estado. Relativamente aos que não são cidadãos do Estado, este exerce poder soberano quando se encontram dentro de seu território, embora haja também alguns casos excepcionais, que serão vistos mais adiante, em que um estrangeiro não é atingido pela soberania de um Estado, mesmo que se ache em seu território. Afirmado o poder soberano, isto significa que, dentro dos limites territoriais do Estado, tal poder é superior a todos os demais, tanto dos indivíduos quanto dos grupos sociais existentes no âmbito do Estado. E com relação aos demais Estados a afirmação de soberania tem a significação de independência, admitindo que haja outros poderes iguais, nenhum, porém, que lhe seja superior. (DALARI, 2010, p. 75)

Carla Noura Teixeira, sob o enfoque do direito internacional público e privado, destaca que o Estado é identificado quando seu governo não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior:

Para identificar um Estado como pessoa jurídica de direito das gentes não basta um território delimitado com população estável e sujeita à autonomia de um governo, pois estes caracteres são encontráveis em estados que compõem uma federação.

O Estado é identificado quando seu governo não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior, não reconhece, em última análise, nenhum poder maior de que dependam a definição e o exercício de suas competências e só se põe de acordo com seus homólogos na construção da ordem internacional e na fidelidade aos

parâmetros dessa ordem, a partir da premissa de que aí vai um esforço horizontal e igualitário de coordenação no interesse coletivo. De outro modo, é possível afirmar que a soberania é atributo fundamental do Estado, fazendo-o titular de competências que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são ilimitadas; mas nenhuma outra entidade as possui superiores. (TEIXEIRA, 2020, p. 92)

No Brasil, a soberania é fundamento da República, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; (...)

Além disso, a soberania ainda é princípio da atividade econômica, conforme também positivado na Constituição Federal de 1988:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; (...)

Nesses moldes, pode-se firmar que a soberania é o poder que o Estado tem de não deixar que qualquer força externa interfira em seu território sem que haja sua anuência e submissão às suas regras.

O Estado que é soberano, e assim independente em nível externo, define as suas normas internas e todos, dentro do seu território, têm que se submeter a elas, diante um poder estatal que é superior a todos os demais.

2 Da transnacionalidade e do direito transnacional

Há tempos se tem observado relações jurídicas públicas e privadas que transpassam as fronteiras dos países.

Com o passar do tempo, especialmente com a grande difusão dos meios de transporte e de comunicação, as relações jurídicas públicas e privadas têm, cada vez mais, ultrapassado as fronteiras estatais.

Essa realidade fática que está cada vez mais presente é acompanhada das dificuldades de regulamentação dessas relações, que, de uma maneira geral, atuam independentemente da regulação pelos Estados.

Essas relações jurídicas, analisadas do ponto de vista do direito internacional, não são passíveis de regulamentação, uma vez que, nessa

seara, não existem, em regra, autoridades superiores que definam normas aplicáveis.

Francisco Resek, tratando de direito internacional público, define bem as dificuldades em se conciliar normas de Estados independentes e soberanos, esclarecendo que, no plano internacional, não existe uma autoridade superior:

(...) A sociedade internacional, ao contrário do que sucede com as comunidades nacionais organizadas sob a forma de Estados, é ainda hoje descentralizada, e o será provavelmente por muito tempo adiante de nossa época. Daí resulta que o estudo desta disciplina não ofereça a comodidade própria daquelas outras que compõem o direito interno, onde se encontra lugar fácil para a objetividade e para os valores absolutos. No plano interno, a autoridade superior e o braço forte do Estado garantem a vigência da ordem jurídica, subordinando as proposições minoritárias à vontade da maioria, e fazendo valer, para todos, tanto o acervo legislativo quanto as situações e atos jurídicos que, mesmo no âmbito privado, se produzem na sua conformidade. No plano internacional não existe autoridade superior nem milícia permanente. Os Estados se organizam horizontalmente, dispostos a proceder de acordo com certas regras na exata medida em que estas tenham" (REZEK, 2022, p. 20)

O autor pontua ainda que as comunidades nacionais se organizam, tão cedo quanto podem, sob a forma de Estados independentes, e ingressam numa comunidade internacional carente de estrutura centralizada:

Sistema jurídico autônomo, onde se ordenam as relações entre Estados soberanos, o direito internacional público — ou direito das gentes, no sentido de direito das nações ou dos povos — repousa sobre o consentimento. As comunidades nacionais e, acaso, ao sabor da história, conjuntos ou frações de tais comunidades propendem, naturalmente, à autodeterminação, à regência de seu próprio destino. Organizam-se, tão cedo quanto podem, sob a forma de Estados independentes, e ingressam numa comunidade internacional carente de estrutura centralizada." (REZEK, 2022, p. 24)

Em paralelo, Beat Walter Rechsteiner, sob enfoque direito internacional privado, ao conceituar esse ramo do direito, destaca a existência de ordens jurídicas estatais próprias e soberanas:

Existe, atualmente, um número em torno de duzentos Estados soberanos em nosso planeta, possuindo cada um sua ordem jurídica própria, da qual faz parte o direito privado. As relações jurídicas de direito privado, na maioria dos casos, estão vinculadas estritamente ao território do Estado no qual os tribunais julgam uma eventual lide corrente entre as partes. Mas, no mundo inteiro, cada vez mais são frequentes as relações jurídicas com conexão internacional a transcender as fronteiras nacionais." (RECHSTEINER, 2022, p. 20)

Frisa ainda o autor que o direito internacional privado não serve para resolver as questões jurídicas propriamente ditas, mas, diante da necessidade de se aplicar, em uma relação jurídica privada internacional, a legislação de um dos países envolvidos, serve para apontar qual é o direito aplicável:

Cada Estado poderia, teoricamente, aplicar o direito interno, indistintamente, a todas as questões jurídicas com conexão nacional e internacional. Na realidade, porém, não é isso o que ocorre, pois todos os ordenamentos jurídicos nacionais estabelecem regras peculiares, concernentes às relações jurídicas de direito privado com conexão internacional.

Tais regras dizem respeito, principalmente, ao direito aplicável, que será sempre o direito nacional ou um determinado direito estrangeiro. Atente-se, porém, que essas regras não resolvem a questão jurídica propriamente dita, indicando, tão somente, qual direito, dentre aqueles que têm conexão com a lide sub judice, deverá ser aplicado pelo juiz ao caso concreto. (RECHSTEINER, 2022, p. 23)

Nesse cenário, unindo-se as definições acima colocadas, é de se concluir que, no mundo inteiro, cada vez mais são frequentes as relações jurídicas com conexão internacional, que transcendem as fronteiras nacionais, que acabam por se organizar em comunidades carentes de estrutura centralizada.

Tal realidade não é possível de ser alcançada pelo direito internacional, público e privado, nos moldes tradicionais. Eduardo Felipe Pérez Matias pontua que, enquanto tal ramo do direito fundava-se no princípio da territorialidade, as atividades transfronteiras atuais exigem grau maior de sofisticação do direito internacional:

Tradicionalmente o direito internacional fundava-se no princípio da territorialidade – pelo qual cada Estado tem competência exclusiva pelos acontecimentos ocorridos em seu território – e o respeito a esse princípio era em regra suficiente para assegurar um funcionamento satisfatório das relações internacionais. Hoje as atividades transfronteiras exigem grau maior de sofisticação do direito internacional. (MATIAS, 2005, p. 345)

Soma-se a isso o evidenciado por Carla Piffer, que destaca o enfraquecimento das soberanias de Estados envolvidos nos fenômenos de internacionalização, os quais, cada vez mais, estão testemunhando relações que transpassam a suas próprias fronteiras, sem capacidade adequada de regular tais relações:

Ocorre que as relações entre entes estatais soberanos – que identificam o fenômeno da internacionalização – não mais servem para designar a intensificação das relações de alcance global entre pessoas, coisa e valores verificadas na atualidade, pois os Estados soberanos não são os únicos praticantes de relações que vão além das suas próprias fronteiras. Muito do que era local passou a adquirir múltiplas dimensões para além das fronteiras, impulsionados pela própria Globalização.

Diante disso, Estados envolvidos nos fenômenos de internacionalização e dotados de soberania – enfraquecida -, com reduzida capacidade de regular internamente seus ordenamentos jurídicos e políticos e os indivíduos que a eles ‘pertencem’, se deparam com a ocorrência de inúmeras relações que transpassam a sua própria figura. O modo como tudo acontece não respeita mais a

figura estatal nem mesmo os limites geográficos e o tempo foi reduzido. Pessoas das mais variadas nacionalidades e Culturas se deslocam- voluntária ou involuntariamente – para os quatro cantos do planeta com nunca antes visto. (PIFFER, 2014, p. 121)

Nesse mundo dos fatos existem inúmeras formas de relações jurídicas que existem independentemente da normatização por um ou outro Estado, de maneira que funcionam através das fronteiras físicas e jurídicas dos Estados envolvidos.

O prefixo “trans”, na língua portuguesa, significa justamente esse “movimento para além de, através de, posição para além de, posição ou movimento de través” (FERREIRA, 2010), conceito esse que se adequa às relações jurídicas mencionadas, na medida em que ultrapassam fronteiras.

Joana Stelzer, unifica essa definição da língua portuguesa a essas relações que ultrapassam as fronteiras estatais, definindo a transnacionalidade:

Dai que se pode, juntando o prefixo *trans* e o conceito e caracterização de Nação Jurídica, entender por Transnacional os novos espaços públicos não vinculados a um território específico, que perpassam a ideia tradicional de Nação Jurídica, aceitam a pluralidade como premissa e possibilitam o exercício de poder a partir de uma pauta axiológica de comum consensual destinada a viabilizar a proposição de um novo pacto de civilização. (STELZER, 2010)

Com essa linha de raciocínio surge a definição de transnacionalização, que representa justamente as relações jurídicas públicas e privadas, cada vez mais comuns, que ultrapassam as fronteiras de países mundo afora.

A autora ainda pontua que:

O fenômeno da transnacionalização representa um novo contexto mundial, surgido principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômico-social no período do pós-guerra, caracterizado – especialmente – pela desterritorialização, expansão de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal. (STELZER, 2010)

Carla Piffer aponta, nesse contexto, que:

trazer à discussão a Transnacionalidade é cogitar a possibilidade de modificar as concepções sobre as relações transpassantes que afetam direta ou indiretamente a todos, a fim de ordenar um claro senso de responsabilidade com relação aos efeitos de ações políticas e econômicas em um mundo globalizado.

Propõe ainda essa autora cinco pontos de convergência que demonstram alguns dos principais traços característicos das relações transnacionais que compõem a Transnacionalidade: relações horizontais, relações constantes e influentes, rompimento da unidade estatal, rede de legalidades e enfraquecimento dos sistemas de controle e proteção social:

1) As ocorrências transnacionais tendem a se apresentar como relações horizontais, pois horizontal é a linha que conecta e

estabelece relações de todos com todos, rasgando as então despercebidas fronteiras nacionais e estabelecendo ligações por onde passa, não possuindo um único ponto de partida nem mesmo um ponto de chegada;

2) As relações hoje estabelecidas perderam o caráter de excepcionalidade ou ocasionalidade; o que antes não afetava o sentimento de pertencimento ou as coordenadas culturais e institucionais de um determinado grupo ou país hoje demonstra sua característica transnacional por ser uma necessidade de inter-relação incentivada de vários modos, que atinge os mais profundos vínculos dos seres envolvidos;

3) Diante da desterritorialização houve o rompimento - de fato - da unidade estatal, marcado por novas relações de poder e competitividade, gerando conflitos e jogos de interesse sem origem definida;

4) Estabelecem-se redes de legalidades, por volta paralelas, outras sobrepostas, complementares ou antagônicas que são típicas das relações transnacionais e dão origem a constantes mutações ou transgressões das regras pré-estabelecidas, em que o Estado nacional atua como mero coadjuvante por meio do seu aparato estatal restrito às fronteiras nacionais ou a prévios acordos internacionais que possuem a característica de verticalidade e não horizontalidade; 5) Verifica-se o enfraquecimento dos sistemas de controle e proteção social diante das redes de legalidade estabelecidas, em que regras e normas parecem ser desafiadas por outras potenciais ou atuais, localizadas em outro território e ditadas por outras corporações transnacionais sob os ditames da Globalização. Significa, portanto, que a Transnacionalidade questiona a todo o momento a lógica e eficácia dos modos pré-existentes de representar o pertencimento social, cultural, político e econômico. Diz-se isso, pois, as relações transnacionais não são somente aquelas ligadas diretamente às questões econômicas. Elas correspondem às consequências da aplicação dos ideais neoliberais, dos efeitos da Globalização e seus reflexos nos setores sociais, políticos e culturais. (PIFFER, 2014, P. 126)

Diante do fenômeno da transnacionalização, e por consequência, dessa necessidade de, por assim dizer, criar-se uma estrutura jurídica transnacional centralizada que teria a missão de normatizar as relações jurídicas que superem os limites territoriais de Estados, passa a ter espaço o direito transnacional.

O conceito clássico, ou talvez, originário, de direito transnacional, é atribuído a Phillip Jessup:

O termo “direito transnacional” inclui todo direito que regula ações e eventos que transcendem as fronteiras nacionais. Tanto o direito internacional público quanto o privado estão incluídos, bem como outras normas que não se enquadram perfeitamente em uma categoria padrão. (JESSUP, 1956, p. 2)

Essa concepção, tradicional, é complementada pela definição de Teresita Saracho Cornet e Adriana Dreyzin Klor, que asseveram que o direito transnacional:

É um direito espontâneo, produto da prática comercial internacional que se origina de fontes próprias com base em usos comerciais;

encontra amparo nos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, subtraindo os interesses específicos do poder judiciário dos Estados e dos tribunais internacionais, por meio da arbitragem. Nota-se então que o núcleo central desse aspecto repousa sobre os contratos internacionais, a Lex Mercatoria e a arbitragem comercial internacional. No entanto, a ordem transnacional não pode ser considerada totalmente autônoma no sentido de iludir completamente o controle estatal ou internacional. A ligação com estes ordenamentos jurídicos reflete-se em certas formas de controle que se manifestam tanto nos contratos internacionais, baseados num sistema jurídico estatal ou convencional, como na possibilidade de recorrer aos tribunais nacionais para a execução de sentenças arbitrais. (CORNET, 2003, p. 58)

Assim, o direito transnacional visa a regular ações e eventos que transcendem as fronteiras nacionais, sendo espontâneo, produto da prática comercial internacional que se origina de fontes próprias com base em usos comerciais e encontra amparo nos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos.

3 Da interceptação do aplicativo de mensagem *WhatsApp*

Firmadas de maneira suscita as definições de soberania, de transnacionalidade e de direito transnacional, torna-se possível ingressar no objetivo principal do presente trabalho, a análise de um caso em que o braço estatal não consegue alcançar, de maneira eficiente, questões que transcendem fronteiras.

Nesse caminho, optou-se por discorrer sobre o *app* denominado *WhatsApp*, e as relações transnacionais que protagoniza.

Trata-se, tal *app*, de uma ferramenta de comunicação por meio de mensagens trocadas em regra por meio de aparelhos celulares, atualmente desenvolvido pelo conglomerado chamado Meta Inc.:

Meta, Inc. (anteriormente Facebook, Inc.) é um conglomerado estadunidense de tecnologia e mídia social com sede em Menlo Park, Califórnia. Foi fundado por Mark Zuckerberg, junto com seus colegas de quarto e alunos de Harvard, que eram Eduardo Saverin, Andrew McCollum, Dustin Moskovitz e Chris Hughes, originalmente como TheFacebook.com - hoje Facebook, um popular site de rede social global. O Facebook é uma das empresas mais valiosas do mundo. É considerada uma das cinco grandes empresas de tecnologia, juntamente com a Microsoft, Amazon, Apple e Google.²

Esse conglomerado detém, talvez, as mais importantes plataformas de comunicações modernas da atualidade, com atuação no mundo todo:

² Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Meta_Platforms (acesso em 14/9/2022, às 19h30min).

A Meta oferece outros produtos e serviços além de sua plataforma de rede social Facebook, incluindo Facebook Messenger, Facebook Watch e Facebook Portal. Também adquiriu Instagram, WhatsApp, Oculus VR, Giphy e Mapillary, e tem 9,9% de participação na Jio Platforms.³

A história de crescimento da corporação, com o passar do tempo, pode ser entendida com a ilustração que segue, que aponta, na linha do tempo, a criação das tecnologias e também as agregações de outras⁴:



Nessa trajetória, após a criação do facebook, em 2004, a empresa tomou, com o transcorrer dos anos, abrangência mundial, detendo atualmente “escritórios em mais de 80 cidades no mundo todo (América do Norte, América Latina, Europa, Oriente Médio, África e Ásia Pacífico), 21 *data centers* globalmente”⁵, e sede na Califórnia⁶, nos Estados Unidos.

Retornando ao *app*, “mais de dois bilhões de pessoas, em mais de 180 países, usam o *WhatsApp*”⁷, todos submetidos ao marketing de que se trata de um aplicativo “gratuito e oferece um serviço de mensagens e chamadas simples, seguro e confiável para celulares em todo o mundo”.⁸

As mensagens trocadas pelos usuários do *WhatsApp* utilizam um tipo de criptografia chamado de ponta a ponta:

O WhatsApp define criptografia de ponta a ponta como comunicações que permanecem criptografadas em um aparelho controlado pelo remetente para um aparelho controlado pelo destinatário do qual terceiros não podem acessar esse conteúdo, nem mesmo o WhatsApp ou a empresa controladora Facebook. Um terceiro nesse contexto significa qualquer organização que não seja o remetente ou destinatário que participa diretamente da conversa.⁹

³ Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Meta_Platforms (acesso em 14/9/2022, às 19h30min).

⁴ Disponível em: <https://about.facebook.com/br/company-info/> (acesso em 14/9/2022, às 19h35min).

⁵ Disponível em: <https://about.facebook.com/br/company-info/> (acesso em 14/9/2022, às 19h30min).

⁶ Disponível em: <https://about.facebook.com/br/company-info/> (acesso em 14/9/2022, às 19h35min).

⁷ Disponível em: <https://www.whatsapp.com/about> (acesso em 14/9/2022, às 19h50min).

⁸ Disponível em: <https://www.whatsapp.com/about> (acesso em 14/9/2022, às 19h35min).

⁹ Disponível em: https://scontent.fbnu1-1.fna.fbcdn.net/v/t39.8562-6/278602514_356472073207936_2447507657138466122_n.pdf?_nc_cat=102&ccb=1-7&_nc_sid=ad8a9d&_nc_ohc=iXEZID1GZAwAX8dLoFO&_nc_ht=scontent.fbnu1-1.fna&oh=00_AT8mkq5d6g28gVz5Bpo4RPsF50DP274qpD2fa9Rb204wkw&oe=6325D27A.

Essa criptografia, que visa a manter a privacidade das conversas, como difundido pelo conglomerado, impede, teoricamente, que terceiros e a própria empresa acessem o conteúdo das mensagens trocadas pelos usuários.

Esse é o ponto crucial do presente estudo. As empresas detentoras dos *app* de mensagens, entre elas o *WhatsApp*, sob o argumento de que a criptografia de ponta a ponta não permite fazer, não cumprem, mundo afora, ordens judiciais que determinam a interceptação em tempo real de conversas mantidas pelos usuários do *app*.

Essa realidade é bem descrita por Dennis Wijnberg e Nhien-Na Le-Khachb, no artigo intitulado “Identificando possibilidades de interceptação para comunicação do *WhatsApp*”, publicado no site norte americano ScienceDirect¹⁰:

Nos primeiros dias da interceptação, não havia muito desafio para a aplicação da lei. A escuta telefônica foi fácil e suficiente, pois nenhuma linha de comunicação era criptografada, exceto as linhas militares. O mesmo vale para o tráfego do Short Message Service (SMS) que não é criptografado e, portanto, fácil de reconstruir para a aplicação da lei, que tinha uma posição de inteligência em tempo real sobre o suspeito e a investigação. Mas, o SMS era um serviço de pagamento por mensagem com 140 bytes de tamanho para cada mensagem.

Quando aplicativos de mensagens alternativos foram introduzidos, como o WhatsApp em 2009, e a utilização aumentou e a quantidade de mensagens cresceu substancialmente. As mensagens agora eram gratuitas e virtualmente ilimitadas em tamanho. O SMS foi degradado em termos de uso, mas ainda não havia muito problema, já que o WhatsApp estava em XMPP de texto simples (Karpisek et al., 2015). **Mais tarde, quando o WhatsApp implementou sua criptografia de ponta a ponta no início de 2016, houve uma barreira inquebrável introduzida na interceptação legível das mensagens do WhatsApp. Com 1,5 bilhão de usuários ativos e 60 bilhões de mensagens por dia, o WhatsApp criou uma lacuna gigante na posição de inteligência da aplicação da lei como a desvantagem da comunicação segura para o público.**

Diariamente, os investigadores da lei ainda se encontram incapazes de interceptar a comunicação criptografada, a um nível legível, entre suspeitos de grupos do crime organizado. Isso inclui a comunicação do WhatsApp, pois este é o aplicativo de mensagens mais popular atualmente. ¹¹ (...) (grifou-se)

¹⁰ Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2666281721000305> (tradução livre)

¹¹ In the early days of interception there was not much of a challenge for law enforcement. Wiretapping was easy and sufficient since no communication line was encrypted, except for military lines. The same goes for Short Message Service (SMS) traffic that is not encrypted and therefore easy to reconstruct for law enforcement, who had a real-time intelligence position on the suspect and the investigation. But, SMS was a pay per message service with 140 bytes of size for each message.

When alternative messaging applications were introduced like WhatsApp in 2009 and the adoption increased, the amount of messages grew substantial. Messaging was now free and

Nem mesmo as autoridades dos mais variados países ao redor do mundo nos quais o *app* é utilizado conseguem determinar que a empresa forneça o conteúdo das mensagens trocadas.

Tomando o Brasil como exemplo para uma análise mais cuidadosa, a Constituição Federal, no art. 5º, expressa que o sigilo das comunicações de dados e telefônicas é inviolável, salvo, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal:

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;

Esse dispositivo constitucional é regulado no Brasil pela Lei 9.296/96, que, justamente ao “regulamentar o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal”, ratifica que:

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. (grifou-se)

Além disso, a Lei 12.965/14, que “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”, dispõe que:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; (...) (grifou-se)

Dessa maneira, a Constituição Federal vigente, e as duas normas infraconstitucionais mencionadas, são expressas no sentido de que o sigilo de comunicações em sistemas de informática ou telemática pode ser quebrado,

virtually unlimited in size. SMS was degraded in terms of usage, but there still was not much of a problem, since WhatsApp was in plain-text XMPP (Karpisek et al., 2015). Later, when WhatsApp implemented their end-to-end encryption in early 2016, there was an unbreakable barrier introduced in the readable interception of WhatsApp messages. With 1.5 billion active users and 60 billion messages each day, WhatsApp created a giant gap in the law enforcement intelligence position as the downside of secure communication for the public.

On a daily basis, law enforcement investigators still find themselves unable to intercept encrypted communication, to a readable level, between suspects in organised crime groups. This includes WhatsApp communication since this is the most popular messaging app nowadays.

desde que isso decorra de determinação judicial e para fins de investigação criminal e em instrução processual penal.

Ocorre que esse conglomerado mundial responsável *WhatsApp* não fornece acesso às conversas promovidas pelo *app* às autoridades brasileiras, nem mesmo mediante ordem judicial.

O argumento lançado é justamente o de que as conversas são protegidas por criptografia de ponta a ponta.

Os tribunais superiores brasileiros têm encampado essa tese (de que a criptografia impede a interceptação) e, com isso, tais cortes ajudaram a formar uma barreira protetora e cômoda para as empresas detentoras dessas tecnologias, criando um desinteresse de desenvolver tecnologia que permita, de maneira satisfatória, a interceptação dessas comunicações.

Sobre o assunto, tramita no STF a ADPF 403, que está com seu trâmite estagnado, tendo como última movimentação a seguinte:

Decisão: Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que julgava procedente o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental para declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto tanto do inciso II do art. 7º, quanto do inciso III do art. 12 da Lei 12.965/2014, de modo a afastar qualquer interpretação do dispositivo que autorize ordem judicial que exija acesso excepcional a conteúdo de mensagem criptografada ponta-a-ponta ou que, por qualquer outro meio, enfraqueça a proteção criptográfica de aplicações da internet; e do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Ministro Relator, mas dava interpretação conforme à Constituição a esses dispositivos, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, por motivo de licença médica, o Ministro Dias Toffoli (Presidente). Presidência do Ministro Luiz Fux (Vice-Presidente). Plenário, 28.05.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).¹²

Ou seja, a posição do STF, por enquanto, é de que deve ser afastada qualquer interpretação dos incisos I e II do art. 7º da Lei 12.965/14, que autorize ordem judicial que exija acesso excepcional a conteúdo de mensagem criptografada ponta-a-ponta ou que, por qualquer outro meio, enfraqueça a proteção criptográfica de aplicações da internet.

Tal linha, se confirmada ao final do julgamento, firmará uma realidade que já está presente, a possibilidade de descumprimento de ordens judiciais que determinem a quebra de sigilo de mensagens por aplicativos como o *WhatsApp*.

¹² Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975500> (acesso em 18/8/2023, às 11h19min)

O STJ, por sua vez, por meio do acórdão paradigma exarado no RMS n. 60.531/RO, firmou entendimento de que “os benefícios advindos da criptografia de ponta a ponta se sobrepõem às eventuais perdas pela impossibilidade de se coletar os dados das conversas dos usuários da tecnologia”, de modo que devem ser afastadas multas aplicadas ante a impossibilidade fática, no caso concreto, de cumprimento da ordem judicial que determine a interceptação de conversas via aplicativos como o *WhatsApp*.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INTERCEPTAÇÃO DE DADOS. ASTREINTES. POSSIBILIDADE EM ABSTRATO. CRIPTOGRAFIA DE PONTA A PONTA. IMPOSSIBILIDADE FÁTICA, NO CASO CONCRETO, DE CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. RECURSO PROVIDO.

(...) 17. Por isso, embora chamando atenção para os graves aspectos que neste meu voto inicialmente levantei, curvo-me aos argumentos apresentados pelos em. Ministros Rosa Weber e Edson Fachin, os quais representam, ao menos até a presente altura, o pensamento do Supremo Tribunal Federal na matéria. E, assim, endosso a ponderação de valores realizada pelos aludidos Ministros, que, em seus votos, concluíram que os benefícios advindos da criptografia de ponta a ponta se sobrepõem às eventuais perdas pela impossibilidade de se coletar os dados das conversas dos usuários da tecnologia.

18. Recurso ordinário provido, para afastar a multa aplicada ante a impossibilidade fática, no caso concreto, de cumprimento da ordem judicial, haja vista o emprego da criptografia de ponta-a-ponta.

(RMS n. 60.531/RO, relator Ministro Nefi Cordeiro, relator para acórdão Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 9/12/2020, DJe de 17/12/2020.)¹³

Essa linha de entendimento dos tribunais superiores brasileiros representa, como dito, uma barreira para a interceptação de conversas mantidas por aplicativos de mensagens como o *WhatsApp* no Brasil.

Tal cenário viabiliza, em contrapartida, que crimes sejam cometidos com utilização destas ferramentas digitais, sem que as autoridades consigam investigar tais delitos utilizando a quebra de sigilo em tempo real dessas conversas, mesmo havendo determinação judicial com amparo constitucional e legal sobre tal possibilidade.

A questão a ser considerada a esse respeito, voltando aos temas em estudo no presente artigo, ainda em nível nacional, é que a Constituição Federal vigente, e outras duas leis também em vigor no Brasil, são expressas no sentido de que o sigilo alusivo a esse tipo de comunicação não é absoluto, podendo ser, excepcionalmente, afastado por meio de ordem judicial, desde

¹³ O acórdão foi resumido, diante de sua extensão.

que tal quebra tenha por objetivo produção de provas investigação criminal e em instrução processual penal.

O que ocorre nesse caso é que um conglomerado que atua no mundo todo ingressa no território brasileiro, fornecendo bens de consumo aos brasileiros, seguindo suas próprias normas e prioridades, não se submetendo às determinações constitucionais e legais e segue livremente atuando sem qualquer tipo de atitude por parte do Estado.

É de se notar que, embora questões envolvidas possam ser judicializadas (como já foram), a imposição de condições para a atuação dentro do território nacional incumbe ao Poder Executivo, que deveria condicionar que qualquer pessoa jurídica que atue no nosso País cumpra as normas internas.

Relembrando, como afirma Dalmo de Abreu Dallari, a soberania “significa que, dentro dos limites territoriais do Estado, tal poder é superior a todos os demais, tanto dos indivíduos quanto dos grupos sociais existentes no âmbito do Estado” (DALLARI, 2010, p. 75).

O que se tem na situação posta é uma verdadeira ofensa à soberania do Estado Brasileiro e, de igual maneira, à soberania de todos os outros países submetidos a essa prática comercial e consumerista.

Por oportuno, é de se pontuar que é extremamente ingênuo eventual pensamento no sentido de que a vedação de acesso de dados por terceiros, e pelo próprio conglomerado, proporcionado pela criptografia de ponta a ponta, justificaria a negativa de submissão à soberania nacional.

Se houvesse imposição dos Estados para que empresas como a mantedora do *WhatsApp* somente pudessem atuar no território nacional mediante o cumprimento das normas locais, certamente se desenvolveriam meios tecnológicos que permitiriam o cumprimento das ordens judiciais de interceptação, para, diga-se, combater crimes.

Soluções técnicas certamente podem ser construídas, para viabilizar a interceptação dessas conversas sem fragilizar a segurança das mensagens.

Arrisca-se um exemplo. Está disponível no Brasil tecnologia disponibilizada pelo próprio *WhatsApp* que permite que as conversas mantidas por meio desse *app* nos aparelhos de celulares possam ser por esses replicados, em tempo real, em uma página na internet. Para tanto, basta que o

usuário acesso o link <https://web.whatsapp.com/>, e aponte seu aparelho celular para um “código QR” indicado pela empresa.

A partir do momento que o usuário apontar seu celular para o *QR code* indicado, as conversas passam a ser replicadas, em tempo real, no computador.

Nessa situação, em tese, caso houvesse interesse do conglomerado mundial detentor do *WhatsApp* (e alguma ação governamental que impusesse isso), bastaria que o direcionamento viabilizado por esse método fosse operado para desviar as conversas em tempo real para um computador da Autoridade Policial, sem exigir que o usuário aponte o aparelho para um computador, mas exigindo ordem judicial.

Nessa hipótese a ordem judicial que determinaria a quebra de sigilo supriria a autorização do titular da conversa, alcançada ao *WhatsApp*, na prática, por meio da leitura do *QRcode*.

Essa linha hipotética permite que se vislumbre que as barreiras, em nível de criptografia, poderiam ser superadas, mesmo que por outros meios que não exigissem a quebra da segurança.

O interesse em negar acesso às comunicações tem lógico interesse comercial.

A própria divulgação oficial do *WhatsApp* revela o forte apelo de *marketing*¹⁴ sobre a promessa de privacidade inviolável proporcionada pela criptografia de ponta a ponta:

Segurança do WhatsApp

Privacidade e segurança estão no nosso DNA. **É por isso que implementamos a criptografia de ponta a ponta em nosso aplicativo. Com a proteção da criptografia de ponta a ponta, suas mensagens, fotos, vídeos, mensagens de voz, documentos e chamadas estão seguros e não cairão em mãos erradas.**

Conversas pessoais

A criptografia de ponta a ponta do WhatsApp protege suas mensagens e chamadas no WhatsApp Messenger, garantindo que elas fiquem somente entre você e a pessoa com quem você está conversando. Ninguém mais pode ler ou ouvi-las, nem mesmo o WhatsApp. Essas mensagens são protegidas com um cadeado exclusivo, e somente você e seus destinatários têm acesso à chave especial para destrancá-lo e ler as mensagens. Todo esse processo acontece automaticamente: não é necessário ativar configurações ou criar conversas secretas especiais para garantir a segurança de suas mensagens. **(grifou-se)**

¹⁴ Disponível em https://faq.whatsapp.com/820124435853543/?helpref=hc_fnav, acesso em 18/4/2023, às 11h04min.

Esse é o atrativo que busca a captar consumidores do mundo todo sob a promessa de que as conversas são invioláveis, diante da tamanha segurança da criptografia de ponta a ponta.

Como frisado por Carla Noura Teixeira, em sua definição de soberania, “o Estado é identificado quando seu governo não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior” (TEIXEIRA, 2020, p. 92).

Infelizmente, na medida em que Estados como o Brasileiro permitem que uma empresa mundial adentre em seu território e atue no seu mercado de consumo, oferecendo um produto, sem seguir as normas constitucionais e legais internas, estão negligenciando com a sua soberania.

Nas relações que essa empresa mantém em todo o mundo, em mais de 180 países, está presente o fenômeno da transnacionalidade, uma vez que nesse caso a intensificação das operações de natureza econômico-social superou, há muito tempo, as fronteiras dos países envolvidos, criando assim normas de funcionamento próprias, transnacionais, que, não se submetendo nem mesmo às soberanias dos países em que atua, estão na prática acima das próprias constituições e leis de cada um dos países envolvidos.

Isso reflete a dificuldade que os Estados têm, diante de relações transnacionais, de se portar em relação a essas ofensivas à soberania local, acabando por, na prática, ficarem submissos aos costumes e normas criadas além das fronteiras territoriais.

Conclusão

A independência de um Estado está diretamente vinculada a sua soberania.

Um Estado soberano não reconhece, dentro das fronteiras de seu território, nenhum poder mais forte que o seu, tendo sempre a última palavra quanto aos rumos que se tomará internamente.

Tal noção vem sendo solidificada há séculos, fazendo parte da própria história da formação dos Estados mundo afora.

Porém, os tempos atuais apontam para a transnacionalidade como um fenômeno, fático, que supera as fronteiras de países, caracterizando-se pela

agregação de forma própria de normativas e de meios de resolução de conflitos.

Essa transnacionalidade tem tomado dimensões inimagináveis décadas atrás, a ponto de empresas tomarem o mercado mundial em curtos espaços de tempo, dominarem mercados e, ainda, sobreporem-se à normas internas dos países que operam.

Nessa linha, o conglomerado de atuação mundial chamado Meta Inc., que é detentor da tecnologia chamada *WhatsApp*, que é usada por bilhões de pessoas em mais de 180 países do mundo, tem imposto aos investigadores dos mais variados países a incapacidade de interceptar, em tempo real, as comunicações criptografadas que intermediam.

O argumento utilizado é se que a criptografia utilizada impediria a interceptação.

No Brasil, tal realidade também ocorre e os tribunais superiores têm encampado a tese de que a criptografia impede a interceptação, e, com isso, tais cortes culminaram por formar uma barreira protetora e cômoda para as empresas detentoras dessas tecnologias, criando um desinteresse de desenvolver tecnologia que permita, de maneira satisfatória, a interceptação dessas comunicações.

Tal situação, com característica transnacional, trata-se de uma verdadeira ofensa à soberania do Estado Brasileiro e, de igual maneira, à soberania de todos os outros países submetidos a essa prática comercial e consumerista.

O interesse em negar acesso às comunicações tem lógico interesse comercial.

Caso houvesse por parte dos países envolvidos a imposição soberana de que tal conglomerado siga as normas nacionais, tecnologias alternativas seriam criadas, mesmo que por outros meios que não exigissem a quebra da segurança, sendo esse o caminho para a manutenção da soberania nacional.

REFERÊNCIAS

- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010;
- FERREIRA, Aurélio Buarque De Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 5. Ed. ©2010, edição eletrônica;
- MALUF, S. **Teoria geral do estado**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book;
- PIFFER, Carla. Transnacionalidade e imigração: a possibilidade de efetivação dos direitos humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Européia. 2014. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/carla%20piffer.pdf>;
- RECHSTEINER, B. W. **Direito Internacional Privado - Teoria e Prática**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book;
- REZEK, F. **Direito Internacional Público**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book;
- STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica**. In: STELZER, Joana; CRUZ Paulo Márcio. (orgs.). *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba Juruá, 2010;
- TEIXEIRA, C. N. *Manual de Direito Internacional Público e Privado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.