XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ

LORENA DE MELO FREITAS

MAURÍCIO DALRI TIMM DO VALLE

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos Alberto Simões de Tomaz; Lorena de Melo Freitas; Maurício Dalri Timm do Valle - Florianópolis: CONPEDI, 2017

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-420-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Inspiração realista. 3. Natureza.

4.Processo Judicial. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O presente livro "Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico"" é fruto do Grupo de Trabalho homônimo do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI.

O referido GT foi proposto em 2014.2 pela então Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB e nesta ocasião coapresentadora e membro da coordenação deste Grupo por ocasião deste XXVI Encontro Nacional do CONPEDI Brasília, e desde então reúne pesquisadores com problemas de pesquisas afins. Neste encontro os professores Doutores Carlos Alberto Simões de Tomaz (Fundação Universidade de Itaúna – UIT), Maurício Dalri Timm do Valle (Universidade Católica de Brasília) e Lorena de Melo Freitas (Centro Universitário de João Pessoa - UNIPE/PNPD e UFPB) coordenaram os trabalhos no grupo.

Todos os artigos passaram - como já de praxe - pelo processo de avaliação cega por no mínimo dois professores, conforme plataforma Publicadireito do Conpedi e são pesquisas produzidas pelos pesquisadores docentes e discentes de Pós-Graduações em Direito do Brasil.

Vale consignar que todos os trabalhos foram desenvolvidos tendo em conta o tema central do evento, qual seja: "Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas políticas públicas", mas sempre fazendo uma aproximação sob a perspectiva do pragmatismo, realismo jurídico e/ou teorias com foco na questão da decisão judicial.

O livro não está dividido em partes, porém os doze artigos que o compõem tratam sob múltiplas perspectivas do fenômeno jurídico na sua manifestação mais pragmática, ou melhor, investiga-se a natureza do processo judicial, parafraseando o famoso livro do teórico do realismo jurídico e juiz da Suprema Corte Americana Benjamin Nathan Cardozo (The nature of judicial process).

Os primeiros quatro artigos têm em comum a centralidade em torno de um autor-objeto de pesquisa, assim, o livro permite perpassar aspectos dos pensamentos de Aulis Aarnio, Benjamin Cardozo, Ronald Dworkin, Sam Harris e Manoel Atienza. Em seguida temos três artigos com objetos afeitos ao debate de categorias teóricas centrais ao direito, quais sejam, validade, vigência, eficácia, raciocínio e método no direito. Já a parte final tem uma

característica mais empírica, nela encontramos cinco artigos que analisam problemas jurídicos atuais mas com referência à casos, decisões ou simplesmente a perspectiva de abordagem dos temas têm a delimitação em torno que objetos pautados na realidade.

Como o diálogo entre os artigos é contínuo, estes organizadores optaram por apenas apresentar a disposição dos artigos em seus aspectos identitários, mas sem pormenorizar um detalhamento de cada tema por inspiração na própria proposta de John Dewey, um dos expoentes do pragmatismo e realismo jurídico, cujo pensamento tem como categorias centrais a interação e a continuidade.

Assim, em consonância com o método pragmático e foco na experiência dos tribunais como inspiração realista, entregamos ao leitor este livro.

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz - UIT

Profª. Drª. Lorena de Melo Freitas (UFPB)

Prof. Dr. Maurício Dalri Timm do Valle (UCB)

Brasília, julho/2017

ATIVISMO JUDICIAL: QUAL O LIMITE DE ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS? O CASO DO BLOQUEIO DO WHATSAPP.

JUDICIAL ACTIVISM: WHAT IS THE LIMIT OF THE JUDICIARY'S OPERATION IN THE COLLISION OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES? THE WHATSAPP BLOCK CASE.

Israel Batista França Junior [1]

Resumo

Na era do pós-positivismo e da expansão da judicialização de diversas matérias, outra temática causa discussão: o ativismo judicial, no qual o intérprete vai além da análise dos parâmetros hermenêuticos que dão fundamento, para interpretar as normas legais constitucionais. Assim, a interpretação dos preceitos constitucionais pelos poderes públicos não se abrevia à simples subsunção da norma ao fato, mas a uma atuação substancial do interprete. No presente trabalho, discute-se os aspectos relevantes do bloqueio judicial do aplicativo WhatsApp, fato este que causou repercussão na sociedade e no âmbito jurídico.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Hermenêutica constitucional, Whatsapp

Abstract/Resumen/Résumé

In the era of post-positivism and the expansion of the judicialization of various subjects, another theme causes discussion: judicial activism, in which the interpreter goes beyond the analysis of the hermeneutic parameters that provide the basis for interpreting constitutional legal norms. Thus, the interpretation of constitutional precepts by the public authorities is not limited to the simple subsumption of the norm to the fact, but to a substantial performance of the interpreter. In this paper, we discuss the relevant aspects of the judicial blockade of the WhatsApp application, a fact that caused repercussion in society and in the legal scope.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Constitucional hermeneutics, Whatsapp

[1] Mestrando em Direito pela UFS, Pós-Graduado em Direito Tributário e Auditoria Fiscal pela UFS, Graduado em Direito pela UNIT e Auditor Técnico de Tributos do Estado de Sergipe.

INTRODUÇÃO

A judicialização de diversas matérias vem se intensificando nos planos nacional e internacional, implicando no ativismo judicial, cuja principal característica é a interpretação dos princípios legais e da Constituição de forma mais elástica, ampla e substantiva o que, em certos casos, extrapola os limites desses mesmos princípios que fundamentam as decisões tomadas. Para abordar o fenômeno, discutiremos a decisão judicial que determinou o bloqueio do WhatsApp em todo o Brasil.

Não se pode negar que a comunicação pode ser dividida em antes e depois da internet. A rede nacional de computadores começou de um instrumento acadêmico e tornou-se uma ferramenta poderosa de informação, acesso a notícias, pesquisa, entretenimento, comunicação, negócios, atos institucionais e até judiciais. A internet, através das redes sociais, aproxima as pessoas e facilita as interações entre os sujeitos sociais, altera a logística da comunicação pessoal e negocial em todo o planeta. E dentre as redes sociais, a que mais se popularizou nos últimos tempos foi o WhatsApp.

Diante das infinitas possibilidades de comunicação criadas pela rede, pessoas com pretensões perversas fazem uso dessa tecnologia para perpetrar crimes cibernéticos como: o *bullying*, a *hackerização*, o *cyberbulling*, a injúria preconceituosa, pedofilia, racismo, xenofobia, falsificação, alteração e furto de dados, de perfis, estelionatos eletrônicos, pornografia infantil, tráfico de drogas, roubos dos mais diversos tipos, entre outros crimes. Na busca da identificação do criminoso e em razão da negativa dos diretores do Facebook/WhatsApp em fornecer dados e mensagens de seus clientes por determinações judiciais, ocorreram diversos bloqueios do WhatsApp.

Diante de extremada medida, surge o questionamento: a medida encontra amparo legal? Tal decisão não afronta princípios constitucionais garantidores dos direitos individuais dos cidadãos? Ao atingir pessoas que em nada contribuíram para a negativa da informação, o bloqueio não foi desproporcional e desarrazoado? E mais, se a medida adotada não foi o ápice de um ativismo judicial com afronta o texto do marco civil da internet e da Constituição?

O presente trabalho visa delinear e discutir de forma investigativa e crítica o ativismo judicial, de maneira a ser útil para toda a sociedade, permitindo, ao menos, catalogar corretamente os seus aspectos legais, jurídicos e sociais sobre o ativismo judicial, tomando como exemplo a decisão judicial que determinou o bloqueio do WhatsApp em todo o Brasil.

1 ATIVISMO JUDICIAL COMO IDEIA DE MAIS JUSTIÇA

A ideia de juiz como mediador ou intermediário num processo, como sujeito a quem as pessoas em disputa recorrem para obter a igualdade, já se avista na *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles (1991, p. 4). Na obra, o juiz deve procurar igualar as partes diante de uma injustiça ou desigualdade, pois sua natureza "é ser uma espécie de justiça animada", na medida em que restabelece a igualdade. Atualmente, o juiz atua dentro de uma ordem política organizada sob o julgo da lei, é incumbido por um reto juízo a restabelecer a igualdade, servindo-se não do arbítrio ou de interesses particulares próprios, mas do convencimento e da fundamentação na legislação (BITTAR, 2016, p. 176).

Nessa busca de promover a igualdade entre as partes ou o *status quo ante*, o magistrado da causa pode se exceder nos seus propósitos e imiscuir-se em demasia ou atuar sem zelo na interpretação e aplicação da Constituição. Garapon (2001, p. 74) entende que tais situações caracterizam uma magistratura reacionária, incontrolável e com status de intocável, o que fragiliza a democracia. Ela traz o risco do ativismo e da criação de um direito pretoriano ou do imobilismo a evitar reformas almejadas pela maioria, provocando perdas importantes para o sistema do direito e da segurança jurídica. Assim, o juiz não pode se tornar o anjo da democracia privilegiado com o status de inalcançável à crítica popular.

A judicialização de importantes temas do cotidiano das pessoas e de grande repercussão social e econômica tem elevado o prestigio do Poder Judiciário como um todo. De maneira que o Judiciário passou a ocupar uma dimensão jamais imaginada. O Supremo Tribunal Federal, após a Constituição de 1988, tornou-se, além de guardião da Constituição, o deus decifrador de todas as matérias e questões sociais, políticas e econômicas, além de decidir sobre as demandas jurídicas. Essa inflação processual acabou gerando problemas graves de ineficiência e não funcionando satisfatoriamente para atender as demandas sociais; isso tem provocado reflexos negativos no índice de confiança no Poder Judiciário.

Hoje, mesmo diante das alternativas de resolução de conflitos, como a arbitragem, a mediação e as novas propostas descritas no novo Código de Processo Civil, todas as matérias de grande ou pequena repercussão são levadas ao Judiciário. Salini (2013, p. 20) entende que o Poder Judiciário é uma alternativa onerosa, demorada e ineficiente de resolução de conflitos e mesmo assim, os métodos alternativos ainda não conquistaram a sociedade.

O quadro revela que o Judiciário passou a ser a instância decisória que se sobrepõe, em alguns casos, ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. Sobreposição essa, exemplificada pela definição do rito do *impeachment* da presidente da República realizado

pela Câmara dos Deputados Federais (ADPF nº 378), cujo assunto pertence à esfera do Poder Legislativo (com normas regimentais próprias), todavia, foi preciso o Supremo Tribunal Federal se manifestar quanto à constitucionalidade do procedimento.

Assim, conquanto o Judiciário tenha se tornado o último alento dos jurisdicionados, com isso tem catalisado diversas críticas da sociedade e também daqueles que conhecem de perto os problemas *interna corporis*. Por ter-se assenhorado de maior poder de decisão, utilizando fundamentos interpretativos das normas, seja completando o seu sentido, seja limitando seu alcance declarando lei contrária ao texto constitucional ou mesmo dando soluções normatizadoras em assuntos outros, a ação certamente refoge ao direito positivado

Essa judicialização extremada e consequente protagonismo do Judiciário trazem consigo outra questão: o ativismo judicial, que apesar de serem semelhantes e estarem presentes nos mesmos lugares, não têm as mesmas causas comuns. Barroso (2012) entende que judicialização surge da norma constitucional permitindo que dela se determine uma pretensão subjetiva ou objetiva, cabe ao juiz conhecer e decidir. Já o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha do modo determinado e proativo de interpretar o texto constitucional, expandindo o seu sentido e sua abrangência decorre de uma participação mais intensa do Judiciário na concretude dos valores e fins constitucionais, com consequente interferência nas esferas dos poderes Legislativo e Executivo.

Em verdade, há um vínculo entre o direito e o poder político, bem como o direito resulta como criação deste poder. Passos (2000, pp. 70-71) entende que ao deferir poder ao magistrado para decidir, para pôr fim a um micro conflito resultante de interesse social, atua ele como legislador e administrador, como "agente do poder político institucionalizado". Porém, o magistrado para enunciar e aplicar o direito necessita de organização política e de um processo jurisdicional político, organizado e adequado para satisfazer o Estado de Direito Democrático, sem o qual haverá direito produzido, mas não brotado por uma organização política democrática. Segundo Guedes (2012), há, no entanto, a possiblidade de magistrados tomarem decisões de caráter político, apoiadas numa ideia de justiça abstrata, sem fundamentação em normas jurídicas e funcionalmente sem consentânea com o modelo de governo democrático.

Entretanto, é notória a atividade jurisdicional positiva ou substancial desempenhada pelo Judiciário brasileiro. Isso tem suscitado controvérsia quanto a essa legitimação de poder conferido aos magistrados para assegurar direitos que não constam literalmente nos textos normativos. Streck (2011) lembra que após superar o dilema do positivismo exegético-racionalista, com o jurista submetido a uma estrutura pré-estabelecida, a partir do século XX,

o problema passou a ser o de como estabelecer comandos para interpretação do direito buscando evitar que os juízes se apossem da legislação construída democraticamente. O autor acrescenta que o Judiciário não pode substituir o legislador, como no caso da ADI 4277, sobre o reconhecimento da proteção do Estado a uniões homoafetivas, pela interpretação conforme a constituição do artigo 1723 do atual Código Civil, situação que diz ter ocorrido um hiper-ativismo. E deixa assente que "o Judiciário não pode substituir o legislador."

Assim, o direito previamente estabelecido em razão das expectativas criadas pela sociedade, o texto constitucional e as leis infraconstitucionais são passíveis de alterações a depender da contingência do Poder Judiciário. Por tais motivos exige-se a maior cautela do agente público dotado de poder de exegese jurídica, para que o mesmo não ultrapasse os limites constitucionais, sob o pretexto de promover maior justiça.

2 A HERMENÉUTICA JURÍDICA E A FORÇA AXIOLÓGICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Ao Judiciário cabe o papel de dizer hermeneuticamente as leis e a Constituição. Os juízes e tribunais têm a função de interpretar e dar sentido às normas jurídicas e a sua aplicação aos casos concretos. Sendo uma das implicações práticas do Estado Democrático de Direito social é dar concretude ao texto constitucional.

Essa tarefa se torna difícil porque a elaboração das leis vale-se de conceitos indeterminados e imprecisos, além da utilização de cláusulas gerais e dos princípios empregados. Ao discutir sobre as características das normas constitucionais, Barroso (2013, pp. 221-222) entende que a interpretação da Constituição requer técnica especial, porque além de se situar com supremacia jurídica em relação às demais normas, contém uma linguagem aberta, obrigando o intérprete, na resolução do problema, valorar e apropriar conceitos indeterminados, atualizando e incorporando sentidos, valores a circunstâncias novas, de modo a plasmar uma interpretação vivificadora e evolutiva da norma. O diploma em questão alberga enunciados de organização, normas pragmáticas e é um documento de dimensão política.

Todavia, o interesse em questão se reporta aos princípios constitucionais que tomam força normativa. Para Bonavides (2013, pp. 296-298) a implementação da normatividade dos princípios constitucionais nos Tribunais Supremos é uma tendência a valorar e dar a eles eficácia, tornando-os normas-chaves de todo o sistema jurídico, já que "os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os

sistemas constitucionais auferem a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa."

Assim, os princípios constitucionais na atualidade ganharam normatividade e estando explícitos ou não, sintetizam os valores abrigados no ordenamento jurídico, determinam a ideologia pretendida pela sociedade, seus postulados e seus fins. Portanto, guiam o intérprete e determinam sua atuação a postular o princípio maior que norteia o tema analisado, descendo do mais genérico ao mais específico, com o fito de formular a regra concreta que vai reger o caso concreto. Em suma, os princípios desempenham os papéis de: i) condensar valores; ii) unificar o sistema; e iii) vincular a atividade interpretativa (BARROSO, 2014, p. 122).

Muito embora, advirta Alexy (2013, p. 22) que os princípios por não serem seguidos das normas pressupostas, permitem exceções, entram em conflito ou contradição, não desejam exclusividade. Seu sentido real se obtém por meio de complementação ou limitação recíproca, além de carecerem de princípios dependentes e valorações privadas com teor material distinto para sua realização fática. Dessa forma, o sistema axiológico-teológico por si só não assegura decisão única sobre a ponderação e o equilíbrio dos princípios jurídicos em determinado caso, nem quais valores particulares se devem concretizar.

Para Grau (2016, p. 115) "princípios são regras" que, sendo do direito positivo, não precisam de normatização, visto serem positivos. Na mesma linha, Ávila (2016, p. 155) define que os princípios são normas que fundamentam outras normas, pois indicam fins a serem perseguidos, sem, contudo, ordenarem o meio para sua concretização. E mesmo apresentando alto grau de indeterminação, mas não de vagueza, os princípios estão presentes em qualquer norma, porém no sentido de não anunciar exaustivamente os fatos em face dos quais resulta o consequente jurídico ou de exigirem a materialização por outra norma, de maneiras diversas e alternativas. Portanto, a imperfeição é o elemento contingente, mas o seu elemento essencial é a indeterminação estrutural, pois são prescrições finalísticas com generalidade material elevada e sem consequências particulares antecipadamente definidas.

Disso decorre que a interpretação constitucional ganha contorno e dimensão superlativa, em tempo de pós-positivismo e que os princípios têm força normativa.

2.1 Possibilidades interpretativas ao texto constitucional

Na busca de fazer valer a vontade da Constituição e da legalidade, o intérprete pode se valer de técnicas interpretativas como meio de adequar a norma constitucional ao contexto social, afinal "[...] enquanto puro juízo, a norma é um quase nada jurídico, mera partitura à

espera do intérprete e executor que a recupere como melodia e dos que se propõem a ouvi-la e com ela interagir, simples potencialidade enquanto não atualizado o que meramente enunciou." (PASSOS, 2000, p. 48).

E dentre as técnicas interpretativas, destacamos as mutações, a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

A mutação constitucional é entendida como "o fenômeno por meio do qual são produzidas alterações de significado, alcance ou sentido das normas constitucionais nos limites estabelecidos pela própria Constituição" (KUBLISCKAS, 2009, p. 72).[1]

Já a interpretação conforme a Constituição deve-se ter em mente que o juiz, quando em dúvida, deve reconhecer a constitucionalidade da lei, ou quando diante de duas interpretações possíveis de determinada lei, há de considerar aquela que melhor se revele com o texto constitucional (MENDES, 2013, p. 1267).[2]

Quanto a técnica de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, ilustrada aqui pela decisão tomada pelo STF na ADI 4650/DF, na qual foi analisado o financiamento de campanhas eleitorais por meio de doações realizadas por pessoa jurídica, quando foi decido pela inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31, da Lei nº 9096/1995 que autoriza doações por pessoas jurídicas a partidos políticos.

Analisando a Constituição por meio das interpretações conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto, Streck (2013, pp. 746-747) compreende que essa técnica deve ser elevada à categoria de princípio constitucional, já que nenhuma lei deve ser declarada nula se puder ser interpretada em conformidade com a Constituição. Adotando esse mecanismo de interpretação como meio de controle de constitucionalidade, o Poder Legislativo admite tacitamente que o Judiciário, ao adaptar, aditar e adjudicar sentidos aos textos normativos deixa de ser apenas um legislador negativo, sem, contudo, passar a ser um legislador positivo. Todavia, não o obriga a declarar o texto inconstitucional ou afirmar a sua constitucionalidade.

É necessário considerar que o próprio sistema constitucional fixa limite de como o sistema jurídico pode renovar-se. Segundo Neves (2016, pp. 100-101), o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder sua originalidade/independência não só mediante reformas na

[1] Para exemplificar veja-se o julgamento do Recurso Extraordinário nº 778.889/PE, no qual o STF declarou inconstitucional o art. 210, da Lei nº 8.112/1990 e entendeu que os servidores públicos adotantes têm os mesmos prazos de licença maternidade descritos na CLT.

[2] Como ocorreu, por exemplo, no julgamento do No Habeas Corpus nº 126292/SP, quando o STF decidiu que a execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade afirmado no artigo 5º, LVII, da CF/88, conferiu ao artigo 283 do CPP sintonia com o Texto Maior, por meio de interpretação conforme.

Constituição, mas também através de concretização constitucional. Todavia, essa auto-reformulação tem que respeitar princípios e normas constitucionais que se postam explícitas ou implícitas à mutação jurídica do texto constitucional.

As possibilidades acima citadas servem como meio do intérprete/aplicador decifrar as normas principiológicas e dar sentido concreto ou substantivo ao texto constitucional para que a atividade hermenêutica do intérprete não se torne mecânica e acrítica. Foi nesse contexto jurídico normativo e de hermenêutica constitucional que ocorreu o bloqueio do WhatsApp em todo o Brasil.

3 ENTENDA O CASO DO BLOQUEIO DO WHATSAPP

Antes de tratar especificamente do bloqueio determinado pela Justiça do Estado de Sergipe, outros bloqueios ocorreram em outros Estados da federação. A primeira ocorreu em fevereiro de 2015, por ordem do Juízo da Central de Inquérito de Teresina no Piauí, pelo prazo de 24 (vinte e quatro) horas, em razão de ordem descumprida em processo judicial criminal sobre investigação de suposto crime de pedofilia. No entanto, essa decisão foi revogada liminarmente em 26 de fevereiro de 2015, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, por falta de proporcionalidade na medida adotada pelo Juiz singular.

A segunda aconteceu em dezembro de 2015, quando o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo/SP, em sede de medida cautelar, determinou a suspensão do WhatsApp em todo o país, por 48 (quarenta e oito) horas, sob a argumentação de recusa do administrador do WhatsApp em fornecer dados das conversas de pessoas supostamente pertencentes a uma quadrilha, no processo nº 0017520-08.2015.8.26.0564, sob segredo de justiça. Porém, antes mesmo do término da penalidade, o Tribunal de Justiça de São Paulo suspendeu liminarmente a decisão de piso e o aplicativo voltou a funcionar. Sendo a liminar ratificada pela 11ª Câmara de Direito Criminal do TJ paulista, em 06 de abril de 2016.

Posteriormente, em maio de 2016, o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Lagarto no Estado de Sergipe, no Processo Penal nº 201655000183 que apura crimes de tráfico ilícito e de uso indevido de drogas, colaboração ou associação destinada à produção ou tráfico de drogas, determinou o bloqueio que mais gerou discussão em todo o país. Neste caso, também se alegou o descumprimento de ordem judicial do WhatsApp, conforme noticiado na imprensa, posto que o citado processo corre em segredo de justiça.

Em razão disso, a empresa impetrou mandado de segurança, porém foi negada a liminar por decisão do Desembargador (processo nº 201600110899) que entendeu ausentes os

requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, além disso, o impetrante refutou a ordem judicial sob o argumento de resguardar o direito de privacidade dos usuários para encobrir interesses patrimoniais da empresa Facebook. Porém, no mesmo dia, em decisão também monocrática de um Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe cancelou a ordem de suspensão do WhatsApp.

Este processo foi julgado em 31/08/2016, como também os vários recursos intentados pelo réu, ora arguindo exceção de incompetência do Juízo da Comarca de Lagarto (processo nº 201655010391[3]), ora a suspeição do Juiz (processo nº 201655010392[4]) ou a suspeição do membro do Ministério Público no feito (processo nº 201655010393[5]).

Ainda contra a decisão judicial em comento, foi instaurada uma Reclamação Administrativa perante a Corregedoria do Tribunal de Justiça contra o magistrado da Vara Criminal da Comarca de Lagarto-SE, arquivada pelo órgão corregedor por entender que não exerce função jurisdicional e não lhe cabe opinar sobre a determinação judicial, visto que vigora o princípio da independência funcional dos magistrados, que garante a independência e liberdade dos mesmos para o exercício da judicatura. Do mesmo modo, foi arquivado em 12 de agosto de 2016, pela Ministra Nancy Andrighi do Conselho Nacional de Justiça, o procedimento instaurado para apurar suposta falta disciplinar pela suspensão do WhatsApp.

Recentemente, outra decisão judicial, dessa desta feita no juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias/RJ (IP 062-00164/2016), também determinou a suspensão do aplicativo WhatsApp em razão do Facebook descumprir determinações judiciais para interceptar mensagens trocadas por meio do aplicativo após três notificações. Essa decisão foi suspensa em liminar pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em 19 de julho de 2016, atendendo ao pedido do Partido Popular Socialista na ADPF nº 403 MC/SE, restabelecendo imediatamente o serviço de mensagens do aplicativo WhatsApp em todo o território nacional.

3.1 As reações sociais pela importância dessa ferramenta de comunicação

Em regra, a rede social WhatsApp funciona através da internet, devendo o usuário ter um plano de dados, contratado com uma operadora de telefonia móvel (celular) que possibilite o acesso à rede mundial de computadores. As operadoras mais conhecidas (Vivo,

[3] Processo julgado improcedente na Comarca de Lagarto, em 22/08/2016. Encontra-se arquivado.
[4] Este processo foi extinto sem resolução de mérito em 27/10/2016 pelo TJSE, por prejudicialidade superveniente, em razão de o magistrado ter solicitado remoção para outra comarca.
[5] Processo julgado improcedente em 04/08/2016.

Claro, Oi, Tim), visando captar mais clientes, começaram a oferecer pacotes com serviços gratuitos de acesso a internet, tendo como mote comercial o app mais usado – o WhatsApp.

Porem, com a edição do Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016 que regulamentou a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), tal prática pode ser vedada para impor às provedoras a cobrança igualmente do acesso a qualquer aplicativo na rede, sem ofertar gratuidade para aquele que entender conveniente, consoante se infere da dicção dos artigos 9º e 10º do citado Decreto. Os artigos vedam condutas unilaterais ou acordos entre o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento e provedores de aplicação que comprometam o caráter público e irrestrito de acesso à internet ou priorizem pacotes de dados em razão de arranjos comerciais, pois as ofertas comerciais e os moldes de cobrança de acesso à rede devem preservar uma internet única, de caráter aberta, plural e diversa.

Vale destacar que em 2009, a Artigo 19, por meio de representantes da Organização das Nações Unidas - ONU e de outras organizações elaboraram em Londres, os "Princípios de Camden sobre a Liberdade de Expressão e Igualdade", assegurando a liberdade de expressão e a igualdade como direitos fundamentais, sendo a internet destacada como mídia que possibilita liberdade de expressão e igualdade. Posteriormente em 2011, a ONU apresentou relatório em que pede que países não bloqueiem o acesso à web, mesmo em situações de manifestações. E em 30 de junho de 2016, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, por meio de resolução declarou que o acesso à internet representa um direito humano e que desconectar a população da rede mundial de computadores viola esta política.

E, como bem menciona Carli Velocci (2016), muito embora essa medida não tenha caráter obrigatório ou força de lei, a impingir um processo legal contra os governantes que descumprirem essa resolução, ela tem a função orientadora para os governantes na elaboração de leis e dar suporte às organizações que defendem os direitos humanos.

Merece ainda enfatizar que em razão de diversos bloqueios de aplicativos como o WhatsApp, recentemente o Partido da República – PR ajuizou a ADI nº 5527, perante o Supremo Tribunal Federal sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, questionando a constitucionalidade dos artigos 10, §2º, 12, III, da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), que fundamentam as decisões dos magistrados para suspender os serviços de troca de mensagens pela internet, notadamente, através do WhatsApp. Nesta ADI a pretensão autoral, em apertada síntese, fundamenta-se na ideia de que os bloqueios de aplicativos de comunicação como o WhatsApp afetam de forma direta mais de 100 milhões de brasileiros usuários deste serviço, ferindo diversos princípios constitucionais. ADI ainda pendente de julgamento.

A repercussão dos bloqueios na imprensa nacional e internacional e a mobilização popular por meio de abaixo-assinado, no qual os internautas se manifestavam contrários ao bloqueio do WhatsApp, mostram que a internet se tornou a consubstanciação do empoderamento dos cidadãos, notadamente tomando parte em ações políticas. De maneira que a rede, antes abrigo para internautas individualistas e narcisistas, transmutou-se em espaço coletivo e político, mesmo a partir de laços superficiais captou-se o seu potencial político pela fluidez e virtualidade próprias da comunicação de massa célere e de recrutamento plural de adeptos virtuais favoráveis à participação política. Os exemplos concretos dessa mobilidade foram as manifestações e protestos ocorridos no Oriente Médio e Norte da África conhecidos como a Primavera Árabe e as manifestações que se espalharam pelo Brasil em junho de 2013, organizadas pelo Vem Pra Rua (BITTAR, 2016, pp. 828-831).

Todos esses acontecimentos dizem quão importante se tornou a internet como meio de promover o desenvolvimento humano, social, cultural e econômico na sociedade atual, bem como evidenciam a preponderância do WhatsApp na atualidade.

4 ANÁLISE DO CASO SOB A ÓTICA DE APLICAÇÃO DE ALGUNS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS

Como já foi destacado, não paira dúvida quanto à força normativa dos princípios constitucionais e da proposta substancial do texto constitucional em um Estado Democrático de Direito, notadamente quando atuam como meio de proteção das garantias e liberdades particulares. De maneira que os princípios da livre iniciativa e concorrência, da proporcionalidade, da razoabilidade, da livre comunicação e da continuidade do serviço, da vedação ao retrocesso, da intranscendência e da individualização da pena não podem ser mitigados, mesmo em confrontos com outros princípios que garantem a eficácia processual e a segurança social, sob pena de ferir a dignidade da pessoa humana.

No caso em tela, a medida judicial de bloqueio implicou em impedimento do livre exercício da atividade econômica da sociedade empresarial Facebook, contrariando a ordem econômica brasileira que se fundamenta em pilares como a liberdade de iniciativa e a livre concorrência (art. 170, IV, da CF). Para Grau (2015, p. 203) a livre iniciativa econômica assegura a legalidade e a liberdade pública, de modo que não haverá sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei, de modo absoluto e não relativo. Quanto à livre concorrência, Zanoti (2009, p. 92) entende que esse assegura a todos o direito de captar clientela, em igualdade de condição, sem vantagens jurídicas individuais e sem intervenção

estatal no domínio econômico, não permitindo a formação de grupos empresariais tendentes a anular a competição, estrangular o abastecimento e prejudicar os consumidores.

Constata-se aí possível afronta aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência da empresa, na medida em que a empresa foi impedida de exercer sua atividade e com possibilidade real de perder mercado e clientes para outros concorrentes, em razão do desiquilíbrio provocado no mercado, por ato exógeno ao setor econômico ao qual faz parte a empresa Facebook, muito embora esteja fora de propósito defender a empresa nesse ponto. A ação analisada do ponto de vista dos princípios.

A doutrina e a jurisprudência têm aceitado o emprego do princípio da proporcionalidade ou da vedação ao excesso como meio de evitar o excesso, a incongruência, a inadequação entre os meios empregados e fins a serem alcançados pela medida judicial, apesar de não constar expressamente no texto constitucional brasileiro. Segundo Ávila (2016, p. 204) o princípio proporcionalidade se aplica a determinada relação de causalidade entre dois elementos empiricamente assinalados, um meio e um fim, sendo necessário executar os três exames: o da adequação – se o meio realiza o fim; o da necessidade – se dentre os meios disponíveis/adequados a promover o fim, existe outro menos restritivo aos direitos fundamentais atingidos; e a proporcionalidade em sentido estrito – se os benefícios trazidos pela prática do fim satisfazem às desvantagens geradas pela adoção do meio.

Quanto ao emprego desse princípio em matéria tributária, a jurisprudência não admite aplicação de medida desproporcional e exorbitante ao contribuinte (fechamento do estabelecimento comercial por dívida tributária), mesmo que se justifique o dever legal e indispensável de exigir tributos. Porquanto "é inadmissível a interdição de estabelecimento ou apreensão de mercadorias como meio coercitivo para cobrança de tributo," bem como "não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilha, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais," (Súmulas 70 e 323 do STF) de modo que o poder público não use a coação ou inviabilize o exercício da atividade comercial para o fim de exigir tributo.

Do mesmo modo, no campo penal, diversas são as decisões que se fundamentam nesse princípio. O STF não tem admitido, por exemplo, a manutenção de medida cautelar que se afigurar maior força do que a esperada pelo resultado final da própria persecução penal, se acaso, após regular instrução, o réu fosse culpado.[6]

[6] Nesse sentido, dentre tantos, cite-se: HC nº 126.704/MG – Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 03 mai. 2016; HC nº 123.226/PI – Rel. Min. Dias Toffoli. Dj 30 set. 2014; e HC nº 118.257/PI – Rel. Min. Teori Zavascki. Dj 18 fev. 2014. Disponível em: < http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 dez. 2016.

Concernente à razoabilidade segue-se o mesmo raciocínio empregado à proporcionalidade, ou seja, como mecanismo voltado à contenção de arbitrariedade estatal. Isso na linha doutrinária e jurisprudencial que considera a razoabilidade similar à proporcionalidade. O STF emprega estes princípios com força principiológica similar, conforme Souza Neto e Sarmento (2013, p. 484) "a jurisprudência do STF vem tratando as expressões princípio da proporcionalidade e princípio da razoabilidade como sinônimas."[7]

Assim, ao considerar a proporcionalidade idêntica á razoabilidade, a medida judicial não preencheu os três requisitos obrigatórios da proporcionalidade. Por outro lado, ao considerar esta distinta daquela, a decisão também não foi razoável, seja no posicionamento Fernandes (2013, p. 232) para quem "[...] a noção de 'razoabilidade' apenas corresponde à primeira das três sub-regras que compõem a estrutura da 'proporcionalidade', adequação, [...]", seja na noção de Ávila (2016, pp. 194-195) de que a razoabilidade comporta três acepções: i) razoabilidade como equidade – no sentido de exigir a adequação das normas gerais às particularidades do caso particular; ii) razoabilidade como congruência – exigindo a harmonia das normas com suas condições externas de aplicação, ou seja, requer um suporte empírico existente; e razoabilidade como equivalência – a necessitar de uma certa proporção entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Por exemplo, a pena deve ser fixada conforme a culpabilidade do agente. Sem o preenchimento desses requisitos a medida adotada torna-se desarrazoada.

Os usuários do WhatsApp tiveram os serviços indisponibilizados e mesmo sem promoverem qualquer ato tendente ao descumprimento da decisão judicial. A medida judicial adotada para o caso afronta o princípio da livre comunicação e da continuidade do serviço por cercear a liberdade dos usuários em se comunicar pelo aplicativo. Devido à importância que assumiu nos dias atuais, o WhatsApp tornou-se necessário no do dia a dia pelas possibilidades que oferece, pela rapidez e fluidez da comunicação. O recurso tornou-se tão em voga, que órgãos da administração pública utilizam-se dele para interagir com os servidores e com o público. O Estado de Sergipe, por exemplo, ao realizar o censo previdenciário obrigatório para os servidores públicos efetivos, utilizou o aplicativo para

[7] Por exemplo, o STF entender desarrazoada a oitiva de todas as vítimas 638 (seiscentos e trinta e oito), no caso da Boate Kiss, conforme requerido pela defesa, no HC nº HC nº 131.158/RS, STF, Relator Min. Edson Fachin. DJ 26 abr. 2016. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID= 650909>. Acesso em: 27 dez. 2016.

prestar esclarecimentos aos servidores. A Corte Interamericana de Direito Humanos, também utiliza o aplicativo como referência virtual de contato em seu site.[8]

No Poder Judiciário, a 7ª Vara Criminal Federal em São Paulo/SP editou a Portaria nº 012/2015, regulamentando a utilização do WhatsApp para consulta processual do público em geral, às das partes, defensores, procuradores e testemunhas, como forma de tornar o "processo cidadão." Este caso foi noticiado como sendo a justiça brasileira a primeira no mundo a utilizar o WhatsApp para facilitar consulta a processo.

Vislumbra-se ainda que a medida judicial afrontou o princípio da igualdade. Diz-se isso na mesma linha de que se veda restrições casuísticas por meio de leis restritivas de conteúdo casuístico ou discriminatório, sob pena de ferir o princípio da igualdade, permitindo, no entanto, somente leis gerais e abstratas (MENDES, 2013, p. 233), de igual modo deve-se coibir medidas judiciais que visem destinatários específicos dentre aqueles em iguais condições. Explica-se, o WhatsApp se assemelha a outros aplicativos como o *Telegram*, *Skype*, *Zap Zap*, *Facebook Messenge*, *Hangouts*, *Viber*, *WeChat*, *Line* e *Kik Messenger*, que se assemelham ao aplicativo bloqueado, no entanto, estes outros não sofreram restrições.

O acesso à internet foi considerado pela ONU direito de liberdade de expressão, tornando-o um direito fundamental da sociedade. Disso decorre questionar se a medida judicial em questão não fere o princípio da proibição/vedação ao retrocesso. Este princípio, de matriz francesa (efeito *cliquet*) deve ser entendido como uma limitação material implícita de não suprimir os direitos fundamentais sociais já constitucionalmente assegurados e com elevada densidade normativa (FERNANDES, 2013, p. 590). Também, Canotilho *et al* (2016, p. 71) sustentam que esse núcleo essencial dos direitos sociais não pode, mesmo com efeitos prospectivos, retroceder através de supressão ou relativização, ser afetado pelo legislador ou pelo Poder Público em geral.

Desse modo, as conquista sociais e jurídicas garantidoras de direitos sociais somente podem ser ampliadas, jamais restringidas. Por exemplo, não se vislumbra a supressão do Código de Defesa do Consumidor, mas tão somente a sua ampliação. De modo similar, não se admite a internet pode ser deletada da vida dos internautas e, por reflexo o WhatsApp.

O Juiz da Vara do Trabalho de Três Corações/MG, do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, acolheu o pedido da parte reclamante e determinou a intimação dos reclamados via aplicativo WhatsApp, em caso de frustação do edita. Aliás, essa prática já encontra defensores no meio jurídico acadêmico, por exemplo, Koplin (2016), defende que há

[8] E possível fazer consulta a Corte por meio de Skype, WhatsApp, Facebook, Twitter e Correio. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/index.html>. Acesso em: 17 dez. 2016.

espaço para a utilização do WhatsApp e de outros aplicativos semelhantes como forma excepcional de comunicação de atos processuais como intimações de despachos ou decisões judiciais, em casos de urgência pelos juízes.

Nessa linha, a Justiça do Trabalho do Estado do Ceará inaugurou um novo canal de acesso à justiça trabalhista - o WhatsApp. Através dele as partes podem resolver suas pendências trabalhistas de forma célere, por exemplo, solicitar audiência de conciliação ou acordo, que após análise do pedido será incluída na pauta de audiência e enviadas notificações às partes, inclusive com resultados práticos.

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, buscando dar celeridade aos atos processuais, editou a Portaria Conjunta nº 78, de 08 setembro de 2016, regulamentando, no âmbito dos juízos e dos órgãos colegiados do TJDFT, a intimação da ofendida sobre atos processuais relativos ao agressor, prevista na Lei Maria da Penha, por meio do aplicativo WhatsApp.

Acrescente-se que este aplicativo vem sendo utilizado como ferramenta de comunicação didático-pedagógica.[9] Por outro lado, na iniciativa privada já se noticia que novos postos de emprego têm surgido com o WhatsApp – o atendente exclusivo de WhatsApp. É um empregado que tem como função atender os clientes, tirar dúvidas e de forma ágil em algumas empresas.

Aliás, a Lei nº 11.419/2006, que trata da informatização do processo judicial, veio para dar maior celeridade ao processo, com isso, tornou-se possível a intimação por meio eletrônico. Na mesma linha, o atual Código de Processo Civil (Lei nº 13105/2015), também, trouxe a alternativa: "Art. 246. A citação será feita: [...] V – por meio eletrônico, conforme regulado em lei."

Deve-se ainda mencionar que a Ministra Rosa Weber e o Ministro do STF realizaram uma convocação conjunta de Audiência Pública no bojo da ADI nº 5.527/DF e da ADPF nº 403/SE, para discutir a constitucionalidade de dispositivos do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) que fundamentam os casos de suspensão deste aplicativo por decisões judiciais pelo país. Isso demonstra a importância do WhatsApp na atual sociedade.

De outra parte, indubitavelmente a decisão judicial representa uma penalidade. Embora o princípio da intranscendência e da individualização da pena esteja adstrito ao

---

[9] Para exemplificar, o Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Maranhão, no Campus de Açailância-MA, vem utilizando o WhatsApp como ferramenta para estimular os estudantes de filosofia em criar um ambiente virtual, conforme artigo intitulado "O aplicativo de comunicação *Whatsapp* como estratégia no ensino de Filosofia". **Revista Temática**, Ano XI, nº 02. Fevereiro/2015. Disponível em: < http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/tematica/article/view/22939/12666>. Acesso em: 04 dez. 2016

Direito Penal, ele encontra-se encartado no art. 5º, inciso XLV, da Carta da República, que de modo assente diz: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens serem, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o valor do patrimônio transferido.”

Do comando legal se conclui que somente aquele que atuou no crime incorrerá na respectiva responsabilização. Sobre o tema, o STF assentou: “A sanção penal não ultrapassa da pessoa do delinquente. Vulnera o princípio da incontagiabilidade da pena decisão judicial que permite ao condenado fazer-se substituir por terceiro absolutamente estranho ao ilícito penal, na prestação de serviços a comunidade”. Idêntico posicionamento é encontrado no Superior Tribunal de Justiça, de que “[...] Segundo o princípio da intranscendência das sanções, penalidades e restrições de ordem jurídica não podem superar a dimensão estritamente pessoal do infrator”.

Assim, quando os usuários do aplicativo foram privados dos serviços de mensagens prestados pela parte recalcitrante no processo sofreram os efeitos da penalidade e isso ultrapassou a responsabilidade pessoal da pena para além do réu/culpado no processo - o Facebook.

Por fim, na medida em que a pessoa humana não pode ser tomada como objeto, não pode ser instrumentalizado, mas sim como um ser especial, de natureza ímpar perante os demais seres (FERNANDES, 2013, p. 297), ele não pode ser tomado como meio para realização de outros fins que não seja ele mesmo, neste caso, forçar a parte recalcitrante.

A medida adotada pelo magistrado sergipano, consistente no bloqueio da rede social representa uma represaria a forçar os administradores do WhatsApp a fornecerem os dados requisitados, tendo em vista as diversas notificações para efetivar a ação. O bloqueio teve finalidades outras que a simples cassação de acesso, impôs um malefício a toda sociedade, ou no mínimo, para um grupo de pessoas usuárias do aplicativo, portanto, ocorreu um efeito externo ao processo.

Nessa situação, nem esmo se cogita que o processo seja usado como restrição indireta. Nozick (2016, p. 39) entende que “as restrições indiretas à ação refletem o princípio kantiano implícito de que os indivíduos são os fins e não simplesmente meios; não podem ser sacrificados ou usados para a realização de outros fins sem seu consentimento. Os indivíduos são invioláveis.”

Hipoteticamente, o magistrado ao imprimir reprimenda ao requerido no processo por meio da sociedade, pode-se ainda cogitar que foi utilizado o princípio do utilitarismo ao avesso. Na medida em que a imposição da pena, pelo não cumprimento das requisições

judiciais, implicou em dor. E esse sofrimento foi mais sentido pela sociedade do que ao indivíduo afligido pela medida judicial. E “em nenhum caso o indivíduo punido deve ser considerado como um simples meio para a segurança dos outros, quanto para a sua própria felicidade” (GARAPON, 2002, p. 37).

Reforçando esse posicionamento, Rawls (2016, p. 4) traz a noção de justiça como a primeira das instituições sociais, devendo ser reformuladas ou abolidas as leis e instituições que forem injustas, porque toda pessoa é detentora de uma esfera de inviolabilidade fundada na justiça que não pode ser desconsiderada, nem mesmo em nome do bem-estar de toda a sociedade. Assim, não permite que a justiça negue a perda da liberdade ou sacrifique uns com a justificativa de que um bem maior será desfrutado ou contrabalanceado com vantagens usufruídas por muitos outros. Porquanto numa sociedade justa as liberdades são irrevogáveis, os direitos assegurados pela justiça são inegociáveis e não se submetem a cálculos de interesse social. A injustiça somente se tolera se necessária a evitar uma injustiça ainda maior.

Também na jurisprudência, encontram-se decisões na perspectiva de que a não deve sofrer o ônus impositivo, quando não promoveu qualquer ato tendente ao cometimento de ilícito. O STF, na ADI nº 4401/MG sobre a inconstitucionalidade da Lei estadual nº 18.721, de 13/01/2010, do Estado de Minas Gerais, sob o pretexto da segurança, impôs às concessionárias de serviços de telefonia celular, a obrigação de fornecer informações sobre a localização de aparelhos de clientes à polícia judiciária do Estado, atribuindo também que as concessionárias encaminhasse aos usuários antigos e novos formulário de autorização para o fornecimento das informações à polícia judiciária. Todavia, o STF suspendeu liminarmente os efeitos da mencionada lei mineira.

Seguir essa linha de raciocínio poder-se-ia admitir como justa a medida judicial que determinasse a fabricação de veículos automotores com dispositivo impeditivo de imprimir velocidade superior à máxima permitida no país, porque as estatísticas demonstram que a alta velocidade está associada ao maior número de acidentes. Em outro caso, como apropriado o bloqueio/corte de sinal das operadoras de comunicação ao redor dos presídios, porque é notório o uso de celulares nos presídios para a perpetração de quebra do regime ao qual estão submetidos os presidiários e também para o cometimento de crimes.

A decisão judicial de bloqueio do WhatsApp representa uma punição a terceiros no processo, alguns comentários merecem ainda ser destacados. Primeiro que princípios utilitários, por si só, jamais devem vigorar como critério de embasamento para fundamentar decisões judiciais, como bloquear a rede social do WhatsApp, sopesando os danos sofridos pelos usuários e os benefícios (lucros) do resultado das informações obtidas. Segundo, a

realização da justiça não deve ter como critério um cálculo matemático de utilidade, ou a simples análise de que a sociedade sai ganhando com os resultados das informações. A justiça em vez de ser lucrativa, deve ser justa.

Sen (2011, pp. 273-274) entende que o utilitarismo contribui para a redução de valores de todas as coisas, proporcionando uma suposta homogeneidade de utilidade e uma sensação de segurança oriunda dessa homogeneidade mensurável. Essa perspectiva utiliza para avaliação dois objetos distintos como sendo mensuráveis em unidades comuns, isto é, no julgamento de uma escolha, exige que, na análise de seus resultados, se possam ponderar os valores de todos os resultados importantes em uma dimensão, bastando medir o significado dos resultados diversos em uma única escala – para tomar a decisão verificar o valor total na métrica homogenia. Porém, a incomensurabilidade fica patente quando diversas dimensões de valor são irredutíveis umas às outras.

Embora a decisão judicial se sustente na Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), é necessário pontuar na perspectiva positivista normativa, que essa lei privilegiou, em simetria com o posicionamento da ONU, a liberdade de expressão (artigos. 2º, 3º, I, 8º, 19 §2º), porquanto sua interpretação deve se fundamentar na importância dessa liberdade para o desenvolvimento humano, econômico, social e cultural (art. 6º), assegurando aos usuários o direito a não suspensão da conexão (art. 7º, IV).

Por outro lado, como se trata de empresa com atividade regulamentada pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (criada pela Lei nº 9.472/1997), em tese, poderia haver a intermediação desta agência reguladora, a qual tem competência, dentre tantas, para organizar a exploração dos serviços de telecomunicações, representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações, expedir extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções, tanto no regime público como privado.

Assim, quanto às exigências sobre a guarda e disponibilização dos registros de conexão e acesso à internet (art. 10) e às sanções cíveis, administrativas ou criminais, elencadas no artigo 12, da citada Lei, defende-se estarem na competência da ANATEL, sendo, todavia, necessário à quebra de sigilo, que somente se dê com a autorização judicial. Ocorre que, no caso em estudo, aconteceu o contrário, foi o Poder Judiciário quem implementou a sanção de "suspensão temporária das atividades", prevista no art. 12, III, do marco civil da internet, em desfavor do aplicativo WhatsApp.

É bem verdade que a regulação da internet tem-se tornado um dilema, frente à ideia de uma internet global e não às legislações locais. Freire e Almeida (2015, pp. 185-189)

defende a vinculação das leis locais aos tratados e acordos internacionais que regulem a internet, a exemplo da propriedade intelectual, do comércio eletrônico e do *cybercrime*.

Portanto, sendo o magistrado fidedigno ao texto normativo, mas admitindo deste uma posição ativista quando os casos práticos e inovadores possibilitem certa margem inovadora ou criativa de norma, sua atuação deve se limitar às leis e ao que dispõe o art. 5º, da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), de que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este ensaio demonstrou que em tempos de judicialização de diversas matérias, o ativismo judicial é uma realidade jurídica atual. Todavia, defende-se que seja utilizado dentro dos parâmetros normativos do próprio ordenamento jurídico – ao texto constitucional.

Averiguou-se que a internet é uma ferramenta que mudou diametralmente o conhecimento e a informação, impulsionou a comunicação e vem sendo aplicada em diversas áreas: pessoais, sociais, comerciais e institucionais. Em consequência, aplicativos como o WhatsApp vem se tornando uma ferramenta de grande utilidade na sociedade moderna.

Constatou-se que a decisão judicial que determinou o bloqueio do WhatsApp, se não configurou um ativismo judicial, na sua mais restrita concepção, no mínimo, não atendeu aos preceitos constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, da intranscendência da pena, da livre comunicação e da continuidade do serviço e da proibição do retrocesso, os quais não podem sofrer mitigação, mesmo em confronto com outros princípios que garantam a execução processual ou a segurança social, sob pena de ferir a dignidade da pessoa humana.

Verificou-se que o processo não deve se servir dos indivíduos sociais como meio coercitivo para forçar a parte processual a cumprir a ordem judicial ou sopesar que os fins almejados justificam os meios empregados - perspectiva de utilidade, como numa equação aritmética: lucros versus prejuízos seria valer-se das ideias maquiavélicas de descrença pelo indivíduo/cidadão e elevação da supremacia das razões de estado ou segurança da sociedade.

Portanto, mesmo que o Poder Judiciário exerça sua independência jurisdicional e seu poder de fazer cumprir suas determinações deve respaldar suas decisões em argumentos que não contrariem a ordem jurídica e os preceitos constitucionais, além disso, deve apresentar razões que convençam a sociedade (razão finalística do direito) de que sua decisão tomada é a mais proporcional, razoável e justa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniel Freire e. **Um tribunal internacional para a internet**. São Paulo: Almedina, 2015.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os pensadores; v. 2)

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 04 dez. 2016.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista (Syn)thesis. V. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: < http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 12. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outro aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 20 dez. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes; (Coord.). CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos fundamentais sociais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. 3.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a Democracia: O guardião das promessas**. Tradução de Maria Luiz de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____.; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. Tradução Jorge Pinheiro. **Punir em Democracia**: e a justiça será. Lisboa: Intituto Piaget, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios). 7. ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicada do direito. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação crítica. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

KOPLIN, Klaus Cohen. **Em caso urgente, intimação pode ser feita por WhatsApp ou aplicativos do tipo**. Revista eletrônica Consultor Jurídico. 27 fev. 2016. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-fev-27/klaus-koplin-urgente-intimacao-feita-whatsapp>. Acesso em: 04 dez. 2016.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração forma e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NALINI, José Roberto. **Magistratura**: o que significa um "olhar externo"?2. In: NALINI, José Renato. (Org.) **Magistratura e Ética**: perspectivas. São Paulo: Contexto, 2013.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir de Luhmann e Habermas. Tradução Marcelo Neves. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. 4. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

ROBERT Alexy. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SOUZA NETO, Claúdio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VELOCCI, Carli. **Derrubar o acesso à internet viola direitos humanos, segundo a ONU**. 04 jul 2016. Disponível em: <http://gizmodo.uol.com.br/internet-direito-humano/>. Acesso em: 02 dez. 2016.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **Empresa na ordem econômica**: princípios e função social. Curitiba: Juruá, 2009.