SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

BLOQUEIO DO WHATSAPP: CONFRONTO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O MARCO CIVIL DA INTERNET

THE BLOCKING OF WHATSAPP: CONFLICT OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND "MARCO CIVIL DA INTERNET"

Dandara dos Santos Barros Passos
Vitória Carolina Tavares E Soares

Resumo

A pesquisa presente tem por escopo discutir as sucessivas decisões judiciais que resultaram no bloqueio do aplicativo de comunicação WhatsApp, sob justificativa de ser a medida mais razoável para esclarecer a investigação de certos casos criminais. Entretanto, é necessário verificar se tais medidas estão ou não em conformidade com a lei Marco Civil da Internet, ou se violam preceitos constitucionais e princípios garantidos na referida lei. Analisa também uma possível usurpação das competências típicas do Poder Legislativo pelo Judiciário, na hipótese de extrapolar os limites previamente estabelecidos em lei, e deixando de observar o normativo legal aprovado em processo legislativo.

Palavras-chave: Bloqueio do whatsapp, Usurpação do poder legislativo, Decisão judicial

Abstract/Resumen/Résumé

This research regards the judicial decisions that culminated in the blocking of the application Whatsapp, under the justification that it would be a reasonable measure to garantee the success of a criminal investigation. However, it's necessary to analyze whether such measures are proper according to the "marco civil da internet" or if they are violating principles granted by this law. Furthermore, an usurpation of the typical responsabilities of the legislative power by the judicial power is observed, by crossing limits previuosly established by law, and thus disregarding the laws approved in a legislative procces when making decisions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Blocking of whatsapp, Usurping of legislative power, Judicial decision

INTRODUÇÃO

No contexto histórico atual, as tecnologias fazem parte da vida cotidiana, tornando verídica a afirmação de que o mundo tornou-se tecnologicamente dependente. O crescimento e aperfeiçoamento diário,como tentativa de adentrar em todos os âmbitos da vida privada e pública, permite a criação de potentes instrumentos de comunicação - como o aplicativo *WhatsApp* - que visam a facilidade e a instantaneidade na troca de informações.

O *WhatsApp* é um resultado da extraordinária expansão tecnológica e tornou-se um inimigo das empresas de telefonia por permitir, instantaneamente, a transmissão de mensagens, ligações, vídeos, imagens, arquivos e sons. Nessa perspectiva, a presentepesquisa, reconhece a importância que o aplicativo detém nas inúmeras esferas sociais e visa propor uma reflexão a respeito de como uma interrupção em seu funcionamento afeta, negativamente, milhões de pessoas.

É necessário salientar que, com o desenvolvimento das tecnologias, o Direito Brasileiro viu-se obrigado a adaptar-se ao novo parâmetro social, de modo a coibir ações ilícitas facilitadas pela evolução tecnológica. Nesse seguimento, o surgimento do Marco Civil impôs uma maior fiscalização na utilização da Internet - fato que atinge o uso do *WhatsApp* - de modo a garantir os direitos e deveres atribuídos aos usuários e as empresas na rede.

Tendo assegurado a relevância do *WhatsApp* na sociedade, a pesquisa visa analisar a legitimidade da conduta que fomentou o bloqueio do aplicativo no Brasil - sob a luz da legislação do Marco Civil - de modo a concluir se houve um confronto de competências do Poder Judiciário com o Poder Legislativo.

A pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-propositivo. Para Gustin (2010, p. 28), este tipo, "destina-se ao questionamento de uma norma, de um conceito ou de uma instituição jurídica". Assim sendo, diante do universo complexo dos tipos genéricos de investigação, trata-se do tipo mais adequado à pesquisa proposta.

1. O princípio constitucional da separação dos poderes e as funções típicas e atípicas dos Poderes Legislativo e Judiciário

Objetivando a limitação do poder político do homem, a temática daseparação dos poderes vem prolongando-se durante épocas, desfrutando de contribuições de grandes pensadores no decorrer da história. Em suas obras, os célebres autores, desenvolveram suas

teorias de modo a traçar o contorno do princípio que, hoje, é o alicerce de grandes Estados - em destaque, do Estado democrático brasileiro.

Nessa lógica, a perspectiva de Montesquieu, em sua composição "Do Espírito das Leis", garante a liberdade política ao afirmar que é necessário que o poder freie o próprio poder, de modo que não haja reunião da função legislativa, executiva e judiciária em um só indivíduo.

> "Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares." (MONTESQUIEU, 2005, p. 167-168).

O autor, também, propõe a ideia de "freios e contrapesos" que consiste no controle de um poder poroutro poder, de modo a evitar a desproporcionalidade no exercício de suas atribuições e impedindo que o Estado atue de forma ilimitada. Esse sistema faz-se presente na Constituição Brasileira de 1988 e consagra a harmonia e a independência nas funções das esferas de poder.

A separação dos poderes está disposta no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil e dispõe que "São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". É assegurada no inciso III do artigo 60, §4º ao declarar que trata-se de uma cláusula pétrea, isto é, um dispositivo que não é passível de alterações abolicionistas.

Diante do sistema de "freios e contrapesos", surge segmentação nas atribuições de cada poder. Nesse sentido, temos as atividades preponderante e as secundárias, denominadas, respectivamente, de funções típicas e atípicas. Tratando-se dos poderes Legislativo e Judiciário, o doutrinador Marcelo Novelino exprime que o Poder Legislativo tem como funções típicas legislar e fiscalizar. A fiscalização é referente aos atos do Poder Executivo nos âmbitos financeiro, orçamentário, contábil, operacional e patrimonial, o que garante o princípio da representação popular. Já em relação às funções atípicas, podem-se citar as funções administrativas exercidas pela Câmara e pelo Senado, responsáveis pela organização, polícia, provimento de cargos e seus serviços; outra função atípica é a jurisdicional, na qual o Senado tem competência exclusiva para processar e julgaros crimes de responsabilidade.

O referido autor menciona ainda a função típica e as atípicas do Poder Judiciário. Aquela consiste no exercício da jurisdição, enquanto entre as funções atípicas, estãoalgumas

de natureza legislativa, como a elaboração de regimentos internos dos tribunais, e outras de caráter administrativo, tais como a organização de secretarias e serviços auxiliares, o provimento de cargos, a concessão de licença, férias e outros afastamentos a membros e servidores. Compete ao judiciário exercer a resolução de litígios, assegurando direitos, protegendo as partes de ameaça ou lesão a partir da legislação atual vigente no país.

2. O bloqueio do *WhatsaApp* no Brasil

O *WhatsApp* é um aplicativo para celulares que permite aos seus usuários a troca, em tempo real, de mensagens, vídeos e fotos, seja de forma particular ou em grupos. Uma pesquisa realizada pela Mobile Ecosystem Forum (MEF) indica que o Brasil é o segundo país com o maior número de usuários do *WhatsApp* do mundo. Segundo relatório divulgado, aproximadamente 70% dos portadores de aparelhos móveis no Brasil fazem uso regular do aplicativo.

O programa não serviu apenas para facilitar e ampliar a comunicação entre os usuários, a praticidade para envio e recebimento de mensagens em tempo real fez com que o *WhatsApp* se tornasse uma ferramenta de trabalho para diversas pessoas, que se utilizam deste meio de comunicação para garantirem sua renda mensal para subsistência. Nota-se, portanto, que o programa não salienta apenas o lazer, mas influencia em diversos setores da vida social.

Em pouco mais de um ano, ocorreram três decisões judiciais em prol do bloqueio do aplicativo *WhatsApp*. A primeira, em dezembro de 2015, por 48 horas devido a uma investigação criminal. O segundo ocorrido se deu a pedido de um juiz do Piauí, objetivando forçar a empresa a colaborar com investigações da polícia do Estado relacionadas a casos de pedofilia. O último ocorreu a pedido de um juiz de Sergipe, que desejava informações sobre uma quadrilha interestadual de drogas para uma investigação da Polícia Federal. Nos três casos, o bloqueio foi uma represália da Justiça contra o *WhatsApp* por ter se recusado a cumprir a determinação de quebrar o sigilo de dados trocados entre investigados criminais.

3. Do Marco Civil da Internet ao embate das funções dos poderes Legislativo e Judiciário

A Lei 12.965/14, mais conhecida como “Marco Civil da Internet”,é a primeira construída conjuntamente entre Governo e sociedade. Após importante debate público, o projeto foi encaminhado ao Congresso Nacional em 2011, como o PL 2126/2011, e o deputado Alessandro Molon foi designado seu relator. Durante o período de tramitação no Congresso, foram realizadas diversas audiências públicas, que contaram com a presença de

representantes de instituições dos mais diversos setores representativos da sociedade. Por fim, foi aprovada e sancionada, em Abril de 2014, pela presidente Dilma Rousseff.

A lei estabelece os princípios, garantias, direitos e deveres daqueles que utilizam a Internet no Brasil e trabalha com a neutralidade da rede e com os dados pessoais dos usuários. Esse último ponto é o questionamento do presente artigo. Alega-se que o Marco Civil tem como uma de suas funções garantir a privacidade do usuário através do monitoramento e da fiscalização do conteúdo, sendo possível ter acesso a tais informações apenas mediante a ordem judicial.

> Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.
> § 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.
> § 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º. (BRASIL. Lei nº 12.965/14, 2014, s/p)

Como supracitado, a lei garante aos usuários da internet o princípio da neutralidade de rede, o qual defende o tratamento isonômico para todos os pacotes de dados sem qualquer tipo de discriminação, além do fato de que todas as informações que trafegam na rede devemser tratadas da mesma forma, e uma das formas de discriminar um conteúdo na internet seria bloqueando. Fica evidente, portanto, que o bloqueio do aplicativo quebra o princípio da neutralidade de rede, estando em desacordo também com o referido princípio garantido pelo Marco Civil Da Internet.

Como mencionado nos noticiários e nos demais veículos de informações, a empresa do aplicativo negou-se a fornecer a quebra de sigilo das mensagens. Entretanto, é imprescindível considerar que, decerto, tais alegações sejam inverídicas. A organização detentora do *WhatsApp* não possui os conteúdos das conversas e, portanto, não teria como contribuir com a investigação criminal. Isso pode ser certificado com a recente ferramenta atribuída ao aplicativo: a criptografia *"end-to-end"*(ponta-a-ponta). Esta embaralha o conteúdo das mensagens trocadas entre os usuários, de modo a dificultar a interceptação por terceiros, sendo acessível apenas ao remetente e ao destinatário. Assim,caso alguma informação consiga ser interceptada, a pessoa só verá um conjunto de texto sem nenhum sentido.

Isto posto, é infundada uma decisão judicial contra o *WhatsApp* tendo em vista que, por não armazenar as mensagens, seu cumprimento seja impossível. Nessa lógica é inadmissível que a empresa seja responsabilizada por algo que não é passível de efetuação.

Ademais, é oportuno salientar que a medida de bloqueio ao aplicativo afronta não só os direitos da empresa em questão, mas dos milhares de usuários que foram atingidos pela decisão.

Cria-se um ambiente de insegurança jurídica, uma vez que, diante dos fatos supracitados, o aplicativo não desrespeitou as normas do Marco Civil e ainda assim foi punido por algo impossível de ser cumprido. Nota-se, portanto, que a determinação do Poder Judiciário confronta a função típica do Poder Legislativo, em razão de tomar uma medida não disciplinada ou garantida em qualquer lei. Fica evidente que esta foi uma manifestação expressa de obstrução da função legislativa praticada pelo Poder Judiciário, que excedeu de forma significativa às suas funções típicas e atípicas a partir do momento que impôs penalidade, não só à empresa do *WhatsApp*, como a todos os brasileiros que utilizam o aplicativo de forma direta e corriqueira, sem nenhum respaldo legal.

Ainda vale expor que, a usurpação do poderes atingiu a coletividade ao obstruir o acesso à informação e, em destaque, ao princípio da pessoalidade da pena - por indiretamente responsabilizar a população -previsto no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal: "nenhuma pena passará da pessoa do condenado".Além disso, é possível afirmar, também, que a medida cautelar de bloqueio do aplicativo fere o princípio da finalidade social da rede (artigo 2º, VI) e reconhecimento mundial da rede (artigo 2º, I) - dispostos na lei do Marco Civil da Internet - uma vez que impediu a comunicação e interação social de todos os usuários.

CONCLUSÃO

Levando em consideração os tópicos analisados nessa pesquisa, é notório que o Judiciário, ao determinar cautelarmente o bloqueio do aplicativo *WhatsApp*, feriu a Lei 12.965, mais conhecida como Marco Civil da Internet, uma vez que, além deromper os princípios da finalidade social e do reconhecimento mundial da rede,realizou uma responsabilização indevida,ao obrigar a empresa a fornecer dados impossíveis, como já explanado de forma ampla.

Além de tudo, evidencia-se uma decisão que confronta o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, já que o hipotético descumprimento da ordem judicial não era suficiente para aplicação da suspensão temporária do aplicativo. Por fim, é correto afirmar que é inaceitável a imposição de ônus à sociedade que não tinha relação alguma com a investigação criminal.

Arremata-se, portanto, que esta foi uma manifestação expressa de usurpação da função legislativa praticada pelo Poder Judiciário, que excedeu de forma significativa às suas funções típicas e atípicas, de forma a praticar uma represália indevida.Correspondendo, assim à ideia de ilegalidade do ato em questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA Brasil. **Bloqueio do WhatsApp viola marco civil da internet, avalia especialista**. Disponível em: <http://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/bloqueio-de-whatsapp-viola-marco-civil-da-internet-avalia-especialista-02052016/>. Acesso em: 25/08/2016.

BLUME, Bruno André. **Afinal, o bloqueio do WhatsApp está de acordo com o marco civil da internet?** Disponível em: <http://www.politize.com.br/afinal-o-bloqueio-do-whatsapp-esta-de-acordo-com-o-marco-civil-da-internet/>. Acesso em: 25/08/2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.**Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25/08/2016.

BRASIL. **Lei 12.965/14.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 25/08/2016.

COSTA, Camilla. **Quatro coisas que mudam com a criptografia no WhatsApp – e por que ela gera polêmica.** Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160406_whatsapp_criptografia_cc>. Acesso em: 27/08/2016.

FRAGA, Nayara. **Whatsapp se torna ferramenta de trabalho**. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,whatsapp-se-torna-ferramenta-de-trabalho,155959e>. Acesso em: 25/08/2016.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HARADA, Kiyoshi. **Perigoso confronto de Poderes**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11594>. Acesso em: 26/08/2016.

MONTEIRO, Renato Leite. **Afinal, o que está acontecendo? Guia rápido para entender o bloqueio do Whatsapp no Brasil.** Disponível em: <http://renatoleitemonteiro.jusbrasil.com.br/artigos/333273680/afinal-o-que-esta-acontecendo-guia-rapido-para-entender-o-bloqueio-do-whatsapp-no-brasil?ref=topic_feed>. Acesso em: 27/08/2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**, Trad. Cristina Murachco, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Método, 2014.

PENSANDO o Direito. **O que é o marco civil da internet?** Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/2014/04/23/o-que-e-o-marco-civil-da-internet/>. Acesso em: 29/08/2016.

RAMOS, Pedro. **Neutralidade da rede**. Disponível em: <http://www.neutralidadedarede.com.br/>. Acesso em: 25/08/2016.

REDAÇÃO Rede TV. **Brasil é o segundo país do mundo que mais usa o WhatsApp**. Disponível em: <http://www.redetv.uol.com.br/jornalismo/tecnologia/brasil-e-o-segundo-pais-do-mundo-que-mais-usa-o-whatsapp-diz-pesquisa>. Acesso em: 25/08/2016.

WIZIACK, Júlio. **Justiça determina bloqueio do WhatsApp no Brasil por 72 horas**. Disponível em: <http://m.folha.uol.com.br/mercado/2016/05/1766869-justica-determina-bloqueio-do-whatsapp-em-todo-o-brasil-por-72-horas.shtml>. Acesso em: 25/08/2016.