

O JUDICIÁRIO COMO ATOR REGULADOR DA INTERNET: UMA ANÁLISE DA CONJUNTURA DAS DECISÕES DE BLOQUEIO DO WHATSAPP

Amanda Nunes Lopes Espiñeira Lemos¹

Ana Cláudia Farranha Santana²

1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem por objetivo compreender o sentido da participação do Poder Judiciário nas decisões que envolvem o bloqueio do WhatsApp. A pergunta a ser respondida por este trabalho é: de que forma o Judiciário, enquanto ator desse processo vem interferindo na regulação do ciberespaço com vistas à implementação do Marco Civil da Internet e do Direito à Comunicação?

Por que os juízes realizam essa interpretação? Qual a influência do Judiciário na regulação do ciberespaço? De que maneira o Judiciário dialoga com as proposições legislativas? E com a atuação do Executivo nesse processo regulatório? Como o direito à comunicação vem sendo interpretado nas decisões que discutem o uso de mídias sociais e como a tomada de decisão pode influenciar no direito à comunicação?

Almeja-se compreender a interferência dos diplomas legais regulatórios voltados ao tema, como o Marco Civil da Internet e seu Decreto regulamentador, além dos demais projetos de lei e diplomas normativos de acesso à informação, na tomada de decisões pelo Judiciário, e sua conexão com os demais atores reguladores da chamada arquitetura da rede. Investigam-se, ainda, as conexões existentes entre as decisões do bloqueio do aplicativo e em que medida há impedimentos à efetivação ao direito à comunicação.

No panorama internacional, a União Europeia e os Estados Unidos da América celebraram novo acordo para troca de dados (*Privacy Shield*) após o anterior (*Safe Harbor*) ter sido declarado nulo pela Corte Europeia de Justiça. E, no final de maio de 2016, entrou em vigor a Diretiva Europeia (n. 680/16) e o Regulamento de Proteção de Dados Pessoais (n. 679/16).

No Brasil, o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) foi regulamentado pelo Decreto 8.771/16, a Política de Dados Abertos do Poder Executivo foi instituída pelo Decreto 8.777/16, o Anteprojeto de Proteção de Dados Pessoais foi enviado ao Congresso mediante o PL 5.276/16. Nesse contexto, o Projeto de Lei n. 200/2016 foi proposto, almejando alterações no Marco Civil da Internet e tramita na Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática do Senado.

Tais temas parecem ter conquistado a agenda dos atores estatais e da sociedade civil nos últimos tempos e o protagonismo do Executivo e do Legislativo nas questões acima elencadas é evidente. Assim, a presente pesquisa busca investigar o papel do Judiciário brasileiro enquanto ator regulador deste espaço. A inquietação desta investi-

1 Graduada, Universidade Federal da Bahia (UFBA), amandaespiñeira@gmail.com.

2 Doutora, Professora adjunta da Faculdade, de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UNB), anclaud@uol.com.br.

gação tem como base as quatro recentes decisões de bloqueio do aplicativo WhatsApp emitidas por juízes de diferentes estados da federação.

A controvérsia das decisões de bloqueio de WhatsApp envolve casos de equivocada interpretação e aplicação do Marco Civil da Internet. Suscita-se a hipótese de que o Marco Civil tem sido utilizado como uma regulamentação isolada a todo um sistema jurídico e às peculiaridades do ciberespaço que não se reproduzem no mundo físico, o que requer o aprimoramento da interpretação dos marcos regulatórios na arquitetura da rede. A falta de clareza da regulação da Internet, no que diz respeito à proteção e sigilo dos dados e informações do usuário, tem levado o Judiciário a uma interpretação limitada, desmedida das suas consequências.

Dessa forma, levanta-se, do ponto de vista da literatura, perspectivas que se colocam para atuação do Judiciário na regulação do ciberespaço. Metodologicamente, trata-se da revisão da literatura no tema e da apresentação de casos internacionais como resposta à problemática levantada na realidade brasileira.

2. AS DECISÕES DE BLOQUEIO DO WHATSAPP E A GOVERNANÇA DA INTERNET

Adota-se, inicialmente, a definição de Governança da Internet como “o desenvolvimento e a aplicação pelos governos, o setor privado e a sociedade civil, em seus respectivos papéis, de princípios comuns, normas, regras, procedimentos decisórios e programas que moldam a evolução e o uso da Internet.”³ Há clara referência ao elemento “multissetorial” do conceito utilizado pela Cúpula Mundial ao abordar os papéis e as responsabilidades dos diferentes atores nesse processo de Governança. Tal discussão da CMSI, em 2005, converteu-se na interpretação do termo “Cooperação Aprimorada”, que implica a criação de novos mecanismos de controle ou um organismo internacional adicional para abordar questões de políticas da Internet.

Assim, a partir dessa noção de cooperação e participação de múltiplos atores no processo de Governança da Internet, tem-se como objeto de estudo as decisões recentes de bloqueio de WhatsApp no Brasil. Não obstante o conteúdo de parte dessas decisões ter sido sigiloso, tendo em vista a natureza criminal do seu processo, tramitando em segredo de justiça, busca-se analisar a conjuntura das decisões.

Em fevereiro de 2015, decisão da Central de Inquérito da comarca de Teresina-PI, envolvendo um caso de pedofilia no processo 0013872-87.2014.8.18.014028, ordena o bloqueio do aplicativo, que foi revertido pelo TJ do Estado via Mandado de Segurança n. 201.0001.0019 2-4, antes mesmo de se concretizar a interrupção do serviço. Já em dezembro de 2015, o juiz agora da 1ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo, São Paulo, determinou novamente o bloqueio do WhatsApp por 48h, no procedimento de Interceptação Telefônica 0017520-08.2015.8.26.0564, cuja decisão foi derrubada 12 horas depois, pelo MS n. 2271462-77.2015.8.26.0000, impetrado pela empresa Facebook, proprietária do aplicativo e decidida pelo TJ/SP. Ambas fundamentadas no art. 461, §1º do CPC/73.

Já em maio do corrente ano, o juiz Marcel Montalvão de Lagarto/Sergipe definiu

3 WSIS. Tunis **Agenda for the Information Society** (2005), parágrafo 34. Agenda de Tunis PT_BR. p. 78 Disponível em: <<https://www.itu.int/net/wsis/docs2/tunis/off/6rev1-es.html> http://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernosCGIbr_DocumentosCMSI.pdf> Acesso em 13 out.2016.

tal bloqueio de forma temporária- por 72 horas- no processo 201655000183. Desta feita, o magistrado utilizou-se de dispositivos do Marco Civil da Internet, art. 10, 11, 13 e 15 e 12, III. A suspensão ocorreu por decisão do TJ/SE, que culminou na ADPF 403, de Relatoria do Ministro Edson Fachin. Por fim, de forma distinta das demais decisões sigilosas, a juíza Daniela Assumpção Barbosa, da Vara de Execuções Penais de Duque de Caxias, Rio de Janeiro, decidiu proferir uma decisão pública em separado, preservando o restante do processo em sigilo e bloqueando novamente o aplicativo, agora em julho de 2016, sendo tal medida que durou cerca de quatro horas, derrubada pelo Min. Lewandowsky.

Diante desse último caso, o PPS pediu, no âmbito da ADPF 403 já proposta, a suspensão do novo bloqueio. A demanda foi analisada liminarmente, ou seja, em cognição sumária, pelo ministro Presidente do Supremo, o qual concluiu que o bloqueio do aplicativo nesse caso parece mesmo violar a garantia de liberdade de expressão e a legislação sobre o tema, sendo também uma medida desproporcional. A decisão do Presidente do Supremo, ao suspender o bloqueio do aplicativo, é fundamentada também no Marco Civil, demonstrando a finalidade a que essa lei se propõe, a partir de uma interpretação sistêmica da norma e de sua importância na conjuntura de regulamentação da Internet:

Como se verifica, o direito de livre expressão e comunicação mereceu destaque do Poder Constituinte originário, com status, inclusive, de cláusula pétrea, ou seja, não pode ser abolido sequer por emenda constitucional.

Na sociedade moderna, a internet é, sem dúvida, o mais popular e abrangente dos meios de comunicação, objeto de diversos estudos acadêmicos pela importância que tem como instrumento democrático de acesso à informação e difusão de dados de toda a natureza.

Por outro lado, também é fonte de inquietação por parte dos teóricos quanto à possível necessidade de sua regulação, uma vez que, à primeira vista, cuidar-se-ia de um “território sem lei”.

No Brasil, contudo, já se procurou dar contornos legais à matéria. A Lei 12.965/2014 surgiu, exatamente, com o propósito de estabelecer “princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”.

Em seu art. 3º, I, o citado diploma dispõe que o uso da internet no País tem como um dos princípios a “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal”. Além disso, há expressa preocupação com “a preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas” (art. 3º, V).

Ora, a suspensão do serviço do aplicativo WhatsApp, que permite a troca de mensagens instantâneas pela rede mundial de computadores, da forma abrangente como foi determinada, parece-me violar o preceito fundamental da liberdade de expressão aqui indicado, bem como a legislação de regência sobre o tema. Ademais, a extensão do bloqueio a todo o território nacional, afigura-se, quando menos, medida desproporcional ao motivo que lhe deu causa.⁴

Nessas decisões o chamado “Poder de Cautela” do juiz é utilizado como argumento para justificar o bloqueio do aplicativo para todos os usuários no território nacional em uma medida desproporcional diante da finalidade a que se propõe.

A judicialização dessa temática também atingiu o Superior Tribunal de Justiça com o RHC 51.531, cuja decisão da 6ª Turma determinou que o acesso a conversas de WhatsApp de celular apreendido em flagrante policial necessita de autorização judicial, e chegou ao STF por meio da ADI. 5527, ajuizada pelo Partido da República que pleiteia a declaração de inconstitucionalidade das sanções previstas no Marco Civil da Internet, questionando os incisos III e IV do artigo 12 da Lei, que preveem a suspensão e proibição

4 BRASIL. STF. **ADPF 403**. Decisão Dje. 01/08/2016. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4975500> > Acesso em: 15/10/16, p.6.

do aplicativo no Brasil.

A ação direta supracitada se vale exatamente desses três primeiros casos do bloqueio de WhatsApp para justificar o pedido de declaração de inconstitucionalidade dos arts. 10, §2.º, e 12, II e III, do Marco Civil da Internet, preceitos normativos que, a rigor, visam assegurar a proteção dos dados e da privacidade dos usuários da internet. Nesse contexto, o Projeto de Lei n.200/2016 é proposto almejando alterações no Marco Civil da Internet e encontra-se atualmente, esperando Relatório da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática do Senado. Seu conteúdo visa instituir critérios de aplicação de sanções, bem como vedar, expressamente, a suspensão ou interrupção universais de aplicativos como medida coercitiva em investigação criminal ou processo judicial cível ou penal.

A ADI 5527 recebeu manifestações da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e da Advocacia-Geral da União. Tais entes não enxergam uma inconstitucionalidade no Marco Civil da Internet enquanto ato normativo. A AGU e o Senado Federal acolhem e citam declaração do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) no sentido de que o art. 12 prevê sanções para descumprimento de normas de proteção de registros, dados pessoais e comunicações privadas. Assim, para a instituição, o problema está mesmo no âmbito da aplicação da lei nas próprias decisões de bloqueio já ordenadas, que teriam interpretado inadequadamente o Marco Civil. Dessa forma, não há nenhum problema na previsão abstrata das sanções de suspensão e proibição de atividades de provedores de Internet: declará-las inconstitucionais significa sobrepor interesses econômicos de provedores a direitos fundamentais de usuários.

A AGU inclusive demonstra que o Marco Civil da Internet foi editada com o objetivo primordial de proteger os direitos dos usuários da internet, de modo a conferir efetividade às garantias constitucionais de privacidade e liberdade de expressão. Essa finalidade é depreendida com clareza da Exposição de Motivos nº 86 - MJ/MP/MCT/MC, referente ao projeto de lei que resultou no diploma legal mencionado. Trecho desse documento (EM n.86), inclusive, demonstra que a função do Marco Civil era aproximar o Direito da Internet, afastando interpretações obscuras e realçando a necessidade de se analisar sistemicamente os dispositivos da Lei n.12.965/2014:

(...) os riscos são, portanto, a) da aprovação desarticulada de propostas normativas especializadas, que gerem divergência e prejudiquem um tratamento harmônico da matéria; b) de prejuízos judiciais sensíveis, até que a jurisprudência se adeque às realidades da sociedade da informação; c) de desencontros ou mesmo omissões nas políticas públicas; e d) de violação progressiva de direitos dos usuários pelas práticas e contratos livremente firmados. 8. Esse quadro de obstáculos faz oportuna a aprovação de uma lei que, abordando de forma transversal a Internet, viabilize ao Brasil o início imediato de um melhor diálogo entre o Direito e a Internet. Uma norma que reconheça a pluralidade das experiências e que considere a riqueza e a complexidade dessa nova realidade. 9. Com esse propósito, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça - SAL/MJ, em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, desenvolveu a iniciativa denominada Marco Civil da Internet no Brasil, a fim de construir, de forma colaborativa, um anteprojeto de lei que estabelecesse princípios, garantias e direitos dos usuários de Internet. A proposta delimita deveres e responsabilidades a serem exigidos dos prestadores de serviços e define o papel a ser exercido pelo poder público em relação ao desenvolvimento do potencial social da rede (...)⁵.

5 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Exposição de Motivos n.86**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm>. Acesso em: 22 nov.2016, item 7, p.1.

O Instituto Beta para a Democracia (IBIDEM), em parceria com os pesquisadores do Laboratório de Pesquisa, Direito Privado e Internet da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (LAPIN), foi a primeira entidade a ingressar com o *amicus curiae*, nessa ADI, pleiteando o não conhecimento da ação, já que não haveria qualquer infração à Constituição Federal no texto do Marco Civil da Internet, constituindo um problema na esfera da aplicação da lei, o que não justifica os pedidos da ADI.

Outra instituição que ingressou na ação foi o Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS Rio), adotando posição semelhante à da AGU: a interpretação de que o artigo autorizaria bloqueios completos de aplicações estaria incorreta e deve ser declarada inconstitucional. Ao lado disso, a instituição nega a existência de embasamento para suspensões por descumprimento de ordem judicial, como o que teria ensejado as ordens de bloqueio do WhatsApp. Para o ITS, as sanções do art. 12 só poderiam ser aplicadas quando houvesse desrespeito às normas de proteção da privacidade e proteção de dados dos arts. 10 e 11.

Já a Frente Parlamentar pela Internet Livre e Sem Limites concorda com a tese de que as sanções do artigo 12 devem ser impostas às empresas que não agirem conforme decisões judiciais é errada. O art.12 estaria inserido em seção da lei que visa a garantir o respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem de usuários.

Saindo de uma mera discussão sobre bloqueios e ingressando numa discussão sobre a constitucionalidade de deveres de guarda de dados, a Frente também refuta a interpretação do art. 10 no sentido de que ele obrigaria as empresas provedoras de aplicações virtuais a armazenarem todos os dados, registros de conexão e de conteúdo. O grupo argumenta que a Constituição Federal prevê que se mantenham em sigilo as diversas modalidades de comunicação realizadas entre pessoas privadas, a fim de impedir que o Estado ou outros particulares tenham livre acesso a informações atinentes à esfera íntima dos cidadãos.

Em outubro de 2016, o STF, no bojo da ADPF 403, abriu inscrições para que especialistas em tecnologia possam discutir, em uma audiência pública na Corte, os bloqueios judiciais que impedem o acesso ao aplicativo WhatsApp. Os especialistas ou as entidades interessadas em participar da discussão deverão ter representatividade, especialização técnica e expertise no tema, sendo selecionados um número de participantes que garanta a pluralidade da discussão. O que será objeto central desse debate é a necessidade de bloqueio do WhatsApp a nível nacional para viabilizar investigações policiais. A seleção desses especialistas pressupõe a resposta a quatro perguntas básicas que norteiam bem o tema, quais sejam:

- 1 – Em que consiste a criptografia ponta a ponta (end to end) utilizada por aplicativos de troca de mensagens como o WhatsApp?
- 2 – Seria possível a interceptação de conversas e mensagens realizadas por meio do aplicativo WhatsApp ainda que esteja ativada a criptografia ponta a ponta (end to end)?
- 3 – Seria possível desabilitar a criptografia ponta a ponta (end to end) de um ou mais usuários específicos para que, dessa forma, se possa operar interceptação juridicamente legítima?
- 4 – Tendo em vista que a utilização do aplicativo WhatsApp não se limita a apenas uma plataforma (aparelhos celulares/smartphones), mas permite acesso e utilização também em outros meios, como, por exemplo, computadores (no caso do WhatsApp mediante o WhatsApp Web/Desktop), ainda que a criptografia ponta a ponta (end to end) esteja habilitada, seria possível “espelhar” as conversas travas no aplicativo para outro celular/smartphone ou computador, permitindo que se implementasse ordem judicial de interceptação em

Ainda diante da ADPF 403, houve o pedido para ingressar como *amici curiae* de cinco instituições. Todas concordam com o argumento da petição inicial de que os bloqueios do WhatsApp geraram violação à liberdade de comunicação, disciplinado pelo art. 5º, IX da CRFB, e pediram a procedência do pedido da ADPF de suspensão do bloqueio. Por outro lado, a Procuradoria-Geral da República (PGR) e o Ministério da Justiça e Cidadania defendem a extinção da ação sem resolução de mérito, pelo fato de a decisão objeto já ter sido suspensa e por não ter sido indicado ato do poder público lesivo a preceito fundamental, considerando a decisão de bloqueio proporcional aos fins que visava. Não haveria, assim, violação à liberdade de comunicação. A PGR, por fim, pede para se manifestar sobre o mérito da questão apenas após a realização da audiência pública, demonstrando as incertezas e complexidade do tema.

Apesar da convergência entre as instituições que figuraram como amigas da Corte, notam-se algumas distinções em relação à fundamentação e à extensão dos pedidos, que serão rapidamente especificadas, a fim de demonstrar os argumentos utilizados nesse debate. A Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação (ASSESPRO) caracterizou o ato judicial de bloqueio como inconstitucional também por impedimento ao livre acesso de todos à informação (inc. XIV do art. 5º) e proibição à continuidade do próprio objeto social da WhatsApp (art. 170 da CF, parágrafo único, inc. IV.). Na mesma linha, a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (PROTESTE) pede o impedimento a qualquer outra decisão judicial que venha causar lesão aos preceitos fundamentais violados de liberdade de expressão, de comunicação e de intimidade e comunicação privada.

O IBIDEM e o LAPIN voltaram-se para os argumentos das decisões de bloqueio do WhatsApp e concluíram como desnecessária e ímproba a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos do Marco Civil, por não impedir que outras decisões judiciais se baseiem em outros preceitos normativos para o bloqueio ou suspensão de aplicativos ou sites.

A Frente Parlamentar pela Internet Livre e Sem Limite, por sua vez, vai além da questão dos bloqueios e pede a declaração de interpretação conforme a Constituição ao art. 10 do MCI caput e parágrafo 2º, para que seja inconstitucional a interpretação de que haveria um dever irrestrito de guarda de registros de acesso, de conexão e de conteúdos de comunicações. O grupo também retoma a discussão central da ADPF: caso seja entendida como necessária a guarda contínua e irrestrita dos dados e conteúdo das comunicações privadas, pediu que se interprete conforme a Constituição o art. 12, incisos III e IV, do Marco Civil e que o STF defina expressamente tal artigo como não hábil para basear penas a empresas que descumpram ordem judicial de apresentação de dados, registros ou comunicações privadas. O ITS, por fim, teve a mesma posição quanto ao art. 12.

Parte-se do pressuposto, nesta investigação, que a atuação do Judiciário, enquanto integrante do Estado, deveria ser pautada pela atuação mínima e a defesa dos valores democráticos. Nesse sentido, Pierre Lévy caracteriza o ciberespaço como um

6 BRASIL.STF. **ADPF 403**. Decisão Dje 04/11/2016. Min. Edson Fachin. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4975500>> Acesso em: 21/11/16. pp.9-10.

espaço democrático, uma vez que “abriga negociações sobre significados, processos de reconhecimento mútuo dos indivíduos e dos grupos por meio das atividades de comunicação, harmonização e debate entre os participantes”.⁷

Lévy expõe também em sua obra outro conceito importante para esta pesquisa, qual seja a ambivalência de significações que envolvem as técnicas no mundo digital, já que por trás desse movimento reagem ideias, projetos sociais, interesses econômicos, em suma: o conjunto de interesses e pressões do homem em sociedade. Assim, a arquitetura da rede, enquanto forma de regulação do ciberespaço, deve ser vista como um meio de facilitar as investigações criminais e decisões judiciais, ao invés de constituir um sistema de proteção do sigilo de comunicação e dos dados da grande maioria dos usuários.

A regulação do ciberespaço e as particularidades desta arena pública de interação social, entretanto, parecem ser algo de difícil compreensão para algumas autoridades do Judiciário, que atuam sem se preocupar com os chamados efeitos inibidores e colaterais da decisão. Dessa forma, a partir do conceito de uma sociedade em rede⁸, que demonstra que todos os processos de nossa existência individual e coletiva são diretamente moldados (embora não determinados) pelo novo meio tecnológico, compreende-se que o poder público não é o único agente regulador da internet.

Trecho da decisão proferida em julho de 2016 no Rio de Janeiro corrobora a hipótese apresentada acima:

O Juízo requer, apenas, a desabilitação da chave de criptografia, com a interceptação do fluxo de dados, com o desvio em tempo real em uma das formas sugeridas pelo MP, além do encaminhamento das mensagens já recebidas pelo usuário e ainda não criptografadas, ou seja, as mensagens trocadas deverão ser desviadas em tempo real (na forma que se dá com a interceptação de conversações telefônicas), antes de implementada a criptografia. Ora, se assim não fosse, inviável seria a quebra do sigilo de correspondência, ligações telefônicas ou correios eletrônicos (Gmail, Yahoo, Hotmail etc), sempre possível em decorrência de ordem judicial, sendo certo que tais serviços – ou suas empresas – jamais deixaram de ser confiáveis em virtude da possibilidade legal de quebra⁹.

Observa-se que há certa confusão entre discussões regulatórias e técnicas relativas ao grau de inviolabilidade do conteúdo das mensagens e das possibilidades cominatórias da decisão que determine a sua flexibilização. Importante perceber até que ponto é tecnicamente viável, juridicamente cabível e politicamente desejável relativizar-se a garantia constitucional da intimidade. As decisões recentes parecem fundamentar-se apenas no universo de medidas que estão à disposição da Justiça para assegurar a sua eventual eficácia nesse sentido.

A falta de clareza da regulação da Internet, no que diz respeito à proteção e sigilo dos dados e informações do usuário, tem levado ao Judiciário a uma interpretação limitada, desmedida das suas consequências. Nesse sentido, Soares¹⁰ bem pontua:

7 LÉVY, P. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999, p.24.

8 CASTELLS, M. **A Sociedade em Rede**. 11. ed. Trad. Roneide Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2008, et.al.

9 BRASIL. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. **Inquérito Policial nº 062-00164/2016**. Juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza. Duque de Caxias, RJ, jul. 2016. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0Bw3seZUv_5ubnFudjU-wMm9OZGc/view>. Acesso em: 18 nov. 2016, p.12.

10 SOARES, P. F. **A regulação diante da evolução da essencialidade do serviço público: a reclassificação da banda larga como serviço de telecomunicações nos Estados Unidos**. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p.10.

O fenômeno regulatório não pode ser visto de maneira isolada e unidirecional a partir do Estado (state-centered). Deve focar no contexto social (society-centered), segundo a dinâmica das múltiplas interações ocorridas no espaço regulatório (regulatory space) ou nas muitas arenas de discussão (many rooms), dentre elas o Poder Judiciário, também apontado como um ator do processo político.

A partir da análise acima, resta evidente a existência de grande preocupação com a proteção da privacidade e do anonimato na internet, assim como com sua compatibilização em relação aos demais direitos fundamentais. A integração entre os atores que compõem a noção de governança multissetorial apresentada acima parece ser uma utopia quando inserimos a participação do Judiciário brasileiro nesse contexto, tomando como ponto de partida as recentes decisões de bloqueio do Whatsapp.

Outra decisão envolvendo a empresa, ocorreu em junho de 2016, quando a Justiça Federal em Londrina, no norte do Paraná, mandou bloquear R\$ 19,5 milhões das contas do Facebook, por multas aplicadas em decorrência do descumprimento de uma decisão judicial. Conforme a decisão, a empresa se recusou a liberar dados do aplicativo de mensagens de traficantes investigados. Nessa ocasião, a decisão do Poder Judiciário se demonstra mais razoável e ponderada, como medida coercitiva para o cumprimento da ordem anterior.

Uma pesquisa recente feita por uma companhia americana de marketing digital apontou que o aplicativo de celular mais importante para os brasileiros é o WhatsApp. Diante dessa conjuntura, o debate sobre a essencialidade desse serviço e sobre a classificação do uso da Internet e desse aplicativo como Direito Fundamental voltam à tona. O recente documentário “Freenet”¹¹, iniciativa de quatro entidades da sociedade civil brasileira: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), Instituto Nupef, Intervenções e Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio (ITS-Rio), traduz exatamente essa necessidade de debater os rumos da web e garantir uma internet livre e que assegure os direitos dos cidadãos.

O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) veio regulamentar a Internet, de modo a garantir que sua arquitetura, protocolos e funcionamento permaneçam livres e descentralizados. O Projeto de Lei de iniciativa da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), em parceria com a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, lançado em 2009, que teve consulta pública no seu processo de formação e regulamentação, pretendia delimitar deveres e responsabilidades a serem exigidos dos prestadores de serviços, definindo o papel a ser exercido pelo poder público em relação ao desenvolvimento do potencial social da rede.

Seus defensores argumentam que a ausência de um marco regulatório representa incerteza jurídica quanto ao resultado de questões judiciais relacionadas à Internet. A falta de previsibilidade não só desincentiva investimentos na prestação de serviços por meio eletrônico, restringindo a inovação e o empreendedorismo, como dificulta o exercício de direitos fundamentais relacionados ao uso da rede, cujos limites permanecem difusos e sem instrumentos adequados para sua efetivação.

Ademais, o livre mercado seria ruim para os consumidores porque as operadoras poderiam restringir a Internet em alguns aplicativos para beneficiar outros e por isso

seria necessário regular o setor por meio do Estado.

Já os críticos da regulamentação apresentem a visão de que antes do Marco Civil, a concorrência entre operadoras, apesar de extremamente limitada pela Anatel, impedia que alguma empresa prejudicasse os usuários caso resolvesse limitar o acesso a algum aplicativo. A Lei teria centralizado as decisões e destruído a diversidade do setor, impedindo que os consumidores manifestem suas necessidades no mercado.

Em um panorama internacional destaca-se o precedente da Suprema Corte Americana *Bernstein v. United States Department of State*¹² em que a criptografia foi reconhecida como uma manifestação da liberdade de expressão e a sua regulamentação por órgãos estatais foi considerada inconstitucional. Superou-se, assim, a compreensão belicista da criptografia da década de 90, quando o Departamento de Estado dos EUA classificava a criptografia como munição militar e regulava sua exportação, substituída por uma posição mais próxima da sociedade civil. Ademais, no caso *Riley v. California*¹³, reconheceu-se a necessidade de prévia autorização judicial para o acesso aos dados armazenados em aparelho celular. A opinião da Corte foi pronunciada pelo *Chief Justice John Roberts*, que elucidou a necessidade de se separar o acesso físico a um celular do acesso ao conteúdo digital nele armazenado.

Há, ainda, a emissão em junho de 2014 do relatório “*The right to privacy in the digital age*”¹⁴ do Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, endossado por resolução da 36ª *International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners* (com a abstenção do *U. S. Federal Trade Commission*), na medida em que reconhece que o direito internacional dos direitos humanos protege o direito à privacidade no contexto dos avanços das tecnologias da informação e da comunicação, e recomenda o enfrentamento dos desafios suscitados através do diálogo entre todas partes interessadas.

Na União Europeia, não apenas a criptografia tem suscitado expressivos embates, como também o anonimato, sobretudo após o episódio que envolveu Edward Snowden, a *National Security Agency* (NSA), alguns Primeiros Ministros de países europeus e a Presidente do Brasil. O fluxo transnacional de dados recentemente ensejou a celebração de um novo acordo entre União Europeia e Estados Unidos (*Privacy Shield*¹⁵). No final do mês de abril deste ano, o Parlamento Europeu promulgou o Regulamento 679/2016, que disciplina a proteção e a livre circulação de dados pessoais, bem como a Diretiva 680/2016¹⁶, que dispõe sobre as autoridades competentes para promover a prevenção de infrações e imposição de sanções.

Com o objetivo de proteger a privacidade dos indivíduos, o art. 5º (1) (f) do Regulamento 679/2016 destaca a confidencialidade e a integridade como dois princípios essenciais para o tratamento de dados pessoais. A preocupação com este aspecto é tamanha que, no art. 25 (1), o Regulamento prevê que os dados devem ser protegidos

12 US. Supreme Court of the United States. Third Page of Argument. **Bernstein v. United States Department of State**, p.6. Disponível em: <<https://www.eff.org/cases/bernstein-v-us-dept-justice>> Acesso em: 15/10/16.

13 US. Supreme Court of the United States. **Riley v. California** (573 US 2014), p.26. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_8l9c.pdf> Acesso em: 14/10/16.

14 UN. United Nations High Commissioner for Human Rights. **The right to privacy in the digital age**, 2014, p.16. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/DigitalAge/A-HRC-27-37_en.doc>. Acesso em: 02/09/16.

15 EUROPEAN COMMISSION. **EU-U.S. Privacy Shield**, 2016, p.1. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_eu-us_privacy_shield_en.pdf>. Acesso em 13/10/16.

16 UE. **Regulamento 679/2016**, art. 4º e **Diretiva 680/2016**, art. 3º. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT>> Acesso em: 15/10/16.

desde sua concepção, ou seja, desde a definição dos meios de tratamento o responsável deverá prever formas adequadas de garantir a confidencialidade e integridade.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da conjuntura acima apresentada, a utilização do Marco Civil da Internet como legitimador dos bloqueios do WhatsApp seria uma questão de insegurança da legislação ou má interpretação pelo Judiciário? Como a tomada de decisão pode influenciar no acesso à informação e no direito à comunicação? Haveria uma colisão de princípios: da neutralidade da rede (art. 9º) com o art. 12, da punição de uma empresa com bloqueio de suas atividades caso a mesma não cumpra as ordens judiciais? Como o direito à comunicação vem sendo interpretado nas decisões que discutem o uso de mídias sociais? Como a tomada de decisão pode influenciar no acesso à informação e no direito à comunicação?

Esse debate não somente coloca perspectivas para o exercício e efetivação do direito à comunicação, como destaca a importância dos estudos sobre padrões decisórios do Judiciário no Brasil. Há nos estudos jurídicos algumas lacunas para compreender o sentido das decisões em sede de controle jurisdicional, para além da perspectiva do direito posto, é necessário compreender como os Tribunais e, no caso, em específico, o STF interpreta esse direito. Há uma correlação com o processo de debate na sociedade? Como o debate interinstitucional se coloca nesse contexto?

Nesse conjunto de questões, ganha relevo a necessidade de o princípio da proporcionalidade atuar de maneira a estabelecer o equilíbrio entre as medidas restritas e o direito à proteção de dados pessoais. O Marco Civil e as demais legislações regulatórias do ciberespaço devem ser analisados em um patamar regulatório democrático voltado à proteção dos dados e da privacidade do internauta, que comporta aplicação em harmonia com o cumprimento de decisões judiciais. As decisões judiciais para tratar de uma violação pontual, não podem acarretar danos graves, quando generalizadas ao exercício da liberdade de comunicação.

Assim como os desafios internacionais acima apresentados em que as atividades de prevenção, investigação, repressão e sanção criminal apenas podem limitar o direito à proteção de dados pessoais desde que minimamente respeitem a essência dos direitos e liberdades fundamentais que dele decorrem, as sanções previstas no art. 12 do Marco Civil da Internet também devem ser pautadas pelo adequação, necessidade, utilidade e proporcionalidade em sentido estrito do seu alcance. Ademais, tomando o modelo americano como exemplo, o diálogo entre os atores que compõem a Governança da Internet, sobretudo a participação da Sociedade Civil são aprendizagens importantes a serem importadas para o Brasil.

Esta pesquisa não se esgota, pretende-se aprofundar as investigações sobre as decisões do bloqueio do WhatsApp e sua conjuntura, com o enfoque nacional, entretanto, em pesquisa de Mestrado, cujo projeto encontra-se em fase de seleção. Almeja-se, inclusive, durante os dois anos de desenvolvimento do projeto, construir questionários qualitativos e realizar entrevistas semi-estruturadas com uma amostra de atores importantes na construção desse tema, inclusive aqueles responsáveis por bloquear e suspender os aplicativos das decisões objeto deste estudo. Além de realizar uma observação participante das audiências públicas convocadas no âmbito da ADPF 403.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5527**. Min. Rosa Weber. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4983282>>. Acesso em: 14/10/16.

_____. **ADPF 403**. Min. Edson Fachin. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4975500>> Acesso em: 15/10/16.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 17 nov. 2016.

_____. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. **Inquérito Policial nº 062-00164/2016**. Juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza. Duque de Caxias, RJ, jul. 2016. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0Bw3seZUv_5ubnFudjUwM-m9OZGc/view>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Exposição de Motivos n.86**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm>. Acesso em: 22 nov.2016.

CASTELLS, M. **A Sociedade em Rede**. 11. ed. Trad. Roneide Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

EUROPEAN COMMISSION. **EU-U.S. Privacy Shield**, 2016. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_eu-us_privacy_shield_en.pdf>. Acesso em 13/10/16.

LÉVY, P. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

MURRAY, Andrew. **Information technology law: the law and society**. London: Oxford University Press, 2013.

SOARES, P. F. **A regulação diante da evolução da essencialidade do serviço público: a reclassificação da banda larga como serviço de telecomunicações nos Estados Unidos**. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2016

SOMBRA, T. **Os rumos da agenda de proteção de dados e da privacidade na internet**. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/os-rumos-da-agenda-de-protecao-de-dados-e-da-privacidade-na-internet>> Acesso em: 23/07/16.

UE. **Regulamento 679/2016 e Diretiva 680/2016**. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT>> Acesso em: 15/10/16.

UN. United Nations High Commissioner for Human Rights. **The right to privacy in the digital age**, 2014. Disponível em:< http://www.ohchr.org/Documents/Issues/DigitalAge/A-HRC-27-37_en.doc>. Acesso em: 02/09/16.

US. Supreme Court of the United States. Third Page of Argument. **Bernstein v. United States Department of State**. Disponível em: <<https://www.eff.org/cases/bernstein-v-us-dept-justice>> Acesso em: 15/10/16.

_____. **Riley v. California**, 2014. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_8l9c.pdf> Acesso em: 14/10/16.

WSIS (World Summit on the Information Society). **Tunis Agenda for the Information Society** (2005), parágrafo 34. Agenda de Tunis PT_BR. p. 78 Disponível em: <http://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernosCGIbr_DocumentosCMSI.pdf> Acesso em: 13/10/16.

