

## É uma Comédia de Enganos entre Justiça e Telegram



O conjunto argumentativo, os fundamentos (ou a ausência

deles) e a tentativa de subsunção legal feita pelo Supremo Tribunal Federal na recente decisão não poderia ser outra coisa que não uma "comédia de enganos". Ao tentar falar sobre os personagens de Éfeso, em Shakespeare, o ministro Alexandre de Moraes acaba por apontar para os personagens de Siracusa. Na história do dramaturgo inglês, dois pares de gêmeos, de mesmo nome, mas de cidades diferentes, se encontram num mesmo ambiente, gerando uma enorme confusão entre os demais personagens —que não sabem diferenciar pessoas diferentes, mas com nomes idênticos (Drômio e Antífolo). Complicado? Vamos ponto a ponto dos enganos:

*1º A má utilização dos suportes fáticos postos no Marco Civil da Internet — a equívoca fundamentação base da obrigação (artigos 10 e 12 do MCI)*

O artigo 12 do Marco Civil da Internet suscita interpretações equivocadas desde as ordens de bloqueio do Whatsapp. Àquela altura, quatro ordens de bloqueio foram emitidas por juízes diversos aplicando a sanção de suspensão temporária das atividades presente no artigo 12, diante da recusa do Whatsapp em cumprir ordens judiciais de entrega de conteúdo de comunicações entre pessoas investigadas pela Justiça. Agora, novamente, o dispositivo é utilizado como fundamento para nova ordem de bloqueio de aplicativo de mensagem instantânea, e novamente de forma equivocada.

O artigo 12 do MCI expressa que "sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos artigos 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa" (grifo nosso), citando, no inciso III, a suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no artigo 11. Logo, as sanções descritas no dispositivo se referem unicamente à infração dos artigos 10 e 11 do Marco Civil. Estes artigos, por sua vez, se referem às operações de guarda e disponibilização de registros de conexão (artigo 10) e de acesso a aplicações e às operações de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, impondo aos provedores de conexão e de aplicação obrigações referentes a estes temas. Caso alguma dessas obrigações seja descumprida, então se aplicariam as sanções previstas no artigo 12.

Ocorre que o ministro Alexandre de Moraes, nos fundamentos da decisão, utiliza os termos do artigo 10, na parte em que este afirma que o provedor responsável pela guarda dos dados será obrigado a disponibilizar os registros mediante ordem judicial, para concluir, de forma genérica, que o referido dispositivo obriga os provedores de aplicação a cumprir qualquer ordem judicial emanada do Poder Judiciário brasileiro, o que é uma interpretação ampliada e descabida do texto supramencionado, que se refere apenas à disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações.

Além disso, o inciso III do artigo 12 refere-se apenas às atividades que envolvam os atos previstos no artigo 11, ou seja, a suspensão se daria apenas em relação às operações "de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações", não sendo possível, portanto, "a suspensão completa e integral do funcionamento do Telegram no Brasil", conforme determinou a decisão do STF.

É importante lembrar, neste ponto, que a interpretação destes dispositivos está sendo discutida pelo próprio STF no bojo das ações de bloqueio do Whatsapp (ADI 5.527 e ADPF 403). Durante o julgamento, a ministra Rosa Weber, relatora da ADI, proferiu voto no sentido de que as sanções do artigo 12 se referem a violações da privacidade e do sigilo das informações de usuários pelos provedores.

### *2º O argumento da agressão à soberania estatal*

O tema da soberania encontra-se apenas citado na decisão, mas não fundamentado. O conceito aparece situado de forma retórica. Afinal: qual o sentido de ofensa à soberania? Soberania é o conceito que aponta para o poder de editar regras sobre regras — não é o poder legislativo, nem judiciário, nem executivo. Quem diz *como, quando, onde* uma legislação incide ou não e fixa a competência dessa demarcação no tempo-espço, é soberano.

A ideia de que há uma espécie de soberania ilimitada (*a priori* ou *a posteriori*) é equivocada em sua origem: existem direitos que precedem o Estado e que limitam a ordem jurídica e a própria soberania — é o sobredireito, a que alude Pontes de Miranda, para citar um, por todos. A decisão, com a emissão de um poder de cautela (proteger a soberania) não diz que "soberania" é afetada, nem de que modo.

Aqui importa relatar um argumento colateral que alguns juristas têm manejado para sustentar a tese de ofensa à soberania estatal: a soberania seria de abuso/descumprimento do ordenamento pátrio. Mas o ordenamento destacado no argumento é o consumerista, pautado numa lógica de prestação de serviços a consumidores (ou titulares de dados). A fragilidade é tamanha, que chega a ser um problema de lógica: se o CDC não se aplica fora das relações de consumo, sem fornecedor e consumidor, então não pode ser fundamento para falar sobre descumprimento de regra de direito interno — menos ainda de sobredireito. Soberania não é redutível a uma relação de consumo, é tema de direito constitucional e internacional.

Por fim, a soberania encontra meios para sua realização e exercício do "*imperium*" estatal, mas com ele não se confunde. Diante de teses criativas, parece soar um alerta de que os temas do Direito Internacional Privado e Público andam esquecidos no país.

### *3º Erros processuais que afetam direitos materiais e fundamentais*

A decisão ainda comete equívocos processuais, afetando, com isso, direitos materiais e fundamentais. O principal deles é o apontamento, não fundamentado, de práticas criminosas perpetradas *através* do Telegram, mas não *pelo* Telegram. O tema fica mais espinhoso na medida em que a decisão cita casos praticados fora do país, em importação de direito estrangeiro que não é coerente com nossa lógica penal.

A ausência de garantias, ao citar um tema de ordem penal, também tem reflexo na dimensão cível. Afinal de contas, os provedores de aplicação são protegidos por um "porto seguro à brasileira", posto no Marco Civil da Internet, diante de conteúdos postados por terceiros — com exceções diretamente previstas em lei. Chegamos ao crime sem a existência de lei anterior?

Por falar em provedores, a decisão comete uma atecnia sutil ao nomear provedores de serviço de Internet (do acrônimo em inglês, ISP), contra a conceituação binária expressa no Marco Civil da Internet — provedores de conexão e aplicação. Aqui não é mero caso de nomeação de instituto (*nomen iuris*), mas de implicações legais diversas, pois os regimes para cada provedor são diferenciados, assim como suas obrigações e garantias — como já exposto na primeira parte deste comentário.

Erro de procedimento ainda é evidente quando a decisão usa uma determinação genérica "etc" ao direcionar eficácia mandamental a diversos provedores de conexão, sem, sequer, determiná-los precisamente. É a nova ordem em que a eficácia decisional é endereçada contra todos, de forma indeterminada?

O fechamento da comédia de erros é feito com chave de ouro, como manda a melhor dramaturgia: a decisão do Supremo estabelece pena de multa e demais sanções cabíveis contra terceiros, que, eventualmente, burlarem o bloqueio (provavelmente, o ministro Alexandre de Moares quis fazer referências a serviços de proxy e vpn). Entretanto, determinou, com um texto ambíguo, uma obrigação de não fazer a pessoas que não fazem parte da relação processual, em um procedimento que corre sob sigilo de justiça.

A comédia de enganos resume-se, portanto, no dar o nome errado a coisas que sequer tem esse nome: diz-se "ilícito" o que não é ilícito; "soberania" o que não é soberania; "fundamentação" aquilo que não está fundamentado; "parte" seriam aqueles que não estão no polo da lide; "precaução" quando de precaução não se trata; "mandamento", quando se identifica atecnia e arbítrio; "inibitória" ou "liminar" sem os requisitos legais.

A comédia de enganos é tudo menos comédia, é o arbítrio e a ilegalidade na sua forma mais explícita.

### **Date Created**

19/03/2022