

**SÃO PAULO**

R. ARG. OLAVO REDIG DE CAMPOS 105  
EDIFÍCIO EZ TOWERS, TORRE A – 3º ANDAR  
SÃO PAULO, SP – 04711 904  
+ 55 (11) 3048 6800  
+ 55 (11) 5506 3455 ☎

**RIO DE JANEIRO**

AV. RIO BRANCO 1  
EDIFÍCIO RB1, SETOR B – 19º ANDAR  
RIO DE JANEIRO, RJ – 20090 003  
+ 55 (21) 2206 4900  
+ 55 (21) 2206 4949 ☎

**BRÁSILIA**

SAF/S QUADRA 02, LOTE 04, SALA 203  
EDIFÍCIO VIA ESPLANADA  
BRÁSILIA, DF – 70070 600  
+ 55 (61) 2102 5000  
+ 55 (61) 3323 3312 ☎

**PORTO ALEGRE**

AV. BORGES DE MEDEIROS 2233  
EDIFÍCIO BORGES – 4º ANDAR  
PORTO ALEGRE, RS – 90110 150  
+ 55 (51) 3220 0900  
+ 55 (51) 3220 0901 ☎

**AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN, DD.  
RELATOR DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO  
FUNDAMENTAL (ADPF) 403**

**WhatsApp Inc. ("WhatsApp"),** vem, respeitosamente, por meio de seus advogados (Doc. 1), em atenção ao despacho de 25 de novembro de 2016, que facultou ao WhatsApp apresentar informações preliminares a respeito do assunto desta ADPF, inclusive como preparação à audiência pública. Por coerência com o pedido desta ADPF, as informações se concentram na seguinte questão legal: se as ordens de bloqueio que suspenderam o serviço do WhatsApp para seus usuários estão de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil.

Na audiência pública, o WhatsApp enfrentará as questões levantadas por este Tribunal em suas decisões, incluindo as questões relacionadas à criptografia. O WhatsApp está preparado para fornecer quaisquer esclarecimentos ou informações necessárias sobre as questões relativas à criptografia, após o Tribunal ter tido a oportunidade de ouvir os especialistas na audiência pública.

## **I. INTRODUÇÃO E RESUMO DA POSIÇÃO DO WHATSAPP**

O serviço de mensagens instantâneas WhatsApp - apelidado de "ZapZap" por muitos brasileiros - tornou-se uma importante e onipresente plataforma de comunicação para mais de 100 milhões de cidadãos brasileiros que dependem diuturnamente do serviço, para praticamente todos os aspectos de suas vidas. O serviço é um meio popular para expressar ideias e informações pessoais, manter-se conectado com familiares e amigos, colaborar com autoridades policiais, com órgãos judiciais, promover a saúde, a educação e atividades governamentais.

A questão surge a partir de várias ordens de juízes criminais de primeira instância suspendendo o serviço do WhatsApp em função do suposto descumprimento de ordens judiciais de interceptação, as quais foram devida e imediatamente revertidas em segunda instância. Apresenta-se, assim, um breve histórico dos casos de bloqueio. Autoridades policiais conseguiram ordens judiciais em casos criminais específicos para interceptar comunicações de usuários do WhatsApp.

Quatro juízes de primeira instância, em resposta ao suposto não cumprimento do pedido de interceptação por parte do WhatsApp, emitiram ordens bloqueando o serviço do aplicativo em todo o país. As ordens foram dadas, apesar da desproporcionalidade da sanção que prejudicou todos os usuários brasileiros.

Três das quatro ordens de bloqueio foram implementadas, cada uma suspendendo, imediatamente, o serviço do WhatsApp em todo o país. Cada uma dessas ordens interferiu na vida pessoal e profissional de metade da nação, resultando em "caos social", como na decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe<sup>1</sup>. As quatro ordens foram devida e imediatamente revertidas, mas o cumprimento das ordens, mesmo que por algumas horas, causou danos substanciais aos usuários brasileiros, ao Brasil e ao serviço do WhatsApp.

O WhatsApp afirma, respeitosamente, que tais ordens de bloqueio são inadmissíveis por várias razões independentes, consoante os votos dos desembargadores sobre o assunto:

- Ordens de bloqueio, ao cortar toda a comunicação por meio do serviço do WhatsApp, violam a liberdade de expressão e de comunicação garantidas pela Constituição para milhões de usuários do WhatsApp no Brasil;
- Ordens de bloqueio violam o princípio constitucional da proporcionalidade, impondo uma punição desproporcional a todos os

---

<sup>1</sup> TJSE, Liminar em Mandado de Segurança nº 201600110899, Rel. Des. Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima, j. 03.05.2016.

usuários brasileiros do serviço, especialmente quando comparadas aos relativamente potenciais benefícios para as autoridades policiais advindos de tais ordens judiciais e a existência de outros meios menos gravosos para auxiliar nas investigações;

- Ordens de bloqueio violam os direitos constitucionais do WhatsApp à livre iniciativa, à livre concorrência e à igualdade, pois o impedem de conduzir seus negócios e competir igualmente no mercado com outros provedores cujos serviços não são bloqueados;
- O Marco Civil da Internet proíbe ordens de bloqueio contra aplicativos e os juízes de primeira instância incorretamente se basearam no Marco Civil da Internet para autorizar as ordens de bloqueio;
- Ordens de bloqueio - que violam os direitos constitucionais dos usuários, impondo uma penalidade desproporcional aos usuários e violando o Marco Civil - não podem ser admitidas à luz do Código de Processo Civil, que justificou uma das ordens de bloqueio.

## **II. HISTÓRICO**

### **A. O WhatsApp é uma importante ferramenta de comunicação para milhões de brasileiros**

O WhatsApp é uma empresa privada fundada em 2009. Ao longo dos últimos sete anos, construiu uma rede que fornece aos usuários um meio eficiente, seguro, confiável e gratuito para se comunicar com amigos, familiares e colegas em qualquer lugar do mundo. O sistema de criptografia ponta-a-ponta do WhatsApp está mencionado em seu *White Paper* e disponível no site do WhatsApp (Doc. 02):

*"As mensagens trocadas entre usuários do WhatsApp são protegidas por um protocolo de criptografia de ponta-a-ponta, de modo que terceiros e o WhatsApp não possam lê-las e que as mesmas somente possam ser decodificadas pelo receptor. Todos os tipos de mensagens trocadas (incluindo conversas, conversas em grupos, imagens, vídeos, mensagens de voz e arquivos) e as chamadas feitas através do WhatsApp são protegidas por criptografia de ponta-a-ponta. Os servidores do WhatsApp não têm acesso às chaves privadas dos usuários do WhatsApp e usuários do WhatsApp têm a opção de verificar as chaves para garantir a integridade de sua comunicação"*<sup>2</sup>

O site do WhatsApp também afirmou:

*"Muitos aplicativos criptografam mensagens entre*

---

<sup>2</sup> Documento 2

*você e eles próprios, já a criptografia de ponta-a-ponta do WhatsApp assegura que somente você e a pessoa com a qual você está se comunicando podem ler o que é enviado e ninguém mais, nem mesmo o WhatsApp. Isto porque mensagens são criptografadas com um cadeado único, onde somente você e o destinatário possuem uma chave especial para abrir e ler a mensagem. E para uma proteção ainda maior, cada mensagem que você enviar possui um cadeado e uma chave. Tudo isso acontece automaticamente: não é necessário ativar configurações ou estabelecer conversas secretas especiais para garantir a segurança de suas mensagens.”<sup>3</sup>*

*“Achamos que suas mensagens devem estar somente em suas mãos. É por isso que o WhatsApp não guarda suas mensagens após o envio ter sido feito, e além disso, a criptografia de ponta-a-ponta garante que o WhatsApp ou terceiros não poderão visualizá-las.”<sup>4</sup>*

*“Assim como suas mensagens, a Chamada do WhatsApp é criptografada de ponta-a-ponta, logo o WhatsApp ou terceiros não poderão ouvi-las.”<sup>5</sup>*

---

<sup>3</sup> Disponível em <<https://www.whatsapp.com/security/>> . Acesso em: 30 de jan. 2017

<sup>4</sup> Disponível em <<https://www.whatsapp.com/security/>> . Acesso em: 30 de jan. 2017

<sup>5</sup> Disponível em <<https://www.whatsapp.com/security/>> . Acesso em: 30 de jan. 2017

*“O protocolo Signal, desenvolvido pela empresa Open Whisper Systems, é a base da criptografia de ponta-a-ponta do WhatsApp. Esse protocolo é projetada para prevenir que o WhatsApp ou terceiros tenham acesso as mensagens e chamadas em texto plano.”<sup>6</sup>*

*“As mensagens trocadas entre usuários do WhatsApp são protegidas por um protocolo de criptografia de ponta-a-ponta de modo que terceiros e o WhatsApp não possam lê-las e para que as mensagens só possam ser decodificadas pelo receptor. Todos os tipos de mensagens trocadas (incluindo conversas, conversas em grupo, imagens, vídeos, mensagens de voz e arquivos) e as chamadas feitas através do WhatsApp são protegidas por criptografia de ponta-a-ponta.”<sup>7</sup>*

O WhatsApp está disponível em smartphones em todas as principais plataformas de dispositivos móveis, incluindo iPhone, Android e Windows Phone. Os usuários do WhatsApp se comunicam por meio dessas plataformas enviando mensagens de texto, fotos, conversas em grupo, vídeos, mensagens de áudio e também realizando chamadas de áudio e vídeo para outras pessoas ao redor do mundo. O WhatsApp não cobra dos usuários por seus serviços. O WhatsApp ultrapassou um bilhão de usuários mensais em todo o mundo há um ano e continua a crescer<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Documento 2

<sup>7</sup> Documento 2

<sup>8</sup> Todas as notícias estão impressas e conjuntas no Doc 3

Muitas pessoas fora do Brasil usam o WhatsApp para se comunicar com seus amigos, familiares e outros contatos localizados no Brasil. Além disso, o WhatsApp tornou-se uma ferramenta importante para que os cidadãos entrem em contato com autoridades públicas, incluindo a polícia, o Judiciário, órgãos públicos e serviços de saúde. Abaixo estão alguns exemplos de usos benéficos do WhatsApp no Brasil:

- O WhatsApp é usado por cidadãos dos estados de Goiás<sup>9</sup>, Rio Grande do Norte<sup>10</sup> e Rio de Janeiro<sup>11</sup> para denunciar crimes diretamente à polícia, permitindo uma resposta mais rápida das autoridades policiais;
- Em Governador Valadares, no Estado de Minas Gerais, a polícia usa o WhatsApp para distribuir fotos de suspeitos aos policiais dando-lhes mais chances de realizar prisões em flagrante e colaborando para a diminuição de crimes graves (por exemplo, queda nos índices de homicídio)<sup>12</sup>;
- Em Teresópolis, no Estado do Rio de Janeiro, a polícia estadual informou que houve melhoria nos seus resultados desde que seu número de WhatsApp foi impresso nos vidros dos ônibus<sup>13</sup>;

---

<sup>9</sup> Em: <<http://www.policiacivil.go.gov.br/noticias/policia-civil-coloca-o-whatsapp-a-disposicao-da-populacao-para-o-encaminhamento-de-denuncias-de-crimes-e-paradeiro-de-criminosos.html>>. Acesso em: 30 de jan.2017

<sup>10</sup> Em: <<http://www.pm.rn.gov.br/Conteudo.asp?TRAN=ITEM&TARG=77487&ACT=null&PAGE=null&PARM=null%20&BL=NOT%C3%8DCIA>>. Acesso em: 30 jan. 2017

<sup>11</sup> Em: <<http://www.parahybano.com.br/site/batalhao-da-pm-utiliza-whatsapp-para-denuncias>>. Acesso em: 30 jan. 2017

<sup>12</sup> Em: <<http://hojeemdia.com.br/horizontes/redes-sociais-s%C3%A3o-aliadas-da-pm-em-redu%C3%A7%C3%A3o-de-criminalidade-em-valadares-1.321338>>. Acesso em: 30 jan. 2017

<sup>13</sup> Em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150706\\_pm\\_rio\\_face\\_ip](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150706_pm_rio_face_ip)>. Acesso em: 31 de jan. 2017.

- Um criminoso em fuga foi preso pela polícia devido ao disque-denúncia via WhatsApp<sup>14</sup>;
- O WhatsApp está sendo usado por vários tribunais para a comunicação de decisões judiciais e intimações<sup>15</sup>;
- O Tribunal de Justiça do Distrito Federal alterou suas regras internas para permitir que as vítimas de violência doméstica optem por receber intimações por meio do WhatsApp e para informar as vítimas caso o agressor seja solto ou se alguma medida protetiva seja revogada<sup>16</sup>;
- O WhatsApp está sendo usado por vários tribunais para agendar julgamentos e audiências, tornar as regras e procedimentos judiciais mais acessíveis ao público e resolver questões judiciais<sup>17</sup>;
- O WhatsApp está sendo usado para otimizar consultas médicas em um hospital<sup>18</sup>;

<sup>14</sup> Em: <<http://www.pmerj.rj.gov.br/?p=30929>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

<sup>15</sup> Em: <<http://www.correiodoestado.com.br/brasil/justica-federal-de-sao-paulo-passa-a-utilizar-whatsapp-para-agilizar/245258/>>, <[http://www.migalhas.com.br/Quentes/17\\_MI211261\\_71043-Juiz+manda+intimar+parte+pelo+WhatsApp](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17_MI211261_71043-Juiz+manda+intimar+parte+pelo+WhatsApp)>; <<https://www.tecmundo.com.br/whatsapp/112863-justica-federal-regulamenta-intimacoes-feitas-via-whatsapp.html>>; <<http://olhardigital.uol.com.br/pro/noticia/justica-federal-de-sao-paulo-comeca-a-enviar-intimacoes-por-whatsapp/64757>>; <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2016/11/tribunal-de-justica-de-roraima-usa-whatsapp-para-fazer-intimacoes.html>>; <<<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2016/07/tribunal-de-justica-do-estado-usara-whatsapp-para-fazer-intimacoes-6752920.html>>>; <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/348987>>. Acesso em: 30 de jan. 2017.

<sup>16</sup> Em: <<http://m.migalhas.com.br/quentes/246635/tjdf-permite-intimacao-via-whatsapp-em-caso-de-violencia-domestica>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

<sup>17</sup> Em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/04/justica-usa-whatsapp-para-agendar-audiencias-e-consulta-processos.html>>; <<http://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/2016/01/juiz-da-cria-grupo-de-whatsapp-para-audiencias>>; <<http://www.correiodoestado.com.br/brasil/justica-federal-de-sao-paulo-passa-a-utilizar-whatsapp-para-agilizar/245258/>>; <<http://circuitomt.com.br/editorias/brasil/78817-juiza-elabora-primeira-conciliacao-trabalhista-via-whatsapp-.html>>; <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/juiz-usa-whatsapp-intimar-reu-vive-exterior>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

- O WhatsApp é utilizado para ajudar os médicos a se comunicarem com os seus pacientes<sup>19</sup>;

Os exemplos citados acima sobre como o serviço do WhatsApp tem facilitado uma grande variedade de interesses pessoais, profissionais e governamentais decorrem de apenas cerca de sete anos de funcionamento. Esses benefícios apenas dão uma ideia superficial do que o serviço pode oferecer ao Brasil nos próximos anos. Poucos duvidam que tais benefícios serão ampliados exponencialmente no futuro e promoverão os interesses pessoais e públicos de maneira que ainda não foram sequer imaginadas.

Em resumo, o WhatsApp se tornou um importante meio de comunicação livre e eficiente no Brasil, e os serviços do aplicativo atingem uma variedade de interesses e finalidades pessoais, profissionais e governamentais, que só aumentarão no futuro.

## **B. Os Tribunais de Justiça reformaram correta e imediatamente as ordens de bloqueio, pois violavam direitos constitucionais e impunham sanções desproporcionais**

Quatro juízes de primeira instância ordenaram o

---

<sup>18</sup> Em: < <http://www.engeplus.com.br/noticia/saude/2016/whatsapp-otimiza-atendimentos-no-setor-de-imagem-do-hospital-unimed/>>. Acesso em: 30 de jan. 2017.

<sup>19</sup> Em: <<http://www.minhavidade.com.br/saude/noticias/22570-conselho-de-sao-paulo-libera-contato-de-medico-com-paciente-por-whatsapp>>. Acesso em: 30 de jan. 2017.

bloqueio do serviço do WhatsApp em todo o Brasil por entenderem que os pedidos de interceptação não haviam sido cumpridos.

A maioria das ordens de bloqueio mencionava o Marco Civil da Internet, e uma ordem citava o artigo 139 do Código de Processo Civil, para fundamentar o bloqueio do serviço do WhatsApp para seus usuários. Como explicaremos abaixo, nenhuma dessas leis permite que um juiz, para punir um provedor de aplicativo, bloqueie completamente seu serviço. As quatro ordens foram prontas e corretamente suspensas e, depois, reformadas por Tribunais, pois violavam direitos constitucionais e impunham sanções desproporcionais aos muitos usuários do WhatsApp.

A primeira ordem de bloqueio foi proferida em 25 de fevereiro de 2015 por um juiz criminal de Teresina (PI). No dia seguinte, o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí suspendeu tal bloqueio liminarmente, o que foi posteriormente confirmado. O Desembargador Raimundo Nonato da Costa Alencar, do TJ/PI, considerou a medida de bloqueio uma sanção desproporcional, especialmente quando consideradas a existência de alternativas menos onerosas:

*“(...) os organismos policiais dispõem de diversos outros meios de investigação, não se mostrando plausível que toda uma investigação passe a depender de informações de natureza telemática.”<sup>20</sup>*

A segunda ordem de bloqueio foi proferida por uma

---

<sup>20</sup> TJPI. Liminar em Mandado de Segurança nº 2015.0001.001592-4, Rel. Des. Raimundo Nonato da Costa Alencar, j. 26.02.2015.

juíza criminal de São Bernardo do Campo (SP) em 11 de dezembro de 2015. A ordem exigiu que as operadoras de telefonia no Brasil bloqueassem o uso do WhatsApp por 48 horas. A interrupção das comunicações e negócios no Brasil foi imediata e substancial. O Tribunal de Justiça de São Paulo reverteu a decisão após doze horas com base na desproporcionalidade entre o resultado a ser alcançado e os meios utilizados para alcançá-lo. Como afirmou o Desembargador Xavier de Souza, a ordem de bloqueio é desproporcional:

*“(...) mas também, e especialmente [penaliza] uma gama infinita de pessoas e instituições que se utilizam licitamente do aplicativo WhatsApp em suas atividades diárias, sem que isso seja efetivamente necessário, no caso objeto de análise agora.*

*É preciso ter em mente que medidas cautelares e coercitivas, especialmente no juízo criminal, não devem ter extensão além do que é razoável, estando sujeitas ao princípio da proporcionalidade.*

*Esse primado, também conhecido como "mandamento da proibição do excesso", estará violado sempre que não houver correspondência entre o fim a ser alcançado e o meio empregado”.<sup>21</sup>*

A terceira ordem de bloqueio foi proferida pelo juiz da

---

<sup>21</sup> TJSP. Julgamento em Mandado de Segurança nº 2271462-77.2015.8.26.0000, Des. Rel. Xavier de Souza, j. 06.04.2016.

Vara Criminal de Lagarto (SE), em 26 de abril de 2016. O juiz ordenou o bloqueio do serviço do WhatsApp em todo o Brasil por 72 horas e impôs uma multa de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por cada dia de não-cumprimento da ordem judicial<sup>22</sup>.

Mais uma vez, a interrupção das comunicações e negócios no Brasil foi imediata e substancial. O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe suspendeu a ordem um dia depois com base no "caos social" resultante do bloqueio do serviço e na ausência de provas de que fosse tecnicamente possível implementar as interceptações solicitadas. Como afirmou o Desembargador Ricardo Mucio Santana de Abreu Lima:

*“...o fato é que o caos social criado pela interrupção dos serviços do WhatsApp, acrescenta mais um princípio constitucional à disputa principiológica já referida (sigilo X bem comum X acesso à informação). É certo que a Justiça, ao decretar a interrupção dos serviços de WhatsApp, o está fazendo como punição para garantir o bem comum. Este mesmo bem comum deve ser resguardado com o desembaraço no uso da internet e das comunicações. No primeiro caso o bem comum é consequência, enquanto no segundo ele é imediato. Certo é que o recado já foi dado até aqui. A suspensão dos serviços do WhatsApp já dura 24 horas e certo é também que gerou caos social em todo o território, com dificuldade*

---

<sup>22</sup> Vara Criminal de Lagarto. Decisão em Inquérito Policial nº 201655090143, Magistrado Marcel Maia Montalvão, j. 26.04.2016.

*de desenvolvimento de atividades laborativas, lazer, família, etc.* ”<sup>23</sup>

A ordem de bloqueio de Lagarto desencadeou o ajuizamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 403 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5527 para questionar as violações de direitos constitucionais dela decorrentes.

A quarta ordem de bloqueio foi proferida por uma juíza criminal de Duque de Caxias (RJ), em 19 de julho de 2016. A decisão invocou o Marco Civil e o artigo 139 do Código de Processo Civil como base para o bloqueio, e ordenou que as empresas de telefonia bloqueassem o WhatsApp em todo o Brasil, indefinidamente, até o cumprimento da ordem de interceptação, com o fornecimento das mensagens decodificadas à polícia<sup>24</sup>. Ao emitir a ordem, o juízo se baseou na alegação incorreta da polícia de que o WhatsApp era capaz de cumprir com o pedido de interceptação. Mais uma vez, a interrupção das comunicações e negócios no Brasil foi imediata e substancial.

Em seis horas, o Supremo Tribunal Federal revogou a ordem de bloqueio, em decisão liminar concedida pelo Ministro Presidente Ricardo Lewandowski, estabelecendo a retomada dos serviços do WhatsApp. O Ministro entendeu que a ordem violava as garantias constitucionais da liberdade de expressão e da liberdade de comunicação, bem como o princípio constitucional da proporcionalidade:

---

<sup>23</sup> TJSE. Liminar em Mandado de Segurança nº 201600110899, Rel. Des. Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima, j. 03.05.2016.

<sup>24</sup> 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias. Decisão no Inquérito Policial 062-00164/2016, Magistrada Daniela Barbosa Assumpção de Souza, j. 19.07.2016.

*“(...) 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.”<sup>25</sup>*

Quase paralelamente à decisão do Supremo Tribunal Federal que revogou a ordem de bloqueio, decisão monocrática exarada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu, em liminar, que tal ordem era uma penalidade desproporcional, pois prejudicava milhões de brasileiros simplesmente na esperança de obter informações sobre alguns números de telefone. Nas palavras do Desembargador Roberto Távora:

*“(...) Em que pese o poder geral de cautela do magistrado, destaco a necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade no atinente às matérias processuais penais, especificamente, neste caso, às investigações criminais.*

*A medida adotada pelo juiz deve ser proporcional ao*

---

<sup>25</sup> STF. Liminar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 403, Pres. Min. Ricardo Lewandowski. j. 19.07.2016.

*resultado objetivado. In casu, tal determinação se mostra contrária ao princípio ora analisado, pois não é razoável prejudicar milhões de brasileiros em prol da obtenção de dados de 09 terminais telefônicos.*

*Merece relevância, ainda a possibilidade de recurso a outros meios como medida do poder de cautela do magistrado como, por exemplo, a majoração do valor da multa. Todavia, impedir o acesso de milhares de brasileiros ao aplicativo WhatsApp, utilizado amplamente em todo território nacional, gera um dano muito maior comparado à possível obtenção de resultado na investigação criminal. Dessa forma, tal providência suspensiva não se mostra adequada, nem tão pouco necessária para a finalidade da dita investigação".<sup>26</sup>*

Apesar da revogação relativamente rápida das ordens de bloqueio pelos Tribunais de Justiça, as suspensões do serviço do WhatsApp tiveram um impacto negativo na vida de mais de 100 milhões de usuários mensais do serviço no Brasil. Todas as comunicações - mensagens, fotos e vídeos - foram simplesmente suspensas. Quando os Tribunais de Justiça reverteram as ordens de bloqueio e reestabeleceram o WhatsApp, os cidadãos brasileiros haviam sofrido diversas interferências em suas atividades pessoais e públicas.

---

<sup>26</sup> TJRJ. Liminar em Mandado de Segurança nº 0036719-20.2016.8.19.0000. Rel. Des. Roberto Távora, j. 19.07.2016.

De fato, durante as suspensões do WhatsApp, todos os seus usos benéficos, já descritos acima, foram igualmente suspensos. Os bloqueios nacionais não criaram apenas "caos social" no Brasil, como, também, cada bloqueio causou danos irreparáveis ao WhatsApp e à eficácia do aplicativo como plataforma de comunicação para impulsionar os objetivos sociais. Como resultado imediato das ordens de bloqueio, milhões de usuários do WhatsApp migraram para outros serviços de mensagens instantâneas, na tentativa de minimizar o dano causado pela indisponibilidade do aplicativo dar continuidade às suas atividades diárias.

### **III. ORDENS DE BLOQUEIO QUE BUSCAM FORÇAR O CUMPRIMENTO DE ORDENS JUDICIAIS DE INTERCEPTAÇÃO SÃO INCONSTITUCIONAIS, IMPÕEM SANÇÃO DESPROPORCIONAL E VIOLAM O MARCO CIVIL DA INTERNET**

Conforme explicado a seguir, as ordens de bloqueio violam as garantias constitucionais da liberdade de expressão e de comunicação de metade do país, pois os bloqueios impedem os cidadãos de se expressarem e de acessarem os meios de comunicação de sua preferência.

As ordens de bloqueio também violam o princípio constitucional da proporcionalidade na medida em que elas prejudicam as atividades públicas e privadas no país, além de imporem uma punição desproporcional aos usuários quando comparadas aos eventuais benefícios para as investigações criminais, em especial quando se leva em consideração as alternativas disponíveis às autoridades.

Esses princípios foram adequadamente analisados durante o recesso judiciário pelo Ministro Ricardo Lewandowski, então presidente do STF, quando ele revogou a decisão de primeira instância do juízo de Duque de Caxias que determinou o bloqueio do WhatsApp. Na verdade, a decisão do Ministro Lewandowski é um excelente roteiro para analisar a ilegitimidade das ordens de bloqueio no que diz respeito às garantias constitucionais da liberdade de expressão e de comunicação, bem como do princípio da proporcionalidade:

*"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.”<sup>27</sup>*

---

<sup>27</sup> STF. Liminar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 403, Pres. Min. Ricardo Lewandowski. j. 19.07.2016.

Além de violarem as garantias constitucionais da liberdade de expressão e de comunicação e do princípio da proporcionalidade, as ordens violaram o direito à livre iniciativa, à livre competição e à igualdade, todos constitucionalmente protegidos, pois impediram o WhatsApp de conduzir seus negócios em condições de igualdade com outros provedores cujos serviços não foram bloqueados.

Além disso, em que pesem os juízes de primeira instância terem fundamentado suas decisões de bloqueio no Marco Civil da Internet, a lei claramente não permite tais ordens. O Marco Civil apenas autoriza os juízes a sancionarem com "suspensão" atividades ilegais específicas, nenhuma delas associada ao caso. E mesmo que houvesse provas de tais atividades ilegais, a única coisa que pode ser "suspensa" é a própria atividade ilegal (prevista no Marco Civil) - e não o serviço do aplicativo, impedindo seus usuários de utilizá-lo. Na verdade, o Marco Civil proíbe a suspensão do serviço do WhatsApp, pois claramente estabelece que, em nenhuma circunstância, o acesso à Internet ou a transmissão de informações pela Internet podem ser suspensos pela via judicial. De qualquer modo, o Marco Civil não pode se sobrepor aos direitos constitucionais acima descritas.

Ainda, um tribunal não poderia ignorar as violações aos direitos constitucionais e ao Marco Civil sob o simples argumento do poder geral de cautela, previsto no Código de Processo Civil, como fez um dos juízes de primeira instância.

Estes princípios serão agora abordados mais

detalhadamente.

## **A. AS ORDENS DE BLOQUEIO VIOLAM OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS BRASILEIROS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE COMUNICAÇÃO, IMPEDINDO-OS DE SE EXPRESSAREM E DE ACESSAREM OS SEUS MEIOS DE COMUNICAÇÃO PREFERIDOS**

A liberdade de expressão e a liberdade de comunicação são direitos fundamentais protegidos pela Constituição brasileira. As decisões judiciais que violam esses direitos são inconstitucionais e inválidas. O WhatsApp é uma forma importante de comunicação utilizada por milhões de brasileiros para exercer sua liberdade de expressão e de comunicação de maneira diuturna. Assim, ordens judiciais que impeçam um grande número de cidadãos de acessarem o serviço do WhatsApp violam os direitos constitucionais de liberdade de expressão e de comunicação e não devem ser admitidas.

### **1. As Liberdades de Expressão e de Comunicação são Direitos Constitucionais que Exigem Estrita Proteção**

A liberdade de expressão é protegida pelo artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal. É uma garantia de que o cidadão pode expressar livremente opiniões, ideias e pensamentos sem medo de retaliação ou censura: *"Qualquer pessoa é livre para expressar seus*

*pensamentos..."*

A Constituição enfatiza a importância de assegurar a liberdade de expressão em seu artigo 220:

*"A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição."*

Como pontifica a Ministra Cármen Lúcia, "(...) a liberdade maior que se tem é a de se expressar". O Ministro Celso de Mello também reconheceu: *"Nenhum diktat emanado do Estado pode ser aceito ou tolerado, na medida em que venha a comprometer o pleno exercício da liberdade de expressão."*<sup>28</sup>

A liberdade de comunicação, garantida pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal, protege o direito do cidadão de comunicar-se livremente por qualquer forma ou meio escolhido. Como explicou o Ministro Celso de Mello,

*"(...) o Estado não pode dispor de poder, algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre os **modos** de sua manifestação."*<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> STF. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187/DF, Relator Ministro Celso de Mello. j. 15.06.2011.

<sup>29</sup> STF. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187/DF, Relator Ministro Celso de Mello. j. 15.06.2011.

Além disso, a liberdade de comunicação protege o direito dos usuários do Whatsapp à informação e a serem informados. Como explicou o professor Edilsom Farias, doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Santa Catarina:

*"A liberdade de comunicação é atualmente concebida como uma liberdade que reúne em torno de si vários direitos fundamentais, entre os quais destacam-se o direito fundamental de informar , o direito fundamental de informar-se e o direito fundamental de ser informado"<sup>30</sup>.*

O renomado e respeitado Professor Oscar Vilhena, Diretor da Faculdade de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, Mestre em Direito pela Universidade de Columbia e Doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo, em seu parecer anexo (Doc. 04) explica que a liberdade de comunicação, na verdade, protege dois direitos e esses direitos adquiriram maior importância no mundo das tecnologias de comunicação modernas:

*"Em primeiro lugar o ato comunicacional é protegido. Nesse sentido, a liberdade de comunicação assegura a todos a mais ampla liberdade de se utilizar dos meios disponíveis e convenientes para expor e acessar informações. Num mundo marcado por novas tecnologias de informação de amplo acesso, o direito*

---

<sup>30</sup> FARIAS, Edilsom. Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 85.

*à livre comunicação caracteriza-se por ser um direito de participar, de maneira interativa, livre e igualitária, e sem a obstrução de editores, do processo comunicacional. Logo o que se busca preservar é a abertura das múltiplas vias de comunicação para que as pessoas possam realizar suas liberdades de manifestação e expressão do pensamento, bem como o direito de obtenção de informação.*<sup>31</sup>

*(...) Se no passado a liberdade de comunicação tinha como foco de preocupação fundamental que os meios de comunicação, como os jornais, rádios e televisões não fossem censurados ou fechados, no presente estágio de desenvolvimentos das tecnologias de informação o direito à liberdade de comunicação volta-se à proteção da própria rede, dos provedores e aplicativos que constituem a infraestrutura comunicacional pela qual cada indivíduo pode exercer o seu direito a comunicar-se livremente.*<sup>32</sup>

A dignidade da pessoa humana, que é o fundamento da República Federativa do Brasil (art.1, III), não pode ser alcançada sem a liberdade de expressão e de comunicação (art. 5, IV, IX e XIV e art. 220). O Supremo Tribunal Federal tem uma forte tradição em reafirmar essas liberdades como direitos fundamentais, os quais são tratados de forma prioritária em comparação com outras leis ou ordens. Como explicou o

---

<sup>31</sup> Parecer Professor Oscar Vilhena - Doc 04

<sup>32</sup> Doc 04.

Ministro Menezes Direito,

*"(...) quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição, deve-se defender a liberdade..."*<sup>33</sup>

Proteger a liberdade de expressão e de comunicação livre é especialmente importante quando se trata de disseminar informações por meio da Internet. Ao reverter a ordem de bloqueio contra o WhatsApp, o Ministro Lewandowski observou que:

*"(...) 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."*<sup>34</sup>

Além disso, é especialmente importante proteger os direitos constitucionais fundamentais de expressão e de comunicação contra violações por meio de decisões judiciais. Como explicou o Ministro Celso de Mello, desta Colenda Corte:

*"(...) Que nada há mais nocivo, nada há mais perigoso do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão (ou de ilegitimamente*

---

<sup>33</sup> STF. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF. Relator Ministro Carlos Ayres Brito. j. 01.04.09.

<sup>34</sup> STF. Liminar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 403, Pres. Min, Ricardo Lewandowski. j. 19.07.2016.

*interferir em seu exercício mediante imposição de condenações criminais e/ou civis), pois o pensamento há de ser livre, permanentemente livre, essencialmente livre...*<sup>35</sup>

## **2. O WhatsApp é uma importante ferramenta de comunicação para milhões de brasileiros e ordens de bloqueio violam diretamente as garantias constitucionais de expressão e de comunicação**

Como explicado acima, quase metade da população do Brasil confia no WhatsApp para se comunicar. O WhatsApp oferece aos brasileiros uma vasta gama de possibilidades de comunicação, incluindo mensagens de texto, fotos, vídeos, mensagens de áudio, chamadas de voz e chamadas de vídeo, além da criação de grupos de usuários para facilitar as comunicações. O WhatsApp não cobra por esse serviço.

Como o WhatsApp é uma maneira muito barata e eficaz para se comunicar, pessoas em uma ampla gama de situações têm encontrado inúmeros usos que as beneficiam individualmente e à sociedade como um todo. Além disso, os usos benéficos do serviço WhatsApp serão, indubitavelmente, expandidos no futuro. Neste contexto, as ordens judiciais que suspendem o serviço do WhatsApp infringem diretamente os direitos constitucionais da liberdade de expressão e de comunicação dos cidadãos brasileiros.

As ordens de bloqueio violam a liberdade de

---

<sup>35</sup> STF. Agravo Regimental na Reclamação 19548/ ES. Relator Ministro Celso de Mello. j. 30.06.2015.

expressão porque causam um prejuízo imediato e irreparável ao direito dos usuários de se expressar. Assim que as suspensões são implementadas, os usuários são imediatamente impedidos de se comunicar com as pessoas de sua escolha e com quem desejariam dividir seus pensamentos e ideias.

Além disso, as ordens de bloqueio não diferenciam a importância de cada tipo de comunicação. Elas interrompem todas elas - não somente comunicações importantes entre famílias, amigos e colegas, mas, também, aquelas urgentes relacionadas ao sistema de segurança pública (incluindo as comunicações entre os cidadãos e a polícia e entre os próprios policiais), Poder Judiciário, agentes públicos e serviços de saúde. Interromper toda a comunicação viola o direito dos usuários à liberdade de expressão e causa um dano imediato e real aos brasileiros.

Mesmo que os usuários, após algum tempo, tenham a habilidade de identificar, acessar e usar um provedor de comunicação alternativo, isso não permite se expressem como o fariam por meio do WhatsApp. Por exemplo, o provedor de comunicação alternativo será diferente quanto a quem pode receber as expressões de ideias e informações dos usuários afetados (por exemplo, o outro provedor terá uma base de usuários distinta). Além disso, pode haver diferenças na forma como o usuário afetado pode se comunicar e quais tipos de informação podem ser enviados através do provedor alternativo. O dano advindo dessa violação é ampliado porque os contatos de um usuário no WhatsApp podem não estar cadastrados e acessíveis em outros serviços, interferindo diretamente na capacidade do usuário de se comunicar com aqueles que escolheu.

As ordens de bloqueio também violam o direito constitucional dos usuários do WhatsApp à liberdade de comunicação, a qual protege os meios de um cidadão se comunicar, bem como o seu direito à informação e a ser informado. Assim que o serviço WhatsApp é bloqueado, os usuários não são mais livres para se comunicarem pelo meio de sua preferência, uma das plataformas mais populares do país. A Constituição protege não apenas o direito do cidadão de se comunicar com quem quiser, como também o seu direito de se comunicar na forma e meio de sua preferência. A suspensão de um aplicativo de internet, que se tornou o modo de comunicação predominante de metade da população brasileira, impede que grande parte do país se comunique pelo aplicativo de sua escolha. Além disso, o WhatsApp tornou-se um meio importante para que os cidadãos brasileiros recebam informações e sejam informados, e privá-los desse canal viola seu direito à liberdade de comunicação.

O fato de existirem outros provedores de aplicativos, aos quais os usuários do WhatsApp podem recorrer no caso de um bloqueio, não diminui a violação de sua liberdade de comunicação. A privação dos meios de expressão escolhidos constitui, por si só, uma violação ao direito de liberdade de comunicação. Além disso, outros provedores de aplicativos não estão atualmente imunes ao mesmo tipo de ordem de bloqueio que foi emitida contra o WhatsApp. Ademais, embora o WhatsApp possua incrível popularidade no Brasil, se seus usuários migrarem para provedores concorrentes na sequência de um bloqueio, é provável que as mesmas ordens de bloqueio sejam, eventualmente, solicitadas contra esses outros provedores.

Em suma, as ordens de bloqueio judicial do serviço do WhatsApp violam as liberdades constitucionais de expressão e de comunicação e afetam todos os cidadãos brasileiros. Tais ordens não devem ser admitidas.

## **B. ORDENS DE SUSPENSÃO DO WHATSAPP EM FUNÇÃO DO ALEGADO DESCUMPRIMENTO DE ORDENS JUDICIAIS DE INTERCEPTAÇÃO CONSTITUEM UMA SANÇÃO DESPROPORCIONAL AOS USUÁRIOS**

Mesmo que as ordens de bloqueio não violassem as liberdades constitucionais de expressão e de comunicação, tais ordens, emitidas para forçar o cumprimento de uma ordem judicial de interceptação, constituem uma sanção desproporcional. Embora os juízes tenham discricionariedade para escolher as medidas apropriadas para fazer cumprir suas ordens, tal discricionariedade não é absoluta. O princípio constitucional da proporcionalidade é uma limitação essencial à discricionariedade judicial, especialmente, quando direitos fundamentais estão em risco, como ocorre no presente caso. De acordo com o Ministro Barroso, os atos judiciais são desproporcionais quando:

*“(a) não haja relação de adequação entre o meio empregado e o fim visado; (b) a medida não seja necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado, com menor ônus para o direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a*

*medida importe em sacrifício de bem jurídico tão ou mais relevante do que o protegido.*"<sup>36</sup>

Embora qualquer um desses fatores isoladamente fosse já suficiente para invalidar ordens de bloqueio do serviço do WhatsApp, no presente caso todos esses fatores concorrem, demonstrando que as ordens de bloqueio são desproporcionais. Cada um desses fatores é abordado abaixo, seguidos de precedentes que sustentam que as ordens de bloqueio impõem uma sanção desproporcional, e de uma discussão acerca da proposta do Congresso Nacional de alteração do Marco Civil da Internet como resultado da séria preocupação com as ordens de bloqueio contra o WhatsApp.

### **1. As ordens de bloqueio são inapropriadas, ineficazes e não servem ao objetivo pretendido de auxiliar as autoridades**

As ordens de bloqueio contra o WhatsApp punem indiscriminadamente milhões de usuários do WhatsApp no Brasil, privando-os de um importante meio de comunicação e de compartilhamento de informações pessoais. Como explicado acima, o WhatsApp atende ao público de várias e crescentes maneiras, incluindo aquelas relacionadas à condução da vida pessoal dos brasileiros, à polícia, ao judiciário, ao governo e aos cuidados com a saúde, para citar alguns exemplos. Milhões de brasileiros tornaram-se dependentes do WhatsApp para gerenciar suas vidas diuturnamente. O fato de que uns poucos usuários do WhatsApp

---

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 267.

possam usar indevidamente o serviço não justifica a violação das liberdades de expressão e de comunicação, direito constitucional de todos os usuários. Como explicado por Augusto Marcacini:

*“Aparatos tecnológicos podem ser usados para o bem ou para o mal. Pessoas que andam livremente pelas ruas podem estar se preparando para cometer um crime. O ponto que não podemos desprezar é que não se deve privar a população em geral da sua liberdade, ou de algum outro conforto ou facilidade tecnológica, em nome do combate ao crime a que se dedicam alguns criminosos.”<sup>37</sup>*

Além de impor uma punição indevidamente onerosa a metade do país, as ordens de bloqueio são ineficazes. Elas não servirão ao objetivo de auxiliar nas investigações policiais porque os criminosos simplesmente migrarão para outras plataformas de mensagens criptografadas. Ou, ainda pior, as outras plataformas podem não estar dispostas a fornecer qualquer informação às autoridades policiais ou podem estar localizadas em países que não estão dispostos a ajudar as autoridades brasileiras em investigações.

Além disso, suspender o serviço do WhatsApp pelo não cumprimento de uma ordem de interceptação o deixa em posição desigual em comparação a seus concorrentes que não estão sujeitos aos mesmos requisitos. Devido a essa desigualdade, um número significativo

---

<sup>37</sup> MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Direito e Tecnologia, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 113

de cidadãos brasileiros pode mudar imediatamente para outros provedores que não estão bloqueados. Assim, como explanado acima, milhões de usuários do WhatsApp baixaram outros aplicativos, e um dos provedores concorrentes chegou a informar um aumento de 2000% no uso do seu aplicativo ao longo das 12 horas subsequentes ao bloqueio do WhatsApp que durou apenas algumas horas.<sup>38</sup>

Perder milhões de usuários constitui um dano irreparável ao WhatsApp.

## **2. Existem alternativas para as ordens de bloqueio que são menos onerosas aos direitos individuais**

Não somente o bloqueio nacional de todos os usuários brasileiros do WhatsApp não contribui para alcançar os objetivos das autoridades policiais, como também há outros meios de investigação mais eficazes e menos onerosos aos direitos constitucionais individuais. Entre esses meios, podemos citar: a obtenção de ordens judiciais válidas para busca e apreensão de dispositivos de modo a acessar o conteúdo das comunicações neles armazenados e ordens para obter acesso às informações armazenadas junto aos provedores de serviços "em nuvem", além de outros métodos clássicos de investigação, como oitivas, interrogatórios, agentes infiltrados, informações que podem ser acessadas pela Internet, prisões preventivas, depoimentos, acordos de delação, entre outros.

---

<sup>38</sup> Doc 3

Como bem observou o Desembargador Raimundo Nonato da Costa Alencar, do Tribunal de Justiça do Piauí:

*"os organismos policiais dispõem de diversos outros meios de investigação, não se mostrando plausível que toda uma investigação passe a depender de informações de natureza telemática."*<sup>39</sup>

Como um exemplo recente que confirma o sucesso desses métodos alternativos, a investigação da Polícia Federal na chamada "Operação Hashtag" resultou na prisão e denúncia contra vários cidadãos brasileiros suspeitos de organizarem um ataque terrorista durante os Jogos Olímpicos Rio 2016. A Polícia Federal usou um agente infiltrado para investigar e obter dados, incluindo conversas, contra os suspeitos, sem a necessidade de interceptação.<sup>40</sup>

### **3. As ordens de bloqueio sacrificam direitos fundamentais**

Conforme explicado acima, ordens de bloqueio resultam em violação dos direitos constitucionais à liberdade de expressão e de comunicação de metade dos cidadãos brasileiros. É difícil imaginar direitos mais valorizados e protegidos do que esses direitos constitucionais, especialmente à luz do número de usuários cujos direitos

---

<sup>39</sup> TJPI. Mandado de Segurança nº 20150001.000192-4 e nº 20150001001953-6. j.26.02.15.

<sup>40</sup> <http://www1.folha.uol.com.br/esporte/olimpiada-no-rio/2016/07/1794611-policia-federal-recorreu-a-infiltrado-para-obter-dados-de-grupo-suspeito.shtml> ; [http://www.brasilpost.com.br/2016/07/23/policia-federal-infiltrado-terrorismo\\_n\\_11153584.html](http://www.brasilpost.com.br/2016/07/23/policia-federal-infiltrado-terrorismo_n_11153584.html) ; <http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2016/09/23/operacao-hashtag-veja-como-conversas-de-acusados-no-facebook-foram-obtidas.htm>

são violados pelas ordens de bloqueio.

Este ponto foi enfatizado pelo Desembargador Nonato da Costa Alencar, ao constatar que não era razoável suspender um serviço que afeta milhões de pessoas na esperança de auxiliar uma investigação policial:

*"A princípio, independentemente do teor da ordem descumprida, em hipótese alguma se justifica a interrupção de acesso a todo um serviço, cuja área de abrangência, sabe-se, transpõe as barreiras nacionais de qualquer nação e afeta, diretamente e surpreendentemente, a comunicação entre um sem número de pessoas, envolvendo não somente os usuários nacionais, mas também aqueles que, fora de nossas fronteiras, tentem contatar parentes, e amigos e afins residentes no Brasil. (...) Ou, em uma analogia mais rústica, determinasse esse juiz a interrupção da entrega de cartas e encomendas pelo correio, apenas baseado na suspeita de que, por exemplo, traficantes estariam fazendo transitar drogas por esse meio."<sup>41</sup>*

#### **4. Diversas decisões dos Tribunais de Justiça revogaram as ordens de bloqueio devido à sua desproporcionalidade**

---

<sup>41</sup> TJPI. Mandado de Segurança nº 20150001.000192-4 e nº 20150001001953-6. j.26.02.15.

Como explicado anteriormente e nas linhas que se seguem, as ordens de bloqueio contra o WhatsApp e outros provedores foram uniformemente revertidas por tribunais, devido à desproporcionalidade da sanção. Por exemplo, em relação à ordem de bloqueio de São Bernardo do Campo contra o WhatsApp, o Tribunal de Justiça de São Paulo em decisão liminar, a considerou uma penalidade desproporcional:

*“Sob este aspecto, em face dos princípios constitucionais, não se mostra razoável que milhões de usuários sejam afetados em decorrência da inércia da impetrante, mormente quando não esgotados outros meios disponíveis para a obtenção do resultado desejado.”<sup>42</sup>*

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça de São Paulo revogou uma ordem de primeira instância que bloqueava o serviço do Facebook em todo o país com base no não cumprimento de uma ordem para identificar o autor de uma publicação considerada ofensiva. Na decisão, o Desembargador Paulo Rossi explicou:

***“(...) A sanção imposta pela autoridade judiciária impetrada se apresenta desproporcional, na medida em que causará prejuízos pelo tribunal é desproporcional, pois causa danos a milhões de***

---

<sup>42</sup> TJSP. Decisão Liminar em Mandado de Segurança No. 2271462-77.2015.8.26.0000. Rel. Des. Xavier de Souza, j. 17/12/15.

***usuários brasileiros da rede social Facebook.***

*Oportuno ponderar, nesse passo e como é de conhecimento corrente, que este tal serviço é usado não somente por pessoas naturais, para relacionamento social, como também por muitas diversas empresas e empresários no desenvolvimento de suas atividades rotineiras.*

*Emerge, dessa forma, risco evidente de prejuízos incalculáveis, de reparação praticamente inviável, nos moldes determinados pelo juízo monocrático.<sup>43</sup>*

Como mencionado pelo Desembargador Roberto Távora, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao reverter a ordem de bloqueio nacional contra o WhatsApp ordenada pelo juízo de Duque de Caxias:

*“(...) em que pese o poder geral de cautela do magistrado, destaco a necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade no atinente às matérias processuais penais, especificamente neste caso, às investigações criminais. A medida adotada pelo juiz deve ser proporcional ao resultado objetivado. In casu, tal determinação judicial se mostra contrária ao princípio ora analisado, pois não é razoável prejudicar*

---

<sup>43</sup> TJSP. Mandado de Segurança, n. 0029802-58.2014.8.26.0000. Rel. Des. Paulo Rossi.j.15.10.14

*milhões de brasileiros em prol da obtenção de dados de 09 terminais telefônicos.*

*(...) Todavia, impedir o acesso de milhares de brasileiros ao aplicativo Whatsapp, utilizado amplamente em todo território nacional, gera um dano muito maior, comparado à possível obtenção do resultado na investigação criminal. Dessa forma, tal providência suspensiva não se mostra adequada, nem tão pouco necessária para a finalidade da dita investigação.”<sup>44</sup>*

Na verdade, mesmo ordens de bloqueio com escopo mais restrito do que aquelas aplicadas ao WhatsApp – como as que bloqueiam um vídeo individual em vez da rede de comunicação do provedor de aplicativos - foram rejeitadas. Por exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo revogou uma ordem bloquear um vídeo supostamente ofensivo, afirmando que "o bloqueio requerido poderia significar uma ofensa à liberdade de expressão dos usuários do WhatsApp, sobretudo por se considerar que o aplicativo tem por função a comunicação interpessoal."<sup>45</sup> Da mesma forma, o Google conseguiu que ordens semelhantes que exigiam que ele bloqueasse vídeos enviados para sua plataforma fossem revogadas.<sup>46</sup> Outro Tribunal de Justiça recusou um pedido para bloquear o YouTube, concluindo que tal bloqueio seria desproporcional e violaria os direitos de terceiros de usar o site para fins

---

<sup>44</sup> TJRJ. Liminar em Mandado de Segurança n.º 0036719-20.2016.8.19.0000. j.19/07/2016.

<sup>45</sup> TJSP. Agravo de Instrumento nº2206951702015, Rel. Des. Luis Mario Galbetti, j.10/02/2016

<sup>46</sup> TJSP. Apelação Cível nº0133073-16.2010.8.26.0100. Rel. Alexandre Coelho. j.12/0815

legais.<sup>47</sup> E uma ordem judicial de primeira instância suspendendo a operação do aplicativo Secret de lojas de venda de aplicativos on-line foi revertida porque era ineficaz e prejudicava indevidamente o direito dos que operam por meio da Internet.<sup>48</sup>

Da mesma forma, o professor Oscar Vilhena, ao analisar as ordens de bloqueio contra o WhatsApp, concluiu que elas são "absolutamente desproporcionais" pois prejudicam irremediavelmente os direitos fundamentais de liberdade de expressão e de comunicação de milhões de usuários, além de existirem outros meios mais eficazes, menos nocivos e menos onerosos para alcançar os objetivos da aplicação da lei:

*“As decisões que determinaram o bloqueio do aplicativo como forma de punição não de ser consideradas totalmente desproporcionais. Elas são inadequadas por não encontrarem respaldo legal e por serem, inclusive, proibidas pela lei. Tais decisões são, ademais, desnecessárias, já que existem outros meios apropriados e menos lesivos aos direitos fundamentais que vêm sendo infringidos. Conforme amplamente demonstrado, as decisões de suspensão, mesmo que apenas temporárias, têm ocasionado irreparáveis e inaceitáveis restrições aos direitos constitucionais da liberdade de comunicação e expressão de milhares de usuários. Diversas outras medidas menos gravosas poderiam ter sido*

---

<sup>47</sup> TJSP Recurso Interlocutório No. 488.184.4/3 - Desembargador Robson Ênio Santarelli Zuliani – 28/07/2007.

<sup>48</sup> TJES.Recurso Interlocutório No. 0035186-28.2014.8.08.0024, Relator Desembargador Telemaco Antunes de Abreu Filho, decisão em 06/11/2014.

*escolhidas. A escolha dos juizes criminais tem representa um ônus desproporcional para os direitos e interesses dos usuários, de modo que qualquer ganho na realização dos interesses do Estado ao auxiliar investigações criminais é considerado pequeno comparado ao dano causado nos direitos fundamentais de milhões de pessoas que não possuem nenhuma relação com o conflito em questão. Tais decisões são, portanto, absolutamente desproporcionais também em sentido estrito.”<sup>49</sup>*

## **5. O Congresso Nacional propôs um projeto de lei para alterar o Marco Civil da Internet devido às sérias preocupações com as ordens de bloqueio**

O Congresso Nacional externou sérias preocupações com as ordens de bloqueio contra o WhatsApp e, por tal motivo, encontra-se sob estudo um projeto de lei para alterar o Marco Civil da Internet.

O referido projeto de lei reconhece que o bloqueio é *“incompatível com a atual redação”* do Marco Civil e pretende deixar claro que a suspensão de aplicativos de comunicações como forma de forçar o cumprimento dos pedidos das autoridades policiais e judiciais é proibida:

*“Nessa perspectiva, o bloqueio coletivo de acesso a*

---

<sup>49</sup> Parecer - Doc 4

*aplicativos de comunicação enquanto medida cominatória, além não encontrar guarida na redação atual da Lei nº 12.965/14, não resiste à mais depurada filtragem constitucional.”<sup>50</sup>*

Outro projeto de lei proposto explica que tais ordens de bloqueio são uma penalidade desproporcional:

*“Devido à polêmica relacionada com o bloqueio ao aplicativo de mensagens instantâneas, WhatsApp, em que decisão de juiz determinou sua suspensão em todo o território nacional, optamos por expressar claramente que o bloqueio não poderá se dar para esses tipos de aplicativos.*

*Estamos certos de que com a redação proposta as autoridades judiciais terão um instrumento legal que lhes permitirá agir com proporcionalidade.”<sup>51</sup>*

Em suma, ordens de bloqueio contra o serviço do WhatsApp violam o princípio constitucional da proporcionalidade, pois: (a) punem indiscriminadamente milhões de brasileiros que usam o WhatsApp diuturnamente; (b) privam os usuários de um importante meio de comunicação; (c) não são eficazes na resolução de problemas das autoridades policiais e judiciais; (d) não são necessárias devido a uma vasta gama de meios de investigação alternativos disponíveis, e (e)

---

<sup>50</sup> Projeto de Lei disponível em < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125686>>. Acesso em: 31 de jan.2017.

<sup>51</sup> Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Crimes Cibernéticos aprovado em 04.05.2016.

colocam o WhatsApp em posição desigual em comparação a seus concorrentes não bloqueados, causando-lhe danos irreparáveis.

Por estas razões, ordens de bloqueio para obter o cumprimento das ordens de interceptação são uma punição desproporcional e não devem ser admitidas.

### **C. ORDENS DE BLOQUEIO VIOLAM OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DO WHATSAPP À LIVRE INICIATIVA, À LIVRE CONCORRÊNCIA E À IGUALDADE**

A Constituição procura resguardar os direitos fundamentais à livre iniciativa, à livre concorrência e à igualdade. Esses direitos são complementares e, embora tenham sido protegidos em uma ampla variedade de modelos de negócios, eles podem ser resumidos em alguns princípios-chave: garantir que o judiciário não interfira indevidamente em como uma empresa opera legalmente; assegurar que o judiciário não interfira indevidamente na capacidade de uma empresa de competir no mercado e assegurar que o judiciário não trate uma empresa de forma desigual em comparação a outras empresas no mesmo ramo.

O direito fundamental à livre iniciativa, nos termos do artigo 1, IV, da Constituição Federal, é o direito de exercer legalmente sua atividade comercial em qualquer formato lícito escolhido pela empresa:

*"[...] a decisão da empresa privada sobre a forma como pretende gerir os seus negócios, os caminhos*

*que seguirá e os riscos que correrá, estão protegidos pelas regras constitucionais que regem a economia, incluindo a livre iniciativa.*

*Com base nisso, qualquer entidade de capital fechado tem o direito de organizar seus negócios como bem entender e não pode sofrer ingerência sobre o que fazer ou quando e como fazê-lo. Este tipo de interferência é inconstitucional.*<sup>52</sup>

*“O fato de as empresas competirem para alcançar objetivos semelhantes em condições iguais é fundamental para garantir que o sistema funcione. Por conseguinte, a livre iniciativa significa poder competir sem obstáculos legais e o Estado tem o dever de assegurar que as empresas possam competir em pé de igualdade.”*<sup>53</sup>

O direito fundamental à livre concorrência (neutralidade competitiva), nos termos do artigo 170 da Constituição Federal, protege o direito da empresa de escolher o negócio que pretende exercer e concorrer com outros no mercado, desde que atenda aos interesses da empresa, bem como aos interesses dos consumidores que utilizam seus serviços:

*“O princípio da neutralidade competitiva deriva*

---

<sup>52</sup> Paulo Salvador Frontini - Ação Civil Pública: Lei 7.374/1985 – 15 anos, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, pp; 749-750.

<sup>53</sup> TJMS, Mandado de Segurança No. 4008551-37.2013.8.12.0000, Dezembro de 2013.

*diretamente da livre iniciativa, seja no sentido de liberdade de acesso ao mercado, seja no de livre conformação e disposição da atividade econômica. Ele inibe, assim, a interferência estatal que impossibilite, juridicamente ou de fato, a criação ou continuidade de empresas dedicadas a atividades lícitas.*<sup>54</sup>

*“(...) conquanto a liberdade de concorrência proteja os agentes econômicos diante de regulações estatais restritivas, o seu foco principal não é a proteção desses agentes, mas sim a tutela dos interesses dos consumidores, que são prejudicados pela imposição de limites injustificados à sua liberdade de escolha. Portanto, a criação de embaraços estatais à competição, com a instituição de reservas e privilégios a empresas ou grupos específicos, viola não apenas os direitos dos potenciais concorrentes prejudicados. Mais que isso, ela ofende os interesses dos consumidores e da própria sociedade.*<sup>55</sup>

O direito fundamental à igualdade, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal, protege o direito de uma empresa a ser tratada de forma igual em relação a outras empresas, de modo que nenhuma delas tenha vantagem competitiva:

---

<sup>54</sup> FERRAZ, Tércio Sampaio. Obrigação Tributária Acessória e limites de imposição: razoabilidade e neutralidade concorrencial do Estado in Princípios e Limites da Tributação - São Paulo : Quartier Latin , 2005. PAG 732-733

<sup>55</sup> SARMENTO. Daniel. “Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O ‘caso Uber’”, disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>

*“[...] a imposição de um encargo excessivo a um único operador de telefonia móvel distorceria a concorrência, uma vez que os outros operadores continuarão a utilizar métodos mais econômicos de notificação aos consumidores de faturas pendentes, o que significaria um tratamento manifestamente desigual de partes equivalentes, proibida pela lei brasileira como uma violação do princípio da igualdade.”<sup>56</sup>*

*“Se os tribunais foram autorizados a interferir com a forma como o negócio é gerido, isso também infringe o princípio constitucional de igualdade, dado que outras empresas não serão afetados por sua intervenção.”<sup>57</sup>*

A suspensão do serviço do WhatsApp como um todo violou cada um desses direitos constitucionais, pois impediu a empresa de conduzir seus negócios, bem como a impediu de competir com outros aplicativos e a tratou de maneira diferente de outros provedores que não foram submetidos ao bloqueio completo de seus serviços.

Na verdade, a grande maioria das decisões de segunda instância que reverteram a interferência judicial na livre iniciativa, na livre concorrência e na igualdade, estavam relacionados somente a um

---

<sup>56</sup> TJSP, Ação Rescisória nº 0100195-13.2011.8.26.0000, j. Setembro de 2012.

<sup>57</sup> TJRS. Apelação No. 70051739480, Abril de 2013.

aspecto de como os negócios da empresa eram conduzidos.

E note-se que os juízes nesses casos não tomaram medidas drásticas como a de suspender todas as atividades de uma empresa, como fizeram nos casos do WhatsApp. Por exemplo, as ordens dos judiciais foram revertidas por violarem os direitos de livre iniciativa, livre concorrência e/ou igualdade em casos nos quais juízes haviam determinado: que um supermercado oferecesse mais filas de caixa<sup>58</sup>; que lojas do ramo da construção vendessem adaptadores para determinadas tomadas<sup>59</sup>; que varejistas não vendessem produtos à vista pelo mesmo preço do que a prazo<sup>60</sup>; que um banco recebesse pagamentos de contas tanto nas agências físicas como nos caixas de autoatendimento<sup>61</sup>; e que uma companhia de telefonia notificasse seus clientes acerca de contas pendentes pelo correio antes de desligar suas linhas telefônicas.<sup>62</sup>

Em cada um desses casos, a ingerência judicial afetara apenas um aspecto do negócio da empresa e, no entanto, os tribunais de segunda instância reformaram as decisões com base nos direitos constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência e/ou igualdade.

No presente caso, a interferência judicial nos negócios do WhatsApp foi muito além de um mero aspecto de como o aplicativo exerce suas atividades; as ordens de bloqueio **desligaram completamente** o serviço do WhatsApp em todo o Brasil. A interferência

---

<sup>58</sup> TJRS. Apelação No. 70051739480, Abril de 2013.

<sup>59</sup> TJRJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade, No. 0031441-77.2012.8.19.0000, Outubro de 2013.

<sup>60</sup> TJSP. Apelação No. 0222643-81.2008.8.26.0100, Junho 2012.

<sup>61</sup> 5a Câmara do Tribunal Regional Federal, Embargo de Declaração em Apelação Cível No. 142.705-CE, Outubro de 2003.

<sup>62</sup> TJSP. Ação Rescisória nº 0100195-13.2011.8.26.0000, Setembro de 2012.

judicial causada pelas ordens de bloqueio, portanto, excedem em muito os tipos de interferência que foram considerados inadmissíveis nos casos acima referidos.

Além disso, conforme mencionado acima, a experiência mostrou que os usuários migraram imediatamente para outras plataformas de mensagens, depois que o WhatsApp foi bloqueado, o que torna claro que as ordens de bloqueio o desfavorecem em sua competitividade e favorecem os seus concorrentes de forma ilegítima.

Em resumo, difícil imaginar uma interferência judicial maior nos direitos fundamentais à livre iniciativa e à livre concorrência do que uma ordem judicial que mine a possibilidade de uma empresa prover seus serviços aos clientes. Como concluiu o Prof. Vilhena:

*"No caso em análise, a sanção imposta pelos juízes criminais - suspendendo o serviço - violou todos esses direitos constitucionais de maneira eloquente. Primeiramente, a sanção não apenas impediu o WhatsApp de administrar e operar seu negócio na maneira escolhida, mas fechou toda a operação do WhatsApp no Brasil. Trata-se de uma afronta extrema ao direito à livre iniciativa. Em segundo lugar, a sanção também impediu que o WhatsApp competisse com outras empresas no mesmo setor, o que constitui uma evidente violação à livre concorrência. Em terceiro lugar, a sanção tratou o WhatsApp de maneira discriminatória em relação a outros, ao*

*suspender o negócio do WhatsApp no Brasil, enquanto outros provedores puderam tocar suas atividades como de costume. Logo, agiram com flagrante violação ao princípio da igualdade*<sup>63</sup>

#### **D. CONTRARIAMENTE ÀS ORDENS DE BLOQUEIO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, O MARCO CIVIL DA INTERNET NÃO AUTORIZA E, NA VERDADE, PROÍBE ORDENS DE BLOQUEIO QUE SUSPENDAM O SERVIÇO DO WHATSAPP**

##### **1. O bloqueio do WhatsApp para seus usuários não é permitido pelo Marco Civil da Internet por duas razões**

A maioria dos juízes de primeira instância invocou o Marco Civil da Internet ao ordenar a suspensão dos serviços do WhatsApp. No entanto, o Marco Civil não permite o bloqueio do serviço do WhatsApp por duas razões independentes.

Em primeiro lugar, para que qualquer sanção seja aplicada, o artigo 12 exige que haja uma violação dos artigos 10 ou 11, que protegem determinadas informações do usuário na operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento dessas informações. Quanto à sanção de “suspensão temporária”, o artigo 12 apenas permite a “suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no

---

<sup>63</sup> Doc. 04

artigo 11.” O artigo 11, por sua vez, prevê: “Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, dados pessoais ou de comunicações”, deverá ser obrigatoriamente respeitada a legislação brasileira, “os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.” No presente caso, não há nenhuma prova ou mesmo alegação de que o WhatsApp tenha violado tal dispositivo de lei, em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda ou tratamento de registros, dados pessoais ou de comunicações.

Em segundo lugar, mesmo que essa violação possa ser comprovada, o poder de suspender se limita àquelas atividades de “coleta, armazenamento, guarda ou tratamento de registros, dados pessoais ou de comunicações” que violem a legislação brasileira. O texto da lei é muito claro neste ponto. Não há nada no Marco Civil da Internet que permita a suspensão do acesso dos usuários a um aplicativo, como ocorreu nas ordens de bloqueio até agora. Na verdade, como explicado abaixo, o Marco Civil proíbe tais ordens de bloqueio.

A primeira parte analisam-se as sanções do Marco Civil da Internet estabelecidas no artigo 12, o qual fixa os requisitos que devem ser cumpridos antes de um juiz poder aplicar tais sanções e, em sendo este o caso, os limites sobre quais sanções podem ser impostas. A segunda parte mostra que o Marco Civil não foi devidamente aplicado pelos juízes no presente caso. Especificamente, analisar-se-a os fatos deste caso para mostrar que os requisitos de aplicação de sanções previstas no artigo 12 não foram preenchidos e, mesmo que se tivessem ocorrido, bloquear o acesso dos usuários ao aplicativo do WhatsApp como um todo vai muito além dos limites previstos pelo mencionado artigo. A

terceira parte mostra que, na realidade, os artigos do Marco Civil proíbem ordens de bloqueio.

## **2. As sanções de "suspensão temporária" e de "proibição" previstas no artigo 12 estão limitadas pelo artigo 11 do Marco Civil da Internet**

Para se enquadrar nas sanções previstas no artigo 12 do Marco Civil da Internet, necessária uma violação das “normas previstas nos artigos 10<sup>64</sup> e 11”. No entanto, quanto às sanções específicas de “suspensão temporária” e “proibição”, as únicas ações que podem ser suspensas ou proibidas são “os eventos previstos no artigo 11”. Nesse sentido, o artigo 12 prevê:

*"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:***

*III – suspensão temporária das atividades que envolvam **os atos previstos no artigo 11;** ou*

*IV – proibição de exercício das atividades que envolvam **os atos previstos no artigo 11.***

---

<sup>64</sup> “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, vida privada, honra e imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.”

Assim, as sanções de “suspensão temporária” e de “proibição” do artigo 12 não fornecem poder ilimitado para que uma autoridade judicial suspenda ou proíba o funcionamento do que achar cabível. Em vez disso, o texto do dispositivo legal deixa claro que as sanções de “suspensão temporária” e “proibição” limitam-se expressamente às “atividades que **envolvam os atos previstos no artigo 11**”. Trata-se, pois, de uma cláusula qualificadora que, inegavelmente, impõe limitações ao poder de "suspender" e de "proibir" e que essas limitações determinadas pelo Marco Civil da Internet precisam ser respeitadas.

Resta claro, ademais, pela leitura do artigo 11, que as atividades protegidas são as de “coleta, armazenamento, guarda ou tratamento de registros, dados pessoais ou de comunicações” que violem a lei brasileira, incluindo “os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.” *In verbis*:

***"Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de Internet em que pelo menos um desses atos ocorram em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros."***

### **3. Os juízes de primeira instância aplicaram erroneamente o Marco Civil da Internet ao bloquearem o acesso dos usuários ao serviço do WhatsApp**

Com base nos supra mencionados artigos do Marco Civil da Internet, não são permitidas ordens de bloqueio que suspendam o acesso dos usuários ao serviço do WhatsApp, em sua totalidade, por duas razões.

Primeiro, segundo o artigo 12, as sanções de “suspensão temporária” e “proibição” só estão disponíveis para “as atividades **envolvendo os eventos previstos no artigo 11**”. Este artigo exige que na "operação de coleta, tratamento de registros, dados pessoais ou de comunicações, a lei brasileira deva ser cumprida, incluindo “os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.”

No presente caso, não houve qualquer comprovação - e sequer alegação - de que o WhatsApp tenha se envolvido em qualquer atividade proibida pelo artigo 11. Pelo contrário, os juízes suspenderam o serviço do WhatsApp pelo não cumprimento de ordens judiciais de interceptação.

Claramente, o não alegado cumprimento de tais ordens de interceptação não pode ser qualificado como violação à privacidade e à confidencialidade do usuário, conforme disposto no artigo 11. Muito ao contrário, o descumprimento das ordens judiciais para divulgar o conteúdo das comunicações dos usuários é, sem dúvida, o

oposto do envolvimento em atividades que violam os direitos dos usuários à privacidade e à confidencialidade nas suas comunicações. Essa é, ademais, a conclusão do renomado e respeitado Professor Ronaldo Lemos, co-fundador do ITS Rio, mestre em Direito pela Universidade de Harvard, e Professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), em seu parecer anexo:

*"As sanções previstas pelo Marco Civil da Internet são aplicáveis apenas para casos de descumprimento das obrigações de preservação da privacidade durante operações de tratamento de dados pessoais, nas hipóteses especificamente tratadas nos artigos 10 e 11 daquela Lei. Tais sanções envolvem exclusivamente a suspensão das atividades do artigo 11 (coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros de dados pessoais ou de comunicações). Nunca a suspensão ou proibição de um aplicativo ou serviço como um todo."<sup>65</sup>*

Sem alegação, e muito menos provas, de que o WhatsApp tenha violado “**atividades envolvendo os eventos previstos no artigo 11**”, nenhuma sanção de “suspensão temporária” ou “proibição” pode ser determinada nos termos do artigo 12.

Em segundo lugar, ainda que se pudesse comprovar qualquer violação ao artigo 11 (e, entende-se que elas nunca foram sequer

---

65 Parecer Professor Ronaldo Lemos - Doc 5

alegadas nos casos em referência), o artigo 12 limita o juiz a suspender as **“atividades envolvendo os eventos estabelecidos no artigo 11”**, quais sejam, a “coleta, armazenamento, guarda ou tratamento de registros, dados pessoais ou de comunicações” que violem a legislação brasileira, incluindo o “os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.”

Aqui, todavia, as ordens não foram direcionadas a violações de privacidade ou confidencialidade do usuário, nem foram direcionadas para a “coleta, armazenamento, guarda ou tratamento de registros, dados pessoais ou de comunicações”. Em vez disso, as sanções foram direcionadas a bloquear o acesso dos usuários ao serviço do WhatsApp em todo o Brasil e não há nada no Marco Civil que permita qual ação.

Nesse sentido, Professor Ronaldo Lemos concluiu que não existe previsão no Marco Civil da Internet para que o judiciário suspenda o acesso dos usuários ao serviço dos WhatsApp, em cujo parecer pondera que:

*"Trata-se assim de empreender uma simples leitura dos termos dos artigos 11 e 12 do Marco Civil para se perceber que as sanções constantes de seu artigo 12 não poderiam gerar a proibição da operação da empresa ou mesmo a suspensão do aplicativo. As sanções previstas no referido artigo 12, conforme prescrevem expressamente seus incisos III e IV, são qualificadas. Elas não falam em “suspensão” de*

*aplicativos, nem em “proibição” de aplicativos. Ao contrário, elas especificam a possibilidade de “suspensão” e “proibição” como aplicáveis somente às “atividades que envolvam os atos previstos no art. 11”.*

*E quais seriam essas atividades? O próprio artigo 11 do Marco Civil da Internet especifica claramente quais são elas, delimitando as operações que podem ser suspensas ou proibidas especificamente como “qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet (...)”.*<sup>66</sup>

Este ponto também é enfatizado pelo Professor Oscar Vilhena, em seu parecer:

*“O que se pode depreender de uma simples leitura do dispositivo acima é que somente os incisos III e IV referem-se a hipóteses de “suspensão” e “proibição” de atividades. O que importa destacar, no entanto, é que as atividades que podem ser suspensas ou proibidas são apenas aquelas que envolvam atos previstos no artigo 11. E quais seriam essas atividades?”*<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Parecer - Doc 5

<sup>67</sup> Parecer - Doc 4

*A resposta não poderia ser mais clara. Só pode haver suspensão ou proibição das atividades de “coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão” (...) O legislador não autorizou que o juiz suspenda ou proíba as atividades de “transmissão, comutação, ou roteamento de pacotes de dados”, como foi determinado pela ordem judicial em análise. Ilegal, portanto.”<sup>68</sup>*

#### **4. O Marco Civil, na verdade, proíbe a suspensão do serviço WhatsApp**

Além de não autorizar a suspensão do serviço WhatsApp de seus usuários, o Marco Civil, na realidade, proíbe tal suspensão. Em primeiro lugar, o artigo 7º do Marco Civil proíbe um juiz de suspender um serviço de aplicativo na medida em que veda a suspensão do acesso dos usuários à Internet. O artigo 7º estabelece que “o acesso à Internet é essencial para o exercício da cidadania”, e garante vários direitos aos usuários da Internet. Dois desses direitos contidos nos incisos II e III do artigo 7 estão expressamente sujeitos à ressalva de uma “ordem judicial”. Em contrapartida, no próximo inciso (de número IV), há a garantia do direito à “não suspensão da conexão com a Internet” sem nenhuma ressalva:

*“O acesso à Internet é essencial ao exercício da*

---

<sup>68</sup> Doc 4

*cidadania e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:*

*IV– à não suspensão da conexão à Internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização.”*

A ausência de uma ressalva a “ordem judicial” no inciso IV, quando os dois itens imediatamente anteriores (II e III) têm ressalvas expressas, evidencia que o Marco Civil não autoriza “ordem judicial” como limitação ao direito de “não-suspensão de conexão com a Internet”. Na verdade, a *única* exceção ao direito de “não-suspensão de conexão com a Internet” se dá no caso de “uma dívida resultante diretamente da sua utilização”, o que não aconteceu no presente caso.

Por conseguinte, as ordens de suspensão aqui questionadas, que efetivamente suspenderam a conexão à Internet dos usuários no que se refere ao WhatsApp, violaram o Marco Civil.

Em seu parecer, o professor Lemos analisou o texto do artigo 7º e concluiu que as ordens que suspenderam o serviço WhatsApp violaram o Marco Civil. Lemos sustenta que essas “ordens judiciais” suspenderam a conexão dos usuários à Internet apesar de o Marco Civil proibir expressamente tal suspensão, já que, nesse caso, não há a ressalva ao termo:

*“Vale notar que o próprio Marco Civil tratou de prescrever que esse tipo de suspensão ou proibição geral de serviços na infraestrutura da rede é proscrita. São vários os*

*dispositivos do Marco Civil nesse sentido. Em seu artigo 7º, IV, o texto da lei diz claramente que “O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: IV - **não suspensão da conexão à internet**, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização”. O que se operou no caso da suspensão do WhatsApp foi especificamente a suspensão da conexão à internet dos usuários com relação específica ao serviço WhatsApp, que foi tornado indisponível no país.<sup>69</sup>*

Em resumo, o artigo 7º garante os direitos dos cidadãos à “não suspensão” de suas conexões à Internet sem que exista uma ressalva para “ordem judicial”. No entanto, no presente caso, alguns juízes usaram diretamente os dispositivos do Marco Civil para imporem uma suspensão contra os cidadãos que interferiu em sua conexão de Internet. Como o Artigo 7º proíbe tais sanções, o Marco Civil proíbe, e não autoriza, as ordens de bloqueio.

O Professor Lemos em seu parecer enfatiza ainda mais essa conclusão:

*“Vale lembrar que a ordem de bloqueio teve como destinatários justamente os provedores de conexão à internet, que operam a infraestrutura da rede. O objetivo da ordem foi justamente fazer com que esses provedores “bloqueassem” e “filtrassem” os pacotes*

---

<sup>69</sup> Doc 5

*de dados destinados ou originados do aplicativo WhatsApp. O que é claramente vedado pela lei.*

*A presença desses artigos vedando a intervenção direta na infraestrutura da internet não é casuística. Ela atende especificamente a um princípio essencial denominado “Inimputabilidade da Rede”. Esse princípio orientou a criação do Marco Civil e está exarado, por exemplo, na Resolução 003 de 2009 do Comitê Gestor da Internet que estabeleceu os “Princípios para a Governança e Uso da Internet no Brasil”. Em seu item 7º, a resolução estabelece: **“Inimputabilidade da Rede: O combate a ilícitos na rede deve atingir os responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte, sempre preservando os princípios maiores de defesa da liberdade, da privacidade e do respeito aos direitos humanos”**.<sup>70</sup>*

Em segundo lugar, o artigo 9º do Marco Civil proíbe o bloqueio de pacotes de dados (informação) transmitidos através da Internet e, portanto, também proíbe a suspensão do serviço do WhatsApp:

*“O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou*

---

<sup>70</sup> Doc 5

aplicação.

§ 3º Na provisão de conexão à Internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é **vedado bloquear**, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos **pacotes de dados**, respeitado o disposto neste artigo.

De acordo com o Professor Vilhena:

*“As ordens bloquearam o aplicativo como um todo, o que extrapolou o limites dos artigos 11 e 12. Na realidade, as ordens de suspensão bloquearam a “transmissão, comutação ou roteamento (...) de pacotes de dados”, o que não está autorizado pelo artigo 12 ou qualquer outro artigo do Marco Civil.*

*De maneira clara, portanto, revela a intenção do Marco Civil em proibir o bloqueio de pacotes de dados, exatamente o que ocorreu quando o WhatsApp foi suspenso: pacotes de dados de usuários foram bloqueados<sup>71</sup>”*

Ainda, segundo o Professor Lemos:

*“No mesmo sentido aponta claramente o artigo 9º do*

---

<sup>71</sup> Doc 4

*Marco Civil da Internet. Nesse item, a lei proíbe expressamente em seu parágrafo 3º qualquer interferência com a camada de infraestrutura da rede, da seguinte forma: “Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é **vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados**, respeitado o disposto neste artigo”.*

*Note-se que o texto do Marco Civil é cristalino. Ele veda claramente o bloqueio das atividades de “provisão de conexão” e de “transmissão, comutação ou roteamento”, que foi exatamente o que aconteceu nos casos em que houve bloqueio do WhatsApp no país. Em outras palavras, tais medidas ocorreram claramente contra legem.”<sup>72</sup>*

Nota-se, portanto, que as proibições contidas nos artigos 7º e 9º contra ordens que interfiram no acesso à Internet ou na transmissão de informações por meio da Internet promovem claramente o objetivo do Marco Civil de evitar a interferência no direito dos cidadãos brasileiros de acessarem a Internet.

Este objetivo é expresso repetidamente por todo o Marco Civil, nomeadamente, no artigo 4º, incisos I (“promove o direito de todos a acessar à Internet”) e II (“promove o acesso à informação, ao

---

<sup>72</sup> Doc 5

conhecimento e à participação na vida cultural e pública”) e nos artigos 7º (“o acesso à Internet é essencial para o exercício da cidadania”) e 8º (“a garantia dos direitos à privacidade e à liberdade de expressão na comunicação está condicionada ao pleno direito de acesso à Internet”).

Além de proteger o acesso à Internet, o Marco Civil promove e reforça os direitos constitucionais à liberdade de expressão e de comunicação, ao prever que:

*Art. 2º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão.*

*Art. 3º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem os seguintes princípios:*

*I – garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição.*

*[...]*

*Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet.*

O Marco Civil também procura promover e estimular os direitos constitucionais da livre iniciativa e da concorrência na Internet<sup>73</sup>:

Art. 2º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

**V – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.**

Art. 3º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem os seguintes princípios:

**VIII - a liberdade dos modelos de negócios promovidos na Internet**, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Bloquear o serviço do WhatsApp é, portanto, uma violação aos direitos constitucionais fundamentais de todos os usuários da Internet, os quais o Marco Civil procura expressamente proteger. Como explicou o professor Oscar Vilhena:

*“As decisões que suspenderam os serviços do WhatsApp no Brasil, ainda que de forma temporária, acabaram por interferir nas atividades de transmissão, comutação ou roteamento de pacote de*

---

<sup>73</sup> Doc 4

*dados" e, dessa forma, violaram diretamente direitos constitucionalmente garantidos, como o da liberdade de expressão, o direito à informação e, em particular, o direito à liberdade de comunicação, vez que elas afetaram a infraestrutura que viabiliza a realização de tais de direitos.”<sup>74</sup>*

*No caso em apreço as decisões monocráticas fizeram muito mais que interferir com alguns aspectos da condução do negócio pelo WhatsApp - eles suspenderam o serviço inteiro no Brasil. Logo, as decisões violaram imensamente tais direitos constitucionais [livre iniciativa, livre concorrência e isonomia].<sup>75</sup>*

Em suma, a sanção suspensiva do artigo 12 do Marco Civil da Internet só está disponível para uma violação do artigo 11. Logo, sem tal violação, nada pode ser suspenso. Além disso, o artigo 12 só permite a suspensão de atividades ilegais na “coleta, armazenamento, guarda e processamento de registros, dados pessoais ou de comunicações” e não permite a suspensão do serviço do aplicativo para os usuários. Ainda, os artigos 7º e 9º deixam claro que, *em nenhuma circunstância*, um juiz pode suspender a transmissão de informações por meio da Internet. Resta claro que o Marco Civil não só não permite, como na realidade proíbe a suspensão do serviço integral de um aplicativo.

---

<sup>74</sup> Doc 4

<sup>75</sup> Doc 4

Por fim, mesmo **se** as ordens de bloqueio contra o WhatsApp baseassem em violações do artigo 11, desencadeando assim a aplicação do artigo 12, e mesmo **se** as sanções de suspensão e/ou proibição do artigo 12 não se limitassem a suspender apenas as atividades que violem o artigo 11, ainda assim, a suspensão dos serviços do WhatsApp não estaria autorizada. O Marco Civil está subordinado aos direitos constitucionais da liberdade de expressão e de comunicação, ao princípio constitucional da proporcionalidade das sanções e aos direitos constitucionais à livre iniciativa, à livre concorrência e à igualdade. Conforme explicado acima, a garantia de tais direitos não permitem suspender o acesso dos usuários ao aplicativo. A primazia dos direitos constitucionais sobre as leis que infringem esses direitos é um princípio claramente estabelecido na legislação brasileira. Conforme dito pela Ministra Cármen Lúcia ao decidir que uma restrição imposta à publicação de biografias seria inconstitucional:

*“A Constituição da República assegura as liberdades de maneira ampla. Não pode ser anulada por outra norma constitucional, por emenda tendente a abolir direitos fundamentais (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado.”<sup>76</sup>*

## **E. A DISCRICIONARIEDADE DOS JUÍZES PARA BASEAREM**

---

<sup>76</sup> STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, Rel. Min. Carmen Lucia, j.10.06.15.

**SUAS ORDENS DE BLOQUEIO NOS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO  
DE PROCESSO CIVIL NÃO PERMITE A VIOLAÇÃO DE DIREITOS  
CONSTITUCIONAIS, A IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES  
DES PROPORCIONAIS OU A INOBSERVÂNCIA DO MARCO CIVIL  
DA INTERNET**

O juízo de Duque de Caxias invocou o artigo 139 do Código de Processo Civil para bloquear o WhatsApp., o qual permite aos juízes selecionar medidas para fazer cumprir as suas decisões:

*“O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:*

*IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.”*

Embora o artigo 139 do Código de Processo Civil confira aos juízes a liberdade de escolher as medidas adequadas para executar as suas ordens, tal discricionariedade não é absoluta. A regra da proporcionalidade<sup>77</sup> explicada acima serve como uma limitação importante aos poderes do juiz. Com efeito, esta limitação encontra-se codificada no artigo 8º do Código de Processo Civil:

---

<sup>77</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 267.

*“Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”*

Esses requisitos vinculam o juiz à escolha de medidas que não violem direitos fundamentais ou que de alguma forma violem a lei.

No presente caso, as ordens de bloqueio não dessatisfazem sequer superficialmente esses requisitos. *Primeiro*, como explicado acima, elas violam os direitos constitucionais da liberdade de expressão e de comunicação, o princípio constitucional da proporcionalidade e os direitos constitucionais da livre iniciativa, da concorrência e da igualdade.

Está firmemente estabelecido que o poder geral de cautela dos juízes, nos termos do artigo 139 do Código de Processo Civil, não pode ser utilizado de forma a violar quaisquer direitos protegidos pela Constituição: *“No processo de submissão da lei ao filtro constitucional, imposto ao julgador, cabe-lhe a defesa dos direitos fundamentais. Assim, se o preceito está em harmonia com a Constituição, válido é; se de interpretação dúbia, empresta-se aquela que melhor confira eficácia normativa à Carta Política; se não resiste ao embate com os seus princípios, é declarado inconstitucional. Isso porque não se pode salvar a lei à custa da Constituição, norma sabidamente de maior*

*envergadura em um ordenamento jurídico.*<sup>78</sup> Simplificando, “A Constituição da República assegura as liberdades de maneira ampla. Não pode ser anulada por outra norma constitucional, (...) **menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil).**”<sup>79</sup>”

Com efeito, tendo em vista a supremacia da Constituição, o artigo 1º do Código de Processo Civil reconhece que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. Assim, as ordens de bloqueio não podem ser admitidas com base apenas no artigo 139 porque o poder discricionário de um juiz para executar suas ordens deve ser aplicado de modo a se compatibilizar com os direitos constitucionais, e não violá-los.

*Ademais*, o poder discricionário geral dos juízes nos termos do artigo 139 também deve ceder às regras específicas do Marco Civil que definem quando eles podem e quando não podem suspender as atividades relacionadas à Internet. Em caso de conflito entre diferentes leis, “*lex specialis derogat legi generali.*”<sup>80</sup> Conforme explicado acima, as ordens de bloqueio são proibidas pelo Marco Civil quando interferem no acesso à Internet e na transmissão de informações.

Em suma, as ordens de bloqueio contra o WhatsApp não podem ser sustentadas nos termos do artigo 139, porque tal lei deve

---

<sup>78</sup> STF, HC no 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, citando o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Og Fernandes no HC n. 149.807/SP, DJe 27.06.2012.

<sup>79</sup> STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, Rel. Min. Carmen Lucia, j.10/06/15.

<sup>80</sup> STF, HC 109213/SP, Rel. Min, Celso de Mello DJe 28/08/2012.

se submeter às garantias constitucionais à liberdade de expressão, à livre comunicação, a penas proporcionais, à livre iniciativa, à livre concorrência e à igualdade. Essa conclusão se aplicaria da mesma forma a outra norma, seja do Código de Processo Civil ou não, que viesse a ser invocada como *ratio decidendi* para suspender os serviços do WhatsApp, já que nenhuma lei escaparia do jugo constitucional. Além disso, o artigo 139 não pode se sobrepor às regras mais específicas do Marco Civil que proíbem o bloqueio.

Finalmente, os juízes criminais usaram sanções cíveis - abrigadas pelo Marco Civil e pelo artigo 139 - para forçar o cumprimento das leis penais. A jurisprudência vacila quanto à legalidade da aplicação de sanções civis para sanar supostas violações de leis criminais.

#### **IV. CONCLUSÃO**

Por todo o exposto, as ordens judiciais de bloqueio contra o WhatsApp que visam ao cumprimento das ordens judiciais de interceptação: (a) violam as proteções constitucionais de liberdade de expressão e comunicação garantidas aos mais de 100 milhões de usuários brasileiros do WhatsApp; (b) violam o princípio constitucional da proporcionalidade ao imporem uma sanção desproporcional a metade da população do Brasil, especialmente quando comparada aos benefícios potenciais às autoridades policiais e judiciais, que têm uma vasta gama de meios mais eficazes e menos nocivos para contribuírem com suas investigações; (c) violam as proteções constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência e da igualdade; (d) são proibidas pelo Marco Civil; e (e)

não podem ser baseadas na discricionariedade do juiz (poder geral de cautela).

Por estas razões, e tendo em vista o dano substancial aos cidadãos brasileiros cada vez que o Judiciário bloqueia o serviço do WhatsApp, o Requerente solicita, respeitosamente, que esta Colenda Corte confirme que tais ordens de bloqueio são inconstitucionais e ilegais, para que o serviço do WhatsApp não seja bloqueado futuramente.

Eis os termos respeitosos em que o Requerente aguarda e espera deferimento.

De São Paulo para Brasília, 1º de fevereiro de 2017.

**DAVI DE PAIVA COSTA TANGERINO**  
**OAB/SP 200.793**